



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCELO PICHOLI DA SILVEIRA

**O EMBRIÃO COMO CATEGORIA ARISTOTÉLICO-TOMISTA
ESPECULAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE SUA POSIÇÃO NAS
RELAÇÕES JURÍDICAS**

Londrina
2022

MARCELO PICHOLI DA SILVEIRA

**O EMBRIÃO COMO CATEGORIA ARISTOTÉLICO-TOMISTA
ESPECULAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE SUA POSIÇÃO NAS
RELAÇÕES JURÍDICAS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial - Área de concentração Relações Negociais no Direito Privado, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência parcial à obtenção de grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Rita de Cássia Resquetti
Tarifa Espolador

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Silveira, Marcelo Pichioli da.

O embrião como categoria aristotélico-tomista : Especulação jusfilosófica sobre sua posição nas relações jurídicas / Marcelo Pichioli da Silveira. - Londrina, 2022.
175 f.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Direito Negocial - Tese. 2. Biodireito - Tese. 3. Tomismo - Tese. 4. Metafísica - Tese. I. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

MARCELO PICHOLI DA SILVEIRA

**O EMBRIÃO COMO CATEGORIA ARISTOTÉLICO-TOMISTA
ESPECULAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE SUA POSIÇÃO NAS
RELAÇÕES JURÍDICAS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial - Área de concentração Relações Negociais no Direito Privado, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência parcial à obtenção de grau acadêmico de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Rita de Cássia Resquetti
Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dr.^a Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho
Universidade de Pernambuco - UPE

Londrina, 3 de agosto de 2022.

Mother love is no more
Bring this savage back home
Wilderness house of pain
Makes no sense of it all
Close this mind dull this brain
Messiah before his fall
What you see is not real
Those who know will not tell
All is lost sold your souls
To this brave new world

[S. HARRIS, D. MURRAY & B. DICKINSON — **IRON MAIDEN**, *Brave new World*].

Just about any ethics teacher in recent memory has heard this claim so frequently from a student, colleague or friend that he may well respond by just throwing his hands up in despair. That teacher has no doubt then wondered and worried that his entire job as a philosopher might well be pointless but still worth pursuing. It might seem pointless because despite vigorous and frequent attempts to show it is perhaps inconsistent for one's ethical challenger to maintain relativism — or at the very least that view becomes impractical as an ethical guiding star to live by — many people still insist that all moral standards are simply reducible (without loss) to the ethical codes that are strictly a function of our various cultural, historical and regional experiences. But pointing out the problems for that view is still worth pursuing, if only because one thing philosophers can still do is to argue how the relativist's main ethical claims and even his way of life ultimately fail to take advantage of the greater benefits of a more objectively grounded account of the right and the good [JACK GREEN MUSSELMAN].

Jamais ocorre a um progressista dizer “não precisamos de ciência” ou “não precisamos de política”, pois há uma compreensão tácita que a ciência e a política visam o bem comum. Infelizmente a mesma consideração não é estendida à religião, em parte porque os efeitos da ciência e da política são mais evidentes, enquanto que os da religião, justamente por causa dos ataques sofridos no campo cultural, têm ficado mais difíceis de compreender e discernir. Também em parte por interesse próprio, já que uns *achievements* no *Steam* e o último *iPhone* dão e bastam para que nos esqueçamos de Kolyma, Holodomor, das duas grandes guerras, da contaminação de mercúrio em Minamata, dos bebês da talidomida, da ilha de lixo do Pacífico, dos desastres de Bhopal e Chernobyl etc. E finalmente porque isso implicaria que o projeto humano não está dando certo e que seria melhor todos voltarmos para a selva, algo evidentemente impossível, já que perderíamos os episódios de final de temporada de nossas séries preferidas. Como disse o ministro presbiteriano Chris Hedges: “*Vivemos agora em uma época em que médicos destroem a saúde, advogados destroem a justiça, universidades destroem o conhecimento, governos destroem a liberdade, a imprensa destrói a informação e nossos bancos destroem a economia*” [ELTON MESQUITA].

We are scientists. We don't blog. We don't twitter. We take our time.

Don't get us wrong — we do say yes to the accelerated science of the early 21st century. We say yes to the constant flow of peer-review journal publications and their impact; we say yes to science blogs and media & PR necessities; we say yes to increasing specialization and diversification in all disciplines. We also say yes to research feeding back into health care and future prosperity. All of us are in this game, too.

However, we maintain that this cannot be all. **Science needs time to think**. Science needs time to read, and time to fail. Science does not always know what it might be at right now. Science develops unsteadily, with jerky moves and unpredictable leaps forward — at the same time, however, it creeps about on a very slow time scale, for which there must be room and to which justice must be done.

Slow science was pretty much the only science conceivable for hundreds of years; today, we argue, it deserves revival and needs protection. Society should give scientists the time they need, but more importantly, scientists must take their time.

We do need time to think. We do need time to digest. We do need time to mis-understand each other, especially when fostering lost dialogue between humanities and natural sciences. We cannot continuously tell you what our science means; what it will be good for; because we simply don't know yet. Science needs time.

— Bear with us, while we think.

[**THE SLOW SCIENCE MANIFESTO**]

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós. Durante o Mestrado, tornei-me, definitivamente, órfão de todos eles. Até hoje sinto a força da ausência de cada qual em minha alma, cujas marcas de carinho manifestado ao longo de anos são indeléveis.

Assim, este trabalho é feito em memória dos avós NEWTON e PEDRO, bem como das avós LENIR e DALVA.

A última, curiosamente, era chamada *Escolástica Dalva*. O tempo não me permitiu explicar-lhe a grandeza de seu próprio nome. Mas o capricho da vida me trouxe até tal filosofia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Verbo Encarnado, sempre renascente em meu coração, ainda que repleto de pecados.

À minha orientadora, **Prof.^a Dr.^a RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR**, que contará com minha eterna gratidão pela completa abertura neste programa de pós-graduação *stricto sensu*. Senti-me à vontade para escrever tudo o que necessário dentro do recorte proposto, e devo esta liberdade acadêmica a ela. Evidentemente, trata-se de uma liberdade não desregrada, já que acolhi, *in totum*, seus conselhos e observações. Agradeço-a, também, por toda indicação bibliográfica ao longo desses anos. Estou certo de que esta parceria ainda renderá mais frutos para nossa vida acadêmica.

À **Prof.^a Dr.^a DANIELA BRAGA PAIANO**, pela presteza e atenção dedicada antes da banca de qualificação, dando-me conselhos valiosos para um desfecho mais seguro deste trabalho. Suas considerações deram-me o *insight* para o item n.º 1.5 colocado no sumário da dissertação.

Ao **Prof. Dr. VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**, pelo gentil aceite em compor a banca examinadora, pela indicação de pontos fundamentais para o segundo capítulo deste trabalho e pela parceria realizada entre o Canal Resenha Forense e o PPGD da UFPE para divulgação de aulas na disciplina *Transformações Históricas do Direito Civil Contemporâneo*.

Ao amigo **ALDRIN PARDELLAS DE CARVALHO**, praticamente um consultor filosófico durante toda a confecção desta dissertação, sendo ele um verdadeiro professor particular de Filosofia Antiga e Medieval. Devo a ele a depuração de linguagem dentro da Metafísica grega. Agradeço-o, também, pelo tempo de leitura conjunta da Patrística e dos diálogos de PLATÃO.

Ao amigo **LUCAS RODRIGUES BELLO**, também pela leitura conjunta dos diálogos de PLATÃO. Ele também esteve comigo em constante diálogo durante todo este período, sendo igualmente decisivo para muitas reflexões.

Aos amigos e **Professores Doutores FREDERICO BONALDO e MARCOS PAULO FERNANDES DE ARAUJO**, pela parceria dos últimos anos e pelos esforços comuns para divulgação do direito natural no Brasil.

Ao **Prof. Dr. MARCUS PAULO RYCEMBEL BOEIRA**, pela cordialidade de sempre e pelos magníficos encontros do grupo de estudos sobre lógica deôntica na UFRGS.

A todos os Professores que participaram do Canal Resenha Forense durante este período, já que suas conversas, de algum modo, contribuíram para minha formação acadêmica: **RAFAEL CRONJE MATEUS, MILTON GUSTAVO VASCONCELOS, ANA LUIZA M. RODRIGUES BRAGA, LEANDRO CORDIOLI, ANDRÉ FERNANDES, VICTOR SALES PINHEIRO, SANDRO ALEX DE SOUZA SIMÕES, FÁBIO CARDOSO MACHADO e LUIS FERNANDO BARZOTTO.**

Ao Prof. **SIDNEY SILVEIRA**, cujas lições ministradas em seus cursos foram fundamentais para meu estudo de tomismo.

