



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

THAÍS FERNANDA TENÓRIO SÊCO

**AUTONOMIA E SOCIEDADE:
Liberdade, Democracia e autonomia pessoal na sociedade contemporânea, o
paradigma do tabaco**

**JUIZ DE FORA
2010**

THAÍS FERNANDA TENÓRIO SÊCO

AUTONOMIA E SOCIEDADE:

Liberdade, democracia e autonomia pessoal na sociedade contemporânea, o paradigma do tabaco

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Kelly Cristine Baião Sampaio.

**JUIZ DE FORA
2010**

THAÍS FERNANDA TENÓRIO SÊCO

AUTONOMIA E SOCIEDADE
Liberdade, democracia e autonomia pessoal na sociedade contemporânea; o
paradigma do tabaco

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Kelly Cristine Baião Sampaio.

Juiz de Fora, 30 de novembro de 2010

Componentes da banca examinadora

Professora Doutora Kelly Cristine Baião Sampaio (orientadora)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Bruno Stiggert
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai que desde a infância me fascina ao expor-me seu conhecimento enciclopédico, despertando minha curiosidade e meu desejo de busca pelo conhecimento e, principalmente, pelo seu afeto. A minha mãe pela sensibilidade, pela imensa capacidade de se emocionar e pelo exemplo de bom coração. Agradeço ainda a meu irmão Ignácio que pacientemente acompanha meus raciocínios e me atormenta com seus contra-argumentos inarredáveis. A cada um dos meus irmão que, sem outros meios de colaboração, me dedicaram a paciência que meu estado de ansiedade com a proximidade do fim do curso exigiu. A minhas queridas avós pelo carinho. A toda minha família, pela sincera torcida.

Agradeço a meus queridos mestres. A Prof.^a Kelly Cristine Baiao Sampaio, com quem, em tempo, tive a oportunidade de dialogar e cuja orientação precisa foi imprescindível para as construções teóricas a que me propus. Ao Prof. Denis Franco Silva que, além de colaborar diretamente com o aperfeiçoamento deste trabalho, representa, irreversivelmente, importante e feliz influência em minha vida acadêmica. Não posso deixar de ser grata a tantos outros professores que ao longo de minha educação têm me motivado e acreditado em mim. Muitos são os nomes que me vêm à mente, e grande é o meu temor de injustamente deixar de me referir a algum. Especialmente aos eternamente queridos: Prof^{as}. Priscila Coutinho, Prof. Campolina, Prof. Marcos Vinício. Prof. Bruno Sttigert dentre tantos outros que cumpriram, de fato, o papel de verdadeiros mestres, minha gratidão e meu reconhecimento.

Por todos os incentivos e por todo crédito, por toda estima, aos meus amigos. Pela direta contribuição no desenvolvimento deste trabalho, e pelos longos e frutíferos diálogos, ao amigo Fellipe Guerra David Reis.

DEDICATÓRIA

Por ter tornado tão instrutivas as tardes de domingo Ensinando-me artes que ainda hoje tento praticar em minha busca pela felicidade apesar de qualquer sofrimento. Por sua confiança e seu carinho; pelo afeto que dedicou a mim e pelo que me permitiu retribuir. A meu avô, minha imensa admiração e minhas eternas saudades.

RESUMO

O presente trabalho visa responder a questão da justificação de normas legais proibitivas tendo em vista a normatividade constitucional do princípio da autonomia pessoal, valor fundante do ordenamento democrático. O princípio da autonomia pessoal prescreve que todas as pessoas possuem a faculdade de eleger e perseguir planos de vida, sendo valor fundante do ordenamento, intimamente ligado aos direitos de liberdade, o direito de dignidade da pessoa humana, e à forma democrática de distribuição do poder político.

Uma construção do princípio da autonomia pessoal é proposta à partir do referencial teórico do Direito Civil Constitucional de Pietro Perlingeri. Sendo a autonomia pessoal um valor fundante do ordenamento, todas as normas jurídicas devem ser entendidas e interpretadas com base em um viés libertador do indivíduo de forma a protegê-lo de opressões. Diante disso, conclui-se que vedações legais de caráter proibitivo só são lícitas em relação a condutas não abrangidas pelo conceito de autonomia – aquelas nas quais a conduta em si, nega a autonomia do outro e, conseqüente, a própria autonomia do agente –, e em nos casos de paternalismo não-perfeccionista fundamentados em questões de teoria dos jogos e racionalidade econômica.

Diante de tal conclusão, o paradigma do tabaco é utilizado para demonstrar, exemplificativa, de que forma a autonomia pessoal se vê sutil e gravemente ameaçada por normas da mais diversa ordem que tratem dos mais diversos assuntos. No caso específico do cigarro, são analisadas a lei federal 9.294/96 e a lei municipal de Juiz de Fora 11.813/09 para que seja estabelecido o acerto ou não das proibições nelas contidas a partir do Direito Civil Constitucional e das considerações tecidas acerca da autonomia.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O SER HUMANO CONCRETAMENTE	11
3	AUTONOMIA PESSOAL: UMA CONSTRUÇÃO	15
3.1	Introdução	15
3.2	Autonomia, Constituição e Democracia	15
3.3	Autonomia pessoal em Santiago Nino	20
3.4	Autonomia: diálogos	26
3.5	Autonomia e argumentação	32
4	AUTONOMIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O PARADIGMA DO TABACO	39
4.1	Introdução	39
4.2	O paradigma do Tabaco	39
4.2.1	Justificativas para as proibições	42
4.2.2	Tabaco, Ciência e acesso às instituições democráticas	46
4.3	Proibições legítimas ao uso de cigarro	50
5	CONCLUSÃO	53
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1. INTRODUÇÃO

São diversas as teorias políticas, jurídicas e filosóficas que buscam articular os fundamentos e o conteúdo que podem ser atribuídos ao direito e valor chamado autonomia pessoal. Na maior parte delas, a preocupação primordial diz respeito justamente à compatibilização do interesse individual do sujeito autônomo com os interesses e expectativas da coletividade.

Trata-se, de fato, de questão cujo discernimento teórico se mostra complexo, principalmente se este for confrontado com os diversos problemas que podem surgir na prática. Sendo esse um assunto extremamente delicado – que se debate no meio acadêmico pelo menos desde o sec. XII, sem que se tenha obtido consenso – este trabalho não ambiciona resolvê-lo definitivamente. Contudo, não obstante os diversos e eloquentes clamores em prol da liberdade, da autonomia e da Democracia ao longo da História, tais valores – entre si, intimamente relacionados –, veem-se sempre em constante ameaça. O fato é que, em um Estado liberal político, os vários direitos que se referem à inviolabilidade do indivíduo desafiam o poder público no que diz respeito ao dever de, por um lado, promovê-los e, por outro, não colocá-los em ameaça. É preciso esclarecer até que ponto interferências na autonomia pessoal dos indivíduos podem, de fato, significar uma maior possibilitação do seu exercício no contexto de uma sociedade e o propósito deste trabalho é contribuir para tal esclarecimento, mantendo-se atento ao traço que delinea o núcleo inatingível de liberdade e autonomia dos indivíduos.

Para tanto, parte-se, em primeiro lugar, do referencial teórico proposto por Pietro Perlingieri (2008) – conhecido como Direito Civil Constitucional – notadamente no que diz respeito às noções de unidade do ordenamento jurídico, de mitigação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, de funcionalização dos institutos e, finalmente, da necessidade de levar em conta o indivíduo concretamente (Cap. 1). Em seguida, através de pesquisa qualitativa bibliográfica, busca-se compreender o fundamento e o conteúdo da autonomia pessoal, bem como sua relevância e imperatividade na ordem jurídica. É preciso compreender tais aspectos do direito em questão no âmbito teórico para, somente então, verificar se as instituições têm sido ou não fieis a seus imperativos. Uma vez demonstrada teoricamente a relevância, a função e o mecanismo pelo qual tal direito atua protegendo os indivíduos humanos, esse deve ser observado e respeitado quando da formulação de políticas públicas legislativas ou quando da aplicação da lei nos tribunais (Cap. 2).

Compreendidos os mais importantes aspectos teóricos do direito de autonomia pessoal, será tratado o caso referente às leis que combatem o tabagismo no Brasil – notada-

mente a lei federal (Lei 9.294/96) e a do município de Juiz de Fora (Lei 11.813/09). Justificativas de índole moral são apresentadas por parte dos políticos responsáveis pela proposta e aprovação de leis que geram expressivas proibições e que, não poucas vezes, gozam de amplo apoio da população (Cap. 3). Será preciso, portanto, no caso do tabaco, analisar o mérito de algumas dessas justificativas que poderiam até ser aceitáveis no âmbito do debate moral não fosse a opressão que a elas subjaz. Será preciso, também, adentrar a questão do mecanismo democrático-constitucional de proteção às minorias para, ao fim, concluir que existe um núcleo rígido de autonomia individual que não pode jamais ser violado sendo que o que define esse núcleo não é bem um rol de direitos, mas um conjunto de razões que podem ou não ser aceitáveis quando se pretende propor uma nova conformação ao significado que a autonomia pessoal pode tomar em uma sociedade.

2.UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O SER HUMANO CONCRETAMENTE CONSIDERADO

A metodologia do Direito Civil Constitucional proposta por Pietro Perlingieri (2008) parte de considerações a respeito da unidade do ordenamento jurídico bem como da pluralidade e hierarquia de suas fontes. O autor, porém, não trabalha tais conceitos com base em alguma ordem de transcendência ou universalidade. Para ele, o Direito é uma construção histórica de um povo em determinado contexto (PERLINGIERI, 2008, p. 141). O entendimento dos institutos e conceitos jurídicos de forma rígida levaria a uma compreensão deformada da realidade. Direito, ordenamento jurídico e Constituição, na medida em que representam construções sociais voltadas à determinada finalidade, são conceitos que não devem ser vinculados ao que sobre eles se falou ao longo dos séculos. O mais apropriado é que a compreensão do Direito leve em conta as finalidades desse constructo social. A construção teórica proposta por Perlingieri, portanto, permite certa abertura aos intérpretes do Direito, desde já indicando para a necessidade de uma investigação mais profunda dos propósitos e das finalidades que se ligam aos diversos institutos jurídicos.

Perlingieri defende que o ordenamento jurídico, conjunto de normas destinado a ordenar a sociedade segundo determinado modo de vida, não se resume ao Direito Positivo, mas abrange a totalidade dos vetores de influência da sociedade (TEPEDINO, 2007). Isso significa que o ordenamento é formado por uma pluralidade de fontes que pelos mais diversos motivos afirmam sua imperatividade e das mais diversas formas o influenciam e modificam, mas não significa que o ordenamento seja formado por partes desconexas ou monossistemas que consolidem centros de unidade autônomos. O ordenamento é uno e o ingrediente que interage com absolutamente todas as fontes jurídicas e com as normas que delas podem derivar é a Constituição. Sendo ela a carta política fundante de todo ordenamento jurídico, os valores e princípios por ela eleitos devem necessariamente ser observados toda vez que se busque compreender um instituto ou aplicar uma norma jurídica, valendo ressaltar que a afirmação da unidade do ordenamento não ocorre em virtude de alguma constatação empírica que comprove sua existência, mas da consciência de que o Direito – enquanto construção do espírito humano que visa à justiça – cumpre melhor suas finalidades históricas se visto e construído dessa forma.

Se a sistematicidade e unidade do ordenamento, a primeira vista desordenado pela pluralidade da natureza de suas fontes, é dada pela Constituição Federal, e pelos valores eleitos na carta política fundamental; os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a proteção do ser humano como um todo tomam posição central e elementar em toda teoria jurídica, bem como em toda prática hermenêutica dentro do sistema do Direito Civil Constitucional. A própria legitimidade do Estado e do Direito está vinculada à promoção de valores existenciais e da liberdade dos cidadãos. A unidade do ordenamento e a hierarquia de suas fontes, portanto, geram uma série de implicações teóricas que culminam no reconhecimento da precedência de valores existenciais sobre valores patrimoniais e da funcionalização destes àqueles, de forma que todo ordenamento jurídico e toda prática jurídica devem ser voltados à afirmação do ser humano em sua dignidade. A interpretação jurídica traduz-se, em vista disso, em um processo complexo que envolve a compreensão da realidade; a funcionalização dos institutos e a compreensão do indivíduo em seu contexto social concreto.

Nessa perspectiva, torna-se sem sentido a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado tomado o primeiro como ramo que protege os interesses coletivos e o segundo como ramo que protege interesses individuais.

“A unidade do ordenamento significa que os seus princípios inspiradores e caracterizadores estão sempre presentes, enquanto uma nítida distinção entre ordenamento privado e público acaba por contrapor os princípios caracterizadores de um e outro ramo do direito” (PERLINGIERI, 2008, P. 140)

Dessa forma, torna-se ultrapassada a noção de que o Direito Privado foca-se prioritariamente em questões de índole patrimonial enquanto Direito Público se ocupa de questões que envolvem interesses coletivos de coexistência e cooperação. Os princípios unificadores de todo o sistema jurídico se aplicam igual e simultaneamente em ambos os ramos, não havendo sequer distinção entre os princípios que se aplicam a um ou a outro. Uma vez que tais princípios se referem aos valores ligados à promoção do ser humano, tanto Direito Público quanto Direito Privado permanecem igualados no que tange à sua função que é notadamente promocional. Assim, a dicotomia entre os dois braços do Direito só possui sentido para fins meramente didáticos.

Tudo que até aqui se falou contribui para a compreensão do que fundamenta a funcionalização dos institutos jurídicos à promoção dos valores humanos existenciais, notadamente aqueles consagrados pelas normas constitucionais. Como foi dito, Perlingieri não é apegado a construções que remontam à gênese dos institutos, entendendo que o tratamento epistemológico que é dado a cada instituto ou norma deve estar ligado às questões sociais que se concretizam no momento histórico presente. Os conteúdos jurídico-normativos devem ser

extraídos do texto das leis e das demais fontes do ordenamento jurídico de forma a levar em conta a função que tais fontes cumprem para a promoção dos valores e princípios de índole marcadamente existencial que estão presentes na constituição. A compreensão da realidade, tanto quanto o conhecimento das normas jurídicas que formam o todo sistemático do ordenamento, se torna parte do processo que envolve a compreensão das normas jurídicas.

Além da funcionalização dos institutos, a atribuição de centro unificador do ordenamento à Constituição faz sobressair a dignidade da pessoa humana com todas suas implicações. Os direitos e garantias individuais se apresentam como princípios orientadores de toda prática e teoria jurídica. Sua promoção se torna o objetivo fundamental do ordenamento. Entretanto, levar em conta esses valores unificadores do sistema da mesma forma abstrata como tradicionalmente foram levados é completamente insuficiente a partir do paradigma teórico proposto pelo autor. Os valores constitucionais, notadamente aqueles que indicam os fundamentos do ordenamento jurídico e até do próprio Estado precisam ser aplicados de forma a serem efetivamente concretizados. Não é mais suficiente a construção excessivamente abstrata da noção de dignidade da pessoa como proposta classicamente, nem é suficiente tomar o indivíduo de forma atomizada. O Direito Civil Constitucional torna imperativo que os indivíduos sejam considerados quando do entendimento e aplicação do Direito, mas isso não é tudo; os indivíduos devem ser concretamente considerados (FACHIN e PIANOVSKI; 2008). Agindo-se assim, torna-se possível compreender as circunstâncias que cercam o indivíduo e contribuir para com a promoção das condições necessárias à construção de sua identidade dentro de seu contexto.

Principalmente no que diz respeito à consideração concreta do ser humano, pode-se eventualmente constatar a necessidade de interferência direta do poder público estatal para geração de uma transformação social naqueles aspectos que ameaçam seu livre desenvolvimento. Reconhece-se assim a necessidade de criação de políticas públicas (DWORKIN, 2003), e passa-se da função meramente protetiva do Estado à sua função promocional (BOBBIO, 2007). Esta, todavia, se justifica e deve ser exercida tendo em vista sempre a garantia dos direitos humanos fundamentais e dos marcos centralizadores do ordenamento que estão presentes na Constituição. Todo e qualquer ato legislativo ou administrativo consiste em uma das fontes normativas do ordenamento jurídico que deve necessariamente respeitar a hierarquia das fontes e a unidade do ordenamento nela estabelecida.

Todas essas considerações acerca do sentido e da função que se atribui ao Direito são necessárias aos propósitos investigativos do presente trabalho. O referencial teórico proposto indica para a necessidade da investigação do direito de autonomia pessoal, inerente a

afirmação dos direitos humanos como um todo, como argumentar-se-á à frente, e consolidado no marco fundante do ordenamento brasileiro: a Constituição Federal. Compreendidos seu conteúdo e sentido, torna-se possível interpretar as diversas proposições legais e os diversos institutos jurídicos de acordo com esse valor centralizador e, por fim, questionar determinados momentos da aplicação do Direito quanto à sua obediência ou não a esse valor.

É claro que a autonomia pessoal não é o único valor a ser levado em conta, havendo outros igualmente relevantes consagrados pela Constituição. Porém, os valores constitucionais que unificam o ordenamento implicam também em uma mútua conformação entre si e induzem a interpretação que é dada ao outro. Há direitos, como o direito a educação, que possivelmente não figuram como valores unificadores do ordenamento, mas que além de possuírem a função de promover valores tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, transmitem o mandado da comunidade política no momento de sua fundação de, por meio desse direito, consolidar aqueles valores unificadores.

Incontestavelmente, a Constituição brasileira elege valores de caráter solidarista como princípios unificadores do sistema jurídico nacional. Porém, tal princípio não precisa ser levado em conta a partir de uma visão comunitarista, o que, por outro lado, também não significa que se deva deitar sobre ele uma visão liberal-atomista. A afirmação de que a proteção das relações humanas de índole existencial é a verdadeira finalidade do ordenamento e o reconhecimento da necessidade de se considerar os indivíduos humanos inseridos no contexto social no qual atuam indica que a solidariedade constitucional diz respeito à garantia do acesso a bens de índole existencial a cada um dos indivíduos que fazem parte da sociedade, mesmo que, para esse propósito, seja necessário exigir de alguns os deveres correlatos aos direitos que a solidariedade infunde. Não se trata, então, de sobreposição dos interesses coletivos aos interesses privados, mas de forma de promoção desses mesmos interesses privados.

Interesses coletivos são relevantes na medida em que permitam também a promoção de circunstâncias libertadoras dos seres humanos (NINO, 1989). A flexibilização da proteção de interesses individuais somente pode ser justificada pela consideração do ser humano ligado às suas bases empíricas, superada a noção meramente formal de autonomia privada reduzida a autonomia negocial. Tais flexibilizações precisam necessariamente estar voltadas a um ganho maior de autonomia para os indivíduos, levando-se em conta justamente as influências empíricas que certas regulamentações legislativas ou administrativas podem gerar sobre a autonomia privada e até pública, conforme as circunstâncias.

3. AUTONOMIA PESSOAL: UMA CONSTRUÇÃO

3.1 Introdução

O presente trabalho visa propor reflexões a respeito das tendências político-legislativas quanto ao tratamento dado à promoção dos interesses individuais e coletivos em relação ao respeito que se dedica ou não à autonomia pessoal como direito, princípio e valor fundante do ordenamento jurídico, bem como contribuir na distinção do conceito de autonomia pessoal notadamente no que toca o seu núcleo rígido que não pode ser violado sem que se desrespeite o indivíduo em sua dignidade. Para tanto, é preciso abordar importantes aspectos desse direito, princípio e valor. Tais considerações são, porém, extremamente complexas e nem de longe incontroversas.

A abordagem aqui adotada destacará primeiramente a normatividade constitucional da autonomia pessoal nos ordenamentos jurídicos democráticos, com especial atenção despendida, é claro, ao ordenamento brasileiro. Em seguida, uma síntese da eloquente construção proposta por Santiago Nino a respeito da autonomia pessoal será apresentada. Após, será oferecida uma releitura do princípio com base em matrizes teóricas diversas para, finalmente, chegar-se à abordagem de um critério de justificação de proibições legais à altura do valor que a autonomia possui no Direito.

3.2 Autonomia, Constituição e Democracia

A autonomia pessoal é definitivamente um dos valores unificadores não só do sistema legal nacional, como também de todos os sistemas democráticos ligados ao Humanismo. A específica expressão “autonomia pessoal” pode não ser manifestamente cunhada no texto de algumas constituições – como a brasileira –, porém o valor autonomia estará sempre presente ainda que implicitamente ou como pressuposto em muitos outros valores positivados como os direitos de liberdade, os direitos políticos e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 3º da Carta Fundamental. A presença da autonomia pode ser constatada nas duas temáticas que, segundo Jonh Hart Ely (2010) em sua obra “Democracia e Desconfiança”, devem necessariamente ser tratadas na Constituição de um ordenamento de-

mocrático, quais sejam: as regras e princípios referentes à garantia de um processo político aberto e as restrições que visam proteger minorias.

A afirmação de Ely de que esses temas são inerentemente constitucionais não se dá apenas em virtude da constatação empírica de que são esses os temas normalmente abordados nas Constituições democráticas. Tal entendimento parte também de considerações acerca da lógica e dos fundamentos do processo político democrático e, ainda, dos procedimentos que possuem o viés de legitimar as decisões estatais e as leis. A necessidade de proteção das minorias reside, como se verá a seguir, no disseminado temor de déficit de representatividade. De fato, para as questões que envolvem o procedimento democrático e a proteção das minorias, não seria suficiente qualquer outra normatividade que não a constitucional. As regras referentes ao procedimento de aprovação de leis e à sua legitimação só podem estar contidas na Constituição, pressuposto lógico de validação de todas as demais normas. Ao mesmo tempo, em virtude da supremacia constitucional, se o procedimento democrático representativo, em geral, permite a legitimação da lei com base no postulado de vontade da maioria; a proteção das minorias, através do reconhecimento dos direitos humanos, só pode ser efetiva quando levada a efeito em uma Constituição¹. É preciso atentar para a mútua implicação entre essas duas dimensões necessárias da abordagem constitucional.

Uma visão rosseuniana descarta, com base na crença inveterada na sabedoria do povo, a necessidade de proteção das minorias. Os conteúdos que a maioria pode legitimar são irrestritos, para Rousseau. O poder do povo é o único que não pode ser negado pelo Estado e as liberdades políticas são as únicas necessárias para garantir a manutenção apropriada das demais (SARMENTO, 2010, p. 8). Trata-se de visão próxima da “liberdade dos antigos” duramente criticada por Benjamin Constant (1985) em sua famosa conferência “Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos” concedida no ano de 1819 em Paris.

A liberdade dos antigos de Constant diz respeito, justamente, ao poder que a coletividade possuía, nas cidades-Estados gregas, de interferir ilimitadamente em setores privados da vida dos cidadãos. Era vedado, em qualquer circunstância, restringir o poder público. A liberdade dos modernos, por sua vez, foi por ele definida através de diversos aforismas como o direito de ir e vir, o direito de não ser preso nem privado de sua propriedade sem um devido processo, o direito de liberdade de religião e de culto, dentre outros. Ou seja, trata-se de liberdades de índole privada, opostas àquelas dos antigos que são de índole pública.

¹ A eficiência dessa forma de proteção do procedimento democrático e das minorias pode ser traduzida, respectivamente, nos postulados de supremacia formal e substancial da Constituição.

O que se deve destacar nessa comparação é a ligação que ela estabelece com a organização política. Os antigos, participantes ativos do processo político, tinham igual acesso às instituições políticas, sendo mais fácil a legitimação de absolutamente quaisquer decisões que fossem tomadas na *Ágora*. Já os modernos, habitantes de grandes territórios, detentores de frações bem menores da representação política e com acesso desigual às instituições, dependeriam da proteção dos direitos e garantias individuais para levarem suas vidas². É nesse sentido, com base no germe de uma ideia de déficit de representatividade, que Constant defende a necessidade de imposição de limites à lei.

Dessa forma, a posição rosseuniana de Democracia, que torna irrestrito o poder da maioria, é sumariamente rejeitada por Constant (1985) com base na visão de que um conceito antigo de liberdade poderia até condizer com a forma de organização política, econômica e social dos povos antigos, mas definitivamente não condiz com as formas de organização dos povos modernos. Dentre os modernos, a organização política baseada na representação exige um rol de garantias contra o Estado, contra terceiros, e, face aos mecanismos de controle constitucional, até contra lei.

Tudo isso parece estar de acordo com a proposta de Ely, pois a Constituição é, realmente, o único documento jurídico que possui força suficiente para tratar tanto da forma de organização política da Democracia, quanto das garantias fundamentais de vedação da aprovação de conteúdos legais opressivos por meio dos processos democráticos. Todavia, como a existência dessas garantias está de alguma forma ligada ao reconhecimento do déficit de representatividade do sistema, Ely não se cansa de lembrar do mecanismo de representação democrática sempre que trata dos pontos que precisam ser levados em conta no momento do controle de constitucionalidade. O autor relembra o tempo todo que as leis aprovadas o são como fruto da representação da vontade da maioria dos integrantes do povo. O momento do controle de constitucionalidade, para ele, é o momento no qual o Poder Judiciário, identificando algum “defeito” no mecanismo pelo qual funciona o procedimento democrático de re-

² Constant (1985) definiu a liberdade dos antigos como “a submissão completa à autoridade do todo”. Segundo o enciclopedista, essa forma de organização política pode até ser compreensível nas sociedades antigas nas quais os territórios eram pequenos e as populações menores, as ameaças de guerra constantes e da figura do escravo. Os antigos largavam os seus assuntos privados aos cuidados de suas mulheres e escravos para cuidarem da vida pública que se reduzia basicamente à constante preparação para a guerra e as discussões políticas na *Ágora*. Nesse contexto, o poder que o grupo podia exercer sobre os indivíduos era ilimitado. Como a atividade de guerra era vital nas cidades-Estados, era preciso vigiar uns aos outros com vistas a certificar suas virtudes para proteger a coletividade. Na modernidade, por outro lado, os Estados são grandes e extensos e as populações formam multidões e não existem escravos (mais tarde, o sufrágio se tornaria universal). Por último, a guerra deixa de ser parte significativa da organização econômica e sede lugar ao comércio. A conquista da Democracia na modernidade não prescindiu de uma inversão no modelo democrático dos antigos: os cidadãos se dedicam às suas funções econômicas delegando a terceiros a função política.

apresentação e legitimação, promove o seu “conserto”. Se a representação democrática é o que legitima as leis, o déficit de representatividade seria a maior das preocupações do controle de constitucionalidade, além, é claro, da preservação do sistema de legitimação democrática, propriamente.

Diante disso, Ely defende que quaisquer direitos ou valores que estejam ligados aos temas inerentemente constitucionais podem ser considerados implícitos a uma Constituição³. Ao falar em déficit de representatividade, é impossível não pensar na questão da representação dos interesses das minorias. O sentido político dado ao termo “minorias”, como se sabe, não é reduzido ao seu aspecto quantitativo, mas enfatiza principalmente seu aspecto qualitativo. Minorias são os grupos de pessoas que possuem acesso precário às instituições democráticas em virtude de fatores econômicos, sociais ou mesmo simbólicos. Quanto a elas, não se pode falar em uma legitimação do conteúdo legal que as prejudique na medida em que, efetivamente, elas não fizeram parte do processo de legitimação. É por isso que, ao tratar das questões referentes aos direitos políticos e aos processos democráticos, as Constituições precisam inevitavelmente abordar a questão dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos de maneira a impedir que indivíduos ou grupos minoritários se tornem vítimas dos arroubos da maioria.

Como será exposto adiante, o chamado “argumento da inconsistência” de Santiago Nino (1992, p. 35), ressalta a impossibilidade de negação da autonomia pessoal do outro no contexto de um discurso porque isso implicaria a negação do discurso em si. Não se debate com um interlocutor tecendo argumentos e contra-argumentos racionais e esperando a adesão a eles se não se considera a capacidade desse mesmo interlocutor de estabelecer valorações e reconhecer a plausibilidade desses mesmos argumentos. Nem se atribui a um indivíduo o poder de participar do processo de legitimação democrática se não se reconhece, ao menos implicitamente, o seu direito de fazer escolhas e concretizar essas escolhas no plano político⁴. Dentro desse quadro, é possível afirmar o valor da autonomia pessoal como pressu-

³ A obra de Ely, voltada para questões que envolvem o controle de constitucionalidade, busca compreender o sentido da Nona Emenda da Constituição dos Estados Unidos que possui o seguinte texto: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de modo que se neguem ou se diminuam outros retidos pelo povo”. A perplexidade dos juristas americanos mais apegados aos textos legais está em serem obrigados a admitir, em virtude de disposição constitucional, a existência de direitos que não estejam explicitamente mencionados no ordenamento. Propondo uma interessante interpretação que, embora não tenha sido chamada assim pelo autor, não deixa de possuir índole sistemático-teleológica – o que está em conformidade com as ideias de unidade do ordenamento e funcionalização dos institutos proposta por Pietro Perlingeri (2010) – o autor conclui que os “outros direitos retidos pelo povo” de que trata a Nona Emenda são aqueles que, por sua natureza, necessariamente se consideram incluídos na e protegidos pela Constituição.

⁴ Deve-se ressaltar que este não é o único fundamento do sufrágio universal. A luta histórica pelo sufrágio universal indica, mais do que qualquer coisa, o reconhecimento de que o procedimento político adotado precisa oferecer garantias de participação a qualquer pessoa indistintamente e que todas as pessoas têm o direito de

posto do discurso democrático, dado que toda a estrutura de distribuição do poder político nas Democracias está necessariamente voltada para um reconhecimento pressuposto do valor inestimável de cada indivíduo, no reconhecimento da capacidade de cada um para eleger seus próprios fins de vida, e na vedação a ingerências na eleição desses fins. A ideia de autonomia como pressuposto da Democracia contém, assim, a ideia de dignidade da pessoa humana.

A noção de Charles Taylor (1995) acerca da dignidade da pessoa humana em seu artigo “A Política do Reconhecimento”, não deixa de se parecer muito com a noção de autonomia como pressuposto do discurso contida no “argumento da inconsistência” de Santiago Nino (1992). Taylor contrapõe as noções de honra e reconhecimento afirmando que a primeira se refere a situações de reconhecimento desiguais nos quais o *status* de honrado que se atribui a um implica simultaneamente o *status* de desonrado que se atribui a outro. A dimensão de reconhecimento, por outro lado, referir-se-ia a uma situação de igualdade de reconhecimento, em que todos os seres humanos seriam igualmente considerados por seu valor intrínseco. É também comum definir-se a dignidade humana como reconhecimento de que os seres humanos são fins em si mesmos (FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Essas definições são úteis para estabelecer a relação que a dignidade estabelece com o direito de autonomia pessoal e, por conseguinte, a normatividade constitucional do último. O ser humano⁵ se distingue dos demais porque é capaz de eleger fins. Os fins que ele é capaz de eleger são fins para si mesmo, de forma que ele não pode ser considerado meio para os fins eleitos por outros seres humanos. Em outras palavras, a clássica definição kantiana de dignidade da pessoa humana não deixa de passar antes pelo reconhecimento da capacidade do ser humano de autorreferenciar-se e autodeterminar-se. O indivíduo que se autorreferencia reconhece, automaticamente, a capacidade dos outros que lhe são iguais de também e igualmente autorreferenciarem-se. A noção de autonomia pessoal, portanto, para além de pressuposto da noção kantiana de dignidade da pessoa humana, possui o vigor de unir tal definição com aquela proposta por Taylor.

A autonomia está presente ainda, e principalmente, em todos os direitos de liberdade constitucional. Desde as liberdades políticas e civis, como foi demonstrado, até as liberdades econômicas. A ideia de liberdade é muito próxima da de autonomia pessoal chegando-

(tentar) fazer valer seus interesses no momento em que as leis vinculantes de suas condutas são aprovadas. Subjacente ao sufrágio universal está a dignidade da pessoa humana. Quanto mais o tema dos direitos, destacadamente dos direitos humanos, é abordado, mais claro fica que eles são um todo universal e que um direito não pode ser adequadamente respeitado sem que outro igualmente o seja.

⁵ Para a superação da vinculação dos direitos fundamentais a bases biológicas, talvez fosse mais correta a utilização do termo “sujeitos morais”. Referências ao ser humano (*homo sapiens*), contudo, serão mantidas em prol da didática da exposição (SILVA, 2010).

se não poucas vezes, a confundir-se com ela. Segundo Daniel Sarmento, o valor da liberdade significa uma vedação ao Estado de “estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, [e] os caminhos que deve trilhar.”, pois, “Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes”, sendo essa “uma ideia central do Humanismo e do Direito Moderno: a autonomia privada” (SARMENTO, 2010, p. 142). Como se pode ver, Sarmento assumidamente associa a liberdade ao valor da autonomia pessoal, errado, talvez, por associar esse valor a um modelo liberal clássico de Estado, contraposto a um modelo de Estado social. Na verdade, uma visão social do Estado está intimamente ligada a possibilitação de efetivo exercício da autonomia.

O que se pode concluir das presentes considerações é que a autonomia pessoal, definitivamente é um valor, no mínimo, implícito em todas as Constituições democráticas. Afinal, não faz sequer sentido falar-se em Democracia se não é para a consolidação da autonomia pessoal de seus cidadãos.

3.3 A autonomia pessoal em Santiago Nino

Em sua Obra “Ética y Derechos Humanos”, Santiago Nino (1989) atribui papel central à autonomia pessoal (*autonomia de la persona*) como valor indispensável à moralidade dos ordenamentos jurídicos e à concretização dos direitos humanos fundamentais. Nino ressalta que a interpretação do sentido dos direitos humanos como um todo deve passar pelo reconhecimento do valor intrínseco do ser humano e da necessidade de sua proteção, bem como do entendimento do mecanismo pelo qual se pretende, através desses direitos, efetivar tal proteção. O autor destaca o momento do surgimento histórico dos direitos humanos – o fim do período de horrores da II Guerra Mundial – e ressalta que os direitos fundamentais consistem basicamente em instrumento de proteção dos indivíduos face às arbitrariedades do poder, instrumento este que funciona, segundo ele, por meio da coordenação de um poder moral-institucional maior que permite aos seres humanos um desenvolvimento livre (NINO, 1989, p. 2).

Na teoria de Nino o direito de autonomia pessoal é central podendo-se afirmar que outros direitos humanos possuem seu fundamento no escopo de permitir sua concretização. Implícita na afirmação de que os direitos humanos são um instrumento de proteção dos indi-

víduos frente às arbitrariedades do poder está a ideia de que os indivíduos devem ser deixados livres para se autodeterminarem.

O princípio da autonomia pessoal, em Santiago Nino, prescreve que:

sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais que cada um sustenta, impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução (NINO, 1989, p. 204.).

Nesta definição é possível distinguir diversos elementos que precisam ser trabalhados para a satisfatória compreensão do que seja a autonomia pessoal. Em primeiro lugar, o autor aborda o pressuposto do valor que a livre eleição individual de planos de vida representa. O reconhecimento da autonomia pessoal como valor, para Nino, é pressuposto, na medida em que não faz sentido interagir na sociedade e participar do debate moral com alguém cujo discernimento não se reconhece (NINO, 1992). Nino sustenta que a autonomia pessoal seria o princípio relevante para solucionar as mais diversas questões jurídicas justamente por se tratar de um princípio cuja negação é, para ele, inaceitável, Trata-se do “argumento da inconsistência”, segundo o qual:

qualquer que seja a origem última dos princípios e normas morais, se é que o têm, tem-se a possibilidade de defender alguns deles como pressupostos que se assume ineludivelmente na prática social em que se incorre quando se discute sobre tais princípios ou suas aplicações. Isso permite mostrar ao adversário que, quando nega esses princípios que estão, assim, pressupostos ou quando rechaça suas implicações, está incorrendo em uma inconsistência ao menos de índole pragmática entre o que está fazendo ao produzir essa negação ou rechaço e o que está pressupondo ao fazê-lo (NINO, 1992, p. 34).

Tal argumento determina o fundamento do princípio da autonomia pessoal: ele reside no fato de que, simplesmente, não pode ser negado sem que se caia em contradição. As normas do Direito são sempre extraídas com base em extensos debates, não só no nível político do debate democrático que, cumpridos determinados processos, pode se transformar em lei, como também no nível social do debate moral que diretamente ou indiretamente influencia na criação e na aplicação do Direito em geral. O argumento da inconsistência implica que afirmações propostas no auditório moral devam de alguma forma transmitir um respeito a autonomia pessoal para não serem sumariamente descartadas. Isso quer dizer que, sempre que um participante (mal intencionado) do discurso pretender defender uma norma que negue a autonomia pessoal, ele não poderá expor seu argumento verdadeiro, devendo formular argumentos com potencial para gerar um convencimento a respeito da normas que democraticamente devem ser aceitas. Entretanto, esses argumentos devem, necessariamente, respeitar os pressupostos inerentes ao próprio ato discursivo.

Como as palavras auditório e debate são aqui usadas metaforicamente com a única intenção de destacar que tais processos são de índole dialógica e não prescindem da participação de mais de um interlocutor no debate, a negação da autonomia pessoal de um interlocutor pelo outro torna absurda a própria ação do ato de diálogo que entre eles se estabeleceu⁶. A autonomia, assim, possui valor inegável nos ordenamentos jurídicos constitucionais e democráticos. Tanto é assim, que Santiago Nino a considera uma “moeda de curso legal” (NINO, 1992, p. 35).

De acordo com a definição de Nino, autonomia é a faculdade dos indivíduos de elegerem para si planos de vida e de perseguirem esses planos. Destaque-se que não basta ao indivíduo ser capaz de eleger planos. É, ainda, preciso que existam condições para que, querendo-se, busque-se a concretização dos planos eleitos. Isto só é possível mediante o que está contido na terceira parte da definição proposta por Nino: é preciso que o Estado e os demais indivíduos se abstenham de interferir nessas eleições de planos e objetivos de vida que dizem respeito a escolhas individuais e, ao mesmo tempo, é preciso que o ente público se ocupe de promover as condições fáticas possibilitadoras dessa persecução. Nota-se, assim, que o Estado cumpre não só uma função negativa em relação ao princípio da autonomia pessoal, como também uma função positiva.

O princípio da autonomia pessoal, relaciona-se com o princípio da inviolabilidade da pessoa, no sentido de que são permitidas restrições a autonomia de um indivíduo em face da possibilidade de ganhos agregativos de autonomia para o todo social prescrevendo a possibilidade de “impor, aos homens, sacrifícios e privações que não redundem em seu próprio benefício”. (NINO, 1989, p. 238), tendo em vista o prejuízo que a autonomia irrestrita de um indivíduo pode significar para a autonomia de outro. A fundamentação que Nino apresenta para o princípio de inviolabilidade da pessoa e sua colisão com o princípio da autonomia pessoal demonstram que, na verdade, o autor peca por fazer uma leitura atomizada do indivíduo autônomo, ao admitir a limitação à autonomia de alguns indivíduos com base na maximização de uma autonomia agregativa (NINO, 1989, p. 237). Nesse aspecto, as considerações de Santiago Nino acerca da autonomia pessoal não correspondem à visão principal sustentada nesse trabalho de que, toda norma proibitiva de uma conduta, deve, necessariamente, representar um ganho de autonomia e liberdade para o próprio sujeito a que se destina, uma vez que, o princípio da inviolabilidade da pessoa pode também ser compreendido a partir do paradigma liberal que elege a autonomia pessoal como valor fundante.

⁶ Trata-se, como se pode ver, de noção muito próxima à de “contradição performativa” proposta por Robert Alexy (2004) para justificar uma vinculação necessária entre moral e Direito.

É óbvio que a vida é um pressuposto ao exercício da autonomia e que este direito deve necessariamente ser resguardado. Isso não quer dizer, porém, que o direito que um possui de viver limita o direito que o outro tem de matar. Não existe direito de matar. O conteúdo da autonomia não é contraposto ao direito de inviolabilidade do corpo porque não há restrição a autonomia em face da inviolabilidade. Simplesmente, matar não faz parte dos planos, objetivos e fins que a autonomia pessoal abrange. Qualquer abordagem do direito de autonomia pessoal é insatisfatória se contrapõe o indivíduo atomisticamente ao coletivo, sem levar em conta que este indivíduo é parte do coletivo e se beneficia, também, com as normas de natureza pública que visam promover a cooperação entre as pessoas. Os conceitos autonomia e inviolabilidade não devem ser trabalhados de forma desvinculada, ignorando as íntimas relações que eles estabelecem entre si. Ou, como estabelecido no art. 5º da Convenção de Viena,

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase [citações dentro do texto em itálico (VIENA, 1993)].

Rejeita-se, portanto, a visão de Nino no que diz respeito à sugestão de uma colisão entre o direito de autonomia pessoal e o direito de inviolabilidade da pessoa. Admite-se, por outro lado, em concordância com a visão de Nino, a imperatividade do princípio de inviolabilidade da pessoa, de forma que a crítica aqui tecida diz respeito especificamente ao fundamento apresentado pelo autor.

É preciso, por fim, mencionar as preocupações que Nino expressa em face das correntes teóricas denominadas perfeccionismo e paternalismo. A posição denominada perfeccionista é diametralmente oposta àquela liberal que prescreve a autonomia pessoal como valor fundante. Ela sustenta que

“o que é bom para um indivíduo ou o que satisfaz a seus interesses é independente de seus propósitos e da eleição de forma de vida; e que o Estado pode, através de distintos meios, dar preferência àqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores” (NINO, 1989, p. 205).

A propriedade marcante do perfeccionismo é a necessária vinculação com alguma visão objetiva do que seja o bem. A rejeição à essa corrente é inevitável por parte de autores de matriz liberal como o é Santiago Nino.

Em sua refutação ao perfeccionismo, o filósofo argumenta que essa posição não torna explícitos quais planos de vida são os favorecidos ou desqualificados, de maneira que o perfeccionismo não pode oferecer argumentos suficientemente fortes para irem de encontro a modelos opressores ou totalitários de organização política. Sendo assim, não haveria limites à intervenção do Estado que se converte em árbitro das formas de vida ideais de excelência hu-

mana e, pior, o faz sem admitir que tal posição oprime os indivíduos, sustentando que ela apenas promove formas de vida consideradas melhores que outras (inserções). Abrem-se as portas para diversas formas, falaciosamente justificadas, de desrespeito aos direitos humanos.

Diante da refutação ao perfeccionismo por parte dos liberais, é comum a objeção dos perfeccionistas de que também os liberais são perfeccionistas na medida em que elegem como bem objetivo a autonomia. Assim, um Estado que cumpre as funções incluídas no princípio da autonomia pessoal – tanto a de não intervir, quanto a de promover – estaria marcado por um ideal perfeccionista ao promover um determinado modo de vida: o modo de vida autônomo. Tal objeção não procede porque na visão liberal – ao menos como exposta por Santiago Nino, John Stuart Mill (1991) e muitos outros – os modelos de vida verdadeiramente autônomos, se é que podem ser plenamente concretizados, não são superiores às demais formas de vida. O ideal de autonomia pessoal estabelece como valiosa a possibilidade do indivíduo de fazer escolhas e eleger seus planos, ainda que tais escolhas e eleições sejam feitas com base em ideais inválidos, ou desprezados pela grande maioria dos participantes do auditório moral (NINO, 1989, p. 208). O princípio da autonomia abrange, inclusive, a possibilidade de optar por ideais de vida não autônomos, entretanto, sendo a autonomia um direito a ser obrigatoriamente garantido, é inevitável que só se submetam a modelos de vida não autônomos as pessoas que assim o queiram e na medida em que o quiserem. A autonomia pessoal, da forma como abordada por Nino, está necessariamente ligada a uma noção subjetivista do bem-estar.

O paternalismo, por sua vez, se distingue do perfeccionismo porque, ao invés de ir de encontro a um Estado neutro quanto a concepções de bem e impor ideais e planos de vida que o indivíduo não elegeu, ele se limita a impor condutas ou cursos de ação que contribuem para com os indivíduos na concretização de seus próprios ideais e planos de vida (NINO, p. 414)⁷. Não é sempre que o paternalismo se mostra inaceitável na visão de Nino. Um paternalismo não-perfeccionista pode justificar diversos atos de interferência estatal. A noção de paternalismo não-perfeccionista justifica, por exemplo, a educação obrigatória de crianças e adolescentes – desde que essa educação seja voltada a desenvolver sua autonomia pessoal, abstendo-se de incluir ideais pré-estabelecidos de vida boa. Isso se justificaria porque se estaria protegendo, nesse caso, pessoas que ainda não possuem o discernimento psicológico para elegerem autonomamente seus planos de vida sendo que, ao mesmo tempo, não é possí-

⁷ Destaque-se que essa é definição de paternalismo de Santiago Nino que pode divergir da definição encontrada em muitos outros autores. Em alguns momentos, lê-se como paternalismo o que Nino denomina perfeccionismo, como no artigo de Maria Celina Bodin de Moraes (2010), ou o que Isaiah Berlin (1969) classicamente denominou liberdade positiva no famoso ensaio “Dois Conceitos de Liberdade”. O estudo qualitativo bibliográfico do tema da autonomia demonstrou a necessidade de desapego às terminologias empregadas pelos diversos autores e atenção às definições propostas.

vel esperar que essas pessoas adquiram tal discernimento para, então, escolher entre serem ou não educadas, pois a educação tardia pode não ser igualmente eficiente e pode gerar a perda de diversas chances. Ou seja, a educação na juventude é necessária porque um adulto que não recebeu educação muito possivelmente vive uma situação de “ponto de não retorno”. Não bastasse isso, a educação possui também papel essencial para a formação da identidade das pessoas. Ao falar-se em menores de idade, é preciso lembrar que eles estão em processo de desenvolvimento no qual serão definidos seus interesses e afinidades. A defesa da autonomia pessoal está intimamente ligada a defesa de um direito de construção da identidade pessoal sem imposições internas, mas sem ignorar a relevância que as experiências externas possuem nesse processo.

O paternalismo é também admitido por Nino em casos em que há exigência de certos procedimentos para a tomada de determinadas decisões que, contudo, não podem ser impedidas pelo Estado. Seria o caso do tratamento legal dado ao casamento e ao divórcio os quais, muitas vezes, exigem um determinado procedimento que objetivagarantir que a pessoa medite acerca de sua decisão antes de levá-la a efeito. Há ainda casos que Nino denominou “debilidade de vontade”, quando “uma atuação consciente vai contra interesses mais importantes que o [próprio] indivíduo reconhece como muito mais importantes do que o desejo que o conduz a certa atuação” (NINO, 1989, p. 416). Trata-se da hipótese de paternalismo que justificaria a obrigatoriedade do uso de cintos de segurança. Tal hipótese, todavia, se mostra perigosa para um liberal como Santiago Nino, uma vez que pode vir a justificar um perfeccionismo travestido. É preciso, nesses casos, estar certo de que o objetivo maior que por meio do paternalismo se visa proteger tenha sido, de fato, elegido pelo próprio indivíduo que é alvo da proteção (NINO, 1989, p. 416). Por fim, Nino aborda ainda a possibilidade de aplicação de um paternalismo não perfeccionista em hipóteses justificadas por situações que envolvem a racionalidade instrumental econômica ou a teoria dos jogos, como seria o caso dos direitos trabalhistas em geral (NINO, 1992, p. 44).

Foi visto que o perfeccionismo é incapaz de formular argumentos hábeis a contribuir para o delineamento do conteúdo de autonomia ou para justificar quaisquer restrições a essa. Na verdade, a autonomia pessoal dificilmente pode ser limitada havendo em seu conteúdo um núcleo rígido que se expressa argumentativamente e que não pode jamais ser violado (inserções). Foi visto também que o paternalismo, enquanto cria medidas que possibilitem que o sujeito atinja, de fato, seus objetivos, pode, em alguns casos, contribuir para o delineamento do conteúdo de autonomia e, em algumas situações, talvez, pode até autorizar limitações, se é que se pode chamar assim. São esses os aspectos que adiante passa-se a considerar.

3.4 Autonomia: diálogos

A partir das considerações de Santiago Nino, entende-se por autonomia pessoal a faculdade das pessoas de elegerem planos de vida e a possibilidade de perseguir esses planos. Tal definição se identifica com o que alguns autores denominam “autonomia existencial” na tentativa de estabelecer uma distinção entre esta e o conceito restrito de autonomia privada. O termo autonomia privada pode ainda ser empregado em sentido amplo, conforme Daniel Sarmento que a definiu como “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual” (SARMENTO, 2010, p. 142), identificando-a também com o que Nino (1989) denomina “autonomia pessoal”, nomenclatura que é aqui adotada.

Como se vê, a definição de autonomia proposta possui, necessariamente, dois momentos. Um primeiro que se refere à eleição de fins e planos de vida e um segundo que diz respeito à possibilidade de persecução e concretização desses fins ou planos. Observe-se que a concretização do primeiro momento parece, à primeira vista, mais ligada a uma função protetiva do Estado, no sentido de que implicaria um dever estatal de, não só se abster de interferir nas escolhas livres feitas pelos seres humanos (dimensão constitucional e administrativa), como também de impedir – ou reprimir – terceiros que o façam (dimensão penal e de responsabilização civil). Já a concretização do segundo momento parece, da mesma forma, mais ligada a uma função promocional do Estado no sentido de que indica a necessidade de desenvolvimento de institutos jurídico-políticos capazes de ampliar as possibilidades de realização das pessoas, bem como o dever de estimular condutas conformes aos propósitos coletivos através de mecanismos outros que não sejam restritos a sanções negativas.

É preciso ressaltar, entretanto, que a distinção radical entre esses dois momentos pode comprometer a abordagem da autonomia pessoal. É que, na verdade, as próprias escolhas subjetivas dos indivíduos estão, conforme diagnosticado por Pierre Bourdieu (2007), conformadas às suas possibilidades objetivas. Em sua obra “Meditações Pascalianas”, ao tratar da relação entre o ser social e o tempo, o sociólogo chama a atenção para o fato de que:

os negócios (*pragmata*) que constituem o equivalente do conhecimento prático se definem na relação entre a estrutura das esperanças ou das expectativas constitutivas de um habitus e a estrutura das probabilidades, constitutiva de um espaço social. Isto significa que as probabilidades objetivas só se tornam determinantes para um agente dotado do sentido do jogo com capacidade de antecipar o futuro do jogo. (BOURDIEU, 2007, p. 258)

Em outras palavras, há uma lei segundo a qual “as esperanças [subjetivas] tendem universalmente a se harmonizar mais ou menos às oportunidades objetivas” (BOURDIEU, 2007, p. 264). A relevância desse aspecto da obra de Bourdieu está em que com base nele se conclui que as probabilidades de efetivação do segundo momento do exercício da autonomia pessoal exercem inegável influência sobre o primeiro momento. Tal constatação torna extremamente complexa a abordagem da autonomia pessoal, uma vez que aponta para a necessidade de superação de uma leitura abstracionista da autonomia – como a defendida no Estado Capitalista burguês – e propõe, em harmonia com a metodologia do Direito Civil Constitucional, que o indivíduo cuja autonomia se pretende promover seja considerado concretamente, inserido em seu contexto, de forma que sejam levados em conta os processos sociais que interferem em sua liberdade⁸. Isso significa que o segundo momento do exercício da autonomia pessoal não é desvinculado nem subordinado ao primeiro. Pelo contrário, a concretização de um torna mais próxima a concretização do outro ou – como ressaltado por Amartya Sen em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” – a liberdade, além de fim último do Estado é, também, o principal meio de realização desse fim (SEN, 2010, p. 55).

Torna-se necessário, como se pode verificar, propor uma distinção entre os conceitos de liberdade e autonomia que, não poucas vezes, são empregados no mesmo sentido. A confusão entre eles é comum e compreensível. Não causaria espanto se alguém dissesse ser impossível diferenciá-los. Considera-se, entretanto, plausível a proposta de distinção uma vez que é possível imaginar hipóteses de autonomia sem liberdade e de liberdade sem autonomia.

Em face das relações que existem entre esperanças e oportunidades, é possível afirmar ser difícil, mas não impossível, que a autonomia se exerça em um ambiente no qual se ausente a liberdade. O indivíduo que não tem liberdade pode perfeitamente desejar tê-la. O fato de não existirem meios para a consecução de fins, não significa que esses fins não sejam almejados. Significa apenas que, dentre todos os meios necessários a atingir esses fins, o meio mais imediato é a conquista da liberdade. Por outro lado, já que as relações entre esperanças e oportunidades indicam um obstáculo à eleição de fins quando não estão presentes os meios

⁸É possível afirmar que as considerações sociológicas de Bourdieu transcendem a mera observação, e propõem, ao menos nas entrelinhas, a promoção de uma igualdade substantiva por meio da compreensão dos empecilhos que se apresentam à sua concretização. Mas não há, por isso, razão para afirmar que o teórico defende uma visão política comunitarista ou perfeccionista. Em alguns trechos do livro *Meditações Pascalianas*, Bourdieu demonstra preocupações com a concretização do ideal de liberdade propriamente. Não há qualquer incoerência no uso da obra de Bourdieu para melhor compreender os desafios à concretização de um ideal liberal. A compatibilidade com as considerações do teórico, contudo, fica a depender da superação de uma abordagem ideológica no sentido marxista, que ignora relevantes fatores de colonização de uma classe de indivíduos por outra por meio do exercício de uma violência simbólica.

para atingi-los, a conquista da liberdade nas sociedades em geral tende a ser – conforme é confirmado pela História – gradual. Conclui-se, não obstante, que, embora dificilmente, a autonomia pode existir quando ausente a liberdade.

A liberdade, por sua vez, pode facilmente existir na ausência de autonomia. Basta para tanto a existência de possibilidades objetivas de concretização de fins diversos ainda que falte o discernimento para eleger esses fins. Cite-se como exemplo o caso dos incapazes de fato para os quais a falta de discernimento psicológico exige a presença de um tutor legitimado para em nome do incapaz, em seu interesse, e na medida da sua debilidade de discernimento, eleger fins e persegui-los. Uma criança ou um adolescente, um deficiente mental ou uma pessoa arremetida de forte emoção momentânea podem não ter obstáculos externos, ou consequências jurídicas negativas, contrapostos à sua vontade. Como explicado por Santiago Nino (1992), a autonomia é uma qualidade que se apresenta no indivíduo de forma gradual. Existem indivíduos mais autônomos e indivíduos menos autônomos em virtude, exclusivamente, de sua capacidade psicológica de eleger seus próprios fins⁹.

Há, portanto, uma distinção, ainda que tênue, entre as noções de liberdade e autonomia. Observe-se que, em geral, o enfoque dado à autonomia centraliza questões subjetivas. A autonomia põe o sujeito em foco e sua possibilidade de eleger e perseguir fins. A liberdade, por outro lado, ressalta condições objetivas para a eleição e a persecução de fins. A distinção, talvez, seja, na verdade, inerte. Afinal, como se pode observar, a autonomia, em certo sentido, enfoca mais o viés privado da liberdade, enquanto a liberdade enfoca o viés público da autonomia, confirmando, assim, o acerto da rejeição que Pietro Perlingeri propõe à dicotomia Público/Privado. Mas é apropriada a utilização do termo autonomia sempre que se quiser enfatizar o sujeito que titulariza o direito de exercê-la, enquanto a utilização do termo liberdade deverá estar ligada às condições objetivas de exercício da autonomia.

É possível ir mais fundo nessa distinção. Pode-se afirmar que a ideia de liberdade negativa – típica liberdade dos modernos defendida por Constant (1985) –, aborda aquele aspecto da autonomia segundo o qual as pessoas devem ter a liberdade de perseguirem os fins que elegeram para a própria vida. Nesse sentido não é, a princípio, correta a imposição de obstáculos e tal persecução. Em função da ideia de liberdade negativa, por exemplo, é que se

⁹ Não obstante alguns indivíduos serem menos autônomos, exceto nas hipóteses de incapacidade de fato tratadas pelo Direito, todos os indivíduos devem ser tratados como igualmente autônomos como parte do mandado da dignidade da pessoa humana. Afinal, a autonomia pessoal é um pressuposto do discurso democrático. Sabe-se, por exemplo, que umas pessoas são mais preparadas para eleger representantes do que outras. Acredita-se que ser mais autônomo para fazer escolhas no momento do voto as pessoas mais instruídas, que acompanham notícias na mídia, que não se deixam levar pelas estratégias publicitárias de campanha, etc. Nem por isso o voto dessas pessoas é mais valioso do que o voto dos analfabetos e dos alienados.

fundou o princípio da anterioridade da lei em matérias penais e tributárias. Já a liberdade positiva – que estabelece a necessidade de presença de condições possibilitadoras – está relacionada ao dever do Estado de criar mecanismos que propiciem tal persecução.

A noção de autonomia, por fim, deve pressupor agentes capazes de fazer escolhas e de efetivá-las. Contudo, não faz, também, sentido falar em liberdade se não se refere a um sujeito capaz de exercê-la. É principalmente nesse sentido que a autonomia pessoal se irradia sobre a liberdade, permitindo que o conceito desta deixe uma conotação meramente formal para tomar um sentido substancial. Diante da necessidade de considerar o indivíduo concretamente, inserido em seu contexto social, o desafio da (re)construção do conceito de autonomia reside justamente na compatibilização das dimensões positiva e negativa da liberdade. Elas não podem ser consideradas colidentes ou conflitantes, mas mutuamente conformadoras.

É em razão disso que se rejeita a ideia de Nino (1989) no que toca ao potencial limitador que o princípio da inviolabilidade da pessoa exerce sobre o princípio da autonomia privada. A defesa de Nino é problemática, quanto a esse aspecto, porque sugere que a autonomia de um indivíduo é deliberadamente sacrificada em função de ganhos de autonomia para uma coletividade de outros indivíduos. Nessa sustentação o autor contradiz sua própria afirmação de que o valor de um indivíduo isolado é exatamente igual ao valor de um grupo de indivíduos (NINO, 1992, p. 45).

Diferentemente de Nino, e apesar de ser considerado utilitarista¹⁰, John Stuart Mill (1991), que também propõe uma contraposição entre interesses individuais e coletivos, sinaliza mais explicitamente para a necessidade de se levar em conta os benefícios que o próprio indivíduo auferir através dessas limitações. Cite-se, por exemplo, um breve trecho da introdução do capítulo chamado “Dos Limites da Autoridade da Sociedade Sobre o Indivíduo”, constante de sua mais aclamada obra “Sobre a Liberdade”:

Embora a sociedade não se funde num contrato social, e embora nenhum proveito se tire da invenção de um contrato de que se deduzam as obrigações sociais, cada beneficiário da proteção da sociedade deve uma paga pelo benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar certa linha de conduta para com o resto. Essa conduta consiste, primeiro, em não ofender um os interesses do outro, ou antes certos interesses, que, ou por expressa cláusula legal ou por tácito entendimento, devem ser considerados direitos; e, segundo, em cada um suportar a sua parte (a se fixar segundo algum princípio equitativo) nos labores e sacrifícios em que se incorra na defesa da sociedade ou dos seus membros contra danos e incômodos. Justifica-se que a sociedade imponha essas condições a todo o custo àqueles que tentam furtar-se ao seu cumprimento (MILL, 1991, p. 117).

¹⁰ O que é compreensível, já que o pai de John Stuart Mill era amigo íntimo de Jeremy Bentham e o educou desde a infância dentro de padrões ideológicos estritamente utilitaristas (BERLIN, 1969).

O que se percebe neste trecho e que torna particularmente interessante a abordagem de Mill, é que ele defende que as obrigações do indivíduo com a sociedade são justificadas em uma retribuição por aquilo que a sociedade possibilita. O autor acena para um conceito de autonomia que não é nunca restringido, mas potencializado; porém, não chega a propô-lo. É, de fato, tentadora uma abordagem que propõe a restrição da autonomia em face dos interesses coletivos porque essa abordagem é didática. O preço que se paga por essa abordagem, entretanto, é o de lançar uma sombra em cima do aspecto, na verdade, libertador que essas mal denominadas “limitações” podem e devem proporcionar. Isso acaba por prejudicar a própria aplicação prática da autonomia pessoal porque faz parecer que restrições à autonomia são legítimas em função do interesse coletivo. Ocorre que tal posição é inaceitável dentro do referencial teórico aqui proposto. Se a unidade do ordenamento jurídico é dada pelos valores constitucionais que o fundam (PERLINGERI, 2010; TEPEDINO, 2007); se a dignidade da pessoa humana e a autonomia pessoal – necessariamente vinculadas entre si – estão entre os valores que fundam os ordenamentos democráticos em geral, tal como o ordenamento brasileiro (FACHIN e PIANOVISKI, 2008; NINO, 1989, 1992); se, portanto, todas as instituições jurídico-políticas são voltadas e funcionalizadas à realização do ser humano dentro desse viés (PERLINGERI, 2010; TEPEDINO, 2007); se tudo isso significa uma mitigação entre a dicotomia Público/Privado, que historicamente só serviu aos interesses de repressão ideológica do Estado burguês (PERLINGERI, 2010; SARMENTO, 2010); se um grupo de indivíduos não tem valor maior que um indivíduo isolado (NINO, 1992); se, por fim, o ser humano precisa ser concretamente considerado (BOBBIO, 2010, FACHIN e PIANOVISKI, 2008; PERLINGERI, 2010), não se pode aceitar que a autonomia pessoal seja limitada ou restringida em função de quaisquer interesses coletivos que seja. Se todo ordenamento jurídico é voltado à afirmação dos indivíduos humanos, somente em seu favor podem ser entendidas e interpretadas as instituições e normas jurídicas.

Esta afirmação pode causar espanto. Pode parecer em primeiro momento que se adota aqui uma postura liberal excessivamente radical. Todavia, esse espanto somente pode ser explicado em face da tradicional abordagem liberal que leva em conta o indivíduo atomisticamente. Não é essa a abordagem que se propõe aqui. O indivíduo cuja proteção se reivindica neste trabalho é inserido socialmente, ele vive em relação. Assim, mostra-se adequada a busca de uma compreensão do direito de autonomia pessoal levando-se em conta aquilo que Stuart Mill sinalizou no trecho acima transcrito: um benefício necessário ao titular da autonomia que sofre ingerências, não para ser limitada, mas para ser potencializada.

Essa ideia é, aparentemente, compartilhada pelo Prof. Denis Franco Silva (2006) que em artigo intitulado “O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução” destaca, a partir do referencial teórico da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, a cooriginariedade entre autonomia pública e privada.

Silva contrapõe as visões de Kant e Rosseau que discordam em relação à superioridade da autonomia privada sobre a autonomia pública, e vice-versa, tornando “nítida a oposição entre direitos do homem e soberania popular” (SILVA, 2008, p. 142). A teoria kantiana parte de um direito de “iguais liberdades subjetivas, às quais corresponde uma faculdade de exercício da coerção para se fazerem respeitadas” (SILVA, 2008, p. 141). Rosseau, por sua vez, à partir da ideia de soberania popular, defende que as garantias dos indivíduos estão nos postulados de generalidade e abstração da lei. Negando a “submissão da autonomia política a qualquer direito inato”, entende serem “os direitos do homem um modo de exercício da soberania popular” (SILVA, 2008, p. 141).

A partir dessa oposição entre autonomia privada e pública, é proposta a superação através da construção de uma conexão interna entre elas. Propõe-se assim uma só autonomia que pode ser exercida por ambas as vias pública e privada. Essa conexão é possível, segundo Silva, à partir da noção habermasiana de cooriginariedade entre autonomia pública privada que possui méritos em face da percepção de que “o processo de individualização do ser humano somente ocorre através da socialização” (SILVA, 2008, p. 143), o que não deixa de significar que o indivíduo está sendo tomado concretamente. A visão de cooriginariedade está ligada a ideia de autolegislação que prescreve que todas as pessoas que possam se ver afetadas por uma norma devem poder prestar seu assentimento como participantes do discurso democrático. Nesse sentido, a autodeterminação privada do sujeito não seria muito diferente da determinação pública, na medida em que as leis que interferem em sua conduta devem, necessariamente, ser legitimadas através de seu assentimento.

Note-se como a ideia de cooriginariedade entre autonomia pública e privada trabalhada por Silva está relacionada a um pressuposto político que é a sociedade democrática. Como o modelo habermasiano do qual as visões acima expostas partiram é um modelo contra fático, é preciso sempre transpô-lo para a verificação da forma como a distribuição do poder político ocorre de fato. Nesse sentido, tornam-se válidas as considerações tecidas a respeito da relação que a autonomia pessoal estabelece com a Democracia e, especialmente, da questão inerentemente constitucional da proteção das minorias por meio da proposta de garantias materiais ligadas à “desconfiança” que os cidadãos alimentam em relação aos procedimentos democráticos como proposto por John Hart Ely (2010).

É preciso, diante disso, adentrar a problemática questão da delimitação do já anunciado núcleo rígido da autonomia pessoal que não pode ser infringido sem que automaticamente todos os demais direitos humanos também o sejam e sem que se negue a dignidade humana ao indivíduo prejudicado. Esse desafio será enfrentado na próxima secção.

3.5 Autonomia e argumentação

O conceito de autonomia pessoal utilizado neste trabalho é o proposto por Santiago Nino (1989) que define a autonomia como a faculdade do indivíduo de eleger planos de vida e de perseguir esses planos com todas as implicações que isso pode acarretar para a sociedade e o Estado. Porém, a construção que Nino propôs acerca da concretização dos direitos humanos e do potencial que o princípio da inviolabilidade da pessoa tem para limitar o princípio da autonomia em face de ganhos agregativos foi rejeitado.

Se a autonomia possui limites, eles são de índole interna, intrínseca, imanente. No sentido da imanência de Spinoza (GUIMARAENS, 2010). O que é, é pela causa e é em sua potência total de afirmação. A autonomia pessoal é por seus fundamentos teóricos e, na medida deles, se expressa totalmente em sua máxima potência. Isso quer dizer que certos fins de vida que instrumentalizem outros indivíduos autônomos tornando-os meios não dizem respeito à autonomia pessoal, mas, simplesmente, não são protegidos. Se os direitos humanos são considerados um todo uno, não é possível admitir que um direito humano negue outro.

A abordagem de Santiago Nino que admite limitações à autonomia em prol da inviolabilidade da pessoa peca por causa da imagem criada de contraposição entre indivíduo e coletividade, o mesmo erro que John Stuart Mill (1991) não conseguiu evitar, limitando-se a acenar para a posição correta. Não há uma tensão entre indivíduo e coletividade na qual se rivalizem os interesses que em cada caso se sobrepõe uns aos outros. No sentido da cooriginariedade entre autonomia pública e privada, denominador comum de Kant e Rosseau, há uma só autonomia que pelas vias pública ou privada se exerce (SILVA, 2006). Só mesmo a compreensão do indivíduo inserido em contexto social, indivíduo que precisa da sociedade para a formação de sua própria identidade (TAYLOR, 1995) e que, principalmente, é parte formante do todo social, que dele participa, que por meio dele se expressa; é que se pode compreender que certas condições chamadas “restritivas” da autonomia individual são, na verdade, possibilitadoras. O desafio está em avaliar até que ponto uma restrição legal pode, de fato, ser con-

siderada possibilitadora da autonomia pessoal. Nessa investigação é que se constata ou não a plausibilidade de uma expressa proibição estatal.

A relevação da autonomia como aqui proposta, assim, não implica a legitimação de uma visão liberal clássica identificada com o modelo de Estado burguês. Está clara a necessidade de um Estado interventor que se ocupe de políticas eficientes de efetivação da liberdade, ou, em outras palavras, das condições objetivas de exercício da autonomia que, por sua vez, com base na relação entre esperanças e oportunidades, não deixa de significar também uma ampliação das condições subjetivas de exercício da autonomia. Para tanto, é preciso, como já tantas vezes destacado, considerar concretamente o indivíduo, estar ciente de suas necessidades e dos obstáculos práticos do exercício de sua autonomia para assim, propiciar sua concretização. Tal promoção se dá de duas formas, uma ligada à função promocional do Estado e a outra ligada à sua função protetiva, conforme distinção estabelecida por Norberto Bobbio (2010).

A função promocional, nesse caso, se expressa pelas feições de um Estado Social enquanto “Estado que não (...) se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos” (SARMENTO, 2010, p. 19). A função promocional diz respeito à idoneidade de diversos instrumentos institucionais ao alcance do Estado para, não só reprimir, mas também estimular as condutas consideradas benéficas para a sociedade como um todo. (BOBBIO, 2010)¹¹. Tudo que se falou até aqui fundamenta a necessidade de formulação de políticas públicas que promovam a liberdade e a autonomia devendo-se, quanto a esse aspecto, fazer coro às observações que Amartya Sen (2010) faz sobre o dever do Estado de promover a liberdade.

Não menos relevante é a concretização política da autonomia por meio do exercício da função protetiva do Estado. Tal função se exerce na maior parte das vezes, segundo a definição de Bobbio (2010), através da imposição de sanções negativas a condutas desconformes, consideradas socialmente inadequadas ou prejudiciais. A proteção da autonomia pessoal é crítica com relação ao exercício estatal dessa função. Por um lado, com os mecanismos

¹¹ Não se deve, por isso, admitir um dirigismo estatal ou um perfeccionismo travestido. Não há nada de errado com o estímulo a condutas socialmente benéficas, o que se faz possível, mais uma vez, pela relação entre possibilidades e esperanças. Preliminarmente, é relevante o fato de que o estímulo a condutas age, logicamente, no plano das possibilidades, ou seja, no plano objetivo, nunca no subjetivo. Além disso, o ideal é que as políticas de estímulo se limitem a viabilizar condutas socialmente benéficas que os indivíduos podem ou querer praticar. Seria o caso, por exemplo, da proteção jurídica das patentes de invenção que viabilizam economicamente o investimento em pesquisa e desenvolvimento.

de coerção, visa-se proteger a autonomia. Por outro, tais mecanismos podem significar sua maior ameaça.

A releitura do princípio da autonomia que aqui se desenvolve parte de uma inversão que propõe – ao invés de critérios que abordem justificativas legítimas para a restrição da autonomia – critérios que justifiquem mandados proibitivos de qualquer natureza do Estado. Proibições legais são admitidas em duas hipóteses: quando não disserem respeito a fins ou planos de vida eleitos autonomamente por indivíduos e que devam, assim, ser protegidos pelo Estado; e quando se referirem à hipótese de paternalismo não-perfeccionista ligada à situações de racionalidade instrumental ou econômica ou de proteção dos incapazes. Essa releitura se expressa linguisticamente pela rejeição sumária de referências a alguma “limitação” ou “restrição” externa da autonomia pessoal. Na medida em que, como argumentado, está-se referindo a um valor fundante do ordenamento; ligado intrinsecamente a outros valores como a liberdade, a Democracia e a dignidade da pessoa humana, não poucas vezes, na condição de pressuposto de exercício destas; tudo que há no Direito deve ser funcionalizado à promoção da efetiva possibilidade de exercício da autonomia pessoal.

A constatação da adequação de uma proibição legal, dessa forma, está ligada a um processo interpretativo e argumentativo que identifique o mecanismo pelo qual a proibição visa implementar a autonomia sem violá-la. Aquilo que em Mill (1991) era um aceno, é, aqui, uma definitiva fusão entre interesses individuais e interesses coletivos, pois o interesse coletivo é a potencialização da autonomia pessoal.

O primeiro caso de legitimação de proibições legais está ligado a hipóteses que simplesmente não fazem parte do conteúdo da autonomia. Tome-se como exemplo o tipo penal do homicídio. Matar não faz parte dos fins cuja eleição e persecução são protegidos pela autonomia pessoal. Não se pode dizer que esse tipo limita a autonomia porque a restrição de conduta nele constante não tem nada a ver com as condutas cuja proteção a autonomia pessoal abrange. A proibição ao homicídio não é uma restrição à autonomia. Ela é, isso sim, outra forma de implementação desta através de uma ordem de cooperação que promove um pressuposto de confiança social de que a autonomia das pessoas não será violada na vida em comum.

Com base em tal proibição, torna-se maior a confiança de um indivíduo em relação aos demais com quem convive de que sua vida não será, por eles, ameaçada. Essa forma de justificativa de proibições baseada nos limites intrínsecos da autonomia pessoal deve estar argumentativamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana tanto do seu pressuposto tayloriano de igualdade de reconhecimento (TAYLOR, 1995), quanto do seu pressu-

posto kantiano de não instrumentalização dos indivíduos, em todos os casos, ligados a ideia de igual consideração e respeito (FACHIN e PIANOVSKI, 2008). Dentre os fins e planos de vida que o indivíduo pode eleger e perseguir e que são abrangidos pelo princípio de autonomia pessoal, não estão incluídos aqueles que instrumentalizem outros indivíduos ou os tornem meios de forma a ignorar sua capacidade de eleger seus próprios fins. Com fundamento no “argumento da inconsistência”, um indivíduo que, ao exercer sua autonomia, nega a autonomia do outro, nega, por conseguinte, a sua própria autonomia, na medida em que são iguais. Todo desejo que nega a própria autonomia diz respeito a uma ação que não é por ela abrangida. Nenhum ser autônomo pode justificar racionalmente uma limitação de autonomia imposta a outro sem automaticamente negar sua própria autonomia, de forma que proibições legais expressas são justificadas na medida em que promovem um princípio de confiança generalizado de que a autonomia pessoal e outros direitos humanos não serão ameaçados.

Importante destacar que falar-se em vedações a violações à autonomia não abrange sensações de mero desconforto que umas pessoas possam sentir mediante o exercício da autonomia de outras. Da mesma forma, são rejeitadas quaisquer justificativas de índole perfeccionista que neguem a capacidade dos indivíduos de fazerem corretamente suas próprias escolhas.

A hipótese de justificação de ordens estatais baseada em um paternalismo não-perfeccionista em função da proteção de incapazes de fato já foi devidamente mencionada na seção ‘2.2’. O segundo tipo de paternalismo não-perfeccionista que se admite é aquele ligado a hipóteses de teoria dos jogos e racionalidade instrumental que, por sua vez, está também ligada a implementação da autonomia pessoal com base em um pressuposto de cooperação e confiança social. Nesse caso não se trata de uma conduta não abrangida pela autonomia pessoal, mas de situação na qual o benefício social geral só pode ser desfrutado em face da colaboração de todos os indivíduos. Dado o temor que os indivíduos podem sentir quanto à efetiva colaboração dos demais – uma vez que, economicamente, a decisão mais inteligente é a de não colaborar na empreitada da qual participam os outros, em virtude de, ao final, ser produzido um bem público de cujo gozo nenhum indivíduo poderá ser furtado –, há necessidade de o Estado se apresentar como avalista dessa colaboração, garantindo que todos, ainda que rejeitem a ideia, cooperem com vistas a uma implementação da autonomia, inclusive dos dissidentes. Relembre-se que a ideia de paternalismo proposta por Santiago Nino está ligada a uma situação na qual o Estado pode prescrever condutas que, embora à primeira vista limitem a autonomia do indivíduo, servem para ajudá-lo a atingir os fins que ele mesmo eleger e não fins externos a ele baseados em ideias objetivos do bem, como é o caso do perfeccio-

nismo. Para explicar como isso é possível, pode-se propor uma analogia com a ideia econômica de problema dos caronas (*freeriders*) que, na Economia, justifica a compulsoriedade dos impostos (MANKIN, 1999).

O uso da palavra “compulsoriedade” exprime uma (apenas) aparente contradição com os postulados da autonomia pessoal. Aparente porque, na verdade, o que se promove é justamente a autonomia pessoal de todos os cidadãos que podem, agora, gozar de bens públicos. Poder-se-ia objetar que, talvez, nem todos os cidadãos desejassem o bem público em questão, mas, quanto a isso, é preciso lembrar que parte-se do pressuposto de uma sociedade democrática na qual, além da necessidade de mecanismos de acesso dos indivíduos aos processos decisórios, são preestabelecidas as finalidades e os deveres do Estado¹², de forma que a negação de um indivíduo em participar do programa de cooperação social deve ser analisado caso a caso.

A analogia aqui proposta se aproxima da hipótese de paternalismo não-perfeccionista justificado por questões de racionalidade econômica ou teoria dos jogos, que se aplica quando há uma tendência do indivíduo agir efetivamente contra seu próprio desejo ou interesse em virtude de sua dependência de uma coletividade que, para atingimento de seus fins, aja com ele em coordenação. Essa hipótese justifica, não só a cobrança de tributos, como também as leis de proteção ao trabalhador (NINO, 1992, p. 44) e até as ações coletivas que visam à proteção de direitos difusos, coletivos e direitos individuais indisponíveis¹³.

Subjaz a essa justificativa do paternalismo não-perfeccionista ligado à racionalidade econômica, mais uma vez, um princípio de cooperação social que deve estar presente se se pretende justificar casos de ação mandamental. Se apenas em benefício do indivíduo o Estado pode emitir ordens, e se toda ordem deve significar um aumento de autonomia para o próprio indivíduo que a ela é submetido, a imperatividade de tais ordens só pode ser explicada por um princípio de cooperação que, ao invés de legitimar restrições à autonomia, só faz implementá-la através de uma forma de paternalismo não-perfeccionista.

¹²O Estado não deixa de ser mínimo porque é social. O paradigma do Estado social, talvez, apenas signifique o reconhecimento de que o Estado mínimo definitivamente não é um Estado pequeno diante de todos os deveres que ele possui.

¹³ Uma postura liberal, naturalmente, apresenta objeções ao conceito de direito indisponível, pois essa ideia sugere, na verdade, um dever e não um direito. A ideia de direito indisponível em geral expressa um perfeccionismo ou uma liberdade positiva no sentido de Isaiah Berlin (1969) podendo, não poucas vezes, ser identificado com alguma forma de hipocrisia moral. Um novo conceito de direito indisponível totalmente compatível com a postura liberal seria essa ligada à constatação da necessidade de cooperação social e ações coletivas conjuntas em prol do direito nas quais a renúncia de um ao direito implica a perda de todos. Essa leitura seria capaz de justificar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, de alguns direitos dos consumidores, dos direitos ambientais, entre outros.

Nas ideias de cooperação e confiança se encontram as chaves para a compreensão do que pode justificar mandados legais que determinam condutas humanas no direito sem que seja desrespeitado o postulado de inviolabilidade da autonomia pessoal. Não se trata, portanto, de um postulado de inviolabilidade da pessoa contraposto à autonomia pessoal, mas da autonomia pessoal que não só não abrange quaisquer fins ligados à violação da pessoa, como também é promovida e implementada quando a pessoa é respeitada sem ser violada e com a segurança de não o ser. Autonomia e inviolabilidade estariam, assim, unidas indissociavelmente e não colidentes como entendeu Nino.

Dessa forma, a identificação dos limites que a autonomia impõe ao Estado está ligada a uma ideia de adequação no sentido de que o meio restritivo empregado pelo Estado precisa necessariamente ser eficiente para atingir um fim estatal legítimo. Uma ação estatal só é legítima quando voltada a implementar um princípio eleito pela comunidade (DWORKIN, 2007) sendo que, com base no referencial teórico do Direito Civil Constitucional aqui adotado, os princípios eleitos pelas comunidades democráticas são necessariamente os de índole existencial já que as relações patrimoniais são funcionalizadas à promoção do ser humano.

A adequação só pode ser verificada se com a restrição estatal o próprio sujeito alvo da restrição tiver implementada sua autonomia no sentido de que ele não deve ser considerado atomisticamente, mas inserido no seio social do qual precisa até para construção da sua identidade. Assim, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, por exemplo, se justifica com base em constatações acerca da distribuição do poder econômico, social e simbólico que demonstram um obstáculo fático que pode ser resolvido via interferência estatal que age de forma a avalizar uma generalização da confiança social. Face à lógica econômica do sistema de preços (MANKIN, 1999) que se aplica inclusive à mercadoria trabalho, e face às especificidades dessa mercadoria – única que a maior parcela da população tem para oferecer – (MARX, 2008), todo trabalhador precisa exigir o salário mínimo e pode fazê-lo sem medo de o estar ofertando por um preço acima da linha de demanda. Isso só é possível porque o Estado, por meio da Justiça do Trabalho, agirá como avalista da expectativa coletiva de não se pagar pelo trabalho um valor inferior a certo patamar estabelecido. Da mesma forma, pode-se justificar restrições outras como aquela da proibição ao homicídio que está ligada, mais uma vez, à disseminação de um princípio de confiança generalizada segundo o qual é legítima a expectativa de que umas pessoas não ameaçarão a vida de outras.

A determinação dos limites aos mandados que o Estado – ou seja, a coletividade – pode impor a um indivíduo, portanto, está ligada a um pressuposto de índole discursiva e argumentativa. Tanto é assim que leis que nunca se poderia imaginar serem propostas e até

aprovadas o são com base em justificativas e argumentos. Esses argumentos, porém, não são sempre sinceros nem essas justificativas sempre plausíveis. Nesse diapasão, é possível estabelecer justificativas que podem, *prima facie*, serem consideradas plausíveis ou não.

Em primeiro lugar, com base no filtro da adequação¹⁴, só são permitidas proibições estatais que sejam aptas a implementar a autonomia pessoal de todos indivíduos que fazem parte de certa sociedade, inclusive dos indivíduos alvos da proibição, por meio de um paternalismo não-perfeccionista traduzido em um princípio de cooperação e confiança com a ressalva de que proibições que gerem apenas ônus sobre um determinado grupo de pessoas e bônus sobre outro grupo, quando o grupo onerado for minoritário, não concretizam um ideal de cooperação, mas sim de opressão da maioria¹⁵. Além disso, são justificadas proibições estatais que digam respeito a condutas que por si já não eram abrangidas pela autonomia pessoal e cuja proibição, mais uma vez, promove a autonomia por meio do mecanismo de generalização da confiança. As condutas que não são abrangidas pelo princípio da autonomia são justamente aquelas que significariam uma autonegação da autonomia do sujeito, uma vez que elas negam a autonomia de terceiros. A inviolabilidade da autonomia por fatores externos se afirma não só mediante o Estado, mas também mediante todos os indivíduos. Então é uma contradição inaceitável entender que a lesão da autonomia do outro faz parte do conteúdo da autonomia de um. Isso está errado, autonomia e a liberdade que uma pessoa possui é a de eleger e perseguir planos de vida não é protegida se os planos de vida em questão instrumentalizam outras pessoas negando-lhes sua própria capacidade de eleger fins. Mas deve-se destacar que a limitação intrínseca à autonomia está ligada a hipóteses de efetiva lesão ou violação à autonomia do outro, o mero fato de trazer desconforto para terceiros não exclui uma conduta do núcleo duro da autonomia. Nesse caso, a proibição da conduta em face do mero desconforto é que se mostra opressiva e inaceitável.

Com base nessas premissas, serão, a seguir, analisados um caso atual de proibições legais direcionadas aos indivíduos. Será abordada a adequação ou não dessas proibições com base nas duas justificativas possíveis para proibições de índole coletiva, ambas ligadas a um ideal de cooperação social e de generalização da confiança.

¹⁴ Tomada como análise da idoneidade de um meio para atingir um fim específico.

¹⁵ A clara e exclusiva oneração de apenas um grupo e bonificação de apenas outro grupo é possível quando o grupo onerado é qualitativamente maioritário com base em um postulado de solidariedade.

3. AUTONOMIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O PARADIGMA DO TABACO

3.1 Introdução

As conclusões expostas no capítulo anterior a respeito das hipóteses de justificação de mandados legais proibitivos em sociedades cuja organização política-democrática é efetivamente comprometida com a concretização dos direitos fundamentais será aplicada ao caso das proibições legais referentes ao uso de tabaco.

Tendências de flexibilizações da autonomia pessoal podem ser encontradas em diversos exemplos nos ordenamentos das diversas sociedades tidas por democráticas. Tais tendências são perigosas na medida em que, a pretexto de uma tomada de decisão legitimada pelo debate democrático, nada mais fazem que negá-lo, ao desconsiderar os interesses legítimos de participantes autônomos.

O paradigma do tabaco serve para demonstrar como podem ser sutis os mecanismos sociais que determinam a dominação de um sujeito ou grupo de sujeitos por um todo coletivo e, pior, em prol de interesses que esse todo, talvez, sequer possui ou reivindica sinceramente. O paradigma, proposto, assim, mostra-se emblemático da necessidade de não se considerar a defesa da autonomia, ou se julgar os mecanismos que validam e legitimam as normas legais a pressuposições abstratas.

3.2 O paradigma do tabaco

Em 1996, foi aprovada no Brasil a Lei 9.294 (BRASIL, 1996a), primeiro ato normativo federal a prever regulamentações relacionadas ao uso cigarro. O art. 2º dessa lei prevê a proibição do uso dos produtos que denomina “fumíferos” – termo, certamente empregado no mesmo sentido da palavra “fumígeno”, ou seja, “que produz fumo” –, derivados ou não do tabaco, em recintos coletivos privados ou públicos, salvo em área destinada para esse fim com arejamento e ventilação adequadas. Os parágrafos desse artigo, estabelecem proibições a locais mais específicos como repartições públicas, salas de aula, hospitais, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo, salas de teatro e cinema e interior de aeronaves ou veículos de transporte público. No mesmo ano, o definiu como “recinto coletivo”, para os fins da Lei 9.294/96:

[o] local fechado destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas, tais como casas de espetáculos, bares, restaurantes e estabelecimentos similares. São excluídos do conceito os locais abertos ou ao ar livre, ainda que cercados ou de qualquer forma delimitados em seus contornos (BRASIL, 1996b).

Atualmente, tramita no Senado o projeto de lei nº 315/08 (SENADO FEDERAL, 2008) que altera o art. 2º da lei em questão para restringir definitivamente o uso de fumígenos em quaisquer ambientes fechados coletivos ou não, públicos ou privados. As justificativas apresentadas pelo autor do projeto, Sen. Tião Viana, alegam que não existiriam meios técnicos para proteger os não-fumantes da fumaça de tabaco que polui o ambiente (FAT – trata-se da fumaça que vem da queima da ponta de cigarro é que é, em geral, inalada pelo fumante passivo), mencionando também a recomendação constante na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (OMS, 2003), assinada pelo Brasil em 2003, segundo a qual é reconhecido o fato científico de que a exposição à fumaça do cigarro causa diversas doenças aos chamados fumantes passivos. A Convenção Quadro consiste em uma Convenção Internacional liderada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que, com base em diversos dados “científicos”, obteve a adesão de diversos países do mundo a compromissos de criação de ambientes 100% livres de cigarro.

No município de Juiz de Fora, entrou em vigor no ano de 2009 a Lei 11.813 (JUIZ DE FORA, 2009) que dispõe de restrições mais estritas ao uso de cigarro. Leis similares foram aprovadas no estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, sendo que, aparentemente, leis como essas são uma tendência em vários entes federados do território nacional. Tais leis não foram pacificamente aceitas por setores econômicos interessados como restaurantes e bares que defendem o direito de reservarem local adequado específico para o uso de cigarros, de forma que têm sido alvo de ações diversas – como mandados de segurança – e, não poucas vezes, obtêm liminares que permitem o funcionamento dos “fumódromos” até julgamento definitivo. Tais leis geram também, nos locais onde são aprovadas, a impossibilidade de instalação de locais específicos para o uso de cigarro, com adequada ventilação, em prédios nos quais vários fumantes exercem sua profissão, em rodoviárias e aeroportos, *shopping centers*, etc.

Para além das já estabelecidas proibições da Lei federal 9.294/96, a lei juiz-fo-rana, e a maioria das outras aprovadas e propostas que, juntas, indicam uma tendência, tornou mais rígidas, no município, as regras de combate ao tabaco, inadmitindo que os locais coletivos privados possuam “fumódromos” e abrangeu a proibição, ainda, a locais públicos abertos destinados ao trânsito ou permanência de pessoas.

As justificativas para tais restrições estão quase sempre ligadas ao incômodo que o uso do cigarro causa em terceiros e aos riscos que ele representa para a saúde de usuários e das pessoas à sua volta. Porém, dentro das considerações tecidas a respeito do princípio da autonomia pessoal, em que medida pode o uso de cigarro ser restringido sem que se faça, simultaneamente, uma restrição indevida à autonomia pessoal?

Para melhor delinear o problema analisado, é preciso especificar os níveis de proibição que os atos normativos ora analisados impõem. Há, nesses atos, quatro níveis proibitivos relativos ao local do uso, que convém distinguir:

- (i) A Lei federal 9.294/96 proíbe o uso de fumígenos em locais *fechados de uso coletivo públicos ou privados, salvo aqueles especialmente destinados a isso*, desde que possuam arejamento adequado.
- (ii) A Lei municipal 11.813/09 *elimina a possibilidade de locais fechados especialmente destinados ao uso de fumígenos*.
- (iii) A mesma lei estabelece proibições ao cigarro em *locais públicos abertos quando destinados ao trânsito ou à permanência de pessoas*.
- (iv) Por fim, o projeto de lei nº 315/08 que tramita no Senado visa proibir o uso de fumígenos em *quaisquer ambientes fechados, inclusive os privados, ainda que não destinados uso coletivo*.

Para compreender a adequação de tais proibições serão abordadas criticamente as justificativas que são normalmente apresentadas para as proibições legais em questão com especial destaque para as justificativas ligadas ao prejuízo para a saúde dos fumantes passivos, única realmente condizente com os postulados de autonomia pessoal. Em seguida, serão formuladas críticas a tais justificativas para, finalmente, concluir acerca das proibições que o Estado – ou seja a coletividade – pode ou não pode fazer quanto ao uso de cigarro.

3.2.1 Justificativas para as proibições

Diversas organizações públicas e privadas, a nível internacional, nacional ou regional, defendem severas restrições ao uso de cigarro com base em dados científicos. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), existem mais de 4.000 substâncias químicas presentes em um cigarro. Dessas, pelo menos 250 causam males para a saúde e pelo menos 50 são cancerígenas. A criação de ambientes “100% livres de tabaco” tem sido reivindicada por diversos grupos organizados com base em evidências científicas dos riscos que o cigarro apresenta para os chamados fumantes passivos e culminou na Convenção Quadro para o Controle de Tabaco (OMS, 2003). Dados científicos da OMS e outros relatórios indicam que não existem

níveis de exposição aceitável à fumaça do cigarro nem meios ou tecnologias suficientemente eficientes para a eliminarem completamente.

Segundo se tem afirmado, a toxicidade da fumaça que se origina da queima da ponta do cigarro (FAT) chega a ser de quatro a dez vezes maior – o grau pode variar porque, segundo as fontes que oferecem esses dados, enquanto fica no ar, a fumaça sofre reações químicas que a tornam mais tóxica – do que a fumaça que, após passar pelo filtro do cigarro, entra nos pulmões do fumante ativo, sendo que o ar de ambientes fechados poluídos pelo uso de cigarro pode chegar a conter uma concentração de substâncias cancerígenas 50 vezes maior que a da fumaça absorvida pelo fumante ativo (ACTBR, 2010a; INCA; 2010). Ou seja, se são verdadeiros esses dados científicos, o fumo passivo é mais prejudicial para a saúde do que o fumo ativo, constatação, no mínimo, surpreendente.

Segundo a OMS, o fumo passivo é, no mundo, a terceira maior causa evitável de morte pré-matura (a primeira é o tabaco) e, aparentemente, a ideia é evitar tais mortes proibindo drasticamente o uso de cigarro. Diversos dados científicos fornecidos, principalmente pela Aliança de Controle do Tabagismo (ACTBR) e a OMS, sugerem a existência de um consenso científico quanto à toxicidade não só do uso de cigarro, mas também e, mais ainda, da exposição à sua fumaça. Dentre os problemas de saúde gerados estão doenças coronárias e cardiovasculares, câncer de pulmão, alergias respiratórias, irritabilidade nos olhos, etc. Segundo esses mesmos dados, não existe qualquer nível seguro de exposição à fumaça do cigarro, nem existem técnicas de ventilação ou aparelhos de filtragem de ar que sejam capazes de eliminar totalmente, de um ambiente fechado, as substâncias químicas deixadas pela FAT. Ou seja, a única forma de oferecer uma proteção efetiva a não-fumantes, seria a proibição total ao consumo do cigarro em locais fechados. Isto é, se tais dados forem realmente científicos – no sentido correto do termo: testados por procedimentos que garantam seu *status* de verdade científicas –, mas mesmo que sejam, realmente, tão imensuráveis os riscos a que se expõe as pessoas que entram em contato com a FAT, proibições que indiquem a criação de ambientes fechados 100% livres, não estão, ainda, justificadas, como se verá na subsecção seguinte.

Não poucas vezes, os setores socialmente organizados para combater o uso de cigarro e apoiar leis proibitivas como um todo apresentam esses dados de forma a atribuir-lhes *status* de consenso. Esse *status* não é verdadeiro. Existem grupos científicos – vozes dissidentes – que discordam da cientificidade de tais dados chegando alguns a negarem totalmente a toxicidade da fumaça inalada pelo fumante passivo. É verdade que a maior parte desses grupos são financiados pelas próprias indústrias tabagistas, o que, por si, torna suspeitas suas

proposições científicas. O problema está no fato de serem suas proposições sumariamente rejeitadas com base no argumento, por assim dizer, externo de que as tabagistas possuem interesse econômico na relativização dos dados que afirmam tão radicalmente os prejuízos do fumo passivo para a saúde. O problema aí envolvido indica a existência de questões de índole social mais profunda a serem levadas em conta quanto ao acerto das diversas proposições científicas (BIALOUS, *et alli*, 2010).

É inegável que as indústrias tabagistas possuem interesse econômico no assunto e, nesse sentido, têm interesse em interferir da forma como puderem na aprovação dessas leis proibitivas, desde os fundamentos científicos, passando pelo procedimento legislativo, até a aplicação das leis nos tribunais. Por se tratar de grandes corporações com imenso poder econômico que, em certa medida, não deixa de se traduzir também em poder político, essas indústrias possuem meios lícitos e ilícitos de acessar as instituições responsáveis concernentes, valendo-se de diversos artifícios para a defesa de seus interesses conforme demonstrado em minucioso trabalho apresentado por Bialous *et alli* (2010). Dentre as estratégias desenvolvidas pela indústria do cigarro, o chamado programa de “convivência e harmonia” que defende a necessidade de promover condições de mútuo respeito entre fumantes e não-fumantes, sem prejudicar a coexistências entre eles, nem o direito de autonomia e escolha dos fumantes. Tal como os dados científicos apresentados pelos grupos ligados às tabagistas¹⁶, o argumento, nesse caso, jurídico e moral apresentado pelas indústrias de tabaco, é também sumariamente rejeitado, sem que se adentre o mérito da autonomia pessoal dos fumantes, limitando-se os grupos combatentes das indústrias tabagistas a os tacharem de falaciosos. É essa posição que precisa ser aqui, inadmitida, havendo necessidade de questionamento, sim, a respeito da autonomia dos indivíduos diretamente envolvidos nas circunstâncias sociais geradas pelas leis analisadas.

Em conferência que aborda “Os Usos Sociais da Ciência”, Pierre Bourdieu (2003) destacou diversos fatores sociais que podem determinar a produção de conhecimentos nos campos científicos. O autor abordou não só questões sociais internas aos campos – como, por exemplo, a forma de distribuição do capital simbólico no interior deles –, como também os obstáculos externos, ligados ao grau de autodeterminação¹⁷ da produção científica¹⁸. Para o

¹⁶ Não é verdade, porém, que todo conhecimento científico produzido no sentido de negar ou diminuir a toxicidade que se pode atribuir à fumaça do cigarro que fica no ambiente ou defender proibições menos drásticas ou uso de cigarro está ligado diretamente às tabagistas. Para comprovar tal afirmação, cite-se, como exemplo, o presente trabalho que, pretendendo-se científico, defenderá um maior respeito à autonomia pessoal dos usuários de cigarro sem possuir qualquer vínculo com tabagistas.

¹⁷ Bourdieu referiu-se, na verdade, à “autonomia do campo”, expressão evitada para não gerar confusões com a noção de autonomia pessoal que norteia este trabalho.

autor, o campo consiste no “universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem (...) a ciência” (BOURDIEU, 2003, p. 20) e o campo não escapa a imposições do todo social. O campo é, também ele, um fenômeno social ligado a todos os demais. De forma que, às vezes, cede a interesses políticos, econômicos, sociais e simbólicos¹⁹. Essa observação é válida e aplicável tanto aos dados científicos que relativizam os prejuízos do cigarro por serem as pesquisas financiadas pelas próprias indústrias tabagistas (forma de colonização econômica), quando aos dados drásticos que sugerem que qualquer pessoa pode se condenar a uma fatídica morte apenas por estar em um ambiente fechado contíguo a outro no qual está aceso um cigarro, porque esse tipo de resultado científico já estava, provavelmente, pré-estabelecido no momento inicial da pesquisa por pressão de fatores simbólicos.

Restando clara uma polarização do campo científico em relação a esse assunto, a forma de distribuição do capital simbólico determina um desprezo pelos resultados que não afirmam o cigarro como vilão universal. Não poucas vezes, uma afirmação científica é sumariamente descartada por se enquadrar em uma classe de produção inadmissível para o agente que a analisa. Assim, é comum ouvir-se que certas pesquisas científicas são “de direita” ou “de esquerda” em clara alusão às determinações que a política pode exercer sobre a ciência sendo que, não poucas vezes, alguns agentes se dão por contentes com essas afirmações e, só por isso, dão por inverídicos os resultados dessas pesquisas. A posição do agente no campo, segundo Bourdieu (2003), deve ser levada em conta para a correta compreensão daquilo que por ele é afirmado. Mas isso não significa que tal fator é tanto quanto basta para a total compreensão da afirmação. Dentro de um campo científico se estabelecem debates, hipóteses são reiteradamente confirmadas até se transformarem em lei científica. Isso não é possível em relação à produção de conhecimento relativo ao cigarro por causa da grande colonização política, econômica e simbólica do ramo que determina uma aceitação *prima facie* de resultados científicos que confirmem o cigarro como vilão universal e uma simultânea rejeição *prima facie* de resultados que relativizem tal entendimento.

À título de exemplo, para demonstrar como podem ser duvidosos os dados científicos apresentados para justificarem as proibições e regulamentações do uso de cigarro, pode-se citar um dado produzido pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA), segundo o qual, sete pes-

¹⁸ Para o Bourdieu (2003), o conhecimento da lógica interna dos campos e da influência que fatores externos podem exercer diz respeito à autorreflexão científica que possibilita uma produção mais confiável e adequada às necessidades sociais no futuro.

¹⁹ Bourdieu cita o exemplo de campos como o da biologia que precisam de grandes financiamentos para suas pesquisas tendo, assim, que, diferentemente de outros campos como a Matemática, se submeter, de alguma forma, à imposições do poder econômico.

soas morrem por dia no Brasil em virtude do fumo passivo. A metodologia estatística empregada pelo INCA levou em conta apenas as três maiores doenças relacionadas ao fumo passivo: câncer de pulmão, acidentes isquêmicos do coração (como o infarto) e acidentes vasculares cerebrais e só foram consideradas pessoas com mais de 35 anos de idade. O estudo conclui que de cada mil mortes por acidentes vasculares cerebrais, 29 são atribuíveis à exposição passiva à fumaça do cigarro. Quanto a doenças isquêmicas, 25 de cada mil mortes são atribuíveis ao fumo passivo. A relação cai para 7, de cada mil mortes, no caso do câncer de pulmão. Curiosamente, o diretor geral do INCA, à época, fez questão de ressaltar que essa é apenas uma parcela da mortalidade *atribuível* ao fumo passivo.

A metodologia empregada pelo INCA nessa pesquisa não é, nem de longe, científica. A única coisa que se pode afirmar, se é que houve rigor na investigação, é que 29 de cada mil pessoas que morrem de acidentes cerebrais são fumantes passivos, mas não necessariamente a causa do acidente cerebral é o fumo passivo. Então, soa um tanto quanto precipitada a proposição de que sete pessoas morrem por dia no Brasil em virtude do fumo passivo. O curioso está na tranquila admissão de que tais resultados possuem caráter científico quando a metodologia empregada é tão facilmente questionável por qualquer leigo.

Outro detalhe interessante que vale a pena ressaltar é que, segundo o INCA, o tabagismo é responsável por 90% das mortes por câncer de pulmão, mas de cada mil mortes por câncer de pulmão, somente sete são atribuíveis ao fumo passivo. Isso soa no mínimo estranho quando se tem em vista o dado de que a FAT é pelo menos quatro vezes mais tóxica do que a fumaça que tragada pelo fumante. Uma explicação, talvez, seja que os maiores prejuízos para a saúde do fumante são, na verdade, advindas da exposição ao fumo passivo quando ele acende seu próprio cigarro e respira o ar de sua própria casa se expondo à fumaça mais tóxica. E já que ambientes abertos são capazes de dissipar a fumaça, os riscos à saúde de fumantes seriam bem menores se eles só fumassem em locais abertos. Se um cientista, em pesquisa qualitativa que produz apenas dados secundários, limitar-se a tomar os dados primários propostos pelas próprias organizações antitabaco, ele poderá, então, afirmar, tranquilamente, serem inconclusivos os dados quanto aos malefícios do cigarro para a saúde, face a tamanha contraditoriedade dos dados primários gerados.

Pode-se, assim, constatar, que os dados fornecidos pelas principais organizações antitabaco são contraditórios e, ainda por cima, se negam a adentrar o mérito dos dados e argumentos fornecidos por grupos que apresentam visão contrária, rejeitados de imediato em face de acusações a ligações com a indústria de tabaco. Mas este trabalho não nutre quaisquer preocupações com os interesses econômicos de corporações que exploram o fumo economica-

mente. A preocupação desse trabalho é com a autonomia das pessoas, tanto fumantes quanto não fumantes, com a necessidade de se investigar as regras adequadas à sua, por que não dizer, convivência e harmonia.

3.2.2 Tabaco, Ciência e acesso às instituições democráticas

A questão relativa ao tabaco se transformou em tabu na sociedade. Não se pretende negar que o cigarro faz mal à saúde, que pessoas morrem de câncer de pulmão em virtude de mutações genéticas ativadas por substâncias químicas com as quais entraram em contato por causa do cigarro e que câncer de pulmão é apenas uma, e não necessariamente a pior, das inúmeras doenças a que um fumante fica mais vulnerável que um não-fumante. Mas os malefícios gerados pelo cigarro parecem ter criado um dogma de verdadeiro moralismo social, um moralismo com bases biológicas.

Ao contestar o conceito de morte proposto pela Medicina, o Prof. Denis Franco Silva (2008) chamou a atenção para o “reducionismo biológico” que, ligado a um abandono da visão cartesiana e cristã de um corpo humano conectado a uma alma sagrada, enseja uma espécie de autoritarismo científico no que diz respeito a alguns assuntos que concernem, não só às afirmações científicas, como também às escolhas democráticas, e a validação das normas por meio do debate moral. O problema do reducionismo biológico, para Silva, é que ele tende a reproduzir certos conhecimentos relativos ao corpo como sendo “fatos” ou “normas” que podem dar a entender que certas proposições legais podem não se legitimar diretamente por meio do debate democrático, mas pelo conhecimento científico, de maneira a ignorar uma das dimensões de exercício da autonomia, notadamente no que diz respeito ao ideal de autolegislação (SILVA, 2008).

O que se passa na questão do paradigma do tabaco é que, um pesquisador desavisado, pode pensar que, face às considerações de qualquer base teórica acerca do princípio da autonomia, basta tomar os dados científicos disponíveis, aplicá-los à base teórica construída e, por fim, afirmar ou negar a compatibilidade de certas normas com o modelo democrático de organização política e a proteção da autonomia pessoal dos indivíduos, como se a produção científica jurídica pudesse ser reduzida a um silogismo qualquer. Essa é justamente a forma de análise abstracionista que se visa aqui rejeitar. É por isso que, a todo o tempo, chama-se a atenção para a necessidade de consideração concreta do indivíduo e atenção à dinâmica social do mundo fático se não se pretende, somente, legitimar formas sutis de dominação.

Uma sociedade democrática, por definição, precisa criar mecanismos de exercício da autonomia pessoal dos indivíduos, seja pela via pública, seja pela via privada. A todos devem ser garantidos e promovidos os meios de acesso às instâncias políticas decisórias. Porém, a verdade é que não existem meios de acesso dos indivíduos leigos à Ciência que, assim, se afirma diante do senso comum de maneira um tanto ostensiva e despótica (BOURDIEU, 2007). Acobertada pelo seu método e pelo seu procedimento, a Ciência se afirma, hoje, como a grande fonte de verdade universal que não pode ser negada pelos “leigos” que acabam ficando submetidos à essa verdade. É preciso lembrar que as divergências existem também dentro da própria Ciência e que métodos científicos confirmadores das verdades podem ser usados para negá-las de forma que, a Ciência não possui a autoridade que reivindica de grande fonte da verdade universal.

Em linha paralela a essa, Silva (2008) – em suas reflexões a respeito do momento da morte, e com base nas ressalvas concernentes ao reducionismo biológico – defende que, a despeito da proposta da Medicina de que a morte ocorre com o coma irreversível, o entendimento social e cultural aponta para a clássica parada cardiorrespiratória dentre outras decorrências que permitem que, socialmente, se distinga um corpo vivo de um cadáver. Não é aceitável a conformação ao poder simbólico que uns campos científicos pretendem exercer sobre outros ou que os campos científicos como um todo pretendem exercer sobre as pessoas que estão no senso comum (BOURDIEU, 2007)²⁰. Democracia se constrói também no momento da aceitação e questionamento dos conhecimentos produzidos²¹.

Dessa forma, é de suma importância que a Ciência não seja tomada como mais uma forma de opressão simbólica na sociedade, mas que seja usada, também ela, em prol da realização dos indivíduos. Diante da secularização da vida, do ideal de racionalidade emancipadora da Modernidade, superada a imperatividade da heterodeterminação da religião, haveria a civilização de cair em uma heterodeterminação científica? De forma alguma.

Assim, note-se como, no caso do tabaco, o que se espera da Ciência é o fornecimento dos dados mais neutros possíveis e, principalmente, tão confiáveis quanto possam ser, a respeito das prováveis consequências da exposição ao tabaco. Quanto ao fumo ativo, as informações científicas que apontaram seus malefícios contribuíram para com o exercício da

²⁰ Bourdieu conclama a Sociologia a analisar a potencialidade da Ciência para o exercício da forma suprema da violência simbólica. Para ele, devem os sociólogos “de uma vez por todas escolher entre dois partidos: posicionar seus instrumentos racionais de conhecimento a serviço de uma dominação cada vez mais racionalizada, ou, então, analisar racionalmente a dominação, em especial, a contribuição do conhecimento racional para a monopolização de fato dos ganhos da razão universal.” (BOURDIEU, 2007, p. 102)

²¹ Não fosse assim, após cansativas lutas históricas em prol da superação de diversos modelos aristocráticos, a Democracia permaneceria inconquistada em função de uma forma de aristocracia intelectual.

autonomia de indivíduos que, elegendo sua saúde como bem da vida mais valioso, resolveram deixar de fumar, ou sequer começaram. Outros, também exercendo sua autonomia, escolheram desenvolver esse hábito e escolhem constantemente mantê-lo²².

No caso do fumo passivo, ora discutido, faz-se necessária a produção de um conhecimento confiável a respeito dos níveis de exposição seguros ou aceitáveis à FAT, bem como as formas de arejamento que podem ser consideradas suficientemente adequadas para propiciar que, em um ambiente, a concentração de substâncias advindas do cigarro seja mantida de acordo com os níveis aceitáveis. No momento, o próprio senso comum e a própria experiência de vida das pessoas não pode levar a sério a afirmação de que não existem níveis aceitáveis de exposição, e da necessidade de ambientes 100% livres para preservação da saúde das pessoas. Quer dizer, é difícil acreditar que um fumante que está em um cômodo isolado e ventilado de um restaurante possa, realmente, expor a saúde das pessoas que se encontram em outro cômodo separado em risco. Nem mesmo a duvidável pesquisa do INCA a respeito das mortes atribuíveis ao fumo passivo, considerou essa uma forma de exposição que pudesse indicar a gênese patológica das três doenças analisadas. A afirmação de inexistência de níveis de exposição aceitável acaba por concluir em alguma pesquisa de metodologia duvidável que todas as mortes por acidente cardiovascular, câncer de pulmão, etc. são atribuíveis ao fumo passivo, como se não houvessem outros hábitos maléficos para a saúde igualmente tolerados pelas pessoas.

Além disso, parece incoerente a proibição à destinação de espaços específicos para o consumo de cigarro em ambientes fechados com base na exposição da saúde de terceiros quando esses mesmos terceiros deliberadamente expõem de outras tantas formas a sua própria saúde, ao comer bacon, queijo cheddar, *junkie food*, alimentos industrializados com gordura trans, churrasco, refrigerantes e até, quem diria, frutas, legumes e hortaliças que foram produzidos com uso de agrotóxico. Todos esses alimentos trazem substâncias que podem gerar graves danos à saúde. A diferença é que eles não personificam o vilão universal dos tempos atuais: o tabaco e, talvez por isso, a ciência admite, com relação a eles, um nível tolerável de exposição sem riscos sérios para a saúde ou, pelo menos, admite a existência de controvérsia em relação a isso. É preciso desmistificar o tabaco para que seja feita uma análise coerente da forma como as liberdades de escolha e o direito de autonomia pessoal se expressa no momento em que uma pessoa sente que quer fumar.

²² Para discussões a respeito da responsabilidade das indústrias tabagistas pelos danos ocasionados à saúde de fumantes, indica-se a obra organizada por Tereza Ancona Lopez (2009), “Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco, aspectos civis e processuais”. Há nessa obra o parecer produzido por Gustavo Tepedino no qual é ressaltado o fato de que a informação do consumidor a respeito da nocividade inerente ao produto, não há por parte deste a possibilidade de recebimento posterior de danos.

Não se pretende negar a nocividade do fumo passivo. Mas o fato é que, diante da forma como as discussões a respeito dos malefícios do cigarro tem sido feitas nas Ciências afins, não é possível estabelecer qual é o grau de exposição aceitável. E essa omissão das Ciências em questão não podem ser revertidas em negação da autonomia pessoal dos fumantes nem em imposição de graves obstáculos à concretização de um desejo seu imediato: fumar.

Nesse sentido, torna-se constatável a forma de moralismo biológico denunciada por Silva (2008). Ela reside na aceitação da Ciência como enunciadora de verdades universais incontestáveis que geram desprezo por certos tipos de condutas, submetendo seus agentes à violência simbólica da sociedade. Se tais mecanismos de violência simbólica já são, por si só, prejudiciais para a livre formação de identidades, quanto mais não o são quando arbitrariamente positivados em leis em clara imposição de um grupo sobre o outro que cada vez mais se enquadra no conceito de minoria. As formas do moralismo biológico, nesse caso, podem ser particularmente constatadas em pesquisas que perguntam a opinião de não-fumantes acerca das leis proibitivas.

Uma pesquisa do Ibope encomendada pela Secretaria de Saúde do Estado de Saúde de São Paulo aponta o índice de aprovação da lei antifumo paulista em 97% entre não fumantes. A mesma pesquisa mostra que 33% dos não fumantes se sentem muito incomodados com a inalação da fumaça, 32% sentem-se menos incomodados com a fumaça de cigarros alheios, e 27% estão satisfeitos com a melhoria na qualidade do ar em locais públicos. Ou seja, a sensação que está na base da grande receptividade que a lei encontra entre não-fumantes²³ está ligada principalmente ao incômodo gerado pela FAT e, não necessariamente, à crença nos malefícios por ela gerado. Gerar incômodos a outras pessoas não necessariamente integra uma ação que nega a autonomia do outro e conseqüentemente a do próprio agente. O mero incômodo não oferece, portanto, bases justificatórias para proibições estatais.

Some-se a isso o próprio texto das leis federal e municipal ora analisadas que prescrevem a proibição, em local coletivo fechado, do uso cigarro, charutos, cigarrilhas e outros “fumíferos” derivados ou não do tabaco. Se os dados científicos apresentados como fundamento de tais proibições dizem respeito exclusivamente ao tabaco, como pode a lei se justificar em relação a outros fumígenos que dele não derivem? Fica claro que o verdadeiro problema que está na base das mais drásticas proibições ao uso de cigarro não está na garantia da saúde dos fumantes passivos, mas no mero incômodo gerado pela fumaça ou, porque não dizer, pela conduta do fumante que se afigura cada vez mais imoral (em sentido convencional) para a maior parte das pessoas.

²³ Não se quer, com isso, sugerir que entre fumantes a lei não tenha, também, gozado de alguma receptividade.

As circunstâncias de proibições ao cigarro, portanto, possuem base eminentemente moralista. Todavia, diante da atual consolidação do valor da autonomia pessoal – que se fez no mínimo de forma abstrata – justificativas de índole moralista não são aceitas no debate, porque negam a autonomia de algumas pessoas mostrando-se inconsistentes no sentido empregado por Santiago Nino (1992). Face a isso, a Ciência, enquanto fonte de verdade universal, emergiu fornecendo dados e apresentados resultados que afirmam a absoluta intolerância à FAT escondendo o fato de que, talvez, a intolerância que verdadeiramente fundamenta as normas proibitivas mais radicais é ao comportamento dos fumantes em patente negação do seu direito de liberdade e autonomia.

A Ciência se tornou espécie de cúmplice da sociedade na intenção de marginalizar o fumante e, algumas vezes, talvez como fruto da eficiência dos mecanismos de violência simbólica, até os próprios fumantes acataram servilmente essa resolução, em patente negação à conquista histórica dos direitos fundamentais e das garantias de exercício da autonomia pessoal ainda que contra a vontade coletiva que é, aqui, levada em conta.

3.3 Proibições legítimas ao uso de cigarro

Ante o exposto, cabe retomar o questionamento acerca da legitimidade das proibições constantes nas leis federal (BRASIL, 1996) e municipal (JUIZ DE FORA, 2009) cuja análise aqui se propôs.

Proibições ao uso de cigarro podem se justificar com base em um pressuposto de cooperação social e mútua confiança. Isso se dá porque a autonomia pessoal não articula a proteção à livre conduta de uma pessoa que, com tal conduta, expõe a graves riscos a saúde de outrem, sendo correta a proibição que vise proteger a autonomia de todos. Como o direito de não estar exposto a níveis intoleráveis de FAT não pode apontar de forma precisa quem são as pessoas sobre quem recai diretamente o dever correlato, a garantia da preservação de níveis toleráveis de FAT em ambientes fechados, para aqueles que não querem expor a risco a sua saúde, se aproxima, também da hipótese de paternalismo não-perfeccionista que, com base na necessidade de consolidação da mútua confiança social, posiciona o Estado como avalista um compromisso no qual as pessoas não farão uso de cigarro em ambientes coletivos fechados. Não fosse a intervenção estatal, de nada adiantaria a conscientização individual do fumante que entendesse o erro de poluir ambientes fechados mal ventilados, já que tantos outros fumantes não tão conscientes continuariam fazendo uso de cigarro e causando a poluição desses ambientes. Trata-se, portanto de raciocínio próximo ao que se pode aplicar a direitos difusos.

Nesse sentido, pode-se afirmar a asserção da proibição constante no item (i) acima elaborado que deriva do art. 2º da lei 9.294/96 o qual proíbe o uso de cigarro em ambientes coletivos fechados, salvo aqueles separados destinados a esse fim e com arejamento adequado. É preciso, assim, que a Ciência indique quais as condições que tornam adequados esses ambientes sendo, desde já, inadmitida a afirmação de que o uso do fumígeno derivado do tabaco em um espaço totalmente separado e amplamente arejado prejudica incomensuravelmente a saúde das pessoas que estão em cômodo contíguo, quem sabe, se alimentando de carne assada e comendo frutas produzidas com agrotóxicos. É preciso estabelecer de forma mais precisa e sincera quais são os níveis toleráveis de exposição à FAT e quanto de FAT é transferido de um ambiente a outro, bem como por quanto tempo ela permanece nociva e permanece no ar para que seja possível a regulamentação a respeito das condições para que um “fomódromo” seja considerado de acordo com a lei.

É inaceitável a proibição contida na lei municipal (JUIZ DE FORA, 2009) e formulada no item (ii) que elimina completamente possibilidade de “fumódromos”. Tal proibição, só poderia estar embasada nos dados científicos segundo os quais são intoleráveis quaisquer níveis de exposição à FAT e são inexistentes mecanismos de eliminação total da FAT em um ambiente o que, como se demonstrou, é duvidável. Além disso, a produção de normas que vinculem a vida das pessoas deve necessariamente estar de acordo com os juízos dessas mesmas pessoas vinculadas. Outro significado não tem a distribuição democrática do poder político. Em virtude do movimento do capital simbólico na sociedade, os campos científicos são dignos de dúvidas tanto por questões de influências internas a eles, quanto por questões internas. Além disso, a Ciência não pode ser tida como fonte da verdade universal, o conhecimento produzido acerca da Biologia não pode ser tomado como normativo como permitiria um reducionismo biológico. Sendo, portanto, inaceitáveis as proposições científicas que afirmem a absoluta intolerância à FAT, é também inadmissível uma norma que proíba completamente a instalação de “fumódromos”²⁴.

O item (iii), também derivado da lei municipal, se afigura mais inaceitável que qualquer outro. Os dados científicos, que já são por si parciais, nada dizem a respeito do fumo em lugares abertos deixando sempre claro que o problema está na concentração de substâncias

²⁴ Um outro argumento pode ainda ser levantado. Conforme a já mencionada pesquisa do Ibope feita à pedido da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, o que realmente incomoda as pessoas é o contato direto com a fumaça da FAT. Embora se tenha defendido que isso demonstra a hipocrisia da lei que teima sem se legitimar com base no irreversível risco para a saúde de não-fumantes, o dado produzido por essa pesquisa permite afirmar que os cidadãos ficariam igualmente satisfeitos se o cumprimento da lei federal, desde 1996 aprovada, fosse devidamente cobrado pelo poder público, com a efetiva cobrança de multas para casos de descumprimento. Isso, por si, já protegeria a população da incômoda exposição à FAT, embora, deve-se mais uma vez afirmar, o mero incômodo não legitime normas legais proibitivas.

derivadas do tabaco nos ambiente fechados. A proibição de uso de cigarro em lugares abertos de concentração ou circulação de pessoas, só pode estar ligada ao incômodo gerado pela fumaça, uma justificativa, como já abordado, absolutamente inaceitável. O mero incômodo gerado em outra pessoa, não nega o direito de autonomia dessa pessoa e, por conseguinte, o próprio direito daquele que causa o incômodo. A legitimação de proibições com base no mero incômodo, pode conduzir a sociedade a uma situação de absoluto engessamento no qual, nada podendo ser feito por um, sem que se atinja o outro, todas as condutas serão proibidas ou restringidas. Desde a prática de piano em apartamentos em qualquer hora do dia, até o hábito de locomoção por automóveis, e o consequente ruído causado pelo trânsito, tudo pode ser por alguém considerado incômodo. A proibição articulada no item (iii), portanto, é definitivamente inadmissível.

Finalmente, o item (iv) corresponde à proposta de emenda à lei federal, na qual o fumo em locais fechados, coletivos ou não, públicos ou privados, é vedado. Tal proibição se assenta, como justificado pelo próprio autor do projeto de lei, nos dados científicos que indicam absoluta intolerância à FAT e impossibilidade de eliminação total desta em ambientes fechados. Note-se, porém, o nível de ingerência do público sobre o privado nesse caso que visa inaceitavelmente a proibição do exercício da autonomia privada dentro da própria esfera privada por excelência do indivíduo: sua residência. Nesse caso não se aplicam quaisquer das justificativas que formulam um princípio de generalização da confiança social de forma a possibilitar melhores condições objetivas de liberdade e, por conseguinte, maiores condições subjetivas de autonomia. Tampouco se pode dizer que o conteúdo do valor autonomia pessoal não abrange a conduta de fumar dentro de seu próprio espaço privado. Sendo, assim, também inadmissível a proibição contida na proposta de emenda a Lei 9.294/96.

Todas as considerações acerca do princípio da autonomia pessoal aplicadas ao paradigma do tabaco, portanto, indicam o acerto, e até a necessidade, da manutenção dos ambientes de convivência das pessoas em concordância com níveis toleráveis de exposição à FAT, devendo os campos científicos afins esclarecer de forma verdadeira até que ponto a FAT é tolerável tendo em vista o respeito à saúde das pessoas. Dessa forma, é possível regulamentar requisitos para o reconhecimento de “fumódromos” que, ao abrigarem, em seu interior, pessoas que fazem uso de cigarro, não exponham as áreas para não-fumantes aos níveis tidos por intoleráveis.

Só assim, é possível dar a questão um tratamento conforme com os ideais de autonomia pessoal, dignidade da pessoa, liberdade e Democracia.

4. CONCLUSÃO

O problema proposto nesse trabalho diz respeito à identificação das justificativas que podem ser apresentadas para normas legais proibitivas a partir do reconhecimento do valor e da normatividade do princípio da autonomia.

Partindo-se da metodologia do Direito Civil Constitucional, foram expostos os pontos principais que nortearam a investigação, quais sejam: a unidade do ordenamento jurídico e a pluralidade de suas fontes, o valor unificador da Constituição, a necessidade de tomar os indivíduos concretamente, a funcionalização dos institutos à realização de valores existenciais e, por fim, a mitigação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

Tais pressupostos, nortearam as considerações, em seguida, tecidas a respeito do direito de autonomia pessoal entendido, na definição de Santiago de Nino como a faculdade dos indivíduos de elegerem planos de vida e perseguirem esses planos. Demonstrou-se, primeiramente, a íntima relação que se estabelece entre esse princípio e Democracia, ficando claro que a autonomia pessoal é um valor unificador em todos os ordenamentos democráticos, com *status* constitucional, ainda que implícito.

Em seguida, foram adensadas as construções de Nino acerca do conteúdo da autonomia pessoal para, em seguida, propor uma construção da autonomia que esteja a altura das ideias libertação dos indivíduos e de construção de sua identidade. Foi enfatizada a necessidade de tomar concretamente o indivíduo para compreender os reais empecilhos que existem para o exercício de sua autonomia, lembrando-se ainda a necessidade de criação de leis e políticas preocupadas com a promoção de circunstâncias que ensejem um efetivo exercício da autonomia. Nesse ponto, foi de grande importância a noção de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, no sentido de que uma mesma autonomia (pessoal) se exerce pelas duas vias, estando ambas ligadas a um amplo mecanismo democrático de proteção contra opressões de terceiros ou do Estado. Pois, uma visão atomística e abstracionista dos indivíduos cuja autonomia se visa promover, torna a autonomia pessoal um mero argumento retórico legitimador de forças opressivas. O modelo de organização democrática do poder que formula implicitamente o direito dos indivíduos de conduzirem a própria vida tem que estar ligado a constatação da realidade social que impede o efetivo exercício dessa autonomia para, então, estabelecer normas jurídicas que a respeitem.

As normas jurídicas, no caso, podem estar ligadas tanto à uma função promocional do Estado, quanto de uma função protetiva. Ambas ligadas a implementação da autonomia pessoal, uma vez que essa é um valor fundante do ordenamento uno no qual todos os institutos são funcionalizados aos interesses dos indivíduos. A preocupação principal deste trabalho foi voltada à função restritiva, que diz respeito à formulação de ordens estatais proibitivas respaldadas por sanções. Proibições estatais são possíveis quando o conteúdo da proibição não é abrangido pelo núcleo da autonomia pessoal e quando é possível a aplicação de um paternalismo não-perfeccionista, principalmente nos casos de proteção dos incapazes e naqueles que envolvem a racionalidade econômica ou a teoria dos jogos.

Restrições legais são cabíveis quando voltadas à implementação da autonomia de todos os indivíduos, inclusive aqueles que são alvos da restrição. Isso é possível com base um pressuposto de cooperação entre os integrantes da sociedade que prevê a possibilidade de implementação de um princípio de confiança mutuamente compartilhado. No primeiro caso, afirmou-se que não faz parte do conteúdo da autonomia pessoal uma conduta que negue a autonomia de outra, pois, no sentido do argumento da inconsistência de Santiago Nino, na medida em que as pessoas são iguais, a negação da autonomia do outro implica a negação de sua própria autonomia. No segundo caso, entende-se que a racionalidade econômica pode comprometer a impulso de cooperação dos indivíduos sendo que, inegavelmente, um contexto de cooperação é melhor para todos que um contexto de não-cooperação, de forma que o Estado acaba figurando como avalista de um relação jurídica ampla, inclusiva de todos os indivíduos, para garantir que cada um cumprirá sua parte que lhe condiz. Dessa forma, ficou estabelecido que o núcleo rígido da autonomia que não pode ser violado, se define argumentativamente com base nesses dois pressupostos de justificação das proibições.

Com base na construção do conceito de autonomia pessoal proposto, foi analisado o paradigma do tabaco como forma de demonstração de que a autonomia pessoal mesmo depois de historicamente consolidada, permanece em ameaça e que a prática da intolerância ainda se exerce não só entre indivíduos privadas, mas também pela própria lei. Formas de opressão e fontes diversas de moralismo buscam manter-se dentro dos pressupostos do discurso moral para se justificarem, mas a investigação mais atenta à realidade concreta na qual se inserem os indivíduos demonstra o perigo de se tomar os valores democráticos fundamentais abstratamente. Analisadas as leis federal e municipal de restrição ou uso de tabaco, bem como a proposta de emenda à lei federal feita no Senado Federal, demonstrou-se que grande parte dessas restrições assentam-se em formas de opressão simbólica que mascaram moralismos.

O que se conclui de toda a exposição é que o princípio da autonomia pessoal, não obstante ser um princípio fundante, norteador da aplicação da lei e das funções do Estado, sempre esteve e continuará em ameaça. Na aplicação das leis, é preciso estar atento à devida articulação desse princípio para que as instituições democráticas cumpram seu dever principal de garantia do livre desenvolvimento e da livre construção da identidade dos indivíduos.

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA, Irene Garcia. An Urgent Conception of Toleration. *In: Festival of Legal Theory*, 2008, Edinburgh. Disponível em: < http://www.law.ed.ac.uk/festivaloflegaltheory/files/irenea_guilertoleration.pdf> Acesso em 24 de novembro de 2010.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2ª edição. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Benéficenta ET Peritia Iuris, 2004.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. 1ª edição. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Erenesto Garzón Valdés e revisão de Ruth Zimmerling. 1ª edição. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALIANÇA DE CONTROLE AO TABAGISMO. *15 motivos para ambientes de trabalho 100% livres de tabaco*. Disponível em < http://actbr.org.br/uploads/conteudo/444_15_MOTIVOS_PARA_AMBIENTES.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Adoção de ambientes 100% livres de fumo: tragédia econômica ou benefício para todos?*. Disponível em < <http://actbr.org.br/pdfs/fact-ambientes-livres.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Estudo comprova como as indústrias de tabaco interferem nas políticas de saúde*. Disponível em <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/450_RELEASE_PESQUISA_INDUSTRIA_12072010.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Tabagismo passivo: a 3ª maior causa de morte evitável de acordo com pesquisa americana*. Disponível em < <http://actbr.org.br/pdfs/fact-FUMO-PASSIVO.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Tabagismo passivo e arejamento conveniente*. Disponível em < <http://actbr.org.br/pdfs/FS-ventilacao.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Traduzido por Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1969.

BIALOUS, AS; PRESMAN, S; GIGLIOTTI, A; MUGLI M; HURT, R. *A Reposta da Indústria do Tabaco à criação de espaços livres de fumo no Brasil*. Ver. Panam Salud Publica, 2010. Disponível em < <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v27n4/a07v27n4.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura a Função*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. 1ª edição. Barueri: Manole, 2007.

BOURDIEU, Pierre. A Força do Direito: Elementos para uma sociologia crítica do campo jurídico. In: *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 7ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. *Meditações Pascalianas*. Tradução de Sérgio Miceli. 2ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. Tradução de Denice Barbara Catani. 1ª edição. São Paulo: Editora da Unesp, 2003.

BRASIL, Lei 9.294 de 15 de julho de 1996. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9294.htm>> Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. Decreto 2.018 de 1º de outubro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2018.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. Decreto 5.658 de 02 de janeiro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. Projeto de Lei 315 de 4 de setembro de 2008. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87057> Acesso em 24 de novembro de 2010.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos*. Filosofia Política n.2, 1985.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, Jonh Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edison e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Dignidade Humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constiutucionalista*, In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 35, jul/set de 2008, pp. 101 a 119.

FONSECA DIAS, Maria Tereza e GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GHELERE, Gabriela Doll. *A liberdade individual para Benjamin Constant*. 2008. 94 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros. *Técnica legislativa hermenêutica contemporânea*. In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 282 – 288.

GUIMARANES, Francisco de. *Direito, Ética e Política em Spinoza: uma cartografia da imanência*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. *Perguntas e respostas*. Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/faq/inicial.asp?pagina=404.asp&item=faq>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Tabagismo Passivo*. Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Brasil avança no combate ao tabagismo: percentual de fumantes caiu de 16,2% para 15,5%*. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2010/brasil_a_vanca_combate_tabagismo_vigitel_2009>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

JUIZ DE FORA. Lei. 11.813 de 29 de julho de 2009. Disponível em <http://jfantifumo.pjf.mg.gov.br/jfantifumo_le11813.pdf> Acesso em 24 de novembro de 2010.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da Economia Política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 25ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. Livro I, volume 1.

MILL, Jonh Stuart. *Sobre a Liberdade*. Traduzido por Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121 – 148.

NINO, Carlos Santiago. *La autonomia constitucional*. In Cuadernos y Debates 37 – La Autonomia Personal. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Ética y Derechos Humanos: um ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel Derecho, 1989.

NONET, Philippe; SELKNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

O GLOBO. *Pesquisa inédita do Inca revela que fumo passivo mata sete brasileiros diariamente*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/vivermelhor/mat/2008/08/22/pesquisa_inedita_do_inca_revela_que_fumo_passivo_mata_sete_brasileiros_diariamente547887371.asp>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ROSENKRATZ, Carlos F. *El valor de la autonomia*. In Cuadernos y Debates 37 – La Autonomia Personal. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin (org.). *Princípios de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Legal Insights About the Moment of Death: Biology, Democracy and the end of life*. In: Festival of Legal Theory, 2008, Edinburgh. Disponível em: <<http://www.law.ed.ac.uk/festivaloflegaltheory/files/silva.pdf>> Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Do humano ao pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico: tese de doutorado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010 (não publicado).

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Prestriativos de Direitos Fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997, 2ª ed.

_____. A política do reconhecimento. In: *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento, In *A Constitucinalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* / Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309 – 320.

_____. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Tereza Ancona (org.). *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco, aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 195 – 238.

TOBACCO FREE CENTER. *Táticas da Indústria de Cigarro Usadas para Arruinar as Políticas Antitabagismo*. Disponível em <http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/pt/SF-TI_tactics_pt.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *WTO report on the global tobacco epidemic 2009*. Disponível em <http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/978924156-3413_eng.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____. *Why is smoking an issue for non-smokers?* Disponível em <<http://www.who.int/features/qa/60/en/index.html>> Acesso em 24 de novembro de 2010.

UNIDADE DE PESQUISA EM ÁLCOOL E DROGAS. *Um ano após lei antifumo, metade dos fumantes reduziu consumo de cigarro*. Disponível em <http://www.uniad.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5033:um-ano-apos-lei-antifumo-metade-dos-fumantes-reduziu-consumo-de-cigarro&catid=1:jogo-limpo-noticias&Itemid=167> Acesso em 24 de novembro de 2010.

VIENA. Declaração do Programa de ação de Viena de 1993. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em 24 de novembro de 2010.