

CRÍTICAS AO VOTO DO MINISTRO RELATOR DA ADI 3510 A PARTIR DA PERSPECTIVA METAFÍSICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO.

*Alexandre Madruga Costa Araújo*¹ - UFRJ

Resumo: O presente artigo visa trazer a contribuição da metafísica tomista para as discussões acerca do início da vida e da condição de pessoa dos embriões humanos. Para tanto, serão elaborados comentários críticos ao voto do ministro relator da ADI nº 3510, que julgou improcedente a referida ação. O artigo divide-se em quatro partes. Na primeira, contextualiza juridicamente o debate. Nas seguintes, comenta três partes do voto do ministro, estabelecendo críticas, respectivamente, sobre: a redução do conceito de pessoa a sua construção jurídica; a distinção feita entre embrião, feto e pessoa; a redução do conceito de pessoa a uma perspectiva materialista.

Palavras-Chave: Pessoa; Metafísica; Forma substancial; Dignidade; Embrião.

Abstract: This article aims to bring the contributions of Thomist metaphysics for discussions about the beginning of life and personhood of human embryos. For this, we made critical comments to the rapporteur of the vote of Justice ADI nº. 3510, dismissing such action. The article is divided into four parts. At first, legally contextualizes the debate. In the following, comments on three parts of the vote of Justice, establishing critical, respectively, on: the reduction of the concept of legal person to its construction, the distinction between an embryo, fetus and person, reducing the concept of a person with a materialistic perspective.

Keywords: Person; Methaphysics; Substantial Form; Dignity; Embryo.

INTRODUÇÃO.

O objetivo deste artigo consiste em uma análise crítica do uso jurisprudencial do conceito de pessoa humana, partindo de uma perspectiva ontológica.

Tal objetivo foi traçado tendo em vista o surgimento de novas questões suscitadas pelos avanços tecnológicos trazidos pela evolução das ciências biomédicas. Tais avanços não cessam de repercutir na esfera jurídica, sendo fontes de inumeráveis controvérsias.

Na elaboração do presente artigo, adotaremos dois pontos de partida. Primeiramente, a necessidade que a ciência jurídica tem de estabelecer um diálogo interdisciplinar com as ciências experimentais e, principalmente, com a

¹ Alexandre Madruga Costa Araújo é bacharel em Direito pela *Faculdade Nacional de Direito* da UFRJ.

tradição filosófica. Partiremos dessa premissa tendo em vista as inúmeras ofensas à dignidade humana cometidas no decorrer do século XX sob a tutela de regimes totalitários, quando se pretendeu, sob a influência de uma perspectiva positivista, reduzir a ciência do direito às técnicas produtoras de decisões socialmente legitimadas. Tal perigo paira também na atualidade, inclusive em regimes democráticos, razão pela qual urge trazer para o ambiente jurídico as reflexões produzidas no âmbito filosófico.

Em segundo lugar, dentro do enorme panorama descortinado pela reflexão filosófica, procuraremos analisar a contribuição que o realismo metafísico tomista traz para a discussão acerca do início da vida e do início da condição de pessoa, questão esta suscitada pela possibilidade de utilizar (e conseqüentemente destruir) embriões *in vitro* para fins de pesquisa ou uso terapêutico.

1. CONTEXTO JURÍDICO DO DEBATE.

No dia 30 de maio de 2005, o Procurador Geral da República ingressou com uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) contra o art. 5º da Lei 11.105/05 - Lei de Biossegurança², o qual permite utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

O Procurador Geral da República alegou violação aos artigos 1º, inc. III e 5º caput da Constituição Federal³. Suas teses podem ser resumidas em quatro pontos fundamentais:

² Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I — sejam embriões inviáveis; ou

II — sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III — a dignidade da pessoa humana

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- a) a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente;
- b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário;
- c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento;
- d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Em 29 de maio de 2008, o plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do ministro relator, Dr. Ayres Britto, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos parcialmente e em diferentes extensões os votos dos ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cesar Peluso e Gilmar Mendes.

Embora a questão já esteja juridicamente definida, seu objeto continua sendo alvo de discussões nos mais variados âmbitos, seja na rotina acadêmica, na vida social ou até mesmo nas disputas políticas. De fato, conforme destacou o próprio ministro relator da referida ADI, trata-se de um tema de consequências incomensuráveis:

[...] a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade.

Com efeito, o objeto desta ADI toca os alicerces do Estado Democrático de Direito, bem como estabelece uma espécie de parâmetro nas relações entre os princípios éticos e as fronteiras da ciência experimental. Sem dúvida, a decisão prolatada nesta ADI pode servir de paradigma para outras questões levantadas pelo impressionante avanço das ciências experimentais.

Além da relevância social do debate suscitado pela mencionada ADI, seu objeto tem um particular interesse neste artigo na medida em que permite vislumbrar as repercussões práticas na ordem jurídica de uma série de conceitos que são objeto de especulação metafísica.

2. CRÍTICA À REDUÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA A SUA CONSTRUÇÃO JUDICIAL.

Ao longo do seu voto, o ministro relator assume a tese positivista segundo a qual cabe à ordem jurídica atribuir personalidade aos indivíduos que compõe a sociedade. É o que se depreende da artificiosa distinção entre proteção jurídica à vida pós-parto e à vida intra-uterina. Esta não gozaria de total proteção em face da omissão constitucional enquanto aquela gozaria da proteção infraconstitucional conferida pelo código civil:

Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivamente de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana intra-uterina e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades.

Essa concepção positivista, ao atribuir ao direito, enquanto ciência pura e hermética, o poder de construir suas próprias realidades, assume a concepção romana segundo a qual o conceito de pessoa (*persona* = máscara) faz referência ao *status* que o indivíduo assume diante da sociedade. O problema dessa postura é que ela é, literalmente, desumanizadora, na medida em que atribui proteção jurídica aos indivíduos humanos não em razão de sua natureza, mas em função de um atributo extrínseco que lhes é socialmente atribuído. Não é à toa que tal concepção tenha servido de embasamento teórico para uma série de barbáries operadas ao longo da história, tais como a escravidão (desde a antiguidade até o século XIX) ou o extermínio de judeus (século XX).

Essa visão positivista é fruto de uma artificial divisão da sociedade em estamentos, que ignora o sentido mais radical do princípio da igualdade trazido pela Revolução Francesa, consoante crítica de Hervada:

O problema que o positivismo apresenta é duplo: a) por um lado, deixa persistirem elementos da concepção em estamentos tão decisivos quanto colocar a origem dos direitos na concessão da ordem jurídica. Com isso, continua ancorado na concepção antiga, o que beira o absurdo - não foi compreendida a mudança fundamentalmente produzida - e é incomparável com o princípio de igualdade - se for entendido, como deve ser, em seu caráter radical -, pois esse princípio não se refere - tal como se propôs com a queda da sociedade desigual ou em estamentos - a que todos os cidadãos devem ser tratados igualmente pelas leis (também significa isso, mas como algo derivado), mas a que todos os homens são - segundo sua condição de homens — iguais. Portanto, o princípio de igualdade não significa que todos os homens devem ser iguais, mas que são - em virtude de sua nua condição de homem, despojada de qualquer condição ou circunstância — iguais. Portanto, todos os homens são igualmente pessoas em sentido ontológico (igualdade real radical). A visão positivista é uma visão com remanescentes de estamento em uma sociedade que deixou de ser assim faz muito tempo. b) Por outro lado, independentemente da questão do direito natural, o problema que se propõe é que, destruído o estado ou estamento como origem ou causa dos direitos, essas - origem ou causa - só

podem ser situadas na pessoa humana (não na ordem jurídico-social, que isso continua sendo concepção em estamentos) e, portanto, seja qual for a explicação dada sobre isso, se é pessoa em sentido jurídico por ser homem e apenas por isso. Por conseqüência, a visão positivista é inaceitável por estar defasada (anacrônica e anti-histórica), por partir de uma incompreensão radical do princípio da igualdade e por negar à pessoa um de seus principais atributos: a juridicidade⁴.

A ideologia positivista foi combatida com suas próprias armas quando, em 1948, as nações livres redigiram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, numa tentativa de positivizar uma série de direitos naturais, que passaram a ser denominados direitos fundamentais. A Declaração⁵ reconhece o direito prévio de cada ser humano a ser reconhecido como pessoa, sem distinções de qualquer natureza:

Importa ressaltar que o artigo sexto põe por terra a tese positivista, reconhecendo valores e conceitos prévios à ordem jurídica estabelecida. Desta maneira, reconhece um conteúdo ontológico para o conceito de pessoa humana, libertando-o de uma submissão ao reconhecimento da ordem jurídica.

3. CRÍTICA À DISTINÇÃO FEITA ENTRE EMBRIÃO, FETO E PESSOA HUMANA.

Arrogando para si o papel dos filósofos e cientistas, o magistrado passa a dogmatizar que o embrião humano não é pessoa humana e, portanto, não está protegido pela ordem constitucional:

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego 'meta' a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a

⁴ HERVADA, J. *Lições Propedênticas de Filosofia do Direito*. Martins Fontes. São Paulo, 2008, p. 321.

⁵ Art. 1º: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. 6º: Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Art. 7º. Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos 'feto'.

De acordo com a sua hipótese inicial, segundo a qual cabe a ordem jurídica tornar um ser humano pessoa, reconhecendo-lhe a personalidade, conclui o ministro relator que na fase intra-uterina o embrião e o feto não são pessoas enquanto não nascerem com vida. Ora, tal posicionamento é hermético e anticientífico, uma vez que confere exclusivamente à ciência jurídica a autoridade infalível para determinar qual ser humano é pessoa e qual não é.

Alegar que o embrião é um estágio anterior ao ser humano é totalmente criticável do ponto de vista das ciências experimentais. Assim o assinala o Dr. Darnival Brandão, especialista em embriologia, afirmando ser absurdo conceber o processo de desenvolvimento embrionário em forma de saltos qualitativos:

O embrião é um ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos — espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: 'Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.

A ciência demonstra insofismavelmente — com os recursos mais modernos — que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano — e não outro — que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente

uma ‘matéria germinante’. [...] Nunca se poderá falar de embrião como de uma ‘pessoa em potencial’ que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo⁶.

A distinção estabelecida no voto do ministro entre embrião, feto e pessoa humana, além de ignorar solenemente os dados empíricos constatados pela embriologia e pela genética, é equivocado do ponto de vista ontológico. Esse equívoco torna-se manifesto quando se leva em conta duas considerações metafísicas. Primeiro, a vida é o próprio ato de ser do vivente. Segundo, a dignidade do homem decorre do elevado grau ontológico do seu *actus essendi* (ato de ser).

A vida é o ser dos viventes, consoante a famosa lição de Aristóteles⁷. Essa constatação torna-se mais evidente quando consideramos o célebre adágio filosófico, extraído da observação da realidade, ensinando que o agir segue o ser⁸. Dessa forma, dizem-se vivos os seres que realizam operações vitais, manifestando a capacidade de moverem a si mesmos por si mesmos e não por outros, isto é, agindo por uma potência ativa intrínseca⁹. Assim, considerando que todo vivente é incapaz de realizar qualquer operação (ato) se não estiver vivo, pode-se concluir que a vida é o ato de todos os atos, isto é, a vida é o ato de ser dos viventes.

A dignidade intrínseca do homem decorre do elevado grau ontológico do seu *actus essendi*, do qual passamos a tecer algumas considerações. Primeiramente, sabemos que, juntamente com a essência, o ato de ser é um co-princípio formador do ente. De fato, tudo o que conhecemos é (ato de ser) algo (essência). Assim, a essência é o modo de ser de um ente, aquilo que faz com que uma coisa seja o que é. Por sua vez, o ato de ser é o ato (perfeição) “primeiro e mais íntimo do ente, que desde dentro confere ao sujeito toda a sua perfeição¹⁰”. Assim, pode-se dizer que o ato de ser é o princípio de entidade das coisas, apresentando como traços fundamentais a universalidade, a totalidade e a radicalidade. O ato de ser é universal porque presente em tudo o que existe. É total (*omnímodo*), pois engloba todas as demais perfeições dos entes. É radical porque é o que faz com que as coisas sejam, isto é, o que há

⁶ FERREIRA, A. et al. *Vida: o Primeiro Direito da Cidadania*. Gráfica e Editora Bandeirante Ltda, 2005, pp. 10 e 11.

⁷ “*Vivere viventibus est esse*”. ARISTÓTELES. *De Anima*, II, c. 4, 415b14 *apud* SALLES, S. *Ser e Viver segundo Tomás de Aquino*. Portal Aquinate n. 8, 2009.

⁸ *agere sequitur esse*

⁹ “É, por essa razão, que na perspectiva tomista há uma unidade entitativa, substancial e constitutiva no vivente anterior à sua unidade operativa e dinâmica.” (SALLES, S. *Op. cit.*, p. 82).

¹⁰ ALVIRA, T et al. *Metafísica*. 5 ed. Pamplona: EUNSA., 1993, p. 31.

de originário e mais fundamental em cada perfeição, pois cada perfeição precisa antes ser. Desta feita, não se há de pensar que as demais perfeições estão justapostas¹¹, acrescentadas ao ser, mas sim que este ato abarca cada uma das perfeições.

Nos seres racionais, o ato de ser é tão intenso que confere aos seus respectivos sujeitos a capacidade de agirem por si, isto é, com liberdade. O agir livre da pessoa humana, evidente na experiência prática diária, é consequência do domínio ontológico sobre si. Conforme Tomás de Aquino, a “personalidade pertence necessariamente à dignidade e à perfeição de alguma realidade, na mesma medida em que corresponde à sua dignidade e perfeição o existir por si: ao qual pomos o nome de pessoa¹²”.

Com efeito, o que distingue a pessoa humana das demais realidades infrapessoais é a grandeza do ato de ser que a constitui, fazendo-a subsistir por si mesma. De fato, a chave para entender a dignidade do ser pessoal reside na intensidade do seu ato de ser e não propriamente na sua essência, que nada é senão em virtude do ato de ser que a instaura. Destarte, de modo dialético, conforme assinalado por Melendo, “a essência participada extrai toda a sua própria realidade do ato de ser que ela própria contrai¹³”.

Esse ato de ser intenso faz com que a forma dos seres pessoais não necessite da matéria para existir, o que lhes confere o um caráter de espiritualidade, como esclarece Tomás de Aquino:

As coisas dependem uma das outras de tal modo que umas são causas das outras, aquela que exerce o papel de causa pode ter o ato de ser sem a outra, mas não ocorre o inverso. Isso é o que se dá na relação entre matéria e forma: a forma é a que confere o ato de ser à matéria. Por isso, é impossível que a matéria exista sem uma forma, mas não é impossível que uma forma exista sem matéria. Com efeito, a forma, enquanto forma, não depende da matéria; e se há formas que só podem existir na matéria isto se deve à distância que as separa do primeiro princípio, que é o ato primeiro e puro. Assim é que as formas mais próximas ao princípio primeiro são formas subsistentes sem matéria, porque a forma, como dissemos, não necessita da matéria segundo todo o seu gênero. E essas formas que não necessitam da matéria para existir, são espíritos puros. Por isso, não é necessário que as

¹¹ “Nesta linha se moviam diversos representantes do neoplatonismo, que indicavam uma hierarquia de perfeições. O primeiro lugar seria ocupado pelo princípio supremo e Absoluto, identificado no Uno ou no Bem; debaixo dele estariam as demais hipóstases subsistentes e entre elas o Ser. São Tomás inverte a ordem e põe o Ser em primeiro lugar, de maneira que todas as demais perfeições são participações do Ser.” (*Ibid.*, p.33).

¹² TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. III, q. 2, a. 2, ad 2 *apud* MELENDO, T. *Metafísica da realidade*. As relações entre a filosofia e a vida. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull). São Paulo, 2002, p. 165.

¹³ MELENDO, T. *Op. cit.*, p. 166.

essências ou quiddidades dessas substâncias sejam mais que a forma¹⁴.

É desse caráter espiritual, dado pela “contração diminutiva”¹⁵ do ato de ser pela forma substancial, que decorre a singular dignidade dos seres pessoais, realçada ainda mais pela imortalidade da sua alma, consoante Carlos Cafarra:

a nobreza, a dignidade ontológica da pessoa, é infinitamente superior à de todos os outros entes criados: situa-se em um grau de ser cuja distância, em relação aos graus de ser dos outros entes, é infinitamente infinita, para usar terminologia pascaliana. Enquanto que o indivíduo não pessoal, devido à sua diversa constituição ontológica, é um momento de uma linha, uma parte de um todo, um evento passageiro da disposição da matéria, a pessoa é em si, e não parte de um todo: é um sujeito eterno¹⁶.

A espiritualidade da forma humana faz do homem um absoluto, dado o seu ser por si. A própria etimologia da palavra (*ab solto* — não ligado) ressalta essa capacidade de transcender a mutabilidade e a corruptibilidade das condições materiais. Esse caráter de absoluto fica mais evidente quando se compara o ser pessoal com o ser das realidades infrapessoais, uma vez que nestas a forma não prevalece sobre a matéria na constituição da essência, fazendo com que estas realidades fiquem totalmente sujeitas à corrupção, à duração no tempo e à contingência inerentes às realidades materiais¹⁷.

Desta feita, considerando que a dignidade humana decorre da elevada qualidade do seu ato de ser e considerando que este ato é a primeira perfeição advinda ao ente, pode-se concluir que o embrião *in vitro*, por ter vida, é pessoa humana desde a concepção (momento no qual a vida se manifesta) e, portanto, merecedor de proteção. Assim, é descabida a afirmação do ministro de que o embrião não é pessoa enquanto não passar por uma mudança essencial que, percorrendo um estágio fetal, desaguará no estágio de pessoa humana, aí sim merecedor de proteção jurídica.

Outrossim, cabe acrescentar que, embora o termo metamorfose (usado pelo ministro no sentido de mudança essencial) seja aplicável a algumas transformações dos entes naturais, não pode ser utilizado para indicar os diferentes estágios de vida embrionária humana ou mesmo para assinalar um salto qualitativo entre o vivente intra-uterino e o nativo, uma vez que nestes entes não há sucessões de diferentes formas substanciais, ou seja, não há mudança essencial. Assim, não é científico aplicar o fenômeno da metamorfose aos seres humanos, pelo simples fato de que o homem não é

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO. *De ente et essentia*, c.5 *apud* MELENDO, T. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁵ *Ibid.*, p. 175.

¹⁶ CAFARRA, C. *La sexualidad humana*. Madrid: Encuentro, 1987, pp. 23-24 *apud* MELENDO, T. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁷ *Ibid.*, p. 174.

uma borboleta. De fato, embora homens e insetos tenham em comum a pertença ao reino animal, todavia a taxionomia biológica os separa já desde o filo, classificando as borboletas no filo dos Artrópodes, enquanto os seres humanos são alocados no filo dos cordados (possuem coluna vertebral), conforme atestam os manuais de biologia mais elementares.

Também do ponto de vista ontológico não cabe aplicar o sentido filosófico de metamorfose ao embrião humano, tendo em vista que no seu desenvolvimento não há uma “mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser”, dado que não há sucessões de formas substanciais e, portanto, não há mudança no ser. Menos ainda se poderia afirmar que o embrião não tem forma substancial, uma vez que não pode haver matéria sem forma, conforme veremos mais adiante.

Assim como não cabe afirmar que o feto ou o embrião são entes desprovidos de forma, também não se pode dizer que ainda não são humanos em virtude da ausência de uma forma substancial intelectual. De fato, conforme a ciência experimental o atesta, tanto o embrião quanto o feto possuem vida¹⁸ desde o momento da concepção. O problema seria dizer que tal vida ainda não é humana. Ora, os que assim o entendem, costumam defender que o embrião possui apenas uma forma de vida sensitiva¹⁹ ou mesmo vegetativa²⁰. Entretanto, considerando que o agir segue o ser e considerando que aquilo que é próprio da natureza humana é operar de modo consciente, voluntário e livre, não há que se negar a espiritualidade de sua forma, a qual permite ao indivíduo transcender as condições materiais nas

¹⁸ Por vida entende-se aqui “um tipo de movimento imanente que os corpos orgânicos possuem e que é expresso de um modo aparente, externo e autônomo.” (FAITANIN, P. *A Ordem do Universo*. Cadernos da Aquinate. N. 6. 1 ed. Niterói, 2009. p. 31). O conceito de vida é entendido aqui no seu alcance metafísico, uma vez que, embora se manifeste biologicamente por meio da matéria, seu princípio é imaterial, não se podendo reduzir a causa aos seus múltiplos efeitos, ou, nas palavras de Ângelo Serra “embora ela [a vida] se manifeste no corpo, mediante uma cadeia sequencial, previamente estabelecida, rotineira, com reações químicas, promovidas por justaposição ou acúmulo de células, ela mesma não é esta cadeia sequencial, senão o que a causa e possibilita” (SERRA, A. *O embrião humano “acúmulo de células” ou indivíduo humano?* Cultura e Fé, 93 (2001), pp. 10-25 *apud* FAITANIN, P. *A Concepção e Individuação do Embrião Humano em Tomás de Aquino*. Revista Eletrônica Aquinate, n. 01, 2005, pp. 116-117).

¹⁹ Por vida sensitiva (ou vida animal) entende-se “a vida que resulta da união desta forma com o corpo, causando-lhe a vida sensitiva, que só existe no corpo do animal e que, portanto, não subsiste, e cujas funções, para além das vegetativas, são as seguintes: sensação externa e interna e a locomoção. E porque são seres corpóreos suas vidas são materiais, portanto estão sujeitas à privação se não houver a manutenção da totalidade do corpo orgânico, ainda que certos animais consigam, segundo a perfeição da sua forma, regenerar parte do corpo.” (*Ibid.*, p. 32).

²⁰ “A vida vegetativa não é um agregado de substâncias não viventes, mas é uma substância que vive a vida vegetativa informada pela alma vegetativa e que opera na substância que a possui como um princípio imanente de movimento e manifesta as seguintes funções: a nutrição, o crescimento e a geração.” (*Loc. cit.*).

quais se encontra. De fato, embora haja divergências quanto ao instante do surgimento desta forma intelectual, todavia considerável parte da tradição filosófica concorda que sua origem é divina, não advindo da potência da matéria. Assim, o entenderam, por exemplo, Platão, Aristóteles e Orígenes:

O filósofo grego Platão, na obra *Fédon*, 85e; 86d; 93c;95^a, refutou a doutrina de que a alma do homem foi gerada a partir da mescla dos elementos da matéria. Ela é de origem superior à da matéria; pertence ao mundo das Idéias e participa da Idéia de vida [*Fédon*, 105^a-1106e]. É de origem espiritual e de natureza divina [*República*, 589d] e se une ao corpo por causa de pecado, cujo castigo é a encarnação sucessiva, até que consiga a purificação e a expiação perfeita de seu crime [*República*, 489d]. Esta encarnação se dá quando o embrião está plenamente formado e pronto para nascer, pressupondo a animação tardia.

Para Aristóteles, intelecto tem origem independente e não está submetido à corrupção [*De anima*, I, 4, 408b 18-20; 413a 4; 413b 25], não resulta da mescla dos elementos dos corpos [*De anima*, I, 408a-409b]. As vidas nutritiva e sensitiva se transmitem pela divisão da matéria herdada dos progenitores [sêmen], mediante a geração sucessiva [*De generatione animalium*, II, 736a 32-b2], mas a intelectual não se transmite pela matéria do esperma e do embrião, pois nem em virtude existe na matéria, pois sua operação não depende de algum organismo ou de atividade corpórea [*De generatione animalium*, II, 736b 8-30], e somente ela, por ser divina [*Ethica Nich*, X, 7, 1177a 15-20), tem origem desde fora do embrião, incorporando-se nele, somente depois [*De animalibus historia*, VII, 583b 1-5], pressupondo assim, a animação tardia ou sucessiva.

Orígenes, indeciso se a alma se origina do sêmen dos progenitores [traducianismo] ou se tem outra origem, se por geração ou se advém ao corpo desde fora, tende para a adoção da teoria da animação tardia, ao admitir a doutrina platônica da preexistência das almas [*De principiis*, I, pro. 5: PG 11, 118-119]²¹.

Demais, considerar a existência de três formas substanciais simultaneamente num mesmo indivíduo contraria o caráter de unidade dado pelo ato de ser pessoal, o que implicaria na negação da noção de sujeito, a qual exige individualidade. Destarte, não se pode confundir a existência simultânea das potências vegetativa, sensitiva e intelectual, com o a unidade do ato do qual elas emanam, consoante esclarece Faitanin:

A potência intelectual é superior em ser, dignidade, nobreza e perfeição com relação às duas outras potências que só operam mediante o corpo, como a vegetativa e a sensitiva. E porque a alma humana é definida por sua parte intelectual, diz-se que ela possui em

²¹ FAITANIN, P. *Vida: quando começa?* Uma análise filosófica da matéria da Super Interessante. Portal Aquinate, n. 2. 2006, p. 3.

si mesma as perfeições das potências sensitiva e vegetativa. E é necessário que seja assim, pois se não o fosse, exigir-se-ia no homem três almas, o que é contra a unidade da forma substancial no homem. Disso decorre que a natureza da alma não é a soma das suas potências, porque toda potência requer anteriormente ou concomitantemente um ato. Ora, é a próprio alma intelectiva o ato do qual emana as suas potências que se distinguem entre si por seus objetos. Por isso, a alma de natureza espiritual possui em si mesma a perfeição do ser da alma da natureza corporal, ainda que ela mesma seja imaterial, incorruptível e imortal²².

Assim como não se pode conceber a existência de uma matéria desprovida de forma, nem de uma pluralidade de formas num mesmo indivíduo, também não cabe afirmar a sucessão de formas durante o desenvolvimento embrionário, principalmente levando em consideração os dados empíricos fornecidos pela embriologia atual, dentre os quais destacam-se a identidade genética e a individualidade psicofísica do embrião²³. Reforçando essa constatação, a Comissão Warnock estabeleceu que “de um ponto de vista biológico não se pode identificar um único estágio no desenvolvimento do embrião, além do qual o embrião *in vitro* não deveria ser mantido com vida”.²⁴ Desta feita, pensar numa sucessão de formas seria violar os dados empíricos que atestam ausência de saltos qualitativos no desenvolvimento embrionário.

De fato, embora o desenvolvimento de cada ser humano passe por diferentes etapas, não há que se falar em saltos qualitativos, como se houvesse um “elo perdido” entre um estágio pré-humano (ou potencialmente humano) e um estágio humano. Há vida humana desde o momento da concepção, conforme lição do Dr. Dalton Ramos:

Os biólogos empregam diferentes termos — como por exemplo zigoto, embrião, feto etc. —, para caracterizar diferentes etapas da evolução do óvulo fecundado. Todavia, esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas.

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama ‘código genético’, suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, nem mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente

²² FAITANIN, P. *A Dignidade do Homem*. Cadernos da Aquinate. N. 7. 1 ed. Niterói, 2010, p. 19.

²³ “Em 2001, A. Serra demonstrava que nos primeiros catorze dias o embrião humano não é o resultado de um ‘acúmulo de células’, denominado ‘pré-embrião’, degradado a mero ‘objeto disponível’ para utilização em pesquisas com finalidades terapêuticas, mas um verdadeiro ‘indivíduo’ geneticamente humano, com sua identidade individual dada por seu genoma, que o dota do poder de autoconstruir-se.” (FAITANIN, P. *A Concepção...*, p. 116).

²⁴ *Ibid.*, p. 117.

adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra.

Não se trata então de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana²⁵.

4. CRÍTICA À CONCEPÇÃO MATERIALISTA DO CONCEITO DE PESSOA.

Continuando a fundamentação do seu voto, o ministro relator adota uma postura filosófica de cunho empirista, considerando que é o surgimento do substrato neural a razão de ser da atribuição de personalidade ao indivíduo da espécie humana:

...o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativivo.

Na passagem acima, o ministro do STF reduz a condição de pessoa à manifestação de um fenômeno biológico, isto é, o surgimento do substrato neural. Desta forma, em sintonia com o pensamento de alguns filósofos anti-metafísicos, como Locke²⁶, Hume²⁷ e Kant²⁸, retira do conceito de pessoa o caráter totalizante e unificador do ato de ser recebido na substância.

²⁵ FERREIRA, A. *et al. Op. cit.*, p. 12.

²⁶ "... cumpre renunciar a qualquer idéia de sujeito substancial. Uma substância, sendo o que, por definição, subjaz aos fenômenos [única ordem de coisas suscetível de experiência cognitiva], é incognoscível, impensável, e, ademais, inútil e contraditória, pois, se os fenômenos carecem de um suporte [substância], careceria também de suporte o próprio suporte." (LOCKE. *An Essay on Human Understanding*. II, c. XXIII, *apud* MORAES, W. *Concepção Tomista de Pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade*. Revista dos Tribunais. Ano 73, Dezembro de 1984, Volume 590, p. 23).

²⁷ "Não há consciência precisa da unidade da unidade e identidade do eu. A sensação do *self* não é uma experiência, mas uma construção dos filósofos, pois, penetrando em mim mesmo, não encontro senão percepções particulares." (HUME. *A Treatise of Human Nature*. I, I, VI e IV, VI, *apud* MORAES, W. *Loc. cit.*).

²⁸ Embora não seja um empirista, Kant também nega a substancialidade do conceito de pessoa, parecendo reduzi-la a uma sucessão de estados psicológicos, conforme transparece nesta passagem: "Materialmente, o eu não é mais do que uma sucessão de fenômenos e, como sujeito permanente, colocado para além dos fenômenos, tem de ser rejeitado porque não se apóia na experiência. Mas como unidade formal é admissível e corresponde à

Por sua vez, na filosofia tomista o nome pessoa se atribui ao composto de matéria (corpo) e forma (alma) em *ato*, ou seja, o embrião enquanto *vivo*, dado que o nome de pessoa não se atribui ao indivíduo morto, ao qual se dá o nome de cadáver. Ora, do momento em que houve a fecundação e se formou um embrião houve concomitantemente a criação e a infusão da alma espiritual no corpo, causando - lhe a vida, e ao mesmo tempo houve a recepção da alma no corpo, causando-lhe a individuação da alma no corpo. Assim, pois, ao embrião vivo efetivamente convém-lhe o nome pessoa, porque se trata de uma substância individual de natureza racional²⁹, portanto se trata de um indivíduo humano, ainda que em seu estado embrionário. Na verdade, se denomina o ser humano vivo de pessoa, porque sua natureza em ato é uma substância individual de natureza racional; que reflete a dignidade de ter sido criado à imagem e semelhança divina.

Portanto, a razão de ser da atribuição de personalidade a um indivíduo da espécie humana não é a presença de determinadas faculdades biológicas, mas sim a vida humana, que é o próprio ser do vivente e que se manifesta desde o momento da concepção.

Reduzir a vida humana a um conjunto de funções desempenhadas pelo sistema nervoso seria conceber o ser humano como um aglomerado de matéria desprovido de forma, o que é impossível, dado que não pode existir matéria sem forma. Essa necessidade que a matéria tem da forma para existir provém de sua condição potencial e está expressa no clássico adágio filosófico “*forma dat esse*”. De fato, na estrutura hilemórfica dos entes naturais, a matéria aparece com princípio entitativo potencial enquanto a forma é o princípio entitativo atual. Assim, pensar numa matéria sem forma seria adotar um monismo materialista³⁰ que é insuficiente para entender a realidade.

consciência de unidade, identidade e autonomia obtida pela intuição dos múltiplos e diferentes estados internos. Esta função, consistente em apreender a diversidade e multiplicidade de elementos da intuição, produz uma unidade transcendental [isto é, um objeto]: o eu formal.” (KANT. *Kritik der reinen Vernunft*, II, II [*Dialektik*], c. I, s. III, *apud* MORAES, W. *Loc. cit.*).

²⁹ “*Rationalis naturæ individua substantia*”. Cf. BOÉCIO. *Escritos - Opuscula Sacra*, Tradução, estudos introdutórios e notas de Juvenal Savian Filho. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005, p. 165).

³⁰ Em contraposição ao materialismo, surge no pensamento filosófico a teoria hilemórfica (*hile*: matéria/ *morfe*: forma), a qual concebe a substância corpórea como composta de dois co-princípios: a matéria-prima e a forma substancial. A existência da forma substancial pode ser percebida ao se constatar a estrutura comum que se verifica no meio da multiplicidade de indivíduos de uma mesma espécie. Demais, nas transformações dos corpos, sempre há a manutenção de um substrato material comum, reforçando a tese hilemórfica (MARTINS FILHO, I. *Manual Esquemático de Filosofia*. Editora LTR. São Paulo, 2000, pp. 91-92). Outrossim, ressalte-se que o inteligível na realidade não é a matéria, e sim a forma, dado que a matéria é princípio de indeterminação, fragmentação na multiplicidade e desordem. Em suma, a matéria, por ser princípio radical da multiplicidade não é inteligível nem fonte de inteligibilidade (ordem, harmonia, lei). Assim, resta que um outro princípio (a forma) se lhe mescle como complemento, dando à matéria aqueles atributos

Por fim, cumpre ressaltar que a razão de ser da proteção jurídica ao nascituro presente na legislação infraconstitucional (art. 2º do Código Civil — A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.* — grifo nosso) reside no fato de ser ele uma vida humana e não no fato de exercer determinadas faculdades ou possuir determinados órgãos. O principal bem jurídico protegido pela Carta Magna é a vida (Cf. art. 5º *caput*), do qual dependem todos os demais direitos subjetivos. Destarte, limitar a proteção jurídica aos nativos, excluindo dela os embriões *in vitro*, viola de modo gritante a legislação brasileira em seu nível constitucional e infraconstitucional. Não é outro o entendimento do jurista Ives Gandra:

A vida humana é o maior bem a ser protegido pelo Direito. Do respeito à vida decorre o respeito a todos os demais direitos. No Brasil, tal inviolabilidade do direito à vida tem status' constitucional, conforme o art. 5º caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: estando, portanto a inviolabilidade do direito à vida como o primeiro de todos os direitos. Por outro lado, reza o artigo 2º do Código Civil que: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Do ponto de vista jurídico, à luz da Constituição, dos Tratados Internacionais e do direito civil a vida deve ser respeitada, no Brasil, sempre, desde a concepção. De início, o legislador claramente declara que a vida começa na concepção; de resto, reproduzindo disposição do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e cujo artigo 4º está assim redigido: Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção. Tendo o Pacto de São José, de que são signatários os países americanos, sido fundado no respeito aos direitos essenciais do homem' (preâmbulo) é tratado internacional, que se integra na Constituição Brasileira, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º, assim redigido: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

que ela não possui, ordenando-a e fornecendo-lhe inteligibilidade. Outra ressalva que cabe ser feita, é de que a argumentação contra o monismo materialista (como o fez Platão no *Fédon*, Cf. REALE, G. *O saber dos antigos*. Terapia para os tempos atuais. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 213 ss.) é de natureza filosófica. De fato, não há como se provar a existência das formas substanciais a partir da metodologia das ciências experimentais. Todavia, não se pode reduzir a os critérios de verdade e falsidade unicamente àquilo que pode ser objeto do método científico, até porque a “prova de” que o método científico é o único válido (conforme pretendem os positivistas) é de natureza filosófica (metafísica), não se submetendo ao método científico. Ademais, cabe lembrar que as “provas” matemáticas e lógicas também não se submetem ao método científico.

República Federativa do Brasil seja parte, pois cuidando dos direitos e garantias fundamentais. Esta lei está vigendo no país, ao menos em nível de lei ordinária. Parece-me, pois, que, nitidamente, os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, a lei suprema e a lei civil — todos, todos, todos — cuidam do direito à vida, como direito essencial e que deve ser salvaguardado desde a concepção. É de se lembrar que o Código Civil nada mais fez do que reproduzir em seu artigo 2º, o princípio constitucional, lembrando-se que, no Código anterior, o artigo 4º tinha a redação que se segue: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Nada seria tão ilógico, tão irracional, tão incoerente quanto dizer que: Todos os direitos do nascituro estão garantidos. Menos o direito à vida! O que mais impressiona, todavia, é que esta percepção de garantias jurídicas vem do direito romano. No direito romano, os direitos do feto eram considerados garantidos desde a concepção (*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*), como se lê no *Digesto*, Livro I, Título V, enunciado 7³¹.

Conclusão.

Conforme assinalado na introdução, o objetivo do artigo consistiu em analisar criticamente o uso jurisprudencial do conceito de pessoa humana, a partir de uma perspectiva ontológica.

Ao analisar o voto do ministro relator na ADI nº 3510, concluímos que, apesar do belo aparato retórico, carecia de um embasamento filosófico e até mesmo científico de maior seriedade. Assim, ao justificar o descarte dos embriões *in vitro*, o voto do ministro ignorou que o embrião já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, sendo o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético. Assim, não se pode falar em vida que não seja humana. Demais, não se pode negar a condição de pessoa, dado que se trata de uma natureza humana e, conseqüentemente racional, mesmo que essa racionalidade não esteja ainda sendo exercitada. Outrossim, não se pode condicionar o reconhecimento da dignidade ao uso das faculdades intelectuais, dado que o fundamento da dignidade dos seres pessoais decorre da ordem ontológica do seu ato de ser, que de tão intenso lhes permite serem livres, dominarem-se e dominarem o seu entorno, sendo sujeitos de direitos e deveres. Finalmente, cabe ressaltar que o voto do ministro se baseou numa perspectiva materialista, reduzindo a condição de pessoa ao surgimento do tronco neural, ignorando a presença da forma intelectual, da qual provém o ato de ser pessoal, presente desde o momento da concepção, momento no qual a vida se manifesta.

³¹ FERREIRA, A. *et al.* *Op. cit.*, pp. 45, 46 e 47. (“os nascidos são, em tudo o que concerne a seu interesse, equiparados aos nascidos”).

Desta feita, urge integralizar o aporte metafísico nas discussões jurídicas, superando assim uma falsa dicotomia entre as perspectivas ontológica e jurídica. Essa dimensão metafísica é de fundamental importância para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, segundo lição de Hervada:

O homem – e por conseguinte todo ser humano enquanto ser humano – é pessoa em sentido jurídico enquanto é – e porque é – pessoa em sentido ontológico. Atribuir à legislação – à sociedade – a concessão da personalidade jurídica ao homem constitui, sem dúvida, uma atitude anacrônica e anti-histórica, mas representa, sobretudo, um atentado contra a dignidade humana e um desconhecimento do que significa o homem ser pessoa em sentido ontológico. Todo homem é juridicamente pessoa por ser homem, independentemente de qualquer estado e condição; e nesse sentido interpreta-se corretamente o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *‘Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the Law’*. Todos têm em qualquer lugar o direito ao reconhecimento como pessoa perante a lei³².

³² HERVADA, J. *Op. cit.*, pp. 322-323.