Aos amigos **FELIPE BELÉM, BRUNO WALEGA, ALESSANDRA ALVES, VICTOR GABRIEL ZAPATA, RICARDO MATHEUS GOMES BOTELHO, JULIANO ALBINO MANICA, FILIPE LIMA ANDRADE, MÁRCIO AUGUSTO GERVÁSIO RIOLI e JOÃO VICTOR PERETTI FULCONI.**

Ao meu psicólogo, **JOSÉ HAMILTON FERREIRA**, pelo constante esforço para equilibrar as potências de minha alma.

Aos meus pais, **POMPILIO e TANIA**, pelo eterno carinho e pela ancoragem de sempre.

À **GABRIELA BACK LOMBARDI**, minha namorada, que me convenceu a tentar o ingresso no programa de pós-graduação *stricto sensu* em momento no qual eu mesmo não acreditava que seria possível seguir adiante com meu objeto de pesquisa. Isso para não falar de sua ternura e de sua paciência diante de minhas falhas e de meu temperamento colérico. Agradeço-a, pois, conforme escrito por TOM JOBIM, em *Chega de Saudade*: há menos peixinhos a nadar no mar do que os beijinhos que eu darei em ti.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **O embrião como categoria aristotélico-tomista.** Especulação jusfilosófica sobre sua posição nas relações jurídicas. 2022. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) — Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

RESUMO

Ainda que já tenham sido tomadas muitas decisões a respeito de assuntos que interessam à bioética (na jurisprudência, nos parlamentos e nos colegiados biomédicos), é certo que as perguntas por trás da magnitude ontológica do embrião humano prosseguem e que sempre haverá espaço para especular-se filosoficamente sobre o início da vida humana, um aspecto do ser que serve de dado para a lei natural e, assim, para a formulação de juízos normativos que tutelam a dignidade da pessoa humana. Daí sucede a necessidade de reler o negócio jurídico, seja em sua roupagem dogmática tradicional e clássica, seja pela causalidade final aristotélica por trás de suas razões de existir. Será sempre pertinente investigar-se, ademais, a situação do embrião humano diante da autonomia da vontade, até para que sejam estabelecidos limites de existência e de validade para negócios envolvendo toda e qualquer prestação de serviços de clínicas de reprodução humana, bem como para modular com maior precisão e detalhamento os efeitos de tais atos, para além de cargas obrigacionais, cotejando-se, igualmente, os ônus, as sujeições e os deveres de tais atos jurídicos. Aliás, é preciso indagar e investigar a eficácia jurídica decorrente também de atos de reprodução humana eventualmente ilícitos, até porque é impossível invalidar a brutalidade da realidade já posta diante de nós. A discussão aqui proposta tem cunho metafísico-jurídico e lógico-filosófico, cujas premissas servirão para propor uma estruturação jurídico-dogmática destes peculiares atos jurídicos (intitulados negócios biojurídicos), seja em seus postulados metajurídicos (direito natural), seja na própria reverberação doutrinária dita “científica” (direito positivo). Registre-se, ademais, que as respostas dadas estão centradas pelas balizas internas do marco teórico proposto, qual seja, a filosofia aristotélica agasalhada pela Escolástica cristã, sobretudo a de S. TOMÁS DE AQUINO.

Palavras-chave: embrião; negócios jurídicos; negócios biojurídicos; início da vida; escolástica; tomismo.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **The embryo as an aristotelian-thomist category.** A speculation of the philosophy of law on its position as a subject of law. 2022. 200 p. Dissertação (Master's Degree in Negotiation Law) — Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

ABSTRACT

Although many decisions have already been taken on issues of interest to bioethics (in jurisprudence, in parliaments and in biomedical collegiate), it is certain that the questions behind the ontological magnitude of the human embryo continue and that there will always be room for philosophical speculation about the beginning of human life, even because such a premise will be of interest to the natural law and, thus, for the formulation of normative judgments that protect the dignity of the human person. From this arises the need to reread the negotiation law, whether in its traditional and classical dogmatic guise, or for the Aristotelian final causality behind its reasons for existing. It will always be pertinent to investigate, moreover, the situation of the human embryo in the face of the autonomy of the will, even so that limits of existence and validity for businesses involving any and all services of human reproduction clinics, as well as to modulate with greater precision and detail the effects of such acts, in addition to mandatory charges, also comparing the burdens, subjections and duties of such legal acts. In fact, it is necessary to speculate on the legal effectiveness resulting also from eventually illicit acts of human reproduction, not least because it is impossible to invalidate the brutality of the reality already placed before us. The discussion proposed here has a metaphysical-legal and logical-philosophical nature, whose premises will serve to propose a legal-dogmatic structuring of these peculiar legal acts (entitled biolegal business), either in their meta-legal postulates (natural law) or in the doctrinal speculation itself “scientific” (positive law). It should also be noted that the answers given are centered on the internal beacons of the proposed theoretical framework, that is, the Aristotelian philosophy embraced by Christian Scholasticism, especially that of Thomas Aquinas.

Key words: embryo; negotiation law; negotiation biolaw; beginning of life; scholastic; thomism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TÁBUA SISTEMÁTICA DOS FATOS JURÍDICOS LATO SENSU E ESPECIFICIDADES DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO	14
1.1 PREMISSAS	14
1.2 BASES PARA UMA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS	19
1.3 A TEORIA DO FATO JURÍDICO ENQUANTO ESFORÇO TEÓRICO GERAL DO DIREITO (E NÃO SOMENTE DO NEGÓCIO JURÍDICO)	24
1.4 PLANOS FÁTICO-JURÍDICOS: RETOMADA	32
1.5 A CATEGORIA TRADICIONAL DO NEGÓCIO JURÍDICO DIANTE DE DILEMAS BIOÉTICOS	36
1.6 DEZ SALTOS QUALITATIVOS E AXIOLÓGICOS PARA PENSAR-SE NO NEGÓCIO BIOJURÍDICO.....	44
2 RECORTE FILOSÓFICO-JURÍDICO: O EMBRIÃO COMO ATO E POTÊNCIA SEGUNDO O TOMISMO	51
2.1 SENTIDO DO TERMO “ESCOLÁSTICA” PARA ESTE TRABALHO E DIFERENÇAS ENTRE METAFÍSICA E RELIGIÃO.....	51
2.2 ALGUNS DOS ASPECTOS MAIS IMPORTANTES DA METAFÍSICA DE ARISTÓTELES E NOTAS ACERCA DE SUA ABSORÇÃO PELA EUROPA A PARTIR DO SÉCULO XIII.	58
2.3 ESTATUTO ONTOLÓGICO DO EMBRIÃO.....	71
2.4 O EMBRIÃO PARA UM DIREITO NATURAL PREOCUPADO COM A ORDEM DO SER.....	81
2.5 O EMBRIÃO COMO CATEGORIA ARISTOTÉLICO-TOMISTA.....	88
3 RECORTE DOGMÁTICO-JURÍDICO: NEGÓCIO BIOJURÍDICO ENVOLVENDO O EMBRIÃO	97
3.1 O ASSUNTO ENQUANTO PROBLEMA DE EXISTÊNCIA JURÍDICA	97
3.2 A QUESTÃO NA SENDA DA (IN)VALIDADE E DA AXIOLOGIA	122
3.3 PLEXO EFICACIAL DO ATO, SE PRATICADO — APRECIACÕES JUSFILOSÓFICAS E SUGESTÕES DOGMÁTICAS	131
CONCLUSÕES	150

INTRODUÇÃO

Este trabalho traz discussão metafísico-jurídica e lógico-filosófica a respeito do embrião, entrelaçando seu *status* ontológico com o jusnaturalismo clássico, mais precisamente aquele trilhado pela linha aristotélica e tomista, reverberando conclusões sobre a teoria geral do fato jurídico e posicionando o chamado negócio biojurídico na tábua geral dos fatos jurídicos *lato sensu*. Ainda que possa resvalar em assuntos imanentes e até político-legislativos, o texto foi totalmente construído com uma diligência peculiar, qual seja, delimitar-se com a maior precisão possível as balizas internas do marco teórico proposto: a filosofia aristotélica agasalhada pela Escolástica tomista.

