

A INCOERÊNCIA DOS LIMITES DEFINIDORES DO DIREITO À VIDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE UM NOVO CRITÉRIO

THE INCOHERENCE OF THE BOUNDARIES DEFINING THE RIGHT TO LIFE IN BRASILIAN LAW AND THE NEED FOR NEW CRITERION

Guilherme Barcelos Machado Lopes¹

RESUMO: O Direito brasileiro define os limites do direito à vida de modo fragmentário, em normas que atendem a fins e a influências conjunturais bastante distintas. Isso coloca a dificuldade de se identificar uma racionalidade que pudesse justificar de maneira consistente e coerente essas normas. O Supremo Tribunal Federal, ao tentar uma solução conciliatória que preservasse todas as normas aparentemente conflitantes, recorreu à noção ambígua de “pessoa em potencial”, a qual, conquanto pareça funcionar superficialmente, na realidade não oferece um critério passível de generalização consequente. Em razão disso, o objetivo do presente trabalho é propor um critério alternativo que recupere a consistência e a coerência do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à proteção do direito à vida, preservando, na máxima medida possível, as normas jurídicas pertinentes ao tema. Defende-se que um critério cognitivo satisfaz ambas as condições.

Palavras-chave: Bioética. Direitos Fundamentais. Direito à vida. Limites Jurídicos.

ABSTRACT: Brazilian Law defines the limits of the right to life in a fragmentary manner, through norms that answer to very distinct ends and conjunctural influences. This circumstance makes it difficult to identify a rationality that could justify, both consistently and coherently, such norms. The Brazilian Supreme Court, in trying to bring up a conciliatory solution that preserved all the apparently conflicting norms, resorted to the ambiguous notion of “potential person”, which, although, superficially, may appear to be satisfying, in reality cannot provide a criterion susceptible of consequent generalization. Therefore, the present paper aims to propose an alternative criterion that recovers both the consistency and the coherence in the way Brazilian Law protects the right to life, though also preserving, to the maximum possible extent, the norms that are relevant to the subject. It is defended that a cognitive criterion satisfies both of these conditions.

Keywords: Bioethics. Fundamental Rights. Right to Life. Legal Limits.

INTRODUÇÃO

O debate jurídico-dogmático que se desenvolve em torno do direito à vida, este previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, retira parte considerável de sua relevância e polêmica das implicações significativas que acarreta para as mais diversificadas esferas do Direito, em especial aquelas ligadas à prática médica e aos direitos de liberdade. A depender das respostas dadas a certos problemas fundamentais

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: guilhermelopes65@hotmail.com

concernentes a esse tema, derivam-se consequências muito distintas para questões como, por exemplo, os procedimentos a serem adotados na terminalidade da vida. Por esse motivo, a sensibilidade destas questões se comunica para o problema mais geral do direito à vida, o que contribui para a vivacidade da polêmica, mas também a contamina com uma série de ruídos e obscuridades.

Para uma investigação rigorosa do tema são necessários, portanto, esclarecimentos preliminares, em especial para se evitar ambiguidades e amálgamas de noções que precisam ser claramente diferenciadas. Um primeiro passo nessa direção pode ser dado pelo simples procedimento de distinguir o que é questão de fato e o que é questão de direito, vale dizer, distinguir a vida como matéria de fato, e o direito à vida como determinação normativa. Essa simples diferenciação, por trivial que pareça, já permite, se considerada a incomunicabilidade lógica entre ser e dever ser (cf. HUME. 2009, p. 509), asseverar o seguinte: a pergunta pela titularidade do direito à vida não coincide necessariamente com a pergunta pela existência ou não de vida. É inteiramente possível que as condições jurídicas para a titularidade do direito à vida não sejam idênticas às condições biológicas que determinam se uma entidade é um organismo vivo, ainda que se trate de um organismo humano. Disso se segue que um argumento que estabeleça uma proposição do tipo “x é um organismo humano (biologicamente) vivo” não é suficiente para estabelecer outra proposição, muito diferente, do tipo: “x é titular de direito à vida”. Como o demonstra Alf Ross (1957, p. 812-825), a linguagem dos “direitos” nada mais é do que uma técnica expositiva que tem por finalidade facilitar a referência a certas relações complexas entre fatos condicionantes e suas consequências jurídicas. Por conseguinte, colocar a questão dos limites que demarcam a titularidade do direito à vida na legislação brasileira é indagar-se pelas condições jurídicas que fixam os momentos de aquisição e perda desse direito, ou ainda, pelos limites dos fatos condicionantes a que estão submetidas as consequências jurídicas correspondentes à proteção jurídica da vida. Não se trata, assim, de perguntar pelas condições biológicas que dão à noção de “vida” as suas notas conceituais, a menos que já se pressuponha de antemão que aqueles fatos condicionantes devem coincidir com esse conjunto de noções – o que seria, evidentemente, uma petição de princípio.

Contudo, a simples identificação de tais demarcações normativas não é ainda suficiente. Uma vez que a consistência (ausência de contradições) e a coerência interna (realização de princípios gerais de justificação) são exigências intrínsecas à normatização jurídica (cf. MACCORMICK, 1978 p. 106-107), é necessário indagar se os marcos jurídicos por ventura identificados podem ser articulados numa unidade harmoniosa ou se, diversamente, implicam em posições inconciliáveis. Acaso a resposta seja a segunda, torna-se então pertinente indagar pela solução que melhor resolveria as incompatibilidades identificadas. À luz dessas considerações, pretende-se, primeiramente, demonstrar que os diferentes marcos que podem ser extraídos da legislação brasileira para fins de se estabelecer os limites da titularidade do direito à vida não são remissíveis a uma concepção geral que satisfaça de forma cumulativa os requisitos de consistência e coerência. Além disso, pretende-se também mostrar que a tentativa da jurisprudência em conciliar as diferentes concepções subjacentes a tais demarcações normativas não é bem-sucedida. Ao final, será proposta uma solução alternativa.

O CARÁTER FRAGMENTÁRIO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS LIMITES DO DIREITO À VIDA

Ao se tentar, indutivamente, elaborar uma teoria do direito à vida partindo-se das disposições esparsas que tratam do tema no ordenamento jurídico brasileiro, os resultados iniciais não podem deixar de causar certa perplexidade. Conquanto a Constituição Federal, conforme já se mencionou, assegure a inviolabilidade do direito à vida no *caput* de seu art. 5º, ela não estipula as condições de aquisição e perda desse direito. O Código Civil, por sua vez, em seu art. 2º, sinaliza a adoção da chamada teoria natalista, ao condicionar a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento com vida. Mas, no mesmo dispositivo, põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, o que, dada a definição genérica da personalidade jurídica como aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na esfera cível, suscita naturalmente a indagação de como a legislação pode pôr a salvo direitos de uma entidade que não preencheu as condições para adquirir direitos. Na doutrina civilista, alguns autores tentam contornar essa aparente contradição diferenciando dois momentos: o da aquisição de direitos de personalidade (desde a

concepção) e o da aquisição de direitos patrimoniais (desde o nascimento com vida).² Os artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam o aborto praticado com consentimento da gestante, poderiam ainda ser invocados em reforço a essa elaboração.

Todavia, a resposta acima se revela insatisfatória tão logo se tome em consideração o teor do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que em seu inciso II autoriza a pesquisa científica com embriões excedentários, ainda que viáveis, depois de pelo menos três anos mantidos em congelamento, exigindo-se, conforme o § 1º do citado artigo, o consentimento dos genitores. Ademais, a regulamentação do dispositivo pela Resolução CFM nº 2.294/2021 prevê, em seu Anexo, Título V, artigos 4º e 5º, a possibilidade de descarte desses mesmos embriões. A incompatibilidade, aqui, surge não apenas da contradição lógica entre a proteção da vida “desde a concepção” e a possibilidade de pesquisa com e/ou descarte de embriões excedentários, mas, igualmente, do fato de que nenhuma diferença significativa há entre as propriedades intrínsecas do embrião excedentário e do embrião recém-implantado, muito menos uma capaz de justificar um tratamento jurídico tão díspar para essas duas entidades: com efeito, enquanto o embrião excedentário pode ser descartado, ainda que não acarrete nenhuma interferência nos direitos fundamentais de terceiros, o embrião recém-implantado tem de ser preservado ainda que em detrimento da autonomia da gestante. Entidades aparentemente equivalentes em todas as suas propriedades relevantes, e, portanto, moralmente equiparáveis (qualquer que seja o *status* moral que se lhes queira atribuir), recebem da legislação, em virtude do aspecto circunstancial da implantação no útero materno, graus de proteção jurídica radicalmente distintos.

O cenário se complica ainda mais ao se considerar o disposto na Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/1997), cujo artigo 3º estipula a morte encefálica como critério demarcador do fim da proteção ao direito à vida e, conseqüentemente, estipula a aptidão do indivíduo que receba tal diagnóstico para a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.³ A dificuldade, aqui, decorre de a legislação adotar critérios diversos para fins de definir a aquisição e a perda do direito à vida, muito embora as condições de persistência da pessoa permaneçam as

² Essa é a posição defendida por Maria Helena Diniz (cf. 2009, p. 35, e 2017, p. 150-151).

³ Os procedimentos a serem observados para fins de diagnóstico de morte encefálica estão, por sua vez, disciplinados na Resolução CFM nº 2.173/2017.

mesmas ao longo de toda a sua existência.⁴ Se se admite a pressuposição de que as condições de titularidade do direito à vida devem coincidir com os limites existenciais da pessoa humana,⁵ então essa disparidade na legislação fica completamente incompreensível. É como se a legislação brasileira afirmasse que a pessoa começa a existir quando preenchidos determinados critérios, mas que estes não são relevantes para determinar o fim de sua existência, ou que, inversamente, os critérios de persistência da pessoa não são relevantes para determinar o momento em que esta começa a existir. Numa palavra, é como se a legislação brasileira atribuísse ao termo “pessoa” dois significados distintos: um para determinar quando esta começa a existir, e outro para determinar o fim de sua existência.

Pode-se, não obstante, explicar muito facilmente todas essas disparidades: as normas mencionadas acima estão separadas por longos intervalos de tempo, foram produzidas tendo em vista finalidades distintas, e sob a influência de configurações também muito distintas de forças políticas e grupos de pressão. Logo, as divergências dos pontos de vista subjacentes não deveriam surpreender. Conquanto correta, tal explicação não pode ser suficiente para uma abordagem jurídico-dogmática, haja vista que, por essa perspectiva, uma explicação político-sociológica que dê conta das razões pelas quais o ordenamento jurídico tem certas características não basta ainda para uma justificação desse ordenamento que satisfaça os postulados imanentes de justiça formal e material (a esse respeito, cf. LARENZ, 1997, p. 340-341). Buscar uma elaboração concordante é, portanto, tarefa inescapável de uma investigação de caráter jurídico, à qual incumbe ainda propor alternativas de solução se tal concordância não se revela possível.

A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) no âmbito da ADI 3.510/DF, ocasião em que se buscou

⁴ Presumindo-se, evidentemente, que o conceito “pessoa”, aplicado aos estágios sucessivos da vida de um indivíduo humano, preserva o mesmo significado ao ser utilizado dessa maneira; isto é, presumindo-se que esse uso do termo “pessoa” encerra *um* e não *múltiplos* conceitos.

⁵ Essa pressuposição não acarreta aqui petição de princípio, pois a noção de “pessoa” não foi ainda delimitada conceitualmente de modo que excluísse, *ab initio* e arbitrariamente, alguma das concepções teóricas e/ou doutrinárias em oposição.

demonstrar a compatibilidade desse dispositivo com a proteção jurídica conferida ao nascituro. Em seu voto vencedor, o então Ministro Ayres Britto, relator da ação, fundamentou o seu entendimento pela constitucionalidade do dispositivo impugnado em argumento que se apoia, principalmente, na noção de “pessoa em potencial” como fator de diferenciação que justificaria a disparidade entre os tratamentos jurídicos deferidos, respectivamente, ao embrião excedentário e ao embrião recém-implantado. Entendeu-se, pois, que a potencialidade para se tornar plenamente uma pessoa após o nascimento seria atributo aplicável ao embrião somente a partir de sua implantação no ventre materno, daí surgindo uma diferença apta a justificar tratamentos jurídicos igualmente distintos. Dada a centralidade do valor da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção da pessoa se estenderia inclusive para estágios que a antecedem em seu processo de formação, bastando a mera potencialidade da pessoa como condição suficiente para atrair a proteção jurídica à integridade de um organismo. Assim, afirma-se, no voto do relator:

Sucedem que [...] a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa.

E, mais a seguir:

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.

Além da tese da potencialidade, a supracitada decisão se apoia também em outra ordem de considerações: o investimento afetivo da mãe no embrião implantado ou concebido por relação sexual, investimento esse que seria inexistente em relação aos embriões excedentários. É a ausência de tal investimento que seria a razão subjacente à inexistência de um dever legal de aproveitamento dos embriões excedentários, os quais, nas palavras do relator, “não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional”. E a decisão acrescenta o fato ainda mais relevante de que a imposição de tal

dever acarretaria em tratamento desumano ou degradante para o sexo feminino, em flagrante afronta ao que dispõe o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, a *rationale* da decisão pode ser assim resumida: (1) com relação à proteção jurídica à vida e integridade dos embriões, os excedentários distinguem-se dos implantados em virtude de estes possuírem potencialidade para se tornar pessoas plenas, atributo que não se aplicaria àqueles; (2) com relação ao dever dos genitores e, em especial, da mãe, em gerar o organismo concebido, os embriões excedentários se distinguem dos implantados em razão de que estes são produto de um investimento afetivo, físico e intelectual que não ocorre em favor daqueles, além de que um dever legal de aproveitamento daqueles implicaria em violência à dignidade materna.

Superficialmente, o primeiro argumento parece funcionar. Isto é, numa análise preliminar, há pelo menos uma aparência de conciliação entre alguns dos principais dispositivos pertinentes à proteção do direito à vida. Com efeito, não apenas o tratamento divergente dispensado aos embriões excedentários e aos implantados ficaria assim justificado, como também a disparidade entre os marcos que definem o início e o fim da tutela ao direito à vida reconduzir-se-ia a uma racionalidade geral: o início e o fim da “potencialidade para ser pessoa”. Nesse sentido, enquanto o nascituro seria “pessoa em potencial”, o indivíduo com morte encefálica diagnosticada, conquanto vivo biologicamente, já não possuiria mais o atributo da personalidade nem sequer potencialmente. Se, portanto, a noção de potencialidade para ser pessoa oferecesse uma distinção significativa, ela seria capaz de reduzir os marcos temporais da proteção ao direito à vida a um critério uniforme, exceção feita apenas ao art. 2º do Código Civil, cuja expressão “desde a concepção” torna esse dispositivo não apenas incoerente, mas inconsistente com relação às permissões de pesquisa e descarte dos embriões excedentários previstas na Lei de Biossegurança e na respectiva regulamentação do CFM.

Quanto ao segundo grupo de argumentos, nem numa análise preliminar ele parece funcionar, pela razão evidente de que nem toda gestação é resultado do investimento físico, afetivo e intelectual a que a decisão alude. Uma gestação indesejada provocada, por exemplo, por falha nos métodos contraceptivos não satisfaz tais condições e, nada obstante, gera para a mãe, na atual interpretação dominante conferida ao ordenamento jurídico brasileiro, o dever de conceber o embrião/feto. Portanto, não se verifica aqui,

mesmo numa apreciação superficial, uma conciliação dos dispositivos legais pertinentes. Contudo, interessa mostrar que, mesmo para o primeiro grupo de argumentos, os resultados aparentemente satisfatórios obtidos inicialmente não resistem a uma investigação mais aprofundada. As razões para isso são as seguintes: (1) a noção de “pessoa em potencial” não oferece um fator de diferenciação genuíno para os dois grupos de embriões; e (2) tal noção não oferece um critério geral que possa ser aplicado de maneira uniforme à legislação para fins de determinar o âmbito de proteção do direito à vida.

Assim, relativamente ao primeiro ponto, interessa registrar que o argumento contido na decisão do Supremo Tribunal Federal concernente à ADI 3.510/DF desconsidera a ambiguidade da noção de “potencialidade”. Com efeito, o critério da potencialidade para ser pessoa (PP), aplicado ao embrião, pode ser assim formulado: “todo embrião implantado é potencialmente uma pessoa” (PPE). Contudo, essa proposição admite pelo menos três interpretações concorrentes:

(PPE-1) “Todo embrião implantado é, possivelmente, uma pessoa”;

(PPE-2) “Todo embrião implantado é, futuramente, uma pessoa”;

(PPE-3) “Todo embrião implantado é, possivelmente, futuramente uma pessoa”.

Vale dizer: pode-se interpretar a noção de “pessoa em potencial” em termos modais, temporais, ou ainda pela combinação das duas formas anteriores. Coloca-se então a indagação de qual dessas interpretações deveria ser atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal. Decerto não pode ser a primeira, haja vista que não é possível que o embrião seja uma pessoa, se se parte, como a decisão em comento o faz, da premissa de que a pessoa consiste na vida humana já revestida de personalidade civil. O embrião, por esse prisma, se torna eventualmente uma pessoa, mas não é possível que ele seja, enquanto embrião, pessoa.⁶

⁶ Há uma objeção possível para essa colocação. Poder-se-ia afirmar que “embrião” é um “sortal fásico” (*phase sortal*) que delimita um período de existência da pessoa, assim como termos como “criança”, “adulto”, etc., também o fazem. Por esse ponto de vista, uma afirmação no sentido de que “o embrião *a* é a mesma pessoa que a criança *b*” seria tão legítima quanto uma afirmação no sentido de que “a criança *a* é a mesma pessoa que o adulto *b*”, supondo-se, nesses casos, que *a* e *b* designem um mesmo organismo humano. Vale dizer, termos como “embrião”, “feto”, “criança”, “adulto”, etc., circunscreveriam diferentes fases de uma única entidade persistente no tempo, e preservariam, assim, a relação de identidade entre os objetos sucessivamente predicados por esses termos, bastando adequar o tempo verbal ou modalizar temporalmente

Por sua vez, a segunda interpretação também fracassa em oferecer uma premissa verdadeira, pois é simplesmente falso que toda gestação chegue a bom termo. Um exemplo que pode ser aqui mencionado é a ocorrência de abortos espontâneos, os quais, estima-se, atingem aproximadamente um terço das gestações após a implantação do embrião (cf. WILCOX, et. al., 1988). Se considerada, portanto, apenas essa causa de interrupção involuntária da gravidez, a segunda interpretação já se torna falsa não apenas para um número marginal de casos, mas para uma quantidade significativa deles. Restaria, assim, a terceira interpretação. A partir dela, e tendo-se em consideração o princípio de justiça formal, o critério da potencialidade para ser pessoa poderia ser formulado nos termos seguintes:

(PP) “Todo organismo que é, possivelmente, futuramente uma pessoa, tem direito à vida”.

Contudo, chega-se assim a um critério com grau por demais elevado de generalidade, tornando impraticável uma aplicação consistente com a legislação. Com efeito, “PP” fracassa em fornecer um fator de discrimen que aparte os embriões excedentários dos implantados, já que ambos são, possivelmente, futuramente pessoas. Ambos teriam, assim, direito à vida, e o tratamento diferenciado contido na Lei de Biossegurança permaneceria por justificar. Seria, então, o caso de se buscar, nos fundamentos da decisão, uma maneira de qualificar esse critério de forma a torná-lo operacional. Uma primeira tentativa nesse sentido poderia ser feita apelando-se à noção de investimento afetivo que serve ao segundo grupo de argumentos apresentados na decisão. Ter-se-ia, assim, um primeiro critério qualificado da potencialidade de ser pessoa (PPQ):

as respectivas proposições para respeitar o princípio de não-contradição (p. ex.: “O x que é uma criança em t_1 é idêntico ao y que é um adulto em t_{i+n}) (Cf. WIGGINS, 1967, p. 6-7). Conquanto essa objeção não possa ser enfrentada aqui, ela não atinge o argumento na sua totalidade, haja vista que o argumento desenvolvido no presente trabalho não depende de que PPE-1 seja falsa, mas de que o predicado “ x é possivelmente uma pessoa” gere proposições com o mesmo valor de verdade quando aplicado aos embriões implantados e quando aplicado aos embriões excedentários. E isso continua a ocorrer sob a ótica da interpretação alternativa ora apresentada, apenas invertendo-se o valor de verdade atribuído a PPE-1, que seria então verdadeira, mas não estabeleceria um fator de diferenciação para os dois tipos de embriões, porquanto os excedentários também seriam “possivelmente pessoas” nesta interpretação. PPE-1 teria então que ser descartada pela mesma razão que o critério PP examinado a seguir.

(PPQ-1) “Todo organismo que é, possivelmente, futuramente uma pessoa, tem direito à vida se, e somente se, para a sua formação houve elevado grau de investimento afetivo da mãe”.

O problema dessa formulação é que, como já se mencionou acima, ela não se distribui consistentemente entre as hipóteses em que a legislação impõe ou não o dever de gestação à mãe, haja vista que tal formulação não se aplica ao caso de uma gestação indesejada, mas para essa hipótese a legislação impõe aquele dever. Mais uma vez, portanto, o critério proposto não se harmoniza com as disposições legais pertinentes.

Tentativa diversa poderia ser feita atentando-se para outras passagens da decisão. Pode-se mencionar, para esse fim, a menção, no voto do relator, ao fato de que o embrião excedentário seria “insuscetível de progressão reprodutiva”. Para essa expressão coloca-se muito naturalmente a questão do que seria tal “susctibilidade” e em que sentido poderia ela ser discernida da mera “possibilidade”. Se se entende por “susctibilidade de progressão reprodutiva” aquela propriedade ou conjunto de propriedades do embrião que o habilitam para desenvolver-se em pessoa contanto que preenchidas certas condições biológicas adicionais, então seguramente o embrião excedentário é suscetível de progressão reprodutiva: basta, para isso, que se preencha a condição de que ele seja implantado de forma bem-sucedida e que todas as demais condições de uma gestação saudável se concretizem sucessivamente. Já não haveria uma diferença qualitativa entre os dois grupos de embriões, mas uma diferença meramente gradativa. Diante disso, se poderia objetar que tal “susctibilidade” se diferencia, então, para os dois casos, pela maior proximidade das causas, ou, o que é dizer o mesmo, pelo menor número de condições intermediárias a separar o embrião implantado de sua metamorfose completa em pessoa. Isso, no entanto, suscitaria o questionamento de por que o menor número de condições intermediárias seria o número adequado para fins de demarcação da tutela jurídica da vida, e, uma vez que, nessa elaboração, a noção de “potencialidade para ser pessoa” seria parasitária da noção de “susctibilidade reprodutiva”, nenhuma delas poderia ser invocada, sem circularidade, como razão bastante para responder àquela indagação. Ter-se-ia que buscar um fundamento adicional e independente que justificasse o motivo pelo

qual este e não aquele grau de suscetibilidade reprodutiva deveria ser fixado como ponto de inflexão.

No entanto, o sentido pelo qual caminha a racionalidade da decisão parece ser outro. O que fica subentendido, por exemplo, quando o relator se remete ao “desenvolvimento contínuo” do embrião implantado, ou ainda quando afirma que o embrião excedentário se encontra “impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação”, é a ideia de um processo endógeno e independente, que o implante bem-sucedido do embrião no útero materno seria condição suficiente para desencadear. Está pressuposta, assim, a ideia de um processo que se desenvolve interna e independentemente de forma contínua, bastando, para a sua consumação, que não se interponham, desde o exterior, condições que interrompam o seu fluxo “natural”. Ou, o que é dizer o mesmo, admite-se que, uma vez ocorrida a fixação no útero materno, o desenvolvimento embrionário dependeria apenas de condições fisiológicas do próprio embrião ou, quando muito, do corpo da mãe. À luz dessas considerações, se poderia tentar uma segunda generalização do critério qualificado da pessoa em potencial, nos termos seguintes:

(PPQ-2) “Todo organismo que é, possivelmente, futuramente uma pessoa, tem direito à vida se, e somente se, a sua transformação em pessoa for um processo para cuja consumação seja suficiente a ausência de intervenções externas que o interrompam”.

O problema dessa formulação é que ela se baseia muito mais em uma abstração/idealização do processo gestacional do que numa descrição factual de como esse processo realmente transcorre. Com efeito, não é estritamente verdadeira a assertiva de que o embrião implantado, para se desenvolver plenamente em pessoa, dependa apenas de que se não interponham desde fora condições impeditivas ao prosseguimento da gestação. A continuidade de tal processo depende, igualmente, de uma série de intervenções externas, sobretudo por parte da gestante. Assim, apenas para citar um dos exemplos mais evidentes, o embrião implantado depende da nutrição da mãe para a sua própria, de tal maneira que, sem a intervenção regular desse ato comissivo e “exterior”, a continuidade do processo gestacional é posta em risco. Se a isso se objetasse que a nutrição é também um

processo fisiológico do corpo da mãe, se poderia facilmente responder que a obtenção do alimento, de que a nutrição depende, certamente não o é. Por conseguinte, se se afirmasse do embrião excedentário que ele não tem suscetibilidade reprodutiva porque a sua consumação em pessoa está subordinada a condutas exteriores que configuram condições não-fisiológicas, haja vista a implantação no útero depender da intervenção da técnica médica, o mesmo teria que ser afirmado do embrião implantado, já que também a sua consumação em pessoa está subordinada a condições daquela natureza.

Disso tudo se pode concluir que o critério da potencialidade para ser pessoa, mesmo em suas versões qualificadas, não é capaz de harmonizar as diferentes disposições da legislação brasileira que fixam o âmbito de proteção do direito à vida. Isso ocorre porque esse critério não oferece bases de justificação que se comuniquem consistentemente para as diferentes disposições legais que tratam do tema. Para que tal desígnio fosse alcançado, seria necessário que o critério em questão proporcionasse proposições verdadeiras sempre que fosse predicado daquelas entidades em favor das quais a legislação reconhece a proteção do direito à vida, e que proporcionasse proposições falsas sempre que fosse predicado daquelas entidades em favor das quais essa proteção não é reconhecida. Demonstrou-se que isso não acontece, haja vista que, (1) ou o critério se aplica/não aplica uniformemente aos embriões excedentários e aos implantados (como nas quatro primeiras formulações e na última); (2) ou ele não se aplica a entidades em favor das quais a legislação reconhece o direito à vida (como ocorre em PPQ-1).

Constata-se, assim, que muito embora as disposições legais que tratam da reprodução humana artificial e da proibição ao aborto não se contradigam entre si (haja vista que não ordenam condutas contraditórias para idênticas condições de fato), elas ainda assim não se permitem reconduzir a padrões de justificação que sejam generalizáveis de modo consequente. Não há, portanto, coerência no ordenamento jurídico brasileiro no que tange a esses dispositivos legais. Além disso, com relação especificamente ao art. 2º do Código Civil, não há sequer consistência em relação à Lei de Biossegurança, haja vista que o embrião, implantado ou não, é por definição posterior à concepção, de tal forma que para uma mesma situação de fato (fecundação do óvulo pelo espermatozoide) são imputadas consequências jurídicas contraditórias (tutela da vida pelo dispositivo civil, possibilidade

de pesquisa e descarte pela Lei de Biossegurança). Impõe-se, assim, a adoção de um critério alternativo aos até aqui examinados.

PROPOSTA DE UM CRITÉRIO ALTERNATIVO PARA FINS DE DELIMITAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA

As considerações feitas até aqui permitem diagnosticar os motivos pelos quais a proteção do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro é problemática. Uma vez que a Constituição Federal relegou ao plano infraconstitucional a tarefa de delimitar os marcos de aquisição e perda da titularidade ao direito à vida, houve margem para que essas demarcações fossem feitas de forma fragmentária por meio de leis que atendem a diferentes finalidades. A consequência resultante disso foi uma legislação na qual as condições de titularidade do direito à vida não coincidem com as condições de existência da pessoa humana. Essa incongruência, ainda que, por si mesma, insuficiente para motivar afirmações de deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que poderiam em princípio ser apresentados critérios gerais que justificassem as divergências de tratamento, forçou o Supremo Tribunal Federal a buscar tais critérios. A noção de “pessoa em potencial” aparece então como o sustentáculo encontrado pela Corte na tentativa de harmonizar as disposições conflitantes. Contudo, extirpada de suas ambiguidades, essa noção não oferece uma justificação geral que satisfaça ao requisito da justiça formal, eis que ela não se aplica de maneira homóloga às prescrições legais que deveria justificar. Em suma, a noção de “pessoa em potencial” não se harmoniza com as relações de diferenciação/identidade que a legislação estabelece.

Esse estado de coisas exige uma reelaboração das razões subjacentes à proteção do direito à vida, sendo que tal reelaboração precisa oferecer uma articulação ótima das disposições relevantes do ordenamento jurídico. Com isso quer-se significar o seguinte: (1) que tal reelaboração tem de satisfazer cumulativamente os requisitos de consistência e coerência; e (2) que consiga esse resultado com o menor “dano” possível ao ordenamento jurídico, vale dizer, preservando na máxima medida as normas jurídicas existentes, sendo para isso relevantes todos os critérios hermenêuticos para solução de conflitos normativos. O que se mostrou até aqui, no entanto, sugere que uma conciliação total das normas

pertinentes ao tema, tal como tentada pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível sem infringir a primeira exigência. Em razão disso, percorrer-se-á no presente trabalho caminho diverso, que não exclui a necessidade de sacrificar algumas das disposições legais concernentes ao direito à vida.

Uma primeira premissa, cuja adoção ressoa plausível, consiste em que a extensão das prerrogativas jurídicas da pessoa em favor de outros entes, ainda que “potencialmente” pessoas, não pode reconduzir-se a justificações consequentes. A plausibilidade dessa premissa decorre das seguintes considerações: se se admite que há diferenças fundamentais que orientam o uso do termo “pessoa” para caracterizar certas entidades e a não-uso desse termo para caracterizar outras, e que as prerrogativas jurídicas da pessoa se baseiam em considerações éticas emergentes dessas diferenças fundamentais, então aquela extensão teria necessariamente que fracassar, já que as razões em que se fundamentam as proteções jurídicas assim ampliadas não poderiam prolongar-se congruentemente a essa ampliação. Assim, será a partir daqui presumido que os marcos delimitadores do início e fim do direito à vida têm de coincidir com o início e fim da própria pessoa cuja vida se resguarda. Como, no entanto, não se definiu ainda o que se quer dizer com “pessoa”, nem se identificou as condições cuja persistência justificaria a continuidade da predicação desse termo a uma dada entidade, o mais essencial permanece ainda por elucidar. Todavia, para não se trivializar o problema, será necessário afastar, de início, uma coincidência entre o surgimento da pessoa e a aquisição de personalidade civil prevista no já mencionado artigo art. 2º do Código Civil. Considerando-se que a própria doutrina civilista já reconhece dois momentos distintos, o da aquisição dos direitos de personalidade, e o da aquisição dos demais direitos civis, essa dissociação não é assim tão problemática. A fim de facilitar a exposição e demarcar essa diferença, será utilizado, de forma apenas convencional, o termo “pessoalidade” para designar essa condição mais geral, em oposição à “personalidade” demarcada pela teoria natalista no Código Civil. A questão dos limites do direito à vida desloca-se, assim, para o problema das condições da pessoalidade, isto é, para a indagação acerca das circunstâncias que determinam o surgimento e o fim de uma dada pessoa. Em artigo abordando as implicações filosóficas da morte cerebral, em especial no tangente ao problema da identidade pessoal, Michael B. Green e Daniel Wilker (1980, p. 117-118) formulam o que está em questão de modo particularmente claro:

Declarar que um paciente adoecido, Jones, permanece vivo, consiste efetivamente em fazer duas alegações; a segunda das quais é frequentemente tomada como certa. Uma é que o paciente está vivo. A outra é que o paciente é (permanece) *Jones*. É natural assumir que o paciente vivo, que entrou no hospital como Jones, deve ser ainda Jones (quem mais poderia ser?). Mas mostraremos que isso é equivocado. Se de fato estabelecermos que o paciente, mesmo que vivo, não é Jones, e se ninguém mais é Jones, então teremos estabelecido que Jones não existe. E isso, é claro, estabelece que Jones está morto. A morte de Jones, assim, ocorre ou no momento em que o paciente morre, se o paciente tiver permanecido Jones; ou no momento em que o paciente deixou de ser Jones, qualquer dessas circunstâncias que vier primeiro (tradução livre).

O que os autores acima citados colocam em evidência é o fato de que a pessoa não tem necessariamente de coincidir temporalmente com o organismo vivo, ou melhor, que a existência da pessoa e a manutenção de certas funções vitais podem, ao menos concebivelmente, se dissociar. Em outras palavras:

Quando questionamos se uma pessoa está viva, aquilo para o que realmente procuramos uma resposta é se essa pessoa continua a existir. Para responder com sucesso essa questão, precisamos indagar quais condições necessárias e suficientes devem ser obtidas para que uma pessoa continue a existir ao longo do tempo (tradução livre) (MANNINEN, 2009, p. 286).

A indagação que precisa ser colocada, via de consequência, é a indagação pelas condições necessárias e suficientes de persistência de uma pessoa (p. ex. “Jones”) no tempo. A permanência de algo em instantes sucessivos no tempo, por sua vez, pressupõe que para um objeto *a* identificado num instante t_1 e um objeto *b* identificado num instante t_2 existam critérios com base nos quais se possa dizer conclusivamente que os dois objetos são idênticos (i. e., que *a* e *b* são um mesmo objeto). Dessa maneira, o problema das condições de titularidade do direito à vida (assumidas as premissas expostas acima) transpõe-se para o problema da identidade pessoal no tempo. Em razão disso, é possível então já afirmar: para uma pessoa qualquer, essa pessoa tem direito à vida se, e somente se, as condições de identidade dessa pessoa através do tempo são atualmente instanciadas por um objeto *x*. Feitas essas observações, cumpre esclarecer, afinal, como dois objetos percebidos em instantes sucessivos no tempo podem ser identificados como sendo um e mesmo objeto persistente. Em outros termos, há que se esclarecer as condições de verdade/falsidade de uma proposição do tipo “ $a = b$ ” para dois objetos, *a* e *b*, observados

em instantes distintos do tempo. Adotar-se-á, aqui, a proposta de David Wiggins (1967, p. 35), que fornece um critério de coincidência espaço-temporal sob um conceito individualizante ou “sortal”⁷:

Se se localiza cada um dos particulares a e b [sob um conceito ou conceitos de cobertura] e, onde apropriado, i.e., no caso de ‘identidade ao longo do tempo’, se traça a e b através do espaço e do tempo [sob conceitos de cobertura], se deverá descobrir que a e b coincidem [sob um conceito de cobertura f] (tradução livre).

Uma formulação rigorosa dessa concepção pode ser encontrada em Graeme Forbes (2016, p. 147-148):

Para qualquer [conceito] sortal F e quaisquer objetos x e y , x e y são o mesmo F se, e somente se, x é um F e y é um F , e para quaisquer instantes no tempo t , t' , se x existe em t e y em t' , então para cada instante t'' entre t e t' há uma região do espaço ocupada por um F em t'' tal que o interior da soma dessas regiões (para todo t'') é uma região contínua do espaço (tradução livre).

Admite-se, ademais, que o conceito de “pessoa” seja individualizante, o que se evidencia pelo fato de uma pergunta do tipo “quantas pessoas existem na região R no tempo t ?” poder ser respondida de forma numericamente definida, diferentemente de uma pergunta do tipo “quantas coisas existem na região R no tempo t ?”, a qual não pode ser respondida da mesma maneira (cf. WIGGINS, 1963, p. 178). Portanto, para quaisquer objetos x e y existindo, respectivamente, em t e t' , afirma-se que x e y são uma mesma pessoa se, e somente se, x e y forem pessoas, existir uma pessoa ocupando uma região do espaço em todos os instantes t'' entre t e t' , e não houver solução de continuidade na totalidade formada pela soma dessas regiões. A indagação que tem de ser colocada é, conseqüentemente, a seguinte: “sob quais condições o conceito ‘pessoa’ se predica ininterruptamente das regiões sucessivas de um contínuo espaço-temporal?”. Que isso não possa ser respondido apelando-se simplesmente ao corpo humano é algo que se evidencia pela circunstância de o corpo sobreviver à pessoa sob a forma de cadáver. E também parece fora de dúvida que não basta, para uma pessoa a , a permanência de qualquer

⁷ Por termos “sortais” são normalmente entendidos aqueles que possuem um critério de identidade, de tal forma que, se K é um termo sortal, então, se x e y são K 's, x e y são idênticos se, e somente se, x é R_k -relacionado a y , com R_k denotando uma relação de equivalência que não a própria relação de identidade (cf. LOWE, 2007).

processo vital do corpo de *a* para se poder afirmar a existência atual de *a*, haja vista que, por exemplo, certos processos de reprodução celular continuam a ocorrer mesmo quando o corpo humano já é inequivocamente um cadáver.

Alternativa diversa que se poderia apresentar, mais convincentemente, consiste em identificar certos processos vitais considerados como essenciais (p. ex., respiração, circulação sanguínea, etc.), e afirmar que as condições de predicação de “pessoa” coincidem com a presença estruturada desses processos vitais num corpo humano. De acordo com essa visão, designada de “animalismo”, o que seria crucial para a existência e continuidade da pessoa seria a existência e continuidade das funções que permitem ao organismo funcionar como uma unidade integrada. A essa visão se contrapõe outra, designada de “concepção da identidade pessoal como mente corporificada”, que mantém que a vida mental é que seria determinante para a preservação da identidade pessoal e, portanto, que seriam decisivos fatos de ordem psicológica, e não meramente biológica, para a existência e continuidade de uma pessoa (MANNINEM, 2009, p. 287). O que se expôs é suficiente para se poder afirmar que a adoção do animalismo como teoria explicativa da identidade pessoal, acrescida das premissas normativas apresentadas mais acima, acarretaria na conclusão de que a pessoa sobrevive à morte encefálica e, portanto, de que procedimentos como a remoção de órgãos *post mortem* para transplante, na forma do art. 3º da Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/1997), redundaria numa violação do direito à vida. Contudo, há argumentos de peso que podem ser apresentados contra essa perspectiva.

O primeiro deles, fortemente inspirado em considerações de Michael B. Green e Daniel Wilker (1980, p. 112-113), pode ser apresentado sob a forma de um experimento mental. Sabe-se que as ciências médicas avançaram consideravelmente na sua capacidade de proporcionar técnicas que permitem executar artificialmente funções do organismo humano, dentre as quais se poderia mencionar a hemodiálise, a respiração artificial, etc. Como o avanço dessas ciências e das técnicas que ela proporciona é contínuo, pode-se facilmente imaginar um futuro distante no qual o grau de desenvolvimento e sofisticação da medicina seja tal que viabilize a execução artificial e prolongada das mais diversas funções orgânicas (como a respiração, a circulação sanguínea, etc.), de tal sorte que quaisquer partes seccionadas do corpo humano pudessem ser mantidas vivas por longos

períodos de tempo conectadas a dispositivos artificiais. Imagine-se que, nesse cenário, uma pessoa, “João”, seja, por quaisquer razões, submetida a um procedimento de hemicorporectomia (amputação da região inferior do corpo). Imagine-se, igualmente, que a região inferior amputada fosse, após a remoção, imediatamente conectada àqueles dispositivos de manutenção artificial das funções vitais, e que a parte superior do corpo de João sobrevivesse ao procedimento médico. Nesse cenário, evidentemente apenas hipotético, mas não absurdo ou inconcebível, a concepção do animalismo não ofereceria quaisquer razões para identificar João com alguma das metades do corpo, haja vista que ambas preservariam a integridade sistêmica do organismo considerada decisiva por essa teoria.

Outro experimento mental que se poderia fazer para testar as alternativas teóricas concernentes ao problema da identidade pessoal, experimento este diretamente retirado do já mencionado texto de Michael B. Green e Daniel Wilker (1980, p. 123-126), consiste em considerar a hipótese de um indivíduo que “assumisse” o corpo de outro. Mais uma vez, se poderia apelar aos possíveis desenvolvimentos das ciências médicas para conferir à hipótese alguma plausibilidade: basta imaginar um cenário em que o transplante do cérebro de um indivíduo no corpo de outro se tornasse tecnicamente viável. Nessas condições, acaso um procedimento como esse fosse efetivamente realizado, quais asserções sobre a identidade pessoal dos indivíduos concernidos (p. ex., João e José) se estaria justificado em fazer?

A força do exemplo apresentado acima consiste em que ele apresenta uma narrativa de “transferência de corpos” que retira do partidário do “animalismo” a possibilidade de oferecer explicações alternativas que apelassem a mudanças de qualidades psicológicas que fossem, de modo incontroverso, “preservadoras de identidade” (como sucederia, por exemplo, se se dissesse que a crença de João de que assumiu o corpo de José é fruto de um delírio ou de uma ilusão). E, tal como no exemplo do seccionamento horizontal do corpo humano sucedido pela sobrevivência de ambas as partes seccionadas, parece haver algum apelo intuitivo na ideia de que se estaria mais justificado em afirmar a identidade pessoal tendo por critério a continuidade psicológica dos indivíduos concernidos do que em afirmar a identidade pessoal tomando por critério a identidade do corpo/organismo e a preservação de sua integridade sistêmica.

Tal apelo intuitivo pode ser melhor compreendido indagando-se por que motivos a capacidade de identificar uma mesma pessoa em pontos distintos do tempo tem algum interesse ou importância para as práticas e relações humanas. A razão para isso consiste em que uma avaliação correta das ações de uma pessoa, das relações que ela estabeleceu com seus semelhantes, do modo como se comunicou com eles e, conseqüentemente, das expectativas que gerou e do que se pode exigir dela depende, em boa medida, de uma avaliação correta de quem essa pessoa é. E esse conjunto de fatos que torna relevante a capacidade de reidentificar uma mesma pessoa é, senão totalmente, pelo menos muito mais dependente da continuidade psicológica do respectivo indivíduo do que da preservação da integridade funcional do seu corpo.

Assim, se João fosse submetido ao procedimento de amputação mencionado acima, aquelas pessoas para quem, por exemplo, João fez promessas, ou com quem mantinha vínculos de natureza afetiva, não teriam nenhuma razão para esperar do segmento inferior do corpo o cumprimento daquelas promessas ou a reciprocidade desses vínculos. Igualmente, se o cérebro de João fosse transplantado no corpo de José, e o cérebro de José transplantado no corpo de João, as pessoas com quem João e José se relacionaram emocional ou inteligentemente não teriam nenhuma razão para esperar que essas relações e as expectativas correlatas poderiam ser satisfatoriamente assumidas pelo corpo original de cada um desses indivíduos. Inversamente, quase todas essas relações poderiam ser sucessivamente assumidas pelo corpo que preserva a continuidade psicológica para com o respectivo indivíduo: as promessas feitas por João seriam lembradas pela parte superior de seu corpo no primeiro exemplo, e pelo corpo de José no segundo, e poderiam assim ser reconhecidas e assumidas por estes, o mesmo se podendo dizer dos vínculos afetivos para com amigos e familiares, etc. Significa dizer que o critério de continuidade psicológica é também aquele que preserva o valor de verdade do maior número de proposições de que os indivíduos se serviriam se fossem solicitados a descrever quem João é, não apenas como corpo físico, não apenas como complexo de processos bioquímicos, mas como sujeito moral, isto é, como sujeito que se relaciona com seus semelhantes de forma consciente e teleologicamente orientada. As ações de que João se lembra e se reconhece como pessoalmente responsável, as pessoas com quem se relacionou e os sentimentos e expectativas que tem em relação a elas, os gostos, as preferências, as disposições

sentimentais, as aptidões intelectuais, tudo isso é preservado em muito maior medida pelo critério de continuidade psicológica do que pelo critério animalista. Pode-se, então, adotar o critério proposto por Derek Parfit (1971, p. 13): “*X* e *Y* são a mesma pessoa se eles são psicologicamente contínuos e não existe uma pessoa que é contemporânea de um deles e psicologicamente contínua do outro” (tradução livre).⁸ Integrando-se essa afirmação com o critério de identidade através do tempo apresentado mais acima, chega-se num critério de identidade pessoal através do tempo (IPT), que poderia ser formulado nos termos seguintes:

(IPT) “Para quaisquer indivíduos *x* e *y* existindo, respectivamente, em quaisquer instantes distintos *t* e *t'*, *x* e *y* são uma mesma *pessoa* se, e somente se, *x* e *y* forem seres humanos psicologicamente contínuos um com o outro, não existir nenhum objeto *z* que seja contemporâneo de um deles e psicologicamente contínuo do outro, e existir um objeto *w* psicologicamente contínuo com *x* e *y* ocupando uma região do espaço em todos os instantes *t*” entre *t* e *t'*, tal que a soma dessas regiões (para todo *t*) seja uma região contínua do espaço”.⁹

⁸ A parte final do critério proposto por Parfit tem por finalidade excluir relações de identidade para as chamadas hipóteses de fissão e/ou fusão. Essa exclusão não é, contudo, arbitrária ou imotivada, na medida em que o autor propõe explicações alternativas para aquelas hipóteses que permitem descrevê-las sem se pressupor relações de identidade pessoal entre os elementos das diferentes ramificações que surgem nessas situações hipotéticas (cf., 1971, p. 19-25). Além disso, as hipóteses de fissão/fusão que se pretende evitar com a cláusula final constituem muito mais experimentos mentais propostos pelos autores que lidam com o problema da identidade pessoal no tempo do que ocorrências reais. A plausibilidade dessas hipóteses é, de todo modo, muito menor do que a do primeiro contraexemplo fornecido contra o critério animalista. Para uma revisão do problema da identidade pessoal e de alguns dos principais argumentos sobre o tema, cf. PERRY, John. Personal identity and the concept of a person. In: Fløistad G. (eds) *Philosophy of Mind/Philosophie de l'esprit. Contemporary philosophy/La philosophie contemporaine (A new survey/Chroniques nouvelles)*, vol 4. Springer, Dordrecht (NL). p 11-43.

⁹ Poder-se-ia indagar se esse critério não é insuficiente. Um motivo para isso seria o fato de ele impor como condição à persistência da pessoa uma coincidência desta com um organismo humano. Acaso se quisesse estender o direito à vida para inteligências artificiais (se se conseguisse desenvolver alguma equiparável a um indivíduo humano, por exemplo), ou para outras espécies animais, ou ainda acaso se tornasse possível assegurar a continuidade psicológica entre um ser humano e uma máquina, o critério proposto não bastaria para delimitar aquele direito. No entanto, algumas acomodações simples permitiriam alcançar o resultado desejado. Para o caso dos animais, poder-se-ia incluí-los na noção de “pessoa”, utilizando para isso uma versão modificada do critério IPT que incluísse todas as espécies em favor das quais se quisesse reconhecer o direito à vida. Alternativamente, se se preferisse evitar a artificialidade de denominar por “pessoas” outras espécies animais, poder-se-ia formular uma versão alternativa de IPT para as demais espécies, substituindo então a expressão “ser humano” pelos nomes dessas espécies, e substituindo o termo “pessoa” por outro que desempenhasse papel análogo para as espécies animais que se pretendesse proteger (p. ex. “animais sencientes”). Para a hipótese de continuidade psicológica entre um ser humano e uma máquina, bastaria substituir a exigência de coincidência da pessoa com o organismo humano por uma exigência de origem

Interessa, ainda, registrar que por “continuidade psicológica” se designa aqui a existência de certos elos de natureza causal encadeando os eventos psicológicos sucessivos da vida de uma pessoa. Uma vez que se sabe que tais processos causais se desenrolam no sistema nervoso de um indivíduo, mais especificamente em seu cérebro, o critério de identidade pessoal como continuidade psicológica é congruente com a identidade do tecido cerebral conjugada com a continuidade de certos processos cerebrais. Essa identificação do cérebro e de suas funções superiores como constitutivos do substrato material de que depende o critério de identidade pessoal proposto acima permite a reformulação/tradução deste em termos de um critério de identidade e persistência de um cérebro em atividade e suficientemente preservado para o desempenho daquelas funções superiores (GREEN e WILCKER, 1980, p. 124-126). Os limites da continuidade psicológica são, assim, materialmente dados pelas condições de persistência do cérebro em atividade e de suas funções ditas “superiores”, condições estas fornecidas pelas ciências médicas.

Disso se teria que concluir que um evento que danificasse tecidos cerebrais em proporções suficientes para provocar a cessação total e irreversível das funções superiores do cérebro que tornam possíveis os processos que preservam a continuidade psicológica de uma pessoa seria também o fim da existência da própria pessoa. E daí se poderia concluir que tal momento demarca também o fim do direito à vida. Logo se vê, portanto, que o critério aqui proposto se coaduna sem dificuldades com a Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/1997), mais especificamente com a previsão da morte encefálica como termo final do direito à vida, contida no art. 3º dessa lei. Também não há dificuldades em se explicar a possibilidade de pesquisa científica e descarte de embriões excedentários, na forma prevista na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e da sua Regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina. Isso, contudo, não mais em razão de um uso ambíguo e duvidoso da noção de “pessoa em potencial”, mas com base na proposição muito mais segura de que tais embriões simplesmente não são pessoas.

Todavia, por motivo de coerência, o critério proposto deveria também ser estendido para o outro extremo do direito à vida, vale dizer, para o momento de sua aquisição. Disso se seguiriam certas dificuldades, não insuperáveis. Com relação ao artigo 2º do Código Civil, a contradição com a proposta deste trabalho seria apenas parcial. Com efeito, o

daquela a partir deste. A hipótese da inteligência artificial poderia ser resolvida de modo análogo à dos animais.

conflito com tal dispositivo subsiste somente com relação à expressão “desde a concepção”, a qual, no entanto, uma vez que contradiz lei especial e posterior, mais precisamente o art. 5º, II, da Lei de Biossegurança, teria de ser considerada tacitamente revogada. Uma revogação parcial do dispositivo em questão, no sentido de excluir a expressão “desde a concepção”, restringindo a proteção aos direitos do nascituro de forma a abranger somente estágios mais avançados da gestação, já bastaria para harmonizar essa norma com o que aqui se propôs.¹⁰

O mesmo não se poderia dizer da proibição, pelo Código Penal, ao aborto praticado com o consentimento da gestante. Uma vez que o embrião/feto não desenvolveu, durante certo período da gestação, as estruturas nervosas e processos que tornam possível a relação de continuidade psicológica, não se pode dizer, a partir dos argumentos apresentados acima, que ele seja uma pessoa. A racionalidade que subjaz às tentativas de justificação daquela proibição se perde, assim, completamente, haja vista que o direito à vida do embrião/feto não se pondera com os direitos fundamentais da mãe, simplesmente porque aquele não tem, em absoluto, direito à vida (nem quaisquer outros direitos, até que atinja suficiente grau de maturação). A única alternativa seria, assim, extirpar aquela proibição do ordenamento jurídico brasileiro, seja mediante a declaração de sua não-recepção pela Constituição Federal,¹¹ seja mediante o reconhecimento de antinomia entre tal proibição e as previsões da Lei de Biossegurança e da Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos, antinomia esta que deveria ser resolvida pelos cânones hermenêuticos tradicionais, em especial os critérios cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e de especificidade (*lex specialis derogat generali*), tendo como resultado a declaração de revogação tácita dos tipos penais conflitantes.

¹⁰ Além disso, e diferentemente do que sucede com a identificação entre “embrião” e “criança” abordada na nota nº 6, é possível apresentar um argumento simples e decisivo para demonstrar que a pessoa humana não existe desde a concepção: basta considerar que um mesmo zigoto pode dar origem a gêmeos univitelinos. Ora, se o zigoto fosse idêntico à pessoa que dele se origina, então, dada a transitividade da relação de identidade, ter-se-ia que concluir que os gêmeos univitelinos são numericamente idênticos, o que é evidentemente absurdo, já que ambos ocupam, contemporaneamente, regiões distintas do espaço. Assim, a tese de que a pessoa existe a partir da concepção se revela insustentável.

¹¹ Isso, no entanto, demandaria linha de argumentação diversa da adotada no presente trabalho.

CONCLUSÃO

Os limites do direito à vida estão demarcados de forma esparsa na legislação brasileira, havendo previsões diversas em normas que atendem a finalidades e a influências de conjuntura política igualmente distintas. O resultado disso é uma profusão aparentemente inconciliável de critérios e racionalidades subjacentes para as disposições relevantes. O Supremo Tribunal Federal, ao tentar conciliar essa pluralidade de normas, se viu forçado a apelar à noção de “pessoa em potencial” para dar conta do aparente conflito da Lei de Biossegurança com as vedações à prática do aborto. Conquanto, preliminarmente, essa noção pareça funcionar como padrão justificativo conciliador das respectivas normas, uma análise mais detida mostra que esse resultado é apenas superficial, e que a noção de “pessoa em potencial” não pode ser generalizada de maneira consequente como critério demarcador da proteção jurídica ao direito à vida.

A consequência disso parece ser a seguinte: ou se sacrifica a coerência interna do ordenamento jurídico brasileiro para o fim de preservar todas as disposições normativas atinentes aos limites do direito à vida, ou se busca reestabelecer aquela coerência aceitando-se a condicionalidade de extirpar algumas daquelas disposições se necessário for. Neste caso, deve-se buscar a solução que se revele menos danosa para a integridade do ordenamento jurídico. A se admitir, como feito aqui, que os limites do direito à vida devem coincidir com os limites de existência da pessoa cuja vida se protege, qualquer definição de pessoa que essencializasse atributos dissociados da vida mental do ser humano (tal como seria necessário, por exemplo, para justificar a proteção da vida desde a concepção, ou para justificar a sua proteção mesmo depois de morte encefálica diagnosticada) acarretaria em graves danos para a integridade do ordenamento jurídico, haja vista que a Lei de Biossegurança, a Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos, bem como toda a regulamentação dessas normas teriam que ser severamente retalhadas. Não bastasse isso, o § 4º do art. 199 da Constituição Federal ficaria quase completamente destituído de sentido, haja vista que a competência que esse dispositivo outorga ao legislador infraconstitucional para o fim de facilitar o transplante de órgãos restaria drasticamente esvaziada. A tudo isso ainda se acresce que haveria interferências intensas no direito ao livre planejamento familiar (art. 226, §7º), pois que casais inférteis ficariam

impossibilitados de recorrer à reprodução artificial, e aos direitos individuais e de igualdade da gestante (art. 5º). Além de todos esses problemas, os argumentos e contraexemplos apresentados demonstram que é no mínimo duvidoso que se possa generalizar conseqüentemente um critério que defina “pessoa” de tal maneira, haja vista que a definição animalista não se reporta a um critério de identidade suficientemente preciso. Essa alternativa proporciona, assim, danos graves à integridade do ordenamento jurídico, a pretexto de favorecer uma tentativa de harmonização cujas possibilidades de sucesso se mostram desde logo extremamente duvidosas.

É preferível, portanto, a generalização do critério cognitivo previsto no art. 3º da Lei de Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/1997) para fins de demarcação do direito à vida em seus dois extremos: momento de aquisição e momento de perda. Com isso, se obtém uma justificação que resiste aos contraexemplos apresentados em face das concepções ditas “animalistas”, e que pode, portanto, fundamentar uma normatização coerente, na medida em que fornece razões cuja generalização se amolda congruentemente às diferenças de tratamento previstas no ordenamento jurídico. Por essa perspectiva, os únicos “danos” para a integridade do ordenamento jurídico brasileiro seriam a necessidade de restrição ao art. 2º do Código Civil e a necessidade de extirpação das disposições penais proibitivas do aborto praticado com o consentimento da gestante.¹² Não apenas essa alternativa preserva número muito maior de normas, não apenas ela evita quaisquer conflitos com os precitados dispositivos constitucionais, como também ela atinge incisivamente apenas as normas mais anacrônicas dentre aquelas que se encontram em oposição, haja vista a proibição questionada ter-se originado na década de 1940, podendo a

¹² Cumpre registrar que, conquanto o argumento apresentado ofereça, ainda que indiretamente, subsídios para uma crítica contundente à proibição generalizada do aborto praticado com o consentimento da gestante, por ser tal proibição incompatível com uma delimitação adequada do direito à vida, tal argumento não é suficiente para justificar positivamente uma doutrina mais detalhada sobre os limites jurídicos da prática do aborto. E isso porque uma doutrina dessa natureza demandaria, para além de uma investigação dos limites do direito à vida, uma investigação das relações que surgem quando este direito entra em rota de colisão com outros direitos, em especial os da gestante, à luz das particularidades das situações em que essas colisões ocorrem. Uma vez que o presente estudo tem por objetivo tão somente traçar os limites jurídicos do direito à vida, e não propor uma doutrina mais detalhada sobre a legalidade/ilegalidade das práticas abortivas, uma investigação da segunda espécie pôde ser aqui deixada de lado. Tudo o que se pretendeu afirmar é que a proibição do aborto consentido antes de o nascituro preencher as condições de personalidade é desprovida de justificação. Uma vez preenchidas tais condições, a questão de se estabelecer eventuais limites para a legalidade da interrupção voluntária da gravidez se torna um problema de ponderação, cujos resultados não se pode, e nem se pretendeu, determinar somente a partir das premissas aqui adotadas. Em suma, trata-se aqui de identificar as condições necessárias e suficientes do direito *prima facie* à vida, e não de identificar as condições necessárias e suficientes de um direito *definitivo* à vida.

sua incompatibilidade com o Direito atual ser facilmente remediada por declaração de não-recepção pela Constituição Federal, ou ainda pelas técnicas hermenêuticas tradicionais. Também significativo é o fato de que a proposta defendida resguarda juridicamente técnicas médicas que já se incorporaram de maneira estável na cultura e nas práticas cotidianas da sociedade brasileira. A alternativa proposta no presente trabalho é, assim, dentre as concorrentes, a que melhor satisfaz as exigências metodológicas de consistência e coerência do ordenamento jurídico, preservando, cumulativamente, de forma ótima as disposições normativas relevantes.

REFERÊNCIAS

- DINIZ**, Maria Helena. Código civil anotado. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. O estado atual do biodireito. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FORBES**, Graeme. The metaphysics of modality. Oxford: Clarendon Press, web edition, 2016.
- GREEN**, Michael B.; **WIKLER**, Daniel. Brain death and personal identity. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, n. 2, p. 105-133, 1980.
- HUME**, David. Tratado da natureza humana. Tradução de Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009.
- LARENZ**, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOWE**, E. J. Sortals and the Individuation of Objects. *Mind & Language*, vol. 22, n. 5, p. 514-533.
- MACCORMICK**, Neil. Legal reasoning and legal theory. Nova York: Oxford University Press, 1978.
- MANNINEN**, B.A. Defining human death: an intersection of bioethics and metaphysics. *Reviews in the neurosciences*, vol. 20, n. 3-4, p. 283-292, 2009.
- PARFIT**, Derek. Personal identity. *The philosophical review*, vol. 80, n. 1, p. 3-27, 1971.

PERRY, John. Personal identity and the concept of a person. In: Fløistad G. (eds). Philosophy of Mind/Philosophie de l'esprit. Contemporary philosophy/La philosophie contemporaine (A new survey/Chroniques nouvelles), vol 4. Springer, Dordrecht (NL).

ROSS, Alf. Tû-Tû. Harvard Law Review, vol. 70, n. 5, p. 812-825, 1957.

WIGGINS, David. The individuation of things and places. Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, vol. 37, p. 177-216, 1963.

_____. Identity and spatio-temporal continuity. Oxford: Basil Blackwell, 1967.

WILCOX, Allen J. et al. Incidence of early loss of pregnancy. The New England journal of medicine, vol. 319, n. 4, p. 189-194, 1988.