

3

AUTONOMIA PRIVADA: TRANSIÇÕES E INTERFERÊNCIAS

3.1

Da moralidade ao Direito: as bases do conceito moderno de autonomia privada

A fim de que se compreenda o direito sobre o próprio corpo em analogia com o conceito de soberania, necessário se revela esclarecer de que maneira este “soberano”, a pessoa, poderia auto-regular a esfera psicofísica sobre a qual detém poderes. Para tanto, deve-se estabelecer os pressupostos teórico-conceituais a partir dos quais se entende a noção de autonomia ou autogoverno.

Pode-se dizer que a idéia que se possui atualmente do chamado “princípio da autonomia”, ou mesmo de autonomia privada, sobre a qual se estruturaria o Direito Privado, como instrumento de auto-regramento dos próprios interesses, assumiu os contornos dentro dos quais se debate seu sentido e alcance a partir da formulação kantiana de autonomia moral.

A moralidade, enquanto estrutura normativa, para Kant, centra-se em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para a ela obedecer, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teológico¹. Àqueles agentes que são moralmente governados desta maneira se poderia chamar de agentes autônomos.

Nesta concepção, a liberdade é uma mera idéia cuja realidade objetiva de modo algum pode ser exposta segundo leis naturais e, portanto, em qualquer experiência possível², não podendo, assim, ser concebida ou sequer conhecida. Pressupõe-se ainda a liberdade como propriedade de todos os seres racionais, que surge como fundamento da idéia de autonomia moral e com ela se confunde³.

Entretanto, da pressuposição dessa idéia resulta a consciência de uma lei comportamental segundo a qual os preceitos subjetivos das ações (máximas)

¹Cf. SCHNEEWIND, J.B. *A Invenção da Autonomia*. Porto Alegre: Unisinos, [s.d.], p. 527.

²KANT, Immanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*. In: HUTCHINS, Robert Maynard [ed.]. *Great Books of the western world*. v. 42, Kant, London: William Benton, 1952, p.285

³Cf. KANT. *Fundamental...*, op. cit., p. 280.

devem ser válidos também objetivamente ou universalmente. Isto porque tais deveres automaticamente surgiriam como um querer em todos os seres racionais afetados apenas por sua razão, sem qualquer ingerência da sensibilidade. Em seres humanos, onde nem sempre acontece o que a razão por si só faria, denominar-se-ia *dever* esta necessidade de ação, sendo ela distinta do *querer* objetivo racional⁴.

Kant acreditava, desta forma, que a autonomia da vontade, ou seja, uma vontade livre das necessidades presentes no mundo da sensibilidade, seria o fundamento do princípio da moralidade, na medida em que a ação moral a si imposta constituir-se-ia, pela ausência de influências relativas ao mundo sensível, em máxima universal, por todos os seres racionais alcançável.

Por outro lado, a heteronomia da vontade surgiria como fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade, visto que, não se desprendendo o agente das necessidades do mundo sensível, surge a necessidade como causa da ação, e não a racionalidade do homem, não se podendo falar em regras universalizáveis a partir das peculiares condições de cada um.

A heteronomia seria, portanto, a determinação de suas ações a partir das necessidades do mundo sensível (v.g. afecções do corpo), ao passo que o ato autônomo caracterizar-se-ia por uma normatividade fundada pura e simplesmente no plano da inteligência.

Esta concepção Kantiana do princípio da moralidade, com origem na idéia de autonomia, teria influenciado, talvez de uma forma sem precedentes, o direito moderno, notadamente em suas concepções jusracionalistas, sobretudo no que se refere à Pandectística alemã e o próprio movimento das codificações⁵.

Esta concepção kantiana acerca da autonomia moral revela, indubitavelmente, uma postura crítica do agente, que teve participação decisiva na destruição do antigo direito natural acrítico. Sua “Crítica da Razão Prática” e seus “Fundamentos Metafísicos da Teoria do Direito”, ao refutarem a metafísica jurídica tanto jusnaturalista quanto jusracionalista, expuseram a impossibilidade de qualquer opção ética de caráter material⁶.

Sendo assim, a partir do século XIX, a questão da justiça do direito positivo passou a se fundar em uma ética Kantiana da autonomia moral da pessoa

⁴Cf. KANT. *Fundamental...*, op. cit., p. 281.

⁵WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. [Trad. A. M. Botelho Espanha], 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 491 e ss.

⁶WIEACKER. *História...*, op. cit., p. 402

e de sua vontade ética, bem como na concepção Kantiana de ordem jurídica como forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade de outros sujeitos de direito⁷.

Todavia, o problema relativo aos requisitos apriorísticos de uma ética social assumiu, paralelamente, as feições de uma discussão acerca dos requisitos formais de uma ciência jurídica positiva filosoficamente legitimada. Da ética Kantiana, portanto, que de maneira alguma pode ser considerada formalista, adveio um dos principais afluentes do formalismo científico, ou positivismo científico, que transformaria o conceito de direito em um compreensivo de uma ciência autônoma do direito positivo⁸. De fato, a “Teoria Pura do Direito”⁹ de Hans Kelsen, e a Escola de Viena, por ele inaugurada, retiram suas últimas conseqüências do pensamento neo-kantista ao renunciar a qualquer determinação material possível das normas jurídicas¹⁰.

Desta maneira, instaurando-se através do positivismo científico uma visão de dissociação entre Direito e Moral, permitiu-se que facilmente se estabelecesse um conceito de autonomia privada que pouca ou nenhuma identidade guardava com a construção Kantiana de autonomia moral. Embora mantida a identidade entre liberdade e autonomia, o conceito de liberdade assume uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não intervenção. Faz-se referência apenas à ausência de obstáculos externos para atuar, não se mencionando a existência de características como a capacidade de aceitar ou modificar nossos desejos, preferências ou valores¹¹ e muito menos a idéia de universalização das normas de ação através da abstração das necessidades sensíveis.

Como coloca Maria Venegas Grau, poder-se-ia falar somente de uma influência indireta da filosofia das luzes, e não de uma transposição desta para o âmbito do direito positivo¹². Ou então, como afirma Georges Rouhette¹³, da

⁷WIEACKER. *História...*, op. cit., p. 402.

⁸WIEACKER. *História...*, op. cit., p. 402.

⁹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [Trad.] João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, *passim*.

¹⁰WIEACKER. *História...*, op. cit., p.682.

¹¹KOSENKRANTZ, Carlos F. El Valor de la Autonomia. In: NINO, Carlos S; CARRIÓ, Alejandro D. *Et aliters. La Autonomia Personal*. Madrid: CEDAM, 2002, p. 16.

¹²GRAU, Maria Venegas. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 40.

influência de uma “vulgata kantiana”, na qual melhor que invocar a conversão dos juristas ao pensamento kantiano, diretamente tomado de seus textos, seria afirmar uma inspiração dos mesmos por uma autonomia da vontade simplificada e, até mesmo, falseada.

O conceito liberal clássico de liberdade pode ser bem ilustrado pela seguinte colocação de Isaiah Berlin, no que se refere à liberdade política: *Só não temos liberdade política quando outros indivíduos nos impedem de alcançar uma meta*¹⁴.

O estabelecimento de uma meta ou objetivo pressupõe um interesse em alcançá-la, por trás do qual se encontra uma necessidade sensível a ser satisfeita, e não um imperativo da razão humana. Daí que o dever ser estabelecido, por estar vinculado à concretização de certas necessidades específicas, foge à universalização.

Este conceito de liberdade política liberal é o que efetivamente influenciou a idéia de autonomia da vontade na esfera do direito privado, através da qual livre é o indivíduo quando não impedido por outros ou pelo Estado de auto-regrar seus interesses. Soma-se a este conceito negativo de liberdade, o fato de ser o homem liberal clássico um *homo economicus*, egoísta e maximizador do próprio interesse.

Dessa forma, ser autônomo, para o direito privado liberal clássico, seria não sofrer interferências externas no auto-regramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a se poder concretizar seus interesses na maior medida possível.

Obviamente, tal concepção de autonomia não pode ser aqui aceita como base teórica, visto que deriva do, já anteriormente criticado, abandono da base empírica da pessoa e ênfase no aspecto meramente formal da personificação. É necessário, assim, que se avance em direção a novos modelos de agir autônomo, que melhor expliquem a possibilidade de auto-regramento mesmo diante de contingências empíricas e que leve em consideração, além da autonomia e da individualidade, também o aspecto relacional do conceito de pessoa.

¹³ROUHETTE, Georges. La Force Obligatoire du Contrat. In: TALLON, Denis; HARRIS, Donald [Org.]. *Le Contrat Aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris: LGDJ, 1987, p. 39.

¹⁴BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

3.2

Autonomia privada: sobreposição ou submissão à autonomia política?

Um dos primeiros problemas a serem abordados, derivados do conceito de liberdade exposto no item 3.1 é o fato de que carrega ele de forma ínsita uma relação de oposição entre o exercício da autonomia privada e os então chamados limites externos ao exercício da autonomia, proveniente de leis de caráter geral com origem no poder político estabelecido. Esta relação de oposição acaba por gerar uma tensão que, de forma simplificada, pode ser identificada como causa originária do debate entre liberais e comunitaristas¹⁵, na medida em que aqueles evocam uma visão kantiana acerca da interpretação recíproca dos conceitos de direitos do homem e soberania popular, ao passo que estes partem de uma concepção rousseauiana¹⁶.

Para Kant, que sugere uma leitura bem mais liberal, a fundamentação do direito surge a partir de uma aplicação externa do princípio da autonomia moral. Desta maneira, sua teoria parte de um direito a iguais liberdades subjetivas, às quais corresponde uma faculdade de exercício da coerção para se fazerem respeitadas, que assiste a todo homem devido a sua humanidade. Tal direito original regulador da esfera interna de cada um, aplicado à esfera externa, resulta nos direitos subjetivos privados, legitimados por princípios morais mesmo antes de sua diferenciação através de leis públicas, ou seja, legitimam-se independentemente da autonomia política dos cidadãos, que somente se constitui através do contrato social¹⁷.

Sendo assim, os princípios de direito privado gozariam, mesmo no estado de natureza, de validade como princípios morais, antecedendo à vontade do legislador soberano. Conseqüentemente, a vontade geral dos cidadãos resta limitada por direitos subjetivos privados fundados moralmente. É certo que Kant não acreditava, contudo, que tal vinculação da soberania popular aos direitos do homem surgisse mesmo que hipoteticamente como restrição, visto que ninguém

¹⁵Para uma visão geral sobre o debate contemporâneo entre liberais e comunitaristas veja-se, por todos, CITTADINO, Gisele. *Pluralismo e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 165.

¹⁷HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p.166.

acederia, através do exercício de sua autonomia como cidadão, a leis que vulnerassem a autonomia privada conforme assegurada pelo direito natural¹⁸.

Já para Rousseau, existiria uma conexão interna entre a idéia de autonomia cidadã ou autonomia pública e os direitos do homem, notadamente considerados estes enquanto direitos subjetivos privados. Ele parte do princípio da soberania popular e, como a vontade soberana manifesta-se somente através de leis gerais e abstratas, contém estas, em si, o direito a iguais liberdades subjetivas, que Kant faz preceder à formação da vontade política. Não haveria, de tal forma, uma submissão da autonomia política a qualquer direito inato, sendo os direitos do homem um modo de exercício da soberania popular¹⁹.

Daí resulta uma concepção de autolegislação ligada muito mais a um comando ético que moral, constituindo-se a autonomia como a concretização da forma de vida de um povo, conscientemente assumida. Sendo assim, os indivíduos isolados e orientados por seu próprio êxito se unem como membros de uma comunidade ética direcionada ao bem comum, tornando-se esta um sujeito coletivo portador da qualidade de produtor de normas, que há rompido com os interesses particulares de sujeitos privados, submetidos às leis²⁰.

Certamente, esta relação de oposição entre liberais e comunitaristas seria, em suas bases teóricas, discutível. De fato, a própria concepção Kantiana de autonomia moral sofreu forte influência do pensamento de Rosseau, sendo que o próprio atribuía a este sua conversão a uma atitude nova e permanente de respeito à posição moral das pessoas comuns²¹. Como bem observado por Schneewind, “*Rousseau converteu Kant permanentemente em um defensor das habilidades morais das pessoas comuns*”²².

Isto é o que traduz, de certa maneira, a postura crítica de Thomas Spragens²³, que embora aponte a plausibilidade de se reconhecer tal relação de oposição, deixa claro que liberais ou comunitaristas podem ser vistos como agrupamentos largos, que comportam séries diversificadas de tendências, sendo ambas “categorias de pensamento” passíveis de estruturação em perspectivas

¹⁸HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p. 166.

¹⁹HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p.167.

²⁰HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p.167

²¹SCHNEEWIND. *A Invenção ...*, op. cit., p. 532.

²²SCHNEEWIND. *A Invenção...*, op. cit., p. 533.

²³Cf. SPRAGENS, Thomas A. *Communitarian Liberalism*. In: ETZIONI, Amitai [Org.]. *New Communitarian Thinking: persons, virtues, institutions, and communities*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995, p. 37- 51

variadas. Acredita, assim, que um projeto comunitarista, ao invés de ser construído em moldes de uma incursão contra o liberalismo, deveria voltar-se para uma tentativa de “recaptura” da complexidade normativa original e profundidade moral que foi perdida ao longo de reviravoltas filosóficas e divisões políticas pelas quais passou o pensamento liberal em suas centenas de anos de história²⁴.

Entretanto, como dito, o complexo modelo de comunitarismo liberal, por Spragens proposto, não é capaz de impedir que se reconheça a relação de oposição entre direitos do homem e soberania popular supramencionada, divisora das posturas liberal e comunitarista conforme se apresentam estas no debate da filosofia moral e política contemporânea.

Por outro lado, a não superação de tal relação de oposição, com a simples opção por uma vertente ou outra, conduz a resultados certamente não satisfatórios no que se refere ao papel central desempenhado pela idéia de autonomia no âmbito de um estado democrático, notadamente quanto à extensão do conteúdo deontológico passível de ser determinado pelo indivíduo ou pela coletividade .

Portanto, acredita-se ser necessária uma nova compreensão acerca das conexões internas dos conceitos de autonomia pública e autonomia privada, que seria apresentada de forma inaugural pela idéia de cooriginariedade entre as duas vertentes de auto-governo, antes vistas como opostas.

3.3

A idéia de cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada

Conforme se disse há pouco, a tensão entre autonomia pública e autonomia privada, como instaurada, somente pode ser superada através da construção de uma nova conexão interna entre os dois conceitos. Isto deve ocorrer com a redução de ambos a um único conceito de autonomia, que pode ter seu exercício concretizado por diferentes vias: a pública ou a privada.

Trabalha-se, desta maneira, a partir da noção habermasiana de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, em que o sistema de direitos

²⁴Cf. SPRAGENS. *Communitarian ...*, op. cit., p. 46.

não deriva de uma leitura puramente moral conteudística dos direitos do homem ou de uma leitura ética da soberania popular, não havendo sobreposição ou subordinação da autonomia privada dos indivíduos à autonomia pública ou política. Cooriginariedade, esta, que se apresenta como fruto da análise da figura de pensamento da “autolegislação” nos termos da teoria do discurso²⁵.

Isto se explica na medida em que o processo de individualização do ser humano somente ocorre através da socialização, que não se dá em virtude de determinações genéticas, mas pelo fato de os sujeitos aptos a exercitar a linguagem e de atuar conscientemente, crescerem e se integrarem em um mundo compartilhado intersubjetivamente²⁶. Neste processo comunicativo de formação, a identidade individual e a do coletivo se constituem e se mantêm igual ou originariamente, “*sendo que quanto mais se diferenciam entre si as estruturas de um mundo da vida, mais claramente se vê como a crescente autodeterminação do particular individualizado está imbricada com a crescente integração em múltiplas dependências sociais*”²⁷.

Como bem esclarece Gisele Cittadino:

A subjetividade que caracteriza as identidades individuais e a intra-subjetividade que conforma as identidades sociais vão se constituindo através da internalização e da adoção de papéis e regras sociais que são transmitidas pela via de costumes, valores e tradições concretas. Neste sentido, as identidades individuais e sociais se constituem a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada, na medida em que aprendemos a nos relacionar com os outros e com nós mesmos através de uma rede de reconhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem. Há, desta forma, uma inter-relação entre sujeito e sociedade, que se processa através de estruturas lingüísticas, formando aquilo que Habermas designa por intersubjetividade²⁸.

A moral discursiva habermasiana propõe, como critério de determinação da validade dos juízos morais, a aplicação de um princípio do discurso que se expressa na necessidade de imparcialidade dos juízos práticos e cujo conteúdo normativo é neutro frente à moral e ao direito, na medida em que se refere a normas de ação em geral, pressupondo-se uma moral procedimental, qual seja:

²⁵HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p. 169.

²⁶HABERMAS, Jürgen. Objeciones de Hegel contra Kant e la Ética del Discurso. In: *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Madrid: Trotta, 2000, p. 18

²⁷HABERMAS. *Objeciones...*, op. cit., p. 19.

²⁸CITTADINO. *Pluralismo...*, op. cit., p. 91.

D: Válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) a que todos que se possam ver afetados por elas pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais²⁹.

O predicado “válido”, presente no princípio do discurso, refere-se a normas de ação e correspondentes enunciados normativos, expressando um sentido inespecífico de validade normativa, comum a todo dever ser. Por sua vez, pelo termo “normas”, se entende as expectativas generalizadas de comportamento nas dimensões temporal, social e de conteúdo. “Afetado” é qualquer um a quem possa concernir as conseqüências das práticas reguladas. Por fim, “discurso racional” seria toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade que ocorra dentro de condições de comunicação, em um âmbito instituído e estruturado por deveres ilocucionários, que possibilitem o livre processamento de temas, informações, contribuições ou razões.

Como se pode ver, tal equação é diretamente aplicável aos processos de tomada de decisão no plano político em sociedades democráticas (pelo menos em termos ideais, deixando-se claro, neste ponto, que o modelo habermasiano é, necessariamente, contra-fático) e pode referir-se também aos negócios jurídicos, já que são estes regulados, pelo menos em certa medida, por procedimentos discursivamente fundados (vide fig. 03).

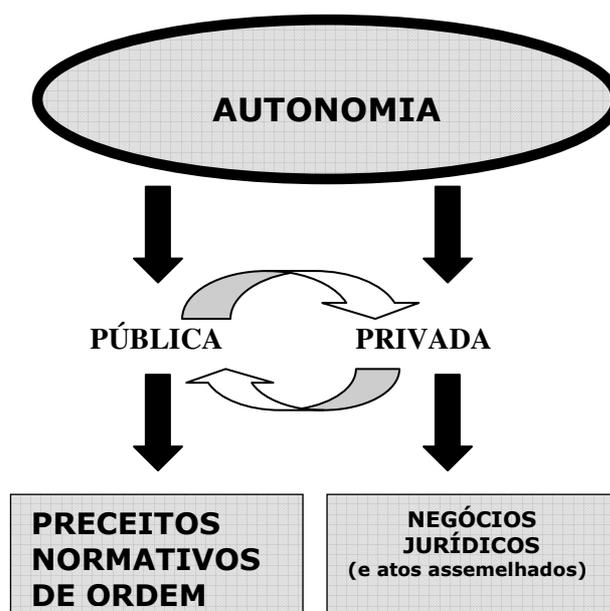


Figura 03. Representação gráfica das relações entre autonomia pública e privada.

²⁹HABERMAS. *Facticidad...*, op. cit., p.172.

Não existe, desta maneira, diferença entre os conceitos de autonomia privada e autonomia pública, sendo estes apenas vias diversas de legitimação pelo discurso de manifestações igualmente autônomas dos indivíduos, ou mesmo níveis diferentes de concretização desta mesma autonomia. Em síntese, a opção pela via pública ou privada se dá propriamente em virtude do universo de afetados e dos níveis de afetação, e não de uma sobreposição dos interesses do indivíduo ao grupo ou do grupo ao indivíduo.

Observe-se, neste ponto, que existem vias intermédias de agir autônomo intersubjetivo entre o comando normativo geral e o negócio ou ato jurídico, geralmente compreendidos estes últimos como expressão da vontade de um diminuto número de pessoas, como os acordos e convenções coletivas de trabalho ou os estatutos de associações e sociedades³⁰.

Esta idéia de cooriginariedade leva necessariamente a uma nova compreensão acerca dos limites de liberdade, visto que as limitações às possibilidades de ação de um indivíduo através de dispositivos legais não seriam um obstáculo ao agir autônomo, mas manifestações deste mesmo agir (dessa capacidade de valorar) em um contexto discursivo mais amplo. Apresenta-se, dessa maneira, uma noção de autonomia intersubjetiva, reconhecedora do fato de que o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo depende da realização da liberdade das outras pessoas³¹.

Como resta claro, esta vertente procedimental de abordagem da idéia de autonomia leva à concentração das questões relativas aos processos coletivos de tomada de decisão nos direitos e deveres que se possui em relação a outros, ou seja, somente no primeiro eixo daquilo que foi definido anteriormente como pensamento moral, deixando a critério do indivíduo a articulação de seus juízos práticos acerca do que se constitui como uma vida plena ou do que lhe é extremamente valioso, o que caracterizaria o conjunto de hiperbens a partir do qual vê ele a si próprio como um sujeito digno de respeito e sua existência como provida de sentido.

³⁰PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. [Trad. Maria Cristina de Cicco] 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 283.

³¹HABERMAS. *Objeciones...*, op. cit., p. 28.

3.4

A autonomia como valor fundante

A relação dialética e co-originária, acima exposta, entre autonomia privada e autonomia pública leva, efetivamente, ao não reconhecimento da sobreposição ou primazia de uma perante outra. Esta proposição se baseia na assunção básica de que nenhum cidadão pode assumir o *status* de sujeito de direito, a não ser que lhe sejam garantidos direitos subjetivos privados. De fato, autonomia pública e privada pressupõem uma à outra, como parte de um ambiente onde o direito positivo desempenha um papel central, constituindo sujeitos de direitos individuais e habilitando-os a participar em um processo democrático de formação do ordenamento jurídico.

A idéia de cooriginariedade baseia-se na teoria habermasiana da ação comunicativa, a partir da qual este autor elabora o princípio do discurso (“D”, já transcrito acima) *via-à-vis* do princípio moral ou princípio “U”, que funciona como operador de universalização dos juízos práticos estabelecidos.

Embora se refira, neste momento, diretamente ao direito, o princípio do discurso encontra-se entrelaçado com o princípio moral. Isto porque o direito deve possuir um determinado grau de validade normativa que implica em uma necessária proximidade aos argumentos morais. Sendo assim, o princípio do discurso expressa uma moralidade pós-convencional, tendo em vista que o princípio moral é uma, e talvez a mais importante, das regras de argumentação que operacionalizam aquele.

O papel fundante a ser desempenhado pela autonomia deriva, desta forma, de uma reaproximação entre direito e moral, o que pressupõe uma análise de como esta opera no âmbito do discurso moral.

Para tanto, quando se refere ao termo “moral”, deve ser observada uma útil distinção entre a moral positiva, social ou vigente e a moral crítica, ou ideal, que permite superar uma espécie de positivismo moral³², ou convencionalismo, segundo o qual é a maioria da sociedade que determina os padrões de bondade ou correção moral.

³²NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 92.

De fato, a moral positiva nada mais é do que o produto da formulação e aceitação de juízos práticos que pretendem abarcar uma moral ideal. Sem essa aspiração, de julgar e agir de acordo com uma moral ideal, não haveria moral positiva na medida em que os juízos a que esta se refere descrevem fatos normativos, como os juízos que descrevem uma ordem jurídica, não expressando razões operativas para justificar uma ação e decisão, salvo na hipótese de um raciocínio prático nos moldes do “homem prudente”, que se encontra preocupado, especificamente, com as reações sociais que podem advir de seus atos³³. O homem moral, a exemplo do agente autônomo kantiano, dirige seu raciocínio prático à justificação de seus atos ou decisões, preocupando-se, para tanto, somente com os predicados de uma moral ideal. Talvez de forma paradoxal, um sistema de moral positiva somente se pode constituir a partir dos juízos morais ideais pessoais trazidos a debate. Entretanto, não pode prevalecer, em todos os eixos do pensamento moral, sobre ontologias morais individuais.

Assim, cabe observar-se que, em termos funcionais, o que conhecemos como moral e o que conhecemos como direito, cumprem, mal ou bem, a função de reduzir conflitos e facilitar a cooperação social. Todavia, no caso do direito, a tarefa de redução de conflitos e facilitação da cooperação se dá através da presença de dois elementos que, em conjunto, o distinguem de outros sistemas normativos: a autoridade e a coação³⁴.

Desprovida a moral de tais elementos, por óbvio, deve buscar estruturar-se esta através de um procedimento de convergência acerca de determinadas condutas ou atitudes por outra via, visando satisfazer as funções de redução de conflitos e facilitação da cooperação. Neste aspecto, encontra-se presente no discurso moral uma determinada característica que faz dele propriamente um discurso, que é o fato de que se encontram excluídos do mesmo argumentos, formas de persuasão ou técnicas de motivação baseados em uma obediência dogmática a determinadas autoridades, ameaças de danos, ofertas de benefícios ou engano³⁵. Como afirma Santiago Nino:

O discurso moral encontra-se dirigido a obter uma convergência de ações e atitudes, através de uma aceitação livre por parte dos indivíduos, de princípios para guiar suas ações e atitudes frente às ações de outros. Esta é

³³NINO. *Ética...*, op. cit., p. 93.

³⁴NINO. *Ética...*, op. cit., p. 99.

³⁵NINO. *Ética...*, op. cit., p. 109.

a característica de autonomia da moral que foi insuperavelmente assinalado por Kant ao sustentar que o que confere valor moral a ação não é o medo ou a inclinação, senão o respeito voluntário à lei, que converte o agente em seu próprio legislador³⁶.

Sendo assim, a moral se caracteriza por operar através do consenso, o que pressupõe a autonomia moral do agente, ou seja, a capacidade de estabelecer juízos de valor ou eleger planos de vida, bem como de agir de forma a concretizá-los. É exatamente deste elemento consensual que retira a moral sua validade normativa, não se podendo deixar de reconhecer, a partir daí, a autonomia dos agentes. Isto porque quando se incorre conscientemente em qualquer discurso prático se está valorando e quando se valora qualquer coisa de forma consciente e deliberada, valora-se também a capacidade de emitir juízos de valor, como fim ou como meio, mas encontrando-se logicamente excluída a possibilidade de desconsideração da capacidade de emissão alheia de juízos de valor³⁷, pelo que se degeneraria a prática discursiva em uma ação meramente estratégica, em um discurso orientado para o êxito pela via da coerção ou persuasão emotiva, e não pela obtenção de um consenso racional.

O positivismo científico, como visto, levou à redução do problema da validade das normas jurídicas a uma questão fática, que se respalda nos aspectos inter-relacionados de seu cumprimento habitual e da coação. Entretanto, em sociedades complexas (aquelas nas quais não bastam para cumprir uma função integradora mitos, tabus, ou certezas inquestionáveis, ou nas que não já decaído também o respaldo religioso ou metafísico das normas como fundamento comum e compartilhado), somente se pode cumprir a função de integração social que possui o direito se tais normas possuem, efetivamente, um elemento de legitimidade que embasa sua imposição coativa e a mínima aceitação necessária para sua obediência³⁸.

Esse elemento de legitimidade somente poderia derivar, no momento em que o Direito resta constituído como um campo aberto à argumentação, da ação comunicativa, que se baseia no entendimento como fonte de legitimidade das normas. Desta maneira, direito e moral estariam em certa medida vinculados

³⁶NINO. *Ética...*, op. cit., p. 109.

³⁷NINO, Carlos Santiago. La Autonomia Constitucional. In: RosenKrantz, Carlos F. Et aliters. *La Autonomia Personal*. Madrid: Cedam, 1992, p. 36.

³⁸AMADO, Juan Antonio Garcia. La Filosofia del derecho de Jürgen Habermas. *Doxa [Publicaciones periódicas]*. n. 13. Alicante: 1993, p. 235 – 258

através do componente de legitimidade da validade jurídica, sendo esta uma relação de complementaridade. Como esclarece García Amado: “moral e direito possuem em comum que a ambos rege o princípio discursivo, se bem que o contexto do discurso moral é a humanidade inteira e o do princípio democrático, mediante o qual se estabelece o direito positivo válido, é uma determinada comunidade”³⁹.

Pressupõe-se, assim, os sujeitos como reciprocamente autônomos, reconhecendo-se, por conseguinte, certos direitos. A autonomia, desta forma, desempenharia, no discurso jurídico, o mesmo papel que desempenha no discurso moral, e a ela se assinalaria o mesmo valor, de elemento sobre o qual se estrutura o procedimento de produção de normas.

3.5

Intervenções na autonomia a partir de uma perspectiva cooriginária

A concepção acima descrita, de relação dialética e co-originária entre autonomia pública e privada, bem como o papel fundante desempenhado pela autonomia em um discurso racional leva a uma perspectiva dentro da qual as intervenções do Estado no campo da autonomia privada são também submetidas a um conteúdo normativo mínimo procedimental. Ou seja, a orientação estatal é passível, assim como ocorre com as regras morais, de ser analisada no que se refere à sua validade normativa, através da aplicação do princípio do discurso (exposto no item 2.3). Válidas, portanto, seriam as intervenções que obtivessem o consenso de todos os potenciais afetados como participantes de discursos racionais.

É claro que não se pretende, neste momento, desconsiderar questões institucionais específicas relacionadas ao discurso jurídico, como as limitações de tempo, espaço, informação ou questões relativas a déficits no livre processamento de informações e razões, no entendimento mútuo ou na própria participação no discurso (oriundas, por exemplo, de mecanismos representativos e inerentes às democracias contemporâneas).

De fato, o que se intenta é, justamente, partindo-se da idéia de que os pressupostos pragmáticos de uma ação racional comunicativa são de índole

³⁹ AMADO. La Filosofía..., op. cit., p. 240.

contra-fática, estabelecer um critério de legitimidade interventiva baseado na finalidade a ser desempenhada pela regra restritiva da autonomia privada.

Sendo assim, os comandos normativos gerais, que limitam o campo de atuação do agente privado, devem estar voltados à concretização, no maior grau possível, dos pressupostos pragmáticos de um discurso racional, a fim de que possam ser dotados de validade normativa e possam se efetivar não apenas pela via da coerção, mas também do consenso.

Não podendo se ancorar a ação estatal em um ideal de bem, ou de verdade, no que se refere à correção dos juízos práticos estabelecidos, resta que deve o Estado intervir somente buscando a preservação do valor fundante autonomia, considerado este em uma perspectiva intersubjetiva. A intervenção se pauta, portanto, pela função de garantir a todo e qualquer sujeito a possibilidade de expressar um consentimento autônomo acerca das regras que o afetem, bem como de alcançar o maior grau de liberdade possível nas questões relativas à realização de uma vida plena e na eleição dos valores a partir dos quais se compreende como pessoa digna.

Isto porque o ato de intervenção estatal, em si, obedece a uma racionalidade instrumental. Intervêm-se para que se alcance determinado fim específico. Entretanto, a legitimidade da intervenção depende da recondução das finalidades buscadas a uma racionalidade comunicativa, o que garante o mínimo de validade normativa ao ato.

Pode-se exemplificar este ponto de vista através de uma breve análise de algumas formas de intervenção, como as de proteção social, as perfeccionistas ou as paternalistas em sentido estrito.

Quando se trata de restrição da via privada em termos de proteção social, deve-se admitir que o exercício da autonomia, ainda que numa base intersubjetiva, possa produzir efeitos na autonomia de terceiros, de modo a diminuir-lhes a capacidade de valorar ou de levar à prática suas valorações, pelo que o valor da capacidade de valorar requer que restrinjamos essa capacidade quando seu exercício afeta a mesma em outras pessoas e exista algum princípio de distribuição que nos permita dar preferência a esta última capacidade sobre a primeira⁴⁰. Admite-se, assim, determinado conjunto de medidas (como proteção

⁴⁰NINO. La Autonomia..., op. cit., p. 45.

trabalhista e previdenciária) que se fundam na preservação de um nível mínimo de liberdade que evite a imposição ou coerção de regras ou valorações pelo agente que goza de melhores pré-condições de exercício de sua autonomia.

Tais justificativas, todavia, não se encontram presentes quando se trata de uma interferência com a ação privada não fundada na intersubjetividade, senão em um ideal de bem ou modelo de vida específico. Estas intervenções (que visam concretizar um modo de vida ético conteudístico e majoritário dentro de um grupo, como por exemplo, a proibição da homossexualidade) buscam impor um ideal de bem que pode ser diferente do estabelecido em um plano de vida individual e se revela absolutamente ilegítima tomando-se por base o valor da autonomia, notadamente por sua concretização auto-frustrante, visto que somente se realiza com base na coação, sem que se preserve a autonomia de qualquer outro.

Já quanto a medidas paternalistas em sentido estrito, ao contrário do que ocorre em questões ligadas à proteção social, se justificam pela necessidade, em certos casos, não de se proteger a autonomia do agente, mas de justamente suprir sua ausência. Tal necessidade surge, via de regra, em face de sujeitos específicos, que apresentam um déficit psíquico de compreensão, e se reflete, por exemplo, no regime das incapacidades de exercício, que impõe, além das restrições à validade das declarações de vontade de sujeitos reputados incapazes, a necessidade de uma espécie de “complementação” do déficit cognitivo através dos institutos da assistência e da representação.

Cabe ressaltar que o regime das capacidades constitui-se como verdadeiro pressuposto no que se refere ao exercício da autonomia da vontade no plano jurídico, já que surge como um dos critérios de segurança legal para a determinação das hipóteses nas quais o consentimento ofertado pode ser tomado como juridicamente válido.

Os limites relativos à capacidade de exercício estabelecidos no Código Civil de 2002 por critério etário (Artigos 3º, I e 4º, I) caracterizam-se por serem rígidos. Esta inflexibilidade não se assemelha, no entanto, adequada para a determinação em absoluto da capacidade de fato da pessoa natural, o que fica patente no caso de incapacidade determinada por enfermidade mental (onde no processo de interdição o juiz deve estabelecer o alcance desta, explicitando a natureza dos atos para os quais o interdito se encontra inabilitado, conforme

determina o art. 1.772) ou por prodigalidade (cujos recortes da incapacidade são estabelecidos pelo art. 1.782).

Percebe-se, desta maneira, a necessidade de reconhecimento de certas capacidades específicas, podendo ser feita uma distinção entre capacidade negocial e capacidade de entendimento. Enquanto a primeira busca certo grau de segurança e operabilidade do sistema negocial através de presunções cognitivas objetivas e inflexíveis, a segunda busca uma relação mais íntima com a autonomia da vontade. Isto porque denota esta última um domínio cognitivo e habilidade decisional a serem avaliados concretamente em face de uma situação específica ⁴¹.

Resumidamente, como coloca Brunello Stancioli:

- Capacidade genérica (negocial): ‘P’ é capaz *para qualquer tarefa*, se uma idade é alcançada.
- Capacidade específica: ‘P’ é capaz *para essa tarefa*, se a habilidade *para essa tarefa* é alcançada⁴².

Dessa maneira, em um ordenamento comprometido com a autonomia, deve-se admitir que o regime das incapacidades como estabelecido no Código Civil de 2002, voltado para relações de caráter patrimonial, não pode ser simplesmente transposto para situações de caráter existencial, onde o valor autonomia não pode ser relativizado por questões de segurança no tráfego negocial ou operabilidade, visto estarem ausentes, na maioria das vezes, terceiros afetados em relações de caráter existencial.

Cite-se, neste sentido, a doutrina do “menor maduro” do *Common Law*. Na Inglaterra, embora incapaz negocialmente até a idade adulta de 18 anos, a partir dos 16 anos de idade é garantido legalmente o poder e o direito para consentir em tratamentos médicos, sendo que a partir do *case Gillick vx. West Norfolk and Wisbech área health authority* (1985) passaram as cortes inglesas a considerar o menor capaz em consentir ou não com um tratamento a partir de sua

⁴¹Veja-se, sobre o assunto, PALOMO, Carlos Rodrigues. *Autonomia del Nino em las Decisiones Sobre su Próprio Cuerpo*. Madrid: Universidade Complutense – Facultad de Derecho, 2004; MEYERS, David W. *The Human Body and the Law*. 2. ed. California: Stanford University Press, 1990, p. 155-179 e STANCIOLI, Brunello de Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 46.

⁴²STANCIOLI. *Relação...*, op. cit., p. 46.

capacidade de entendimento, e não por referência a qualquer idade específica que tenha atingido⁴³.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro revela previsões de capacidade específica além das já citadas, como para testar livremente a partir dos 16 anos (Art. 1.860, parágrafo único), sendo que mesmo no campo contratual algumas situações desafiam a inflexibilidade do regime das incapacidades. Uma operação de compra e venda de pequeno valor e complexidade levada a termo por um absolutamente incapaz dificilmente será reputada inválida (v.g. a compra de uma barra de chocolate por um menor com 14 anos), consagrando-se, a autonomia do agente para a concretização do ato.

Sendo assim, a concepção teórica assumida para análise das possibilidades e limites de intervenção estatal na autonomia privada, no que se refere ao objeto deste trabalho, tomará como critério, como dito inicialmente, a possibilidade de recondução da racionalidade instrumental do ato de intervenção a uma racionalidade comunicativa, pautada por um conteúdo normativo mínimo decorrente dos pressupostos pragmáticos do discurso moral, que estabelece um papel fundante à autonomia dentro de uma perspectiva cooriginária e busca preservar o máximo de liberdade possível no que se refere às concepções de vida boa, ou plena, e respeito atitudinal ou dignidade intrínseca (no sentido definido no item 2.3 do capítulo anterior).

3.6

Justificação e adequação: um esclarecimento quanto ao nível argumentativo/discursivo da investigação das limitações ao exercício da autonomia.

Deve-se observar que os limites para o exercício da autonomia privada quanto às modificações corporais serão analisados em um contexto de justificação, o que deve ser esclarecido.

Como visto, o princípio do discurso (“D”) requer que se considerem as conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma ou da

⁴³MEYERS *The human body...*, op. cit., p. 160.

aplicação da norma que necessita justificação por todos os potenciais afetados por ela, bem como seu consentimento, o que lhe garantiria imparcialidade.

A partir daí, pode ser feita a distinção entre justificação de uma norma e aplicação desta norma, onde se desenvolve o chamado juízo de adequação (que deve ser também justificado)⁴⁴.

De fato, o princípio do discurso espelha a chamada versão fraca de “U” (operador de universalização de juízos morais), formulada por Günther nos seguintes termos:

Uma norma é válida se as conseqüências e efeitos colaterais que surgirem para os interesses de cada indivíduo como resultado de sua observância geral sob circunstâncias não modificadas podem ser aceitos por todos⁴⁵.

Que deve ser contraposta a sua versão forte, que seria:

Uma norma é válida e em todo caso adequada se as conseqüências e efeitos colaterais que surgirem para os interesses de cada indivíduo como resultado de sua observância geral em cada situação particular podem ser aceitos por todos⁴⁶.

Isto porque a utilização da versão forte de “U” como regra de argumentação para justificação de uma norma implica em conhecimento e tempo ilimitados, de forma que sejam previstas, no momento da justificação, todas as situações possíveis em que a mesma seria em tese aplicável, bem como todas as conseqüências e efeitos colaterais possíveis. Isto, é claro, comprime a dimensão de adequação da norma junto ao ato de justificação, restando em um momento de aplicação apenas a atividade de subsunção do fato à norma.

É certo que ao se falar do estabelecimento de uma norma ou regra, combina-se esta com a idéia de um número de casos relevantes para esta e, portanto, nos quais a norma pode ser aplicada. Isto significa que se devem imaginar situações nas quais todos os aspectos factuais pressupostos pelo conteúdo semântico da norma se encontram presentes, sendo que da mesma forma

⁴⁴Observe-se que os termos “justificação” e “adequação” serão aqui utilizados com um sentido específico, e não no sentido comumente empregado na linguagem comum. “Adequação”, portanto, não se utiliza para denotar a mesma idéia a ser expressada quando se discute, por exemplo, a adequação social da norma. De fato, a questão da adequação ou inadequação social de uma norma se insere – no que se refere a níveis argumentativos relativos a juízos práticos –, no plano da justificação, como se verá adiante.

⁴⁵GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. [trad. FARREL, John], Albany: State University of new York Press, 1993, p. 35.

⁴⁶GÜNTHER. *The sense of...*, op. cit., p. 33.

se deveria estabelecer a aceitação por todos os afetados de todas as conseqüências e efeitos colaterais advindos de sua observância.

Entretanto, uma situação dificilmente consiste apenas dos contornos estabelecidos de forma genérica pela extensão semântica de uma norma aplicável, bem como os efeitos de sua observância raramente se restringem àqueles previstos inicialmente⁴⁷.

Sendo assim, uma versão forte de “U” não pode ser aceita como critério de justificação, pois implicaria em uma série de limitações subjetivas decorrentes dos níveis históricos de nossa experiência ou conhecimento, de modo que apenas aquelas circunstâncias, conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma que podem ser antecipados devem ser considerados. Dessa maneira, através de “D” somente se pode cumprir parcialmente a exigência de que uma norma seja válida para todos em todas as situações compreendidas em sua extensão semântica.

É necessário, portanto, já que não se pode tematizar validade e adequação em um ato único como sugerido pela versão forte de “U”, para satisfazer o critério de imparcialidade, um procedimento de adequação que obrigue a se examinar em cada situação individual se o requisito da norma de que seja obedecida em todas as situações nas quais é aplicável é também legítimo.

Como esclarece Klaus Günther:

O que é relevante para a justificação é apenas a norma em si, independentemente de sua aplicação em uma situação particular. É uma questão acerca de ser do interesse de todos que todos sigam a regra. Se uma norma incorpora ou não o interesse comum de todos não depende de sua aplicação, mas das razões que podem ser previstas pelas quais uma norma deve ser observada como uma regra por todos. O que é relevante para a aplicação, em contraste, é a situação particular, independentemente de ser sua observância geral também do interesse de todos⁴⁸.

⁴⁷Cite-se, como exemplo para que se melhor compreenda a diferença entre discursos de justificação e adequação o seguinte: todos podemos consentir que uma norma estabeleça como limite máximo, em zonas urbanas, a velocidade de 60km/h, a partir de uma justificativa baseada nos mais diversos argumentos, como a proteção de pedestres, a fluência do tráfego, a prevenção de acidentes, etc. Está norma, portanto, será reputada válida. Entretanto, caso uma ambulância transportando um paciente que necessite de assistência hospitalar urgente, sob risco de vida, às duas horas da manhã, exceda tal limite de velocidade, prontamente poderíamos afirmar que a regra em questão apesar de válida e justificada, não é *adequada* à situação concreta com a qual se depara, motivo pelo qual não incidiria sobre o fato, prevalecendo, portanto, a preservação daquela vida humana concretamente considerada sobre as razões abstratas apresentadas no momento de justificação.

⁴⁸GÜNTHER. *The sense of...*, op. cit., p, 37-38.

Desta maneira, o momento de aplicação não se reduziria à questão da subsunção ou não dos contornos situacionais concretos àqueles previstos na norma, mas se refere a um procedimento discursivo onde se submete a norma a uma versão mais forte de “U”, ou no caso, de “D”, levando-se em consideração todas as circunstâncias e contornos situacionais presentes em concreto, bem como todas as outras normas que em tese podem ser aplicadas à situação e suas conseqüências para a realização do juízo de adequação, devidamente fundamentado.

Afirmar que a análise a ser desenvolvida acerca dos limites ao exercício da autonomia privada em matéria de modificações corporais se desenvolverá no plano de justificação significa, portanto, que apesar de se tomar como referência um conjunto de situações fáticas para o estabelecimento de uma norma de intervenção ou não intervenção, não se buscará exaurir todas as hipóteses de aplicação e, conseqüentemente, adequação de tal resultado. Ou seja, os contornos situacionais específicos, bem como limitações empíricas concretas ao exercício de um juízo autônomo não receberão atenção privilegiada, senão como referências para um procedimento de justificação operado através da versão fraca do princípio do discurso. Com relação ao agente, dessa maneira, presume-se que este seja capaz, informado e livre de dolo, coação, estado de perigo ou necessidade (no sentido atribuído a estes termos pelo CC 2002 nos artigos 145 e seguintes) no que se refere à eleição das modificações que pretenda realizar. Da mesma forma, presume-se que a técnica necessária para que se promova a modificação é existente e segura quantos aos resultados para a própria pessoa (não se trata de um trabalho acerca de experimentos com humanos).

Esclarecido, portanto, o nível argumentativo em que se analisará a amplitude o exercício da autonomia privada (no caso, como regra inicialmente válida que, todavia, pode comportar exceções baseadas em contornos situacionais específicos) passa-se a investigar esta no âmbito das modificações corporais de caráter funcional através de intervenções biotecnológicas.