Como não poderia ser diferente, o trabalho é inaugurado a partir de um esforço teórico envolvendo a teoria geral do fato jurídico, cujas contribuições mais decisivas, aqui, foram de autores como FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA e MARCOS BERNARDES DE MELLO.

Após este primeiro passo conceitual, a envolver as categorias mais tradicionais dos fatos jurídicos *lato sensu* (situando *locus* mais adequado para o negócio biojurídico, mais próximo, talvez, do ato jurídico *stricto sensu*), parte-se para uma explicação mais delimitada a respeito das bases filosóficas fundamentais, mediante decantação de conceitos como Metafísica, Ontologia, Escolástica, lei natural etc. Tais conceitos foram também explorados internamente, em multifacetados níveis de verticalidade, já que tocam diretamente no alvo central da hipótese formulada para pesquisa. Daí se especular, só a título ilustrativo: **a]** na Metafísica, seus termos centrais mais fulcrais [ato e potência; matéria e forma; substância e acidente; causas; relações etc.]; **b]** na Ontologia, o embrião enquanto é, não enquanto deve ser; **c]** na Escolástica, a contribuição tomista que teve relevância para este trabalho; **d]** na Ética, a sua imbricações com o drama humano, como sucede na bioética; **e]** no Direito, as formulações do jusnaturalismo diante da vida, direito natural do qual decorrem, segundo as premissas lógico-objetivas deste trabalho, todos os demais direitos, todos concatenados com a lei natural.

O último passo é o de revisitar o negócio jurídico, primordial categoria da civilística, diante de um problema que é resumido pela pergunta formulada no título da dissertação: poderia o embrião ser objeto de negócios jurídicos? O enfrentamento da questão se dá não somente de um ponto de vista jusfilosófico, já que as bases centrais da Escolástica são estabelecidas diante da própria dogmática civil, num plexo argumentativo e analítico dividido em três partes, de maneira que o assunto é encarado conforme os planos negociais: o de existência, o de validade

e o de eficácia, cada qual revigorado com os fundamentos metafísicos apresentados no segundo capítulo.

Sendo assim, os alicerces inicialmente expostos descambam, no terceiro e último capítulo, numa estruturação jurídico-dogmática dos negócios biojurídicos, seja em seus postulados metajurídicos (direito natural), seja na própria especulação doutrinária dita “científica” (direito positivo).

1 TÁBUA SISTEMÁTICA DOS FATOS JURÍDICOS LATO SENSU E ESPECIFICIDADES DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO

1.1 PREMISSAS

A assim chamada teoria do fato jurídico propõe uma visão analítica daquilo que FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA chamou de “mundo jurídico”. O primeiro passo para entender-se todas suas categorizações passa pela comezinha lição segundo a qual há aquilo jurídico, de um lado, e não jurídico, de outro:

Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência de regras jurídicas, que assim o assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo [...]. Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — *incidam* sobre ele, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’¹.

Com efeito, PONTES DE MIRANDA salientou, até didaticamente, que é necessário discernirmos o que é do mundo jurídico “e o que, no mundo, não é mundo jurídico”, sendo que foi por falta de atenção a ambos que muitos erros se cometem “e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito”². O que é jurídico pertence a um espaço lógico-objetivo com o colorido do direito. Fora deste grande círculo há todos os fatos brutos, i. e., não jurídicos.

A teoria do fato jurídico impõe uma bifurcação lógica e binária muito clara: sim ou não [verdadeiro x falso em linguagem lógico-deôntica]. Inexiste terceira via possível: *principium tertii exclusi* ou *tertium non datur*³, máxima da teoria do conhecimento escorada na obra de ARISTÓTELES (princípio da não-contradição⁴) — “todas as coisas têm que ser ou

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 6.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59.

³ “[...] *tertium non datur is a rule, attributed to Aristotle in the Middle Ages, according to which any substance – e. g. a man, a horse etc. – cannot host opposite qualities simultaneously*” (CAGLIOTI, Giuseppe. *The tertium non datur in Aristotle’s logic and in physics. Journal of the Mechanical Behavior of Materials*, v. 5, n.º 3, 1994, p. 217).

⁴ “No livro IV da ‘Metafísica’, Aristóteles se empenha na defesa da validade universal do princípio da não-contradição (doravante PNC), e o principal da argumentação, na primeira parte do capítulo 4, costuma ser dividido em três partes: na primeira, Aristóteles se valerá de certos pressupostos semânticos (1006a 28- 1007a 7); na segunda, o argumento terá um sabor eminentemente pragmático (1007a 7-20) e enfim, na terceira parte, entraria

afirmadas ou negadas, e é impossível simultaneamente ser e não ser”⁵. Daí sucede que “o Direito tipifica os conteúdos das contas, como tipifica as condutas mesmas”. Ele acaba inserindo aqueles e estas “nas modalidades deonticas do obrigatório, do proibido e do permitido, repartindo-as com o sinal positivo da licitude e com o sinal negativo da ilicitude”⁶.

A facticidade é jurídica ou não é jurídica. Há o mundo da totalidade fática e há o mundo dos fatos jurídicos. Obviamente, todo fato jurídico pode ser visto como fato *lato sensu*, mas não é correto supor-se o contrário. De maneira que o mundo jurídico é só um trecho do mundo total. “É evidente que todo fato jurídico é apenas jurídico dentro do sistema, através da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático concreto, no plano do pensamento. Não há fato jurídico fora do sistema”⁷. PONTES DE MIRANDA afirma, aliás, que “já aí começa a função classificadora da regra jurídica”, que “distribui os fatos do mundo em fatos *relevantes* e fatos *irrelevantes* para o direito, em fatos jurídicos e fatos ajurídicos”⁸.

Em sentido similar, MIGUEL REALE sustentou que o fato figura, primeiramente, como espécie de fato prevista na norma [it. *Fattispecie*; al. *Tatbestand*]⁹. Posteriormente, fala-se do efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito. Sendo assim, “o fato está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação”. Além disso, “fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”¹⁰.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, mais sucintamente, expôs que “todos os direitos, seja qual for sua natureza, procedem de algum fato, positivo ou negativo, normal ou anormal, instantâneo ou de elaboração progressiva”¹¹. Enfim: o fato bruto e não jurídico vem a ser todo o fato da vida real indiferente para o direito. O mundo não jurídico abarca “factos juridicamente irrelevantes, factos destituídos de eficácia jurídica, factos neutrais, sob o ponto de vista do direito — factos ajurídicos, em suma”¹².

em cena de maneira decisiva distinção ontológica entre substância e acidente (1007a 20- b 18)” (ANGIONI, Lucas. Princípio da não-contradição e semântica da predicação em Aristóteles. *Analytica*, v. 4, n. 2, 1999, p. 121).

⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.ª ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 87.

⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 212.

⁷ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 121.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.

⁹ Sobre aspectos linguísticos envolvendo o assunto, cf. SANDRINI, Peter. Der Rechtsbegriff: Implikationen für die mehrsprachige Terminologiearbeit. In: BUDIN, G. (org.). *Multilingualism in Specialist Communication. Mehrsprachigkeit in der Fachkommunikation*. Viena: TermNet, 1995, p. 1105-1122.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 198-199.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 180.

¹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. II. Coimbra: Almedina, 1983, p. 1.

Fato jurídico “é todo acontecimento do mundo exterior, ao qual a lei outorga o efeito de criar, modificar ou extinguir uma relação de direito”¹³. É ele uma verdadeira “força de propulsão” dos direitos subjetivos¹⁴. EDMOND PICARD teria preferido “fato jurígeno”¹⁵, relatando CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a opção de E. PICARD não é só de estilo, pois *jurígeno* seria a palavra que “melhor lhe parece dar idéia da capacidade criadora de relações jurídicas”¹⁶. MARIA HELENA DINIZ noticia que a proposta de PICARD recebeu duras críticas “porque o termo é inadequado para designar o fato como força modificadora e extintiva das relações de direito. Daí conservarem os autores a terminologia do Código: ‘fato jurídico’ (Livro III da Parte Geral)”¹⁷. Ou, nas palavras de ORLANDO GOMES, “fato jurídico é todo acontecimento, dependente ou não, da vontade humana, a que o Direito atribuiu efeito”¹⁸. Sendo assim, pode-se afirmar que o fato jurídico “integra com a pessoa e com os bens o tripé fundamental sobre o qual se assenta a teorização lógica do direito, em geral, e do direito privado, em especial: sujeito — objeto — causa”¹⁹. Esta premissa será fundamental no capítulo terceiro da dissertação.

Enfim: fato jurídico é o evento reconhecido em lei como hábil a produzir consequências jurídicas, “quer dizer, o nascimento, a modificação ou a extinção de um direito subjetivo”²⁰.

Ponto de grande interesse, e, talvez, pouco notado, é o encadeamento lógico e metafísico por trás da sucessão de fatos jurídicos. Um contrato nasce por negócio jurídico e pode ser desfeito através de uma rescisão: só aí há dois fatos jurídicos pontuais, concatenados entre si. Isso para não falar dos vários fatos jurídicos que podem brotar entre tais extremos de começo e fim: os pagamentos das parcelas mensais, e. g., são fatos jurídicos.

Na verdade, a categoria epistêmica do jurista é, no mais das vezes, a dos fatos jurídicos. O estudo dos ramos do direito é todo engendrado por um conjunto de institutos ou instituições que se entrelaçam harmonicamente segundo fatos jurídicos. Por alguma razão, a vida acadêmica inicial parece sinalizar que este assunto seria exclusivo dos civilistas. Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, isso se deve “a circunstância de que aquilo que conhecemos como

¹³ LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez Editora, 1980, p. 16.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil, v. 1. Saraiva: 2004, p. 359.

¹⁵ LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 276.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 314.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil, v. 1. Saraiva: 2004, p. 360.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 247.

¹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Parte Geral, v. I, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

²⁰ GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 183.

Teoria Geral do Direito” ter nascido “impregnado dos conceitos civilísticos, isso como consequência de ter sido elaborada pelos privatistas alemães, especialmente os Pandectistas, numa época (final do século XVIII e século XIX) em que conceitos do chamado direito público ainda eram incipientes”. No entanto, prossegue o autor, “nada acontece no mundo jurídico senão como produto de um fato jurídico, seja em que ramo da Ciência Jurídica for”²¹. Um penalista, por exemplo, jamais poderá negar a facticidade jurídica de um delito: a categoria do “suporte fático” em muito se assemelha (senão se identifica) com a do “tipo penal”. Da mesma maneira, um administrativista jamais poderá negar a facticidade jurídica de um ato administrativo.

Veja-se que o próprio FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA valia-se do vocábulo *Tatbestand* para designar o “suporte fático”²²: a dogmática penal do século XX enxerga, no “*Tatbestand*”, o “tipo penal”. LUIZ LUISI, e. g., falou “[d]a doutrina do ‘tatbestand’”, apegando-se às lições de M. JIMÉNEZ HUERTA e de G. BETTIOL para explicar as razões pelas quais, no direito penal, essa percepção analítica significou a consagração do adágio *nullum crimen sine lege* ou, mais precisamente, do princípio da legalidade²³. A tradução de *Tatbestand* para tipo no direito penal brasileiro é confirmada por SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI, para quem daí decorre, também, “o *neologismo* tipicidade”, que ainda avisa: na “Argentina, utiliza-se com frequência o termo *hecho* (fato)” e, na Itália, “a palavra *fattispecie*”²⁴. O que importa dizer, em síntese, é que este é o termo “original” e genérico de qualquer teoria do tipo, radicada, ao que parece, na obra de ERNST VON BELING, *Die Lehre vom Tatbestand* (1906).

É de bom alvitre salientar que não se ignora, aqui, a importância de outras ciências para uma compreensão fenomenológica mais abrangente do direito e da própria civilística. Ninguém aqui ousaria duvidar da validade axiológica e científica de um estudo causal-explicativo do Direito Civil²⁵, nem mesmo de um texto voltado à sua política legislativa.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-18.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 4; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.

²³ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 13 e 30.

²⁴ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais*. Parte Especial do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.100. Sobre seu uso no direito tributário, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. In: _____ (org.). *Direito Tributário*, v. 1. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 128 em diante.

²⁵ No direito penal, este é o papel da criminologia; no direito processual, chamei este recorte de “processologia”. A respeito, v. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Miguel Reale e o direito processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 97, jan./mar 2017.

Uma pessoa é concebida (fato jurídico *stricto sensu*), nasce (sendo a respiração um *ato-fato*), recebe uma certidão de nascimento (ato jurídico *stricto sensu*), atinge a maioridade civil (fato jurídico *stricto sensu*), celebra contratos (negócio jurídico), realiza pagamentos (ato jurídico *lato sensu*), constitui família, mediante casamento (negócio jurídico) etc. A sucessão fática-jurídica mostra o domínio linguístico do direito no seu mundo específico, qual seja, o mundo jurídico.

Note-se que fatos jurídicos existem independentemente do registro ou da averbação. Como já se disse acima, a vida tem uma sucessão lógica e encadeada de fatos jurídicos. Nascer e respirar são fatos jurídicos... Não é o registro disso que preenche o campo de existência do nascimento ou da respiração²⁶. Mas o registro é, também, um fato jurídico. Além do efeito da publicidade, o registro e a averbação também contam com efeitos probatórios. O casamento é um fato jurídico: a sua prova decorre da certidão de casamento, fato jurídico de conteúdo declaratório²⁷. A pessoa precisa fixar-se num local que atuará como sua centralidade espacial de juridicidade — domicílio. Trata-se de ato jurídico *stricto sensu*, em regra²⁸, embora seja certo que o domicílio pode, sim, entrar de forma diversa: será ato-fato no caso dos incapazes (evidentemente); poderá ser alvo de negócio jurídico (“foro de domicílio”)²⁹. A morte é um fato jurídico: sua prova decorre da certidão de óbito, mais outro fato jurídico de conteúdo declaratório. E assim por diante.

²⁶ No caso das pessoas jurídicas de direito privado, o fato jurídico que dá *existência* à pessoa jurídica de direito privado, portanto, é a inscrição de seus atos constitutivos no registro adequado — “*la legale conoscibilità delle vicende della persona giuridica è attuata attraverso pubblici registri nei quali devono iscriversi i fatti che incidono sulla esistenza, sull’oggetto e sulla rappresentanza dell’ente*” (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*, v. 6, t. I. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1999, p. 302). No caso de autarquias, a própria lei serve de suporte fático para o preenchimento de sua existência.

²⁷ O casamento passa por uma cadeia entrelaçada de fatos jurídicos, como a habilitação e a própria cerimônia em si. A completude das formalidades do casamento pressupõe a lavratura no livro de registro, e tal fato jurídico servirá “para perpetuar o ato e servir de prova o assento do matrimônio, assinado pelo presidente do ato, cônjuges, testemunhas e oficial” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83).

²⁸ Segundo RENAN LOTUFO, “a natureza jurídica da fixação do domicílio é de ato jurídico seguido de comportamento caracterizado por uma conduta sucessiva. É ato jurídico *stricto sensu*, que requer capacidade de agir” (LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157). ZENO VELOSO apontou que “o domicílio se constitui, normalmente, por um ato de vontade. Ele se infere do comportamento do indivíduo, que se fixa e estabelece num determinado lugar (aspecto objetivo, material), com a intenção de aí permanecer (*animus manendi*, aspecto subjetivo). A escolha do domicílio, assente toda a doutrina, não é um negócio, mas um ato jurídico. Ato jurídico *stricto sensu*, que decorre de manifestação volitiva. Esta, por seu lado, deve perseverar, ser razoavelmente duradoura, pois é qualificada por uma determinação psíquica” (VELOSO, Zeno. O domicílio no direito brasileiro, no português e no Projeto de Código Civil do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.346).

²⁹ Daí ter expressado FRANCISCO AMARAL que “a fixação do domicílio é um ato jurídico em senso estrito quando expressa a vontade do sujeito, e um fato jurídico [*acrescento: stricto sensu, na classificação que seguimos até aqui*] quando fixado por lei” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 2.^a ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1998, p. 234).

1.2 BASES PARA UMA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Os fatos jurídicos, todos eles, formam os fatos jurídicos *lato sensu*. Este último seria “o gênero máximo, abarcante, indistintamente, de todas as divisões”³⁰.

Os fatos jurídicos em geral, *lato sensu*, dividir-se-iam noutras três categorias, espécies de fatos jurídicos.

A primeira seria a dos fatos jurídicos *stricto sensu*, fatos da vida que interessam ao direito. A morte natural, por exemplo, é um fato bruto, natural; ingressa no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu* ao ser o suporte fático da abertura da sucessão (Código Civil, art. 1.784)³¹.

A segunda espécie abarca os chamados atos-fatos jurídicos. Um ato-fato consiste num fato humano sem vontade dirigida. Como anota CARLOS ROBERTO GONÇALVES, no ato-fato “ressalta-se a consequência do ato, o fato resultante, sem se levar em consideração a vontade de praticá-lo”³². ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO esclarece o tema com as seguintes palavras:

O ato-fato jurídico é caracterizado não por um evento natural, mas sim por um agir, uma conduta. É um dado essencialmente humano, portanto. A questão é que nele o elemento volitivo (vontade) não importa para qualificar o suporte fático. É irrelevante, abstraído. A razão para tanto está na proeminência dada ao resultado gerado pela conduta (o ato). Esta serve como propulsora da mudança na realidade (o fato). Daí o termo *ato-fato*. A intenção de seu formulador — Pontes de Miranda — foi exatamente a de exprimir que a conduta (agir humano) é considerada apenas no que tange à mudança que ela ocasiona³³.

³⁰ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Da recorribilidade ao recurso*. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 37.

³¹ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 259-260; LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 164; PARETA, José Maria Marlet. Tanatologia forense. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 87, 1992, p. 248; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Parte Geral, v. I, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37; FELICE, Sebastião André de; KAMEYAMA, Issao. Avaliação médico-forense da capacidade e da responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 89, 1994, p. 174; VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 70; GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 172. Pondera-se que a morte “não é fato que entre nu, em sua rudeza, em sua definitividade, no mundo jurídico: se ocorreu, sem que as circunstâncias o fizessem fato ‘conhecido’, tem-se de aguardar a prova, talvez a prova por presunção: se não ocorreu, mas esgotaram-se todos os meios para se provar, tem-se por muito tempo como fato não-acontecido” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 78).

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Parte Geral, v. 1. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 349.

³³ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Da recorribilidade ao recurso*. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 39.

A terceira espécie de fato jurídico *lato sensu* seria a do ato jurídico, o qual é subdividido por MARCOS BERNARDES DE MELLO em ato jurídico *stricto sensu* e em negócio jurídico. A diferença entre ambos não está no suporte fático.

Todo ato jurídico *lato sensu* pressupõe vontade humana. A distinção, note-se bem, está nos efeitos do ato. No ato *stricto sensu*, a vontade da parte não poderia, em tese, modular os efeitos (exemplo: adoção — se X adota Y, X não poderá alterar questões eficaciais inerentes ao direito sucessório de Y). No negócio jurídico, a vontade das partes abarca a possibilidade de manejo do plano de eficácia respectivo.

Conforme LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, vistos de perto, a diferença entre o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* é menor do que pareceria numa primeira análise. Diz-se que o último produz efeitos *ex lege*, ao passo que aquele é modulado *ex voluntate*; no entanto, não é a vontade que, *de per si*, impõe-se enquanto poder autônomo ou estanque do Direito. Na verdade, o próprio Direito atribui-lhe tal caractere. É dizer: o feixe de eficácia do negócio jurídico também tem atributos *ex lege*, e a mola propulsora da existência, a vontade, vincula-se ao Direito para disparar efeitos³⁴.

O fato jurídico *stricto sensu* não se confunde com o ato jurídico *lato sensu*. Melhor explicando: todo ato jurídico *lato sensu* é um fato jurídico *lato sensu*, mas o ato jurídico não pode ser tratado como fato jurídico *stricto sensu*. Faz sentido: só seres humano atuam. Um ser humano não “[f]atua”. O direito é ordem da conduta humana³⁵. Só o ser humano pode agir e se dirigir finalisticamente: a ação e a omissão só pertencem ao homem, sendo impossível cogitar-se, então, de uma ação ou de uma omissão derivada de um animal ou de um raio³⁶. O ser humano age finalisticamente, e, enquanto tal, age de forma consciente em razão de um fim. O acontecer puramente causal, diferentemente, “não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento”³⁷. De tal pressuposto lógico-objetivo sucede fórmula tão bem afamada entre os penalistas: a finalidade é “vidente”, sendo a pura causalidade “cega”³⁸. ARISTÓTELES, na *Ética a Nicômaco*, já salientava que a ação humana

³⁴ “*Si bien se mira, la diferencia entre el negocio jurídico y el acto de Derecho en sentido estricto es menor de lo que parece a simple vista. Se dice que éste produce efecto ex lege y aquél ex voluntate; pero no es la voluntad la que produce por sí, por un poder autónomo e independiente del Derecho, sino porque éste le atribuye ese efecto; es, pues, también un efecto ex lege y la voluntad es sólo una voluntad a la que el Derecho se vincula para producir el efecto*” (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 3.ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972, p. 773).

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

³⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 378.

³⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2.ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 39-40.

será tida como justa ou injusta segundo seu cunho voluntário ou involuntário. No primeiro caso, “é censurável e nesse caso um ato de injustiça; disso decorre a possibilidade de um ato ser injusto sem ser um ato de injustiça se a voluntariedade estiver ausente”³⁹. Por isso, a ética aristotélica não pode prescindir a necessária distinção entre o ato voluntário (*hekusion*) e o ato esvaziado de voluntariedade (*akusion*)⁴⁰. Sendo assim, ARISTÓTELES enxerga na voluntariedade humana um conhecimento das circunstâncias individuais da ação, com oxigenação da razão prática (*prohairesis*)⁴¹. Com base em tal linguajar aristotélico é que MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN sinalizou ter ARISTÓTELES partido de um dado lógico-objetivo da realidade, qual seja, o de que a conduta é um dado ontológico, humano, sendo condicionante *a priori* do próprio direito⁴².

Aliás, dentro da proposta tomista deste trabalho, afirma-se que quando a matéria é informada por uma alma racional, então haverá uma nova entidade ontológica como ente existente: o ser humano⁴³. Conforme ARMANDO ROBERTO HOLANDA LEITE, “o índice de diferenciação destas duas realidades é a presença da vontade, motor de toda a vida jurídica”⁴⁴. Daí WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO salientar que os atos jurídicos “produzem efeitos jurídicos em consonância com a vontade do agente”⁴⁵. Na didática colocação de JOSÉ DIAS MARQUES, “onde o fato jurídico tiver a sua origem na vontade de uma pessoa deve falar-se em ato jurídico reservando-se ao contrário o termo fato jurídico em sentido estrito para designar os fatos a cuja produção aquela vontade é estranha”⁴⁶. ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL traz as mesmas considerações analíticas:

Em acepção ampla, os fatos jurídicos representam o gênero, do qual os atos jurídicos são uma das espécies; e em acepção restrita, os fatos jurídicos representam a espécie de causas geradoras de direitos, enquanto são acontecimentos independentes da vontade do homem, como o nascimento e a morte; e os atos jurídicos representam a espécie de causas geradoras de direitos, enquanto são acontecimentos voluntários, dependentes da vontade do homem, como os contratos e os atos ilícitos⁴⁷.

³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 4.ª ed. São Paulo: Edipro, 2004, p. 202-203.

⁴⁰ MIKLÓS, Könczöl. Méltányossági érvék a Rétorikában. *Iustum Aequum Salutare*, XI, 2015, n.º 1, p. 120.

⁴¹ VOLEK, Peter. Vplyv aristotelizmu pri vysvetľovaní konania u Tomáša Akvinského a Rajmunda Lulla. *Filozofia*, Institute of Philosophy, Slovak Academy of Sciences, n.º 66, 2011, č. 1, p. 16.

⁴² RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto. Barcelona: Bosch, 2001, p. 67.

⁴³ “Typically, when matter is informed by a rational soul, a new ontological entity comes into existence: a human being” (EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 6).

⁴⁴ LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez Editora, 1980, p. 21.

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 180.

⁴⁶ MARQUES, José Dias. *Noções Elementares de Direito Civil*. 6.ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 53.

⁴⁷ CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Manual Elementar de Direito Civil*, v. I. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 125.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, igualmente, afirma:

Do exposto se dá conta da diferenciação conceitual entre fato jurídico e ato jurídico. Em sentido amplo, o primeiro compreende o segundo, aquêle é o gênero, de que êste é a espécie. Em sentido estrito, porém, fato jurídico é acontecimento natural, independente da vontade interna, enquanto ato jurídico é acontecimento voluntário, fruto da inteligência e da vontade, querido e desejado pelo interessado⁴⁸.

Como se nota, o ato jurídico é, necessariamente, prenhe de humanidade ou de voluntariedade humana⁴⁹. A lição atinge, inclusive, os chamados atos ilícitos⁵⁰, mesmo aqueles fundamentados em injustos culposos (só o ser humano age culposamente, pois só ele tem aptidão mental de avaliar riscos e sopesar os deveres objetivos de cuidado). Quando se diz, então, que um ato jurídico é um “fato” jurídico, isso se dá a título analítico, pois o mundo jurídico é composto, todo ele, de fatos jurídicos *lato sensu* (todo ato jurídico é fato jurídico *lato sensu*).

Deixe-se claro, portanto, que não é correto alocar o ato jurídico como fato jurídico *stricto sensu*, pois este último é o fato jurídico *lato sensu* com subsunção à norma, mas sem nenhum atributo das potencialidades humanas. Com clareza, escreveu MÁRIO AGUIAR MOURA o que segue:

Se o acontecimento de todo prescinde da ação do homem, porque o suporte fático contemplado no Direito objetivo se compõe apenas de acontecimentos produzidos pela natureza, ou, ainda, se mesmo havendo ação humana, situada como causa eficiente da produção do evento, este

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 180-181.

⁴⁹ Aliás, é válido dizer-se, num trabalho de biodireito com viés tomista, que “é difícil, na perspectiva fenomenológica, defender a atribuição de personalidade jurídica para animais: *só o ser humano age finalisticamente dirigido a algo; só o ser humano é voltado aos fins. O direito só encontra razão de ser enquanto estrutura de significação humana; só a estrutura inteligível humana pode captar comandos do dever ser*. Não faria sentido, e. g., impor pena ao animal que avança sobre o homem para matá-lo: o animal não age com *finalidades fenomênico-humanas*. Age como animal: não pode empreender sentidos, valores e bens albergados pelo ordenamento jurídico. Não há na cabra, no leão ou no cachorro o *dolo*, nem a *culpa*: animais não se comportam com a *voluntariedade humana*” (SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *O Direito como Experiência*, de Miguel Reale. *Empório do Direito*, Florianópolis, out. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/3NWbTF>. Acesso em 09 ago. 2021). “Nos homens, a prudência é segundo a deliberação da razão, segundo a qual eles devem agir. É por isso que se diz no livro VI da *Ética*, que *a prudência é a reta razão das ações*. Contudo, diz-se providência no animal o juízo que ele faz sobre uma ação a ser realizada, mas não a partir da deliberação da razão, senão a partir de algum instinto natural. Por isso, a providência do animal é o juízo ou a apreciação natural acerca daquilo que ele deve buscar como conveniente e de evitar como nocivo, como o cordeiro que segue a mãe e foge do lobo” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 36).

⁵⁰ “Afirmar-se também, em cores vivas, que o dano, v. g., ingressa no sistema jurídico pela porta da incidência da norma jurídica, e não pela emissão de um enunciado competente” (NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 121).

se conclui por obra das forças orgânicas naturais (v. g.: a morte por homicídio, a concepção do ser humano), ter-se-á a primeira entidade específica, a saber, o fato jurídico *stricto sensu*. O que resta da exclusão do fato jurídico *stricto sensu* do gênero *lato sensu* vai sempre depender da ação humana, ou, em outras palavras, sempre estará presente o ato do homem para a geração do acontecimento⁵¹.

O ato jurídico, assim, “resulta sempre de um *fato voluntário* e se consuma pela declaração de vontade ou pelo mero comportamento idôneo a repercutir no efeito ou consequência estabelecida pelo ordenamento jurídico”⁵². Os atos jurídicos “repousam na vontade do ser humano. São manifestação ou atuação de uma vontade, positiva ou negativa”⁵³. E “toda ação humana de efeitos jurídicos voluntários enquadra-se no conceito amplo de ato jurídico”⁵⁴.

O fato bruto preenchedor do suporte fático é o fato jurídico *stricto sensu*. Como escreveu FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, os fatos jurídicos *stricto sensu* entram no mundo jurídico “sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido. Ex.: nascimento, morte, idade, adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilhas”⁵⁵.

Adota-se, assim, uma das mais festejadas classificações dos fatos jurídicos, noticiada por MARCOS BERNARDES DE MELLO. Trata-se de visão mais apegada ao plano eficaz do que ao suporte fático. Isso vem sendo alvo de críticas de ADRIANO SOARES DA COSTA, que defende a necessidade de enxergar-se, justamente, o inverso. Para ele, o mais adequado é classificar os atos *lato sensu* segundo seus suportes fáticos, mais precisamente segundo seu ato volitivo. Sua visão, assim, apega-se mais ao pressuposto existencial (precisamente a vontade do ato) do que aos efeitos que daí decorrerem⁵⁶.

⁵¹ MOURA, Mário Aguiar. O contrato em face da sistematização do fato jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

⁵² ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8.

⁵³ VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 175.

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 267.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. II. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 257.

⁵⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Pontesianas 1*. Atos jurídicos processuais e Negócios jurídicos processuais (I). Disponível em: <https://goo.gl/S3CH8U>. Acesso em 31 jul. 2021. Cheguei a conversar com ADRIANO SOARES DA COSTA sobre suas ideias, mas ainda não cheguei a uma conclusão acerca de sua proposta. Em grupo de estudos da vida e da obra de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, ADRIANO SOARES DA COSTA, por mim provocado neste ponto, defendeu o seguinte: “os filósofos nominalistas e os seus filhos da modernidade, os neopositivistas, contestam os universais, o que relativiza toda conceitualização e toda a classificação. Por isso, diz-se a cotio que as classificações são úteis ou inúteis, não sendo verdadeiras nem falsas. Ainda que tomemos essa afirmação como verdadeira, temos que estabelecer como critério de aferição da utilidade de uma classificação o seu compromisso com a lógica interna. Quando digo que a conceitualização de Marcos Bernardes de Mello está errada, digo com base na lógica interna da teoria que adotou: o pensamento de Pontes de Miranda. Se ele diz que nos atos jurídicos *stricto sensu* não haveria escolha de efeitos, ao contrário dos negócios jurídicos, teria que colocar a

No entanto, com todo respeito ao posicionamento de ADRIANO SOARES DA COSTA, parece-me adequado seguir a classificação dos fatos jurídicos segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, porque: *a]* é muito consagrada na doutrina; *b]* é extremamente didática; e *c]* tem influenciado outros setores dogmáticos, notadamente a processualística (tão voltada que ficou no estudo dos negócios processuais), além de já estar consagrado entre muitos civilistas.

1.3 A TEORIA DO FATO JURÍDICO ENQUANTO ESFORÇO TEÓRICO GERAL DO DIREITO (E NÃO SOMENTE DO NEGÓCIO JURÍDICO)

A teoria do fato jurídico não é uma teoria só do Direito Civil, nem só uma teoria só do negócio jurídico. Ou seja: o Direito Civil abrange os fatos jurídicos civilísticos *lato sensu*. Não só negócios jurídicos. E a própria teoria do fato jurídico, em si, não é uma teoria só civilística. A sentença, por exemplo, é um fato jurídico-processual: ela integra o “mundo jurídico do processo”. Ao processualista cabe estudar o fato jurídico processual.

Sem que se perceba, o estudo dos ramos do direito é todo engendrado por um conjunto de institutos ou instituições que se entrelaçam harmonicamente por fatos jurídicos. Em gnosilogia, o sujeito cognoscente da teoria do fato jurídico é o jurista; seu objeto é o fato jurídico. Assim, um civilista tem de se preocupar, em suma, com os fatos jurídicos da civilística. Um processualista tem de se preocupar, sucintamente, com os fatos jurídicos da processualística... E assim por diante.

PAULO LÔBO notou exatamente isto, cravando:

[...] fato jurídico não é um conceito de direito civil, mas de todo o direito. Assim, seu estudo é mais apropriado na teoria geral do direito, pois não apenas se aplica às situações juscivilistas, mas também às de todos os demais ramos do direito privado ou público (por exemplo, fato jurídico tributário, empresarial, administrativo, penal, processual). O fato jurídico é o fato do mundo da vida ou do mundo da natureza que o direito selecionou para si, para fins de regulação de condutas das pessoas (direito posto ou positivo), ou para conhecimento (filosofia ou ciência do direito)⁵⁷.

Basicamente, os adeptos da analítica inerente à teoria do fato jurídico majoram a importância dos seguintes conceitos: *a]* o suporte fático; e *b]* o preceito. No “mundo dos fatos”,

derrelicção como atos jurídicos stricto sensu e a sentença como negócio jurídico”. Assim, a classificação de MARCO BERNARDES DE MELLO “erra: a) na exposição do pensamento de Pontes; e b) na aplicação das premissas que ele mesmo adotou”.

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

a norma ganha o “colorido” de fato jurídico quando há o preenchimento dos pressupostos de sua incidência (= incidência jurídica).

A norma jurídica, para que seja “verificada ontologicamente”⁵⁸, tem de ver a uma configuração causal. Esse é o papel do suporte fático: em abstrato, ele regula “o que se denomina de suporte fático concreto”⁵⁹; i. e., a verificação, no mundo dos fatos, de uma conduta ou evento, com aptidão para ingresso no mundo jurídico. “Quando, no mundo, tornam-se realidades (= se concretizam) os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos, as normas incidem, gerando fatos jurídicos”⁶⁰.

A teoria do fato jurídico só é bem absorvida por seus interessados quando demonstrada desde suas facetas mais simples até suas construções mais complexas. O próprio PONTES assim labora, numa decantação lenta, gradual e analítica:

a causalidade, no jurídico, prende-se à estrutura do pensamento humano e à sua descoberta de poder adotar, para os fatos, regras que *incidam*. Não é a lei que ‘ordena’ incidirem as suas regras; as regras jurídicas incidem, a lei incide, porque a lei e as demais regras jurídicas foram concebidas para esse *processo de adaptação social*. A incidência é, pois, o conceito típico: ela fica entre a lei como elaboração jurislativa e a eficácia que resulta do fato jurídico (= fato + incidência)⁶¹.

Como se nota, o direito procede a uma “escolha dos fatos”, como diz FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. Veja-se como o alagoano elucida a questão:

O direito, na escolha dos fatos, que hão de ser regrados (= sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos, que alguns observadores e estudiosos parecem dignos de regulação; mas esse julgamento dos técnicos do direito, ou dos não-técnicos, por mais

⁵⁸ “Enquanto a causalidade dos fatos, elemento do suporte fático, é, de ordinário, a física ou natural, a causalidade da eficácia é jurídica, isto é, segundo o que estabelecem as regras jurídicas. Dentro do mundo jurídico, em que se introduziu o fato ou complexo de fatos, fazendo-se jurídico, *toda* irradiação dele é segundo os critérios que as regras jurídicas tenham adotado e há de parar onde a regra jurídica o diga. Ainda quando, excepcionalmente, o critério seja o da causalidade física ou natural, foi a regra jurídica que o fez conteúdo seu. Tal dependência da eficácia em relação às regras jurídicas é expressa pelo *princípio da causalidade jurídica da eficácia jurídica*. O direito prescinde da causalidade fática, porque cria nos pensamentos o seu mundo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77).

⁵⁹ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Noções fundamentais da teoria geral do direito: dos fatos e das situações jurídicas. In: _____. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica de Pernambuco, 2008, f. 22.

⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140. Atente-se ao fato de este tipo de estudo ter, por ora, conotação puramente dogmática. Não se nega a possibilidade de imiscuir-se elementos filosóficos ou sociológicos para a problemática da concretização do suporte fático (assim, v. o próprio autor citado, na mesma página).

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 76.

procedente que seja, só se pode passar no plano político, moral ou científico, e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica⁶².

Estes são os caracteres essenciais da ideia de suporte fático, consistente na ocorrência dos fatos previstos pela norma⁶³. Se o suporte fático é formado de elementos x^1 , x^2 e x^3 — e é do melhor alvitre atentar-se ao fato de que, na maioria das vezes, “o suporte fático não é algo uno”, sendo “formado por diversos acontecimentos”⁶⁴ —, o fato não existe juridicamente. Uma compra e venda, e. g., exige partes, objeto, forma e vontade. Se inexistir vontade, não há compra e venda. Há um vazio jurídico, um fato bruto qualquer, irrelevante para o direito. Este primeiro ponto é fundamental para se compreender, bem, o plano da existência dos fatos jurídicos (os planos serão vistos adiante). Aliás, PONTES DE MIRANDA também sinalizou que, ordinariamente, os suportes fáticos são complexos: “há dois ou mais de dois fatos, diferentes, na composição deles. Às vezes, compõem-no dois ou mais fatos em série; outras vezes, o fato é único, ou só se tiram dele os elementos que interessam à regra jurídica”⁶⁵.

Note-se, porém, que o negócio jurídico não depende necessariamente de um ato volitivo *declarativo*. É dizer: existem atos volitivos *adeclarativos*, atos humanos não expressados verbalmente que podem, segundo a finalidade pretendida pelo agente — como no dolo estudado pelos penalistas —, mediante seleção dos meios ônticos apropriados para tanto, constituir negócio jurídico. É o exemplo do testador que destrói, às escondidas, o testamento. Trata-se de *revogação*, negócio jurídico extintivo do primeiro ato⁶⁶.

Há que se esclarecer o conceito de *preceito* na teoria agora apreciada. Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, por preceito (ou *disposição*) se deve entender “a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos”, sendo “a disposição normativa sobre a eficácia jurídica”. Se o suporte fático é a “impregnação”, digamos assim, entre a regra jurídica abstrata e o fato natural concreto, o preceito dispõe sobre os efeitos

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 21.

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

⁶⁴ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Noções fundamentais da teoria geral do direito: dos fatos e das situações jurídicas. In: _____. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica de Pernambuco, 2008, f. 25.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

⁶⁶ Assim, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

jurídicos deste suporte fático-jurídico. A fenomenologia da juridicização, como ele diz, é bem expressada na forma seguinte⁶⁷:

$$\begin{array}{c} \text{norma jurídica} \\ \downarrow \\ \text{suporte fático} \end{array} = \text{fato jurídico} \rightarrow \text{eficácia jurídica}$$

A visão analítica do “mundo jurídico” considera feixes existenciais, elementos de validade e, finalmente, questões eficaciais. Isso não quer dizer que existência-validade-eficácia sejam “tripés” necessários do fato jurídico, soando inadequada sugestão didática de uma “escada”⁶⁸, como vem geralmente sendo citada nos cursos de graduação. Explica-se. A existência é o próprio fato, “no sentido de ser a juridicidade dele, até porque [...] *existir juridicamente é um pertencer*”. A validade e a eficácia, diferentemente, “são *qualidades* do fato jurídico”. O correto é dizer o seguinte: “com a incidência, dá-se a existência do fato válida e eficazmente; e não a existência dele e, com isso, o advento da validade e, por último, da eficácia. Não se trata de uma ‘escada’”, como igualmente defende ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO. Tal autor prossegue com seu raciocínio: “caso faltem à *substância jurídico-factual*, a validade e eficácia podem *vir depois*, já que, neste caso, por serem ausentes, podem ser supridas. O que é inválido e/ou ineficaz pode se tornar válido e/ou eficaz”⁶⁹. A mesma nota crítica é divulgada por KEN BASHO NETO⁷⁰.

Ora, uma “escada” supõe *antecedência* → *decorrência* e, decerto, a obra de PONTES DE MIRANDA deixa muito clara a possibilidade de haver fato jurídico existente, inválido e eficaz (quando faltaria o “2.º degrau”) e, também, o fato jurídico existente, válido e ineficaz (quando faltaria o suposto “3.º degrau”).

Mas a crítica de civilistas não é exclusivamente esta.

MARCOS BERNARDES DE MELLO, e. g., questiona a validade científica — nesse tanto, frise-se — de obras de grandes autores, como alguém do calibre de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Este civilista dizia haver um gênero de ineficácia, da qual seriam espécies a nulidade, a anulabilidade e a própria eficácia. Respeitosamente, há equívoco analítico, porque os planos

⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111 e 116-117.

⁶⁸ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Da recorribilidade ao recurso. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 36.

⁶⁹ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Da recorribilidade ao recurso. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 36.

⁷⁰ Cf. BASHO NETO, Ken. Da inexistência da “escada ponteana”: uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*, Brasília, ano 31, n.º 2, 2019.

de existência, de validade e de eficácia não podem ser empregados como sinônimos. Ora, se os planos são diversos, é porque há diferença ontodeontológica entre eles — do contrário, recairíamos numa redundância completamente inútil.

A passagem abaixo, de autoria de MARCOS BERNARDES DE MELLO, bem retrata essas diferenças fundamentais de cada um dos planos:

Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado pela autoridade competente), (b) existe, é válido e ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico ou fato ilícito *lato sensu*, (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos⁷¹.

Note-se que o próprio direito positivo acoberta, às vezes, a falha linguística. Exemplo de atecnia está no art. 522 do Código Civil, cuja parte final aponta que a cláusula de reserva de domínio “depende do registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros”. O verbo “valer” é incorreto. Na verdade, o não registro do título no Cartório de Títulos e Documentos não nulifica o ato: apenas evita que a eficácia do ato se espalhe *erga omnes*. Foi precisa, nesse particular, MARIA HELENA DINIZ: “não havendo tal assento, o acordo será eficaz, tão-somente, *inter partes*”⁷².

Alguns exemplos similares, do Código Civil de 1916, são divulgados por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: *i*] na cessão de crédito, a lei dizia que a cessão “não vale em relação ao devedor” enquanto não for a este notificada; e *ii*] ainda no campo da cessão de crédito, o diploma antecedente dizia que a cessão “não vale em relação a terceiros” se não for feita por instrumento público ou particular (havendo exigência da lei registral de transcrição do instrumento no registro competente para obtenção dos mesmos efeitos). Com tais ilustrações, o referido autor adverte: “esses ‘não vale em relação a’ significam que o negócio não produz

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, v. 3. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 222.

efeitos para fulano ou beltrano; a questão não é de validade, mas sim de eficácia”. Sendo assim, “a notificação ao devedor e o registro do instrumento da cessão são, pois, nessas hipóteses, fatores de eficácia”⁷³.

A analítica do feixe de existência dos fatos jurídicos é bastante clara. Infelizmente ainda reina alguma confusão a respeito de cada setor, havendo, sobretudo, mistura conceitual entre validade e eficácia⁷⁴. Um trecho da dogmática chega a contestar o estudo da existência com um argumento estranho: a de que o plano de existência não teria sido absorvido pelo direito positivo. Ora, o assunto é de estrutura lógico-objetiva de realidade (além de ser conteúdo próprio Metafísica), não de opção político-legislativa. O estudo do plano da existência do fato jurídico não depende do direito positivo, pois ele não é capaz de mudar este aspecto situado num plano metafísico⁷⁵. Este aspecto foi bem percebido por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

O texto do novo Código Civil, em boa parte escoimado dos defeitos do antigo, harmoniza-se com a sistematização científica que distingue três planos – da existência, o da validade e o da eficácia –, se bem que ausente referência expressa ao primeiro. Não obstante tal silêncio, é intuitivo que, para se pôr a questão relativa à validade, ou relativa à eficácia, é preciso que nos encontremos diante de negócio jurídico *existente*.

O asserto pode parecer acaciano; e falar em negócio *inexistente* soa um tanto contraditório à medida que, tomado ao pé da letra, o adjetivo a rigor *destrói* o substantivo: se algo não existe, não há negócio. A doutrina foi levada a utilizar essa nomenclatura – e não apenas quanto ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico em geral – para designar acontecimentos da vida em que, à primeira vista, seria possível vislumbrar negócio (ou ato), mas o exame atento evidencia a falta de elemento reputado essencial pela lei para que o negócio (ou ato) se constitua; ou, em dicção mais rigorosa, para que se componha o “suporte fático” indispensável à incidência de norma jurídica atente ao negócio. Alude-se, então, *commoditatis causa*, a negócio inexistente, a ato inexistente – como se alude, no direito processual, a sentença inexistente⁷⁶.

⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56.

⁷⁴ “Evite-se inserir no conceito de validade referência aos *efeitos* do negócio – ou, o que dá na mesma, inserir no conceito de invalidade (ou de qualquer de suas espécies) referência à *privação de efeitos*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 377).

⁷⁵ No biodireito é natural discutir-se aquilo que também é do *habitat natural* da civilística. Pense-se, por exemplo, na famosíssima dualidade teórica sobre o início da personalidade jurídica (natalistas *versus* concepcionistas). A personalidade jurídica da pessoa natural está no plano do *ser*. Perguntar quando se dá o início da personalidade jurídica da pessoa é perguntar: *quando ela é para o direito?* Dentro do espectro da teoria geral do fato jurídico, a questão está claramente situada no âmbito da *existência*. Analiticamente, não “se tem” personalidade jurídica. “Se é”. Esta premissa será fundamental no terceiro capítulo da dissertação.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 376.

O plano de existência do fato jurídico é simplório. Ele não traz juízo de valor, a não ser, obviamente, a verificação deontológica do fato com a norma (subsunção). Segundo PAULO LÔBO, “a conversão de fato do mundo dos fatos para fato do mundo do direito (fato jurídico) depende da realização ou concretização de alguns requisitos”, o primeiro deles é a existência de norma jurídica prevendo determinado fato e atribuindo as consequências jurídicas; o segundo deles é a previsão da hipótese normativa ou do suporte fático na norma jurídica⁷⁷.

MARCO AURELIO S. VIANA anota que “o fato só se torna jurídico quando se reveste de relevância jurídica, produz efeitos jurídicos, determinando o começo, a modificação ou a extinção de relações jurídicas”⁷⁸. A lição é equivocada, mas demonstra como alguns civilistas insistem em misturar os elos da existência com trechos da eficácia. Ter ou não “relevância jurídica” implica na pura existência. Mas pode ser que um fato jurídico exista validamente sem que jamais produza os efeitos típicos. Pense-se, p. ex., no testamento: seu efeito está acobertado por fato futuro e incerto, qual seja, a morte (aqui atuante como termo incerto). Ora, pode ser que o testador simplesmente opte, em vida, pela revogação de tal negócio jurídico. Trata-se de negócio jurídico que nasceu e desapareceu sem produzir nenhum efeito digno de nota. Não deixou, porém, de existir como fato jurídico, como um pedaço existencial do gigantesco “mundo jurídico”, ainda que caia no esquecimento da magnitude a história.

É melhor a definição de SILVIO RODRIGUES: a expressão fatos jurídicos, em seu sentido amplo (*lato sensu*), é aquela que “engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência [o grifo sinaliza o mérito do autor] na órbita do direito”, criando, transformando, conservando, modificando ou extinguindo relações jurídicas⁷⁹. Também dando o testamento como exemplo, PONTES DE MIRANDA cravou que tal ato, aí inseridas as doações *mortis causa*, “são negócios jurídicos existentes e válidos, antes da morte. A morte é espécie típica de elemento fático *eficacial*, como o advento do último dia do prazo ou o advento do termo”⁸⁰.

Como explica EROS ROBERTO GRAU, “cuida-se de verificar a concreção do *suporte fático hipotético*, ou seja, se um determinado fato verificou-se *como suporte fático concreto*. Isso tendo ocorrido, o fato do mundo real recebe a incidência das normas do instituto jurídico, convertem-se em *fato jurídico*. Passa então a *existir* como tal o fato do mundo real, visto ser —

⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

⁷⁸ VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 175.

⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72.

na dicção de Pontes de Miranda — *suficiente*”. O plano de validade, por sua vez, exigirá averiguação mais complexa. Nele, “verificamos — e isso ocorre em relação aos fatos jurídicos nos quais a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático — se este último é, além de *suficiente* (o que importa a sua conversão em ato jurídico *stricto sensu* ou em negócio jurídico), *eficiente*”, de maneira que “no plano da *validade* questionamos a *eficiência* do suporte fático *suficiente*”. Obviamente, só há exame da validade se o fato jurídico *existe*. É impossível cogitar-se de verificação de validade de “algo inexistente”. Daí se falar que “o debate a propósito da validade de negócio jurídico que como tal não existe configura um verdadeiro ‘non sense’”⁸¹. Ademais, é notório que o plano de validade só interessa aos atos jurídicos. É impossível cogitar-se de um fato jurídico *stricto sensu* nulo⁸².

Seria um monstro lógico pensar-se na “morte inválida”, p. ex. Como diz PAULO LÔBO, o plano da validade interessa exclusivamente aos atos humanos lícitos (atos jurídicos *lato sensu*), aos quais o direito atribui consequências jurídicas. De modo que “são válidos os atos que preenchem os requisitos legais previstos para que possam atingir seus fins, sob o pálio da segurança jurídica e de outros valores adotados pelo direito”⁸³. É a máxima aristotélica segundo a qual todo ato executado por ignorância acaba sendo, em todos os casos, não voluntário; o âmbito do involuntário abarca somente o ato que causa “aflição” e “arrependimento” a quem o praticou. De fato, “de alguém que agiu por ignorância e não sente qualquer arrependimento por sua ