

O RECONHECIMENTO E A LEGITIMAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA APLICADA AO BIODIREITO.

Diogo Luna Moureira*

RESUMO

O reconhecimento da pessoa humana e a autonomia que dela decorre são problemáticas latentes da Modernidade. Seja quando do seu alvorecer com o reconhecimento ontológico e axiológico da condição de ser humano, notadamente no que se refere à Teoria dos Direitos Naturais, seja quando a Modernidade passa a se auto-refletir, criticando-se e buscando respostas diante de inúmeras situações que gradativamente se desvelam no cenário social e jurídico (Alta-Modernidade), uma vez que o constante desvelar da pessoa humana se torna uma realidade constante.

Não se pretende com o presente trabalho a análise específica de casos concretos que envolvam a interdisciplinaridade entre as Ciências da Vida e o Direito, mas, sim, a busca de um fundamento jurídico do qual se desenvolve proposições interpretativas envolvendo problemáticas acerca do Biodireito.

Buscar um fundamento Democrático do Direito Privado na Alta-Modernidade implica retomar, criticamente, a análise de determinadas situações jurídicas reconhecendo a dignidade da pessoa humana como núcleo em torno do qual o Direito acontece. Entretanto, a proposta que se faz com o presente trabalho não é petrificar a dignidade humana num conceito axiologicamente elaborado. Pelo contrário, dignidade humana implica em *respeito*, no sentido “atitudinal” do termo (TAYLOR, 1997), sendo que é a partir do reconhecimento e legitimação da autonomia privada que se torna possível densificar a dignidade num caso concreto, através do discurso, principalmente em questões envolvendo as Ciências da Vida.

O problema central envolvendo o reconhecimento e legitimação da autonomia privada, portanto, se centra na conciliação de esferas de *liberdades e não liberdades* da pessoa humana, que desde o amanhecer da modernidade se desvela num constante “sendo”.

* Mestrando em Direito Privado pela PUC Minas

PALAVRAS-CHAVES

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; AUTONOMIA PRIVADA; IDENTIDADE; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

RESUMEN

El reconocimiento de la persona humana y la autonomía que viene son problemáticas latente de la Modernidad. Sea cuándo del su amanecer con el reconocimiento ontológico y valorativo de la condición de ser humano, especialmente en lo que se referi a la Teoría de los Derechos Naturales, sea cuándo la Modernidad passa a se auto-reflejar de forma crítica y procurar, así, respuestas delante de muchas situaciones que poco a poco se desvela en el escenario social y jurídico (Alta-Modernidad), una vez que el constante desvelar de la persona humana se transforma en una realidad constante.

No es objetivo con el presente trabajo el analise específica de situaciones concretas que involvan la interdisciplinaridad entre las Ciências de la Vida y del Derecho, pero, si, en busca del fundamento jurídico de lo qual se desarolle proposiciones interpretativas envolviendo problemáticas acerca del Bioderecho.

Buscar un fundamento Democrático del Derecho Privado en la Alta-Modernidad implica volver, criticamente, la evaluación de algunas situaciones jurídicas, reconociendo la dignidad de la persona humana como núcleo alrededor de lo cual el Derecho ocurri. Todavía, la proposta que se ha hecho con el presente trabajo no es petrificar la dignidad humana en un conceito valorativo elaborado. Pelo contrário, la dignidad humana implica en *respecho*, no sentido “atitudinal” del termo (TAYLOR, 1997), siendo que es a partir de lo reconocimiento y legitimación de la autonomía privada que se torna possible densificar la dignidad en una situación concreta, através de lo discurso, principalmente en cuestiones en que las ciencias de la vida son analizadas, interpretadas y limitadas por el Derecho, principalmente em cuestiones envolviendo las Ciências de la Vida.

El problema central envolviendo el reconocimiento e la legitimación de la autonomía privada, todavía, se centra en la conciliación de esfera de *liberdades e no liberdades* de la persona humana, que desde lo amanecer de la modernidad se revela en una constante “siendo”.

PALAVRAS-CLAVES

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO; AUTONOMIA PRIVADA; IDENTIDAD; DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA; INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

1. INTRÓITO HISTÓRICO: o desenvolvimento da Autonomia.

Com a queda do Império Romano Ocidental em decorrência das invasões bárbaras, a Idade Média surge caracterizada pela fragmentação e privatização do Poder Político (DUBY, 2004, p. 24), de forma que a individualidade, até então mitigada, perde espaço para o abrangente sentido de *coletividade* e *comunitário* da Idade Média, eis que no medievo a vida da pessoa fica vinculada à idéia de coletivo, de vida familiar. “A vida privada é, portanto, vida de família, não individual, mas de convívio, e fundada na confiança mútua” (DUBY, 2004, p. 23).

A organização político-administrativa do Império Romano Ocidental é gradativamente reestruturada, de forma que o Poder Político, outrora centralizado, é distribuído em núcleos comunitários que passam a concentrar aquilo que é público e que é privado. A revolução feudal, portanto, é caracterizada por Georges Duby como a Invasão do Privado (DUBY, 2004, p. 24), pelo fato de revelar o encolhimento do espaço público pela abertura do espaço privado a toda a organização comunitária. Neste sentido: “poder-se-ia dizer que na sociedade que se torna feudal a área do público se embota, se encolhe, ao termo do processo, tudo é privado, que a vida privada penetra tudo.” (DUBY, 2004, p. 24).

Assim é que surgem os Feudos, como núcleos comunitários que substituem o Estado clássico até então esfacelado. É nos Feudos que se verificava a existência concomitante do Poder Público e do Poder Privado emergente. Os castelos Feudais representavam esta conjugação, pois dois símbolos, o do Poder Público e o do Poder Privado, se faziam presentes: “de um lado a torre, erguida, erigida, emblema do poder de coerção, de outro a cerca, a ‘camisa’, como dirá o francês antigo, emblema de isenção doméstica”. (DUBY, 2004, p. 33).

O esfacelamento do Poder Político levou os sujeitos a buscarem os feudos a fim de alcançarem algo que substituísse o Estado no que se refere à segurança, estabilidade relacional e possibilidade de vida comunitária. Não diferentemente da reestruturação da organização política, a sociedade se redefine e se reorganiza de forma estratificada. A

idéia de casa, isenção doméstica e cercado traz para a organização política-administrativa do Feudo a figura do *pater* como senhor e administrador de tudo o que era reunido em seus domínios. Todas as esferas do Poder Político eram reduzidas aos mandos dos senhores feudais que conduziam os vieses da vida social e determinava a economia fechada, agrária e de subsistência.

Entretanto, ainda que diante de toda essa invasão do privado, Georges Duby conclui que “paradoxalmente, quando a sociedade se feudalizou, houve cada vez menos vida privada porque todo o poder se tornara cada vez mais privado” (DUBY, 2004, p. 39), pois a idéia de vida comunitária sufragava o que de fato torna algo privado, isto é, *a autonomia*¹.

Talvez seja este um dos motivos que impulsionou a indignação de uma classe alocada em burgos que, longe dos arbítrios do Poder dos Senhores Feudais e empenhada no desenvolvimento de atividades mercantis, buscava o exercício pleno da autonomia, com o intuito de conquistar a hegemonia política e econômica. O desenvolvimento do comércio, a negação do ócio e a segurança econômica e política eram escopos almejados pela burguesia, a fim de que as relações jurídicas pudessem assentar num direito unificado, vigente e válido para *todos* que, *voluntariamente*, almejassem estabelecer relações negociais (autonomia da vontade).

Gradativamente, os qualificativos da Idade Média vão perdendo espaço para uma nova proposta de vida social que emerge graças ao interminável movimento relacional do ser humano. A classe burguesa e o seu movimento econômico tiveram forte influência em todo processo de redefinição de paradigmas da sociedade, a começar pelo movimento político de reestruturação do Estado Estamental para um Estado Unificado, embasado num Direito sistematizado que protegesse o indivíduo nas suas relações intersubjetivas.

De outro lado, o movimento econômico encampado pela burguesia visava movimentar o mercado e aumentar as transações negociais a fim de combater o ócio e o acúmulo de riquezas dos nobres e, conseqüentemente, movimentar a máquina geradora de capitais e a rotatividade dos vínculos negociais. O que a burguesia buscou foi negar o ócio (negócio) e desenvolver a produção e o consumo, através do exercício pleno da liberdade, notadamente econômica, concretizada na autonomia da vontade.

¹ De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, “a autonomia é a liberdade que as pessoas têm de se regerem e vincularem a si próprias, umas perante as outras, de prometerem e de se comprometerem.” (VASCONCELOS, 2005, p. 15).

Após o século XII, reinicia-se o processo de reconstrução do espaço público até então privatizado. A centralização do Poder Político nas mãos de um senhor é interesse imediato da sociedade, mormente daqueles que viam em tal proposta uma saída para o desenvolvimento econômico e o desembaraço político. O Estado absoluto surge nos mesmos moldes da organização política medieval já que o castelo substitui os Feudos e os senhores feudais são substituídos pelos reis. Não diferentemente da organização vigente no medievo, no absolutismo arbitrariedades também eram cometidas pelos reis, liberdades eram cerceadas e valores eram impostos, mormente pela então aliada Igreja Católica que desde muito vinha conquistando seu espaço e trilhando caminhos em direção ao Poder de controle político, econômico e social.

É na Baixa Idade Média, entretanto, que a pessoa humana é recolocada noutra *status* social, pois aquele ser que em tempos de outrora era um verme que rastejava diante de toda a onipotência de um Deus severo e vingativo, toma o lugar do Criador e passa a ser o centro do universo. A desprivatização do Poder Público possibilita que a pessoa humana assuma a sua individualidade e reconheça a sua natureza ontológica e, acima de tudo, axiológica.

Não há mais um ser submerso nas escuridões dos dogmas, mas sim um ser racional, questionador de tudo que existe e capaz de se auto-transformar, a ponto da própria natureza ser desafiada pelo desenvolvimento das ciências. Discussões filosóficas até então submersas nos domínios cristãos são reabertas e permitem a releitura de filósofos clássicos como Aristóteles.

A reflexão escolástica, mormente pelo pensamento de São Tomás de Aquino, revigora a autonomia da vontade do ser humano racional, capaz de entender e refletir, por si só, acerca de determinadas situações concretamente existentes. É a partir desta experiência fática de autonomia que uma experiência com Deus se torna possível.

Não diferentemente, os louvores rendidos ao movimento renascentista decorrem da própria valorização da liberdade do ser humano racional a quem é conferida a capacidade de autodeterminação. Giovanni Picco Della Mirandola, como notável exemplo do humanismo renascentista, em seu “Discurso sobre a Dignidade do Homem”, apresenta o ser humano como autoconstrutor de si mesmo, desimpedido para exercer a sua própria liberdade e fazer escolhas, independentemente de inclinações. Nas palavras de Pico Della Mirandola:

Estabeleceu, portanto, o óptimo artífice que, àquele a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parcelarmente aos outros. Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: “Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até os seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.” (PICCO DELLA MIRANDOLA, 2001, p. 51-52).

O ontologismo em torno da pessoa humana abre o discurso da Idade Moderna e o seu interminável esforço na busca pela conciliação das diferentes autonomias que foram ganhando espaço no seio social, a fim de que iguais liberdades pudessem ser exercidas.

A (re) definição, ou melhor, a evolução de uma experiência de autonomia foi possível graças aos movimentos filosóficos, científicos e religiosos que valorizavam a existência do ser a partir de um conceito ontológico de pessoa. A autonomia do ser humano passa a refletir a sua vontade e o seu poder de se apresentar em face dos outros indivíduos com quem são materializadas as relações sociais e perante o próprio Estado que, nesse momento, não intervém na liberdade dos indivíduos, uma vez que a máxima de sua atuação é gerida pelos ditames do *laissez faire* e do *laissez passer*.

A autonomia da vontade é levada à categoria essencial do direito, de forma que os Direitos Subjetivos, como decorrentes da estruturação da vontade humana, são definidos com rigor e afastados de interferências externas que não da própria vontade humana.

No campo social, destaca-se o movimento da Reforma contra o domínio religioso da Igreja Católica, que passa a contestar e questionar dogmas que aprisionavam os indivíduos numa clausura moral delimitada pelo Céu e Inferno. A dualidade do pensamento e o domínio do medo mantiveram os indivíduos aprisionados no ideal comunitário de partilha e de cumplicidade, eis que, como bem adverte Robert Muchembled, “produzir a imagem do Mal por meio do que se poderia chamar de imaginário coletivo de uma sociedade é algo sempre estreitamente ligado aos valores mais atuantes nesta mesma sociedade” (MUCHEMBLED, 2001, p. 32).

A cultura sobre o Mal expressa duas situações que são importantes para serem destacadas. Uma se refere à manutenção dos laços de dependência da pessoa para com a Igreja Católica na medida em que “a acentuação do medo do inferno e do diabo tem, provavelmente, por resultado um aumento do poder simbólico da Igreja sobre os cristãos mais atingidos por estas mensagens.” (MUCHEMBLED, 2001, p. 36). De outro lado, gera o que se pode nomear como processo de manipulação da autonomia já que o aumento de poder de Lúcifer “traduz um movimento de conjunto da civilização ocidental, uma germinação de poderosos símbolos constitutivos de uma identidade coletiva – que não deixa de trazer consigo contradições importantes.” (MUCHEMBLED, 2001, p. 32).

Contra isso, a Reforma impulsiona a valorização do indivíduo e a sua capacidade cognoscitiva de interpretar textos sagrados, independentemente da mediação de sacerdotes. Conseqüentemente, um dos principais efeitos da Reforma Religiosa, além do fortalecimento da autonomia da pessoa, é “o impulso dado ao individualismo, com grande repercussão no campo do direito civil, na medida em que contribui para o desenvolvimento e a aplicação de um direito geral e igualitário”. (AMARAL, 2006, p. 118)

Aliada à Reforma Religiosa, a Revolução Intelectual redefine conceitos e altera paradigmas científicos e jurídicos apresentando novas propostas a esta sociedade e ao novo indivíduo que nela nasce. A capacidade racional conferida ao indivíduo possibilita o seu desenvolvimento enquanto ser pensante, capaz de tomar, sozinho, as suas próprias decisões e posicionar-se no mundo social.

Juntamente com a idéia ontológica da existência do indivíduo e os consectários imediatos da autonomia da vontade e do individualismo, o Direito Natural, lido a partir da razão humana, proporciona o desenvolvimento das categorias dos Direitos Subjetivos e a relevância da autonomia da pessoa humana nas relações jurídicas.

É na modernidade que o Direito Natural surge embasado na razão humana e contesta qualquer forma de direito natural que advenha da natureza ou mesmo da vontade divina. É a partir da própria pessoa humana que o Direito Natural brota. Conforme salienta Marcelo Galuppo, o Direito Natural, influenciado pelo racionalismo individualista, “deixará de ser visto como um dado objetivo e passará a ser considerado como uma construção subjetiva, uma vez que o sujeito, e não a comunidade (ethos), passa a ser categoria explicativa e operativa básica da sociedade moderna”. (GALUPPO, 2002, p. 59)

É importante ressaltar, ainda, que a partir do racionalismo jurídico encabeçado por Hugo Grócio e Samuel Pufendorf nasce na modernidade a idéia do *Direito Privado* visto como *sistema*, ou seja, como um conjunto unitário e coerente de regras que a partir de um processo dedutivo poderia ser *posto* ao caso concreto. Francisco Amaral, ao apresentar o rompimento do Direito Privado Moderno com o método Romano, afirma que:

Reflexo do racionalismo (*rectius*, do jusnaturalismo) é a concepção do “direito como sistema, dotado de método dedutivo específico, construído a partir de conceitos gerais”. No campo do direito privado, liberta o direito civil da submissão histórica às fontes do direito romano, abrindo caminho para a construção do sistema que hoje domina os códigos. Surgem as figuras abstratas da obrigação, do dever contratual, do sujeito de direito, da declaração de vontade, do negócio jurídico, doutrinas que o direito comum não tinha construído como teorias gerais, e que são princípios jusnaturalistas transformados em categorias técnico-jurídicas. (AMARAL, 2006, p. 119)

O movimento modernista ataca toda forma de aprisionamento humano. A subjetividade jurídica é buscada e protegida pelo Direito e pelo Estado que em sua primeira manifestação moderna caracteriza-se pelo absentéismo. O individualismo, a autonomia da vontade e a responsabilidade individual ganham relevante importância para o mundo jurídico. “A sociedade moderna é, assim, marcada pela instituição do homem como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais (como acontecia na Idade Média) e responsável por si mesmo”. (AMARAL, 2006, p. 121)

Contestando os paradigmas liberais de política (Estado absentéista), de economia (capitalismo) e de Direito (individualismo), o reconhecimento da desigualdade e a certeza de que mesmo sendo livres os indivíduos teriam dificuldades de se mobilizarem socialmente e se igualarem, surgem os movimentos de *socialização* buscando integrar os desiguais a fim de que pudessem desfrutar de uma igualdade material e não meramente formal como defendido nos movimentos modernos liberais. Mais uma vez, a busca pela co-vivência de iguais liberdades é posta à prova e novos discursos jurídicos são revolidos com o fim de redefinir os contornos da autonomia da pessoa humana e os limites da manifestação da vontade.

Embalado pelas justificativas de *necessidade de intervenção*, com o objetivo de compartilhar a tão aclamada igualdade, o Estado se fortalece impondo projetos de *integração* das pessoas humanas. Acreditando ser esta a solução para a minimização das disparidades decorrentes de liberdades co-existent.

Porém, nem o modelo de Estado Liberal nem de Estado Social conseguiu apaziguar o conflito social e filosófico que teve origem no engatinhar da modernidade: a co-vivência de liberdades. O fato é que a pessoa humana deve ser vista como um ser *mutável* que não necessita de integração social conforme a variação do movimento político e econômico, mas como um ser nascido a partir de uma *pluralidade existencial* que demanda a tutela estatal *inclusiva* e não *integradora*. Nas palavras de Marcelo Galuppo:

Enquanto o Estado Liberal procurava eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores “dominantes” e o Estado Social procurava impor um “projeto alternativo” e arbitrário ao poder econômico, *integrando* mais que *incluindo*, aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário, o Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da *inclusão* do que da *integração*. (GALUPPO, 2002, p. 20-21)

Assim, a partir desse projeto Democrático de Estado e de Direito é que a autonomia privada deve ser privilegiada e vista como fundamento democrático do Direito Privado da Alta-modernidade. O reconhecimento moderno da pessoa humana e a sua valorização no decorrer dos tempos fizeram com que ela assumisse papel central na fundamentação do Direito. Nem o individualismo solitário tampouco o socialismo aprisionador são formas de *inclusão* e *valorização da individualidade*, máxime da diferença.

A inclusão buscada no Estado Democrático de Direito deve ser vista a partir do reconhecimento dos variados projetos de vida e a *co-vivência* entre eles. Como bem defende Marcelo Galuppo, a sociedade capitalista favorece o surgimento de uma pluralidade de projetos de vida e que “a grande tarefa do direito nessa sociedade será ou de eliminar um dos projetos (no Estado Liberal), ou de impor um projeto sobre os demais (no Estado Social), ou de permitir a convivência destes projetos (no Estado Democrático de Direito)”. (GALUPPO, 2002, p. 71-72)

Neste contexto, o Direito no Estado Democrático deve ser visto como um *sistema aberto de regras e princípios* que, em decorrência da sua flexibilidade, tende a reconhecer e dar amparo aos mais variados projetos de vida que se revelam na sociedade da Alta-Modernidade, graças ao reconhecimento e legitimação da autonomia privada.

O desenvolvimento das tecnologias e a manipulação da vida pelas Ciências trazem à tona inúmeras situações complexas em que o Direito é convocado para apresentar *possíveis* respostas. Nem as Ciências nem o Direito compreendem a totalidade da vida humana, e jamais a compreenderão, uma vez que ela se desvela no tempo e não tem condições de ser aprisionada num conceito ou numa teoria imutável. Ora, se um dia a terra foi o centro do universo ou se o sol ocupou o seu lugar noutra época, hoje, não se fala mais em centro, mas numa imensidão descentrada.

O fato é que a sociedade se desenvolve, as tecnologias se enobrecem, a vida se revela a cada dia, em cada tempo e espaço, de forma que o encontro das Ciências da Vida com o Direito permite que a pessoa humana produza, nas suas interações intersubjetivas, inúmeras situações que, a princípio, causam perplexidade social, como a busca pelo Direito de Morrer, pelas técnicas de reprodução assistida, pelo aconselhamento genético, redesignação sexual etc.

Ao Direito, portanto, é dada a missão de construir, deontologicamente, uma resposta possível a tais situações humanas. A racionalidade se desloca do campo da metafísica para a linguagem, ou seja, para a *racionalidade do discurso*. É por essa razão que no Estado Democrático de Direito é tão relevante à tensão entre faticidade² e validade³, conforme apresentado por Jürgen Habermas.

2. O HOMEM COMO FIM EM SI MESMO: a importância da filosofia de Kant na contextualização da Autonomia Privada.

Discorrer sobre a abertura da pessoa humana na modernidade e, propriamente, a valorização da sua autonomia sem passar pela filosofia Kantiana é analisar o objeto sem se ater ao seu fundamento. Marcelo Galuppo, considerando a relevância da filosofia kantiana, considera Kant “o maior filósofo do século XVIII, já que toda a filosofia moderna converge para sua obra e toda a filosofia contemporânea parte dela.” (GALUPPO, 2002, p. 77). Não diferentemente, Giorgio Del Vecchio assegura que Kant, “se não o fundador da Filosofia moderna [...], é certamente o renovador. [...] Ele é sem

² Faticidade – “caráter histórico e contingente do direito moderno que o liga, indissolavelmente, ao fato de ser um sistema de ação que recorre inclusive a força para sua concretização e, assim, à política”. (GALUPPO, 2002, p. 18)

³ Validade – “dimensão de justificativa racional do direito moderno, que o liga, indissolavelmente, à exigência de sua fundamentação, vale dizer, às questões acerca da sua legitimidade e justiça, e, assim, à moral moderna”. (GALUPPO, 2002, p. 18-19)

dúvida o maior filósofo da nossa era, e talvez de todos os tempos.” (DEL VECCHIO, 1950, p. 63, tradução nossa)⁴.

É a partir da filosofia transcendental kantiana que a filosofia se humaniza no homem e nas suas possibilidades deflagradas no reconhecimento da própria humanidade. O amadurecer da modernidade coloca o homem no centro das problemáticas existenciais e introduz o conceito de autonomia como foco central das especulações teóricas, sendo que é a partir da filosofia kantiana que a autonomia é introduzida na reflexão filosófica e, necessariamente, movida ao discurso jurídico, uma vez que é pela filosofia que possíveis respostas são apresentadas. De acordo com Manfredo Araújo de Oliveira (1995), autonomia, na reflexão kantiana, significa “a capacidade e a tarefa que caracteriza o homem como homem, ou seja, de autodeterminar-se e de autoconstruir-se em acordo com as regras de sua própria razão.” (OLIVEIRA, 1995, p. 119-120).

Diferentemente da filosofia transcendental idealista e contemplativa do cosmo, a filosofia transcendental proposta por Immanuel Kant busca respostas às condições de possibilidades que se desvelam no mundo fenomênico, uma vez que “o homem moderno não se entende mais como contemplador passivo do mundo, mas como *construtor* ativo, tanto na ordem do conhecimento, como na ordem da ação” (OLIVEIRA, 1995, p. 16). Ao contrário do método analítico do conhecimento em que se adota um juízo necessário e universal, partindo da totalidade para a individualidade, o método Kantiano percorre caminho oposto, eis que parte do indivíduo para a totalidade num verdadeiro reconhecimento de *experiências possíveis*, revelando a importância da subjetividade e autonomia humana nos projetos filosóficos da modernidade.

A modernidade valoriza o sujeito e a sua autonomia diante das relações que se perfazem no mundo prático, assim, a filosofia kantiana, inserida nessa realidade moderna, além de ser envolvida nesse movimento de contemplação ativa do sujeito e de suas ações possíveis, se contrapõe ao juízo analítico do racionalismo e ao juízo sintético *a posteriori* do empirismo. Kant propõe um juízo do método transcendental que não seja necessário como é o caso do juízo analítico, nem contingente, construído apenas pela experiência, como é o caso do empirismo, mas sim um método em que se reconhece as possibilidades do conhecimento humano, uma vez que se trata de conhecimentos de uma experiência possível (juízo sintético *a priori*), valorizadora da subjetividade.

⁴ Il Kant, se non il fondatore della Filosofia moderna [...], ne è certamente il rinnovatore. [...]. Egli è senza dubbio il più grande filosofo dell'età nostra, e forse di tutti i tempi.

É nessa valorização da subjetividade que repousa o que se chamou de reviravolta copernicana da filosofia, uma vez que “a filosofia de Kant tematiza com toda clareza aquilo que era a tendência oculta da filosofia moderna: a função construtiva da subjetividade no conhecimento” (OLIVEIRA, 1995, p. 17). Além do mais, é preciso registrar que:

Kant pretende superar o que chamou de dogmatismo da metafísica: o sujeito é o elemento decisivo no conhecimento e na ação humanos, pois é o elemento de determinação do processo. Sem a ação da subjetividade, o conhecimento e a ação são impensáveis e por isso querer tematizá-los sem levantar a pergunta transcendental é cair no mais profundo dogmatismo. (OLIVEIRA, 1995, p. 17)

O homem é fim em si mesmo, possui valor próprio, inerente a sua própria humanidade. A filosofia kantiana realça a posição do homem e redefine o ponto de partida da filosofia transcendental, reconhecendo não apenas a subjetividade, mas propriamente a alteridade, uma vez que uma das fórmulas secundárias do imperativo categórico é o reconhecimento do outro também como fim em si mesmo para orientação das ações do sujeito que se interage socialmente: “*age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*” (KANT, 1960, p. 69).

Não há na filosofia de Kant risco de individualismo, mas sim de uma perspectiva de universalidade, de um princípio da humanidade que conduz e direciona as ações humanas, limitando o exercício arbitrário da liberdade no mundo sensível, a fim de possibilitar a co-existência de iguais liberdades, “pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível *os meus*, para aquela idéia poder exercer em mim *toda* a sua eficácia.” (KANT, 1960, p. 71).

Como bem advertiu Marcelo Galuppo:

Existe uma tendência muito grande por parte dos intérpretes em sobrepor a liberdade à igualdade na arquitetura da moral Kantiana, mas, como demonstra Höffe, essa sobreposição não pode ser justificada porque, na verdade Kant não formula um princípio da pura liberdade como fundamento do direito, mas de um *princípio da liberdade igual* (Höffe, 1985:176). (GALUPPO, 2002, p. 94).

A partir do reconhecimento de que as ações do homem no mundo sensível são tendencialmente sujeitas a inclinações, e a fim de conciliar o fato de que “toda vontade humana seria uma vontade legisladora universal por meio de todas as suas máximas”

(KANT, 1960, p. 74), Kant assume a *Autonomia*, atrelando-a ao fundamento *a priori* de Dever aplicável ao mundo sensível, de forma que um sujeito verdadeiramente autônomo seria aquele que age a partir de uma determinação interna, livre de inclinações, de forma que sua ação valeria para todo o ser racional em geral.

De acordo com Kant, todos os seres racionais estão submetidos à lei “que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si*” (KANT, 1960, p. 76), na busca do exercício de iguais liberdades. É nesse viés, que surge o conceito de *dignidade* na filosofia kantiana, haja vista que se a natureza humana existe como fim em si mesmo, a dignidade certamente deriva da Autonomia do ser racional, capaz de estabelecer o espaço e os limites da sua atuação, um ser consciente de si e que se auto-constitui:

A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. (KANT, 1960, p. 77).

Como conclui Kant, a “Autonomia é, pois fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1960, p. 79). Ao contrário, agir em função de algo, não significa agir autonomamente, mas sim heteronomamente, isto é, “quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, *em qualquer outro ponto* que não seja a aptidão das suas máximas [...]” (KANT, 1960, p. 86).

Para Kant há um único direito inato: a liberdade, “na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, original, que corresponde a todo homem em virtude da sua humanidade.” (KANT, 1994, p. 49, tradução nossa)⁵. Nesse ponto, em decorrência da conclusão de que o homem é fim em si mesmo e os outros com quem ele interage também devem ser vistos como fins em si mesmos [*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* (KANT, 1960, p. 69)], Kant sustenta que da liberdade inata decorrem três conclusões intimamente ligadas a ela: a *igualdade inata*

⁵ La *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de outro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier outro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad.

(independência que consiste em não ser obrigado por outros, a não ser aquilo que, reciprocamente, pode-se obrigar a si próprio), a integridade em não prejudicar os outros e não os obrigar a algo que não queiram⁶.

O sentido da universalidade na filosofia kantiana não implica em imposição de algo absoluto a todos, mas sim de respeito e tentativa de conciliação das iguais liberdades que se perfazem no mundo sensível, problema este que torna a antiga filosofia kantiana tão recente e retoma discussões sob novas perspectivas, buscando-se rejuvenescidas respostas a partir de velhos pensamentos filosóficos.

3. O FUNDAMENTO DO DIREITO NA ALTA-MODERNIDADE: o reconhecimento da Autonomia Privada.

Pelo esboço histórico traçado na introdução, pode-se afirmar que o fundamento do Direito da Alta-Modernidade tem como núcleo de gravidade a pessoa humana e a pluralidade de projetos de vida que se apresentam na sociedade, buscando a coexistência de iguais liberdades que se revelam pela autonomia privada.

A centralização da pessoa humana no discurso interpretativo do Direito não revela uma mudança de paradigma que seja somente privilégio do Direito Privado, pois hoje só é possível pensar no Direito se se pensar na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CR/88), discursivamente contemplada, como fundamento do Estado e foco central das fundamentações jurídicas.

Mas em que sentido se propõe que a dignidade humana deva ser entendida e interpretada?

Ao contrário do que muito se ouve acerca da dignidade da pessoa humana, notadamente fundamentações valorativas que cerceiam o revelar da pessoa no exercício da sua autonomia privada, defende-se com o presente trabalho que a dignidade humana se revela no discurso, através do procedimento interpretativo em que se parte do problema em busca da premissa e não desta para aquele, como se a dignidade humana fosse um conceito pré-estabelecido e que estivesse pairando sobre as pessoas. Se é que se pode pretender fechar a dignidade humana num conceito.

⁶ La *igualdad* innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también reciprocamente podemos obligarles; por consiguiente, la cualidade del hombre de ser su próprio *señor* (sui iuris); de igual modo, la da ser un hombre *íntegro* (iusti), porque no ha cometido injusticia alguna con su anterioridad a todo acto jurídico; por último, también, la facultad de hacer a otros lo que en si no les perjudica en lo suyo, si ellos no quieren tomarlo así. (KANT, 1994, p. 49).

A partir da importância da autonomia privada como meio de tomada de posição da pessoa humana em seus vínculos relacionais como ser dotado de capacidade de autodeterminação, dignidade se refere à importância da vida cotidiana, isto é, “*o nosso sentido de merecer respeito (atitudinal)*” (TAYLOR, 1997, p. 29). E a isso, o Direito deve se ater, de forma que esse respeito só pode ser verificado no caso concreto, mediante um discurso deontologicamente motivado, isento de apontamentos axiológicos que invariavelmente deturpam o que se pretende dizer com respeito no sentido atitudinal.

Só a transformação da norma em fenômeno pode demonstrar se há ou não respeito à dignidade da pessoa humana e se a autonomia privada foi respeitada, principalmente quando, num Estado Democrático de Direito, se legitima a pluralidade de projetos de vida.

Definir previamente o conteúdo da dignidade humana, como dito, é tarefa impossível, pois só se é pessoa numa rede de interlocução (TAYLOR, 1997), e só o exercício da autonomia no discurso é que se pode definir o que se revela a dignidade humana.

Para ilustrar, é imperioso descrever um exemplo posto por Charles Taylor em sua obra “*As fontes do Self: a construção da identidade moderna*” no que tange a *renunciabilidade de direitos* que, por muitos, são tidos como inalienáveis (naturais), v. g., o direito à vida. Para muitos, o direito à vida é sagrado e inalienável, pois viver corresponde a vida quantitativa, seja a que custo for, ainda que nesta situação a eutanásia seja a melhor saída para toda a dor e sofrimento. Não obstante, esta ânsia de viver deve ser respeitada, já que nesta situação se revela à determinada pessoa o sentido de merecimento de respeito: dignidade.

De outro lado, pode haver situações em que, para outras pessoas, viver significa qualidade, de forma que, neste caso, a eutanásia poderia se tornar instrumento de concretização da dignidade, já que ela revelaria o respeito esperado pelo paciente acerca da sua vida. Retomando a fundamentação filosófica de Taylor:

De certo modo, falar de um direito universal e natural à vida não parece muita inovação. A mudança parece ser uma questão de forma. A maneira anterior de expressar o tema era que existe uma lei natural contra tirar vidas inocentes. Ambas as formulações parecem proibir as mesmas coisas. A diferença, porém, não está no que é proibido, mas no lugar do sujeito. A lei é aquilo a que devo obedecer. Ela pode me assegurar alguns benefícios, no caso, a imunidade de que também minha vida deve ser respeitada; mas, fundamentalmente, estou *sob* a lei. Em contraste, um direito subjetivo é

alguma coisa em relação à qual o possuidor pode e deve agir para colocá-la em vigor. Atribuir a alguém uma imunidade, antes dada pela lei natural, na forma de um direito natural é dar-lhe um papel no estabelecimento e aplicação dessa imunidade. Agora, sua participação é necessária e seus graus de liberdade são correspondentemente maiores. No limite extremo destes, pode-se até renunciar a um direito, derrotando assim a imunidade. (TAYLOR, 1997, p. 25).

Desta forma, a princípio, não há que se falar em normas que preservem direitos da pessoa tidos por universais, inalienáveis e inatos, por possuir caráter absoluto. Os Direitos carregam consigo normas que preservam determinados bens elegíveis numa determinada sociedade, mas ao mesmo tempo, tais bens comportam interpretações diferentes de acordo com o exercício da autonomia da pessoa sujeita do Direito. O seu Direito de escolha e de merecimento de respeito, por exemplo, quando se fala em direito à vida, pode ser interpretado, numa outra ótica, como Direito de Morrer. De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá:

Tradicionalmente, o que se sustenta é que a vida humana constitui bem jurídico de titularidade social, não individual, e o princípio da indisponibilidade da vida é consequência dessa assertiva. Não obstante tal afirmação, contemporaneamente, o que se vê é o surgimento de outra corrente, contrária à anterior, que afirma a disponibilidade da vida, sendo certo que ao seu titular há de ser reconhecida a liberdade de disposição. (SÁ, 2005, p. 132).

Como diz Taylor: “falar em direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e integridade humana à noção de autonomia. É conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido”. (TAYLOR, 1997, p. 26).

Além do mais, se se tratar um determinado direito subjetivo como inato e indisponível, o mesmo deixará de ser direito, e se restringirá à categoria de dever, que prescinde da autonomia da pessoa para a sua implementação. O Direito que permite que a pessoa humana se interaja na rede de interlocutores no possível discurso jurídico democrático trata-se de liberdades subjetivas, isto é, de direito subjetivo, compreendido, nas lições de Lúcio Antônio Chamon Júnior como “o reconhecimento argumentativo de uma esfera de liberdade” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 106).

É assim que a dignidade da pessoa humana, traçada no texto constitucional como princípio do Estado Democrático de Direito, deve ser encarada como fundamento do Direito. Não pelo simples fato de estar descrito na Constituição Republicana, mas, sim, pelo fato de ser fruto de um gradual processo histórico de construção da pessoa humana

e o reconhecimento das diversas manifestações de vida que se fizeram e fazem presentes na sociedade em decorrência do exercício da Autonomia Privada.

Tal pretensão não tende ao reconhecimento de um ser humano como um dado ontológico e transcendente ao Direito, muito pelo contrário, o reconhecimento da dignidade parte do reconhecimento da formação histórica, social, política e jurídica da pessoa humana, que embora formada seja inconstante e mutável, e se apresenta num determinado tempo e espaço.

É sob esse fundamento da dignidade da pessoa humana que o Direito decorrente do modelo Democrático de Direito e Estado se alicerça e se ergue. A dignidade humana não deve ser vista tão somente como uma norma do Direito, mas como algo que permite que o ordenamento jurídico, nessa perspectiva Democrática, exista. Como já dito alhures, pensar no Direito é pensar na dignidade da pessoa humana. Mas então como pensar, antes, nessa pessoa humana amparada pelo Direito?

Muito embora a afirmação anterior possa parecer que se defenda algo *meta jurídico*, a verdade é que a pessoa humana não é construção de um ordenamento jurídico, mas sim de um processo histórico e dialético de definição cultural. Mais uma vez é preciso retomar à filosofia de Charles Taylor que defende a tese de que é impossível à pessoa humana prescindir daquilo que ele chama de configurações incontornáveis, eis que

[...] os horizontes no seio dos quais levamos a vida e a compreendemos têm de incluir essas discriminações qualitativas fortes. Em acréscimo, não se pretende dar a isso o mero sentido de um fato psicológico contingentemente verdadeiro acerca dos seres humanos, algo que talvez pudesse um dia não se aplicar a algum indivíduo excepcional ou um novo tipo de ser humano, algum super-homem da objetificação desprendida. O que afirmo é que viver no âmbito desses horizontes fortemente qualificados é algo constitutivo do agir humano, que sair desses limites equivaleria a sair daquilo que reconheceríamos como a pessoa humana integral, isto é, intacta. (TAYLOR, 1997, p. 43)

Assim, ao responder a pergunta “*quem sou eu?*” Taylor afirma que parte da resposta pode ser dada através de uma *compreensão histórica*, pois “certos desenvolvimentos de nossa autocompreensão constituem uma precondição de nossa formação em termo de identidade” (TAYLOR, 1997, p. 45) e outra parte se dá pelo reconhecimento de que *cada pessoa é interlocutor potencial numa sociedade de interlocutores*, isto é, “alguém com seu próprio ponto de vista ou seu próprio papel, que pode falar por si mesmo” (TAYLOR, 1997, p. 46). Não se pode dizer que uma pessoa é

pessoa humana porque o Direito assim determinou, mas sim porque há uma série de fatos sociais, históricos e propriamente jurídicos que determinam a inclusão dessa pessoa no ordenamento e a sua tutela passa a constituir os próprios fins do Direito.

É evidente que o Direito na sua realidade institucional também concede a qualificação de pessoa à pessoa humana, mas não pelo fato do que ela é (processo histórico e dialético), mas sim pelo que ela atua (capacidades jurídicas). Entretanto, como se pode perceber, o foco do presente trabalho se centra na manifestação da pessoa humana através da sua autonomia privada, ou seja, a sua manifestação a partir daquilo que é, ou melhor, daquilo que é *sendo*, e não porque atua.

Para legitimar a segunda colocação de Taylor no sentido de ser pessoa como interlocutor numa rede de interlocutores é preciso que a autonomia privada seja resguardada, uma vez que sem ela não há que se falar em interlocutor, mas sim em algo que não seja um discurso entre locutores, haja vista que a autonomia de um não se faz presente.

Ser pessoa não é ter apenas um organismo vivo como um coração e um fígado, mas só se é pessoa “na medida em que nos movemos num certo espaço de indagações, em que buscamos e encontramos uma orientação para o bem” (TAYLOR, 1997, p. 52), e mais, só se é pessoa no meio dos outros, pois “um *self* nunca pode ser descrito sem referência aos que o cercam” (TAYLOR, 1997, p. 53).

Assim, pode-se concluir que pessoa pressupõe uma rede de interlocução, de diálogo, de co-vivência social, de co-existência de iguais liberdades, embaladas no exercício da autonomia privada, e não algo que seja definido previamente pelo Direito, pois “estudar pessoas é estudar seres que só existem em certa linguagem, ou que são por ela parcialmente constituídos” (TAYLOR, 1997, p. 53). Assim, o Direito reconhece as pessoas humanas e pode até dotá-las de certas capacidades jurídicas, mas não as criam.

Diferentemente do fundamento Democrático do Direito da Alta-Modernidade, na Modernidade era acirrada a independência individual da pessoa na “rede de interlocutores”, uma vez que a intersubjetividade era mitigada em decorrência da valorização da autonomização da pessoa:

A cultura moderna desenvolveu concepções de individualismo que retratam a pessoa humana como, ao menos potencialmente, um ser que encontra suas coordenadas dentro de si mesmo, que declara independência das redes de interlocução que o formaram originalmente ou, ao menos, as neutraliza. É como se a dimensão da interlocução só tivesse significação para a gênese da

individualidade, tal como o andador na creche, e devesse ser deixada de lado sem desempenhar nenhum papel na pessoa acabada. (TAYLOR, 1997, p. 56).

Conceber o fundamento Democrático do Estado e do Direito é legitimar a atuação dos interlocutores e reconhecer que todos são participantes ativos no exercício da autonomia pública e privada. Adotar o direito subjetivo como esfera de liberdades e não liberdades é possibilitar a co-vivência das diversas autonomias que se perfazem na sociedade pluralista, e assim afirmar que:

A imputação de um direito significa o reconhecimento legitimamente sustentável de uma esfera de liberdade que pode ser referida tanto a uma esfera privada quanto a uma esfera pública, razão pela qual tais esferas podem ser interpretadas como garantidas por direitos institucionalmente reclamáveis. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 108).

A pretensão dos discursos construídos na Alta-Modernidade, assim como em todo o desenrolar da Modernidade, é compatibilizar a co-existência entre iguais liberdades. Ao contrário da Idade Média em que o público se privatiza reduzindo o âmbito de exercício da autonomia privada, e diferentemente do alvorecer da Idade Moderna em que o público se distancia do privado consubstanciando a irrepreensibilidade da autonomia privada, na Alta-Modernidade o público e o privado devem co-existir simultaneamente e serem reciprocamente interpretados, de forma que a autonomia privada é exercida por posições de liberdades e não liberdades, discursivamente construídas.

Ora, se a pessoa é reconhecidamente interlocutor em potencial, é através do discurso que a autonomia privada pode ser constatada. E o Direito, de acordo com Lúcio Antônio Chamon Júnior, deve ser interpretado como “sistema de normas *prima facie* aplicáveis” em que casos são argumentativamente reinterpretados e reconstruídos, longe de quaisquer direitos e deveres que sejam “imputados ‘em teste’, ‘em abstrato’ ou ‘em regra’.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 107).

É diante do caso concreto que se pode constatar a autonomia privada e a inevitável esfera de liberdades e não liberdades, pois “a situação jurídica somente se perfaz na medida em que, argumentativamente, se dá o recorte, sempre passível de problematizações, a partir do qual será interpretada desde um enfoque jurídico.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 107).

Para isso, em se tratando de interpretação do Direito, se se fizer uma análise histórica da evolução do conceito de *sistema* de direito e do método interpretativo que

marcou os alvoreceres da Idade Moderna verificar-se-á que embora a racionalidade fosse tão preservada, o método interpretativo adotado, isto é, o *lógico-dedutivo*, reduzia a capacidade do ser humano enquanto ser pensante. Experiências possíveis de um mundo oscilante e de uma pessoa humana inacabada eram mitigadas, já que a cultura da lógica tendia a prender aquilo que naturalmente é aberto a conceitos pré-determinados, como é o caso da própria fluidez da vida e o sentido do que vem a ser “vida boa”.

O método lógico-dedutivo de interpretação perfazia embalado pelo modelo cartesiano de lógica linear fundado no jusnaturalismo e no positivismo jurídico. Buscava-se a construção de um *sistema jurídico racional dedutivo* em que a lógica do discurso devia se fazer presente, pois tudo o que escapava à lógica fugia da razão. Desta forma, a interpretação lógica do positivismo partia de premissas, inquestionáveis, que eram previamente pressupostas, proibindo que o indivíduo viesse a questioná-las já que o que importava era a resposta a ser dada ao problema e não a pergunta que ele poderia despertar.

Toda essa forma de interpretação lógico-dedutiva é duramente criticada por Theodor Viehweg que, embasado nos estudos de Aristóteles, Cícero e Gian Battista Vico, buscou reavivar o estudo da *tópica* em benefício da atividade interpretativa do ser humano, enquanto ser pensante, além de reconstruir o método interpretativo a ser aplicado ao próprio positivismo jurídico⁷.

No início da sua obra, ao fazer alusão a Vico, Theodor Viehweg descreve como desvantagem do método cartesiano (lógico-dedutivo): a perda em penetração (superficialidade), o estiolamento da fantasia e da memória, a pobreza da linguagem e a falta de amadurecimento do juízo, o que geraria, em suma, a depravação do humano (VIEHWEG, 1979, p. 20-21). Em contrapartida, o pensar problemático, por ele defendido, permite que o indivíduo não parta de premissas previamente postas para a interpretação da norma, mas que tais premissas sejam buscadas diante do problema. Como bem descreveu Viehweg, a *tópica* “proporciona sabedoria, desperta a fantasia e a memória e ensina como considerar um estado de coisas de ângulos diversos, isto é, como descobrir uma trama de pontos de vista”. (VIEHWEG, 1979, p. 21).

Nesse diapasão, a esfera de liberdades e não liberdades (o exercício da autonomia privada) da pessoa humana não são previamente definidas ou em princípio imputáveis, mas argumentativamente construídas, por problemáticas abstraídas do caso

⁷ De acordo com Theodor Viehweg: “La actual teoría de la derecha puede ser considerada como una complementación de la teoría pura Kelseniana del derecho”. (VIEHWEG, 1991, p. 191)

concreto na busca por premissas que não poderão ser petrificadas em conceitos determinantes e a todos impostos, mas serão relidos e argumentativamente reconstruídos a cada caso.

Com isso, é perfeitamente plausível adotar a autonomia privada como fundamento Democrático do Direito Privado da Alta-Modernidade, e condutor dos princípios do Direito Civil, sendo que estes “são normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas” (GALUPPO, 1978, p. 178), mas argumentativamente construídos, já que “princípios, ao contrário de regras, são fluidos e abstratos e precisam ser densificados ante o caso concreto por um esforço discursivo-interpretativo, não se aplicando em quaisquer situações que reproduzam suas circunstâncias de aplicação.” (GALUPPO, 2002, p. 191).

Toda e qualquer interferência valorativa sobre o preenchimento do conteúdo dos princípios jurídicos, bem como a manipulação ou imposição da autonomia privada, devem ser contestadas. Princípios não repousam sobre um valor estimável para a sociedade, mas *a contrario sensu*, o princípio é norma e se perfazer diante do caso concreto longe de qualquer atividade de ponderação axiológica. Como bem rebate Marcelo Galuppo: “enquanto uma norma (como princípio) deve ser avaliada como ‘válida’ ou ‘inválida’, os valores são objetos de um escalonamento que considera sua preferibilidade”. (GALUPPO, 2002, p. 183)

É por isso que a dignidade humana, ora posta como manifestação do fundamento do Direito na Alta Modernidade, aparece no Estado Democrático de Direito brasileiro como princípio (art. 1º, III, CR/88). Contudo, a dignidade humana não deve ser vista como algo superior a qualquer outro princípio que venha a ser conclamado para o caso, e nem pode ser aprisionada numa redoma intocável, uma vez que tal conduta reprimiria a autonomia e não possibilitaria que a pessoa exercesse a sua diferença e a sua potencialidade interlocutória na rede de interlocutores, mitigando, assim, o modelo Democrático de Direito.

O que não pode ser olvidado, é que a dignidade da pessoa humana é a exteriorização de uma realidade histórico-social que foi construída desde o reconhecimento do indivíduo, passando pela sua valoração e tentativa de integração, até chegar ao modelo atual em que se busca a inclusão da pessoa humana e o respeito a sua autonomia. Isso quer dizer que “o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos

de vida, inclusive os minoritários, igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade”. (GALUPPO, 2002, p. 21).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. O Substrato processual da dignidade humana: a legitimação da Autonomia Privada aplicada ao Biodireito.

A consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada é o respeito à dignidade humana, eis que assim se torna possível o reconhecimento da potencialidade da pessoa humana em se autodeterminar como interlocutor numa rede de interlocutores, isto é, como merecedora de respeito. É inegável que a adoção de qualquer postura reveladora do exercício de liberdades e não liberdades, argumentativamente construídas, possibilitarão que a dignidade seja evidenciada.

A emancipação da pessoa humana dos grilhões da coletividade e das imposições religiosas vigentes na Idade Média, com a inevitável liberação do indivíduo na Idade Moderna, possibilitou a criação de uma identidade individual, inerente a cada indivíduo no exercício da sua autonomia face às demais pessoas.

A identidade pressupõe a forma que a pessoa se insere na sociedade e conquista o seu espaço de co-vivência social. Numa sociedade plural, reconhecida e amparada pelo Estado Democrático de Direito, não há que se falar numa única forma de identidade, mas numa pluralidade de identidades, já que aos indivíduos é dada a permissão de fazerem suas escolhas e conduzirem a sua forma de vida, atos que desvelam o verdadeiro exercício da autonomia privada. Conforme diz Charles Taylor:

Minha identidade é definida pelos compromissos e identificações que proporcionam a estrutura ou o horizonte em cujo âmbito posso tentar determinar caso a caso o que é bom, ou valioso, ou o que se deveria fazer ou aquilo que endosso ou a que me oponho. Em outros termos, trata-se do horizonte dentro do qual sou capaz de tomar uma posição. (TAYLOR, 1997, p. 44)

A identidade é construída por parte de um processo histórico e parte por um processo não histórico (TAYLOR, 1997). O processo histórico definidor da identidade diz respeito às pré e auto-compreensões das pessoas na realidade que estão inseridas, assim, quando se fala que uma pessoa é adepta a certa religião que proíbe determinadas intervenções médicas é preciso que esta escolha seja vista como parcela da sua própria

identidade, eis que se trata de uma escolha tida como reflexo da autonomia, e que merece ser respeitada como ditame da sua dignidade.

O processo não-histórico corresponde à auto-affirmação do indivíduo perante os outros, ou seja, é sua participação efetiva na rede de interlocução como um ser dotado de personalidade própria. Para se ter um exemplo dessa identidade é interessante ressaltar o porquê do nome como direito de personalidade, uma vez que só se tem um nome porque os outros precisam identificar o outro, “um ser humano *tem* de possuir um nome, porque é preciso que ele seja *chamado*, isto é, que a palavra seja dirigida a ele.” (TAYLOR, 1997, p. 55). E assim, esse nome é parte integrante da identidade e, por isso, goza de proteção jurídica, como o fez o Código Civil brasileiro em seus artigos 16 a 18.

A identidade é reflexo da autonomia privada que permite que o indivíduo seja reconhecido na sociedade, compreenda a si e o mundo e estabeleça dado comportamento vislumbrado pelo Direito. Se a identidade é o horizonte dentro do qual a pessoa é capaz de tomar uma posição e a autonomia é a expressão concreta dessa posição, pode-se afirmar que esta concretiza aquela. De acordo com Taylor: “respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa.” (TAYLOR, 1997, p. 26).

Diferentemente da modernidade que negava a existência de uma rede de interlocutores levando à pessoa a encontrar as coordenadas dentro de si mesmas (TAYLOR, 1997, p. 56), e buscava impor um modelo de vida comum a todos; a identidade, na Alta-Modernidade, pressupõe, também, intersubjetividade, pois a pessoa só se identifica quando existem outras pessoas com quem mantém vínculo de relacionamento numa rede de interlocuções. Assim, identidade é personalidade subjetiva, autonomia e intersubjetividade, razão pela qual, ao interpretar e aplicar as normas deve-se reconhecer que não existe um modelo apriorístico de identidade que condiciona o exercício da autonomia privada, mas que há identidades exercidas por diferentes pessoas que conduzem as suas próprias escolhas, de forma que ao Direito não cabe impor ou eleger tais escolhas, mas respeitá-las, limitando o que for necessário.

Assim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui um *substrato processual*, que só se verifica diante do caso concreto, seja no respeito à autonomia da pessoa seja no seu sentido de merecimento de respeito - dignidade. Na perspectiva do Estado Democrático de Direito não só o indivíduo entra em cena nas relações intersubjetivas com a sua *persona*, mas os outros indivíduos que com ele interagem aparecem como detentores de igual esfera de liberdades e não liberdades. Assim, nas

situações jurídicas que hoje se refazem no campo do Direito reconhece-se algo além da própria individualidade, que mescla a autonomia privada com a autonomia pública.

Os desenvolvimentos das biotecnologias têm provocado uma série de reflexões políticas, econômicas, filosóficas e jurídicas em torno das possibilidades que as Ciências oferecem, principalmente quando a pessoa humana é o centro de imputação dessas possibilidades científicas. O processo histórico-dialético de reconhecimento da pessoa humana é inacabável, notadamente quando há interferências científicas nas transformações naturais, o que demanda uma redefinição do contexto interpretativo. Na Idade Média, por exemplo, em razão da coletividade determinante da vida pessoal, a privacidade não era algo do indivíduo, mas reflexo de uma vida familiar. Diferentemente, quando a primeira pessoa do singular começa a se descobrir na Modernidade, a privacidade se torna inerente ao próprio indivíduo em contraposição às interferências externas, uma vez que é ele quem ocupa o centro do universo.

Entretanto, hoje, em decorrência de inúmeros progressos científicos que permitem a invasão genética da pessoa humana, a privacidade é contextualmente deslocada daquilo que se é e se apresenta para aquilo que se tem biologicamente e que deve ser resguardado, como é o caso dos dados genéticos.

Todas as propostas biotecnológicas são instigantes e ousadas. A idéia de ser possível existir um “doente saudável” ou uma “criança à la carte” ou “marionetes genéticas” conduzem os discursos jurídicos a darem passos no escuro, já que as possibilidades das Ciências da Vida são abertas. A preocupação dos efeitos das biotecnologias não mais se refere apenas às pessoas humanas existentes neste tempo e espaço, mas se abre às gerações futuras, o que legitima a interferência da autonomia pública em determinadas situações (esfera de não liberdades).

As discussões jurídicas acerca das possibilidades da biotecnologia devem buscar a co-vivência de iguais liberdades através do reconhecimento e a legitimação da autonomia privada das pessoas envolvidas na situação conflituosa. Concepções valorativas não podem ser utilizadas como fundamento para a construção de possível resposta a ser dada ao caso, uma vez que valor não é parte da realidade, mas, de alguma maneira, uma projeção daquele que analisa o caso (TAYLOR, 1997, p. 81).

É evidente que toda pessoa humana tem valores que integram a sua concepção de moral, e isso deve ser respeitado, na medida em que preenche o conteúdo da dignidade humana naquele caso específico. Não obstante, tal percepção valorativa não pode ser imposta a outrem num discurso de aplicação da norma, salvo quando as

pessoas subordinadas à decisão partilham dos mesmos valores e entendem sê-los integrantes das suas dignidades.

O reconhecimento do *alter* passa a fazer sentido nas situações jurídicas relacionais, de forma que o direito subjetivo é questionado, uma vez que a alteridade e a desmistificação dos baluartes naturalísticos que sustentaram o Direito Moderno como pré-ordenamento promovem a releitura dos conhecidos direitos subjetivos.

O direito subjetivo que surgiu graças ao processo de ontologização da pessoa e da libertação de todos os indivíduos é relido a partir de posturas democráticas, como por exemplo, o posicionamento doutrinário adotado por Lúcio Antônio Chamon Júnior cuja tese acerca dos direitos subjetivos foi aqui posta (liberdades e não liberdades). Em decorrência do peso histórico que carrega o termo direito subjetivo, Pietro Perlingieri propõe a substituição do mesmo por “*interesse juridicamente tutelado*”, já que, de acordo com Perlingieri, direito subjetivo é a “*expressão de um poder arbitrário*” (PERLINGIERI, 2002, p. 121-122), pois ele “[...] nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.” (PERLINGIERI, 2002, p. 121).

A autonomia privada deve ser tida como ponto de partida para as reflexões biojurídicas, sendo que a pessoa humana, como alvo de aplicabilidade da ciência e sujeita ao Direito, deve participar do processo interpretativo da norma aplicável ao caso, ainda que a norma jurídica proíba aquilo que é a sua pretensão. Consentimento informado, direito de saber e não saber, direito de viver e morrer, enfim, tudo isso deve espelhar a tão defendida esfera de liberdade decorrente da autonomia privada.

Autonomia privada, porém, não implica em imposição de vontade, mas em possibilidade de autodeterminação, de co-vivência de iguais liberdades, de reconhecimento legítimo de uma esfera, argumentativamente construída, de liberdades e não liberdades, sendo estas decorrentes dos limites postos pelo próprio Direito.

A vida humana é impossível de ser resumida em conceitos. As certezas científicas são transitórias. Os avanços da biotecnologia são passos dados numa escuridão de incertezas. E o Direito? Ele não tem condições de resumir em um catálogo de normas a tutela de todas as controvérsias biojurídicas. Portanto, nas problemáticas decorrentes da reflexão jurídica das biotecnologias, a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto não deve partir de premissas previamente formuladas para o caso, mas,

sim, deste em busca daquelas, reconhecendo e legitimando a autonomia privada como fundamento construtivo de identidades presentes no Estado Democrático de Direito.

Nas lúcidas conclusões de Ronald Dworkin:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou processo. [...]. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão e como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para as comunidades que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 492).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História da vida privada**: volume 2: Da Europa Feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História da vida privada**: volume 3: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno**: Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Storia della Filosofia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1950.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

MUCHEMBLED, Robert. **Uma História do Diabo: séculos XII – XX**. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da Modernidade**, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Práxis Histórica**. São Paulo: Ática, 1995.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Ed. 70, 1989.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Santa Catarina: Momento Atual, 2004.

ROMEO-CASABONA, Carlos María. **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ROMEO-CASABONA, Carlos María. **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

TARNAS, Richard. **A Epopéia do Pensamento Ocidental: para compreender as idéias que moldara, nossa visão de mundo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía Del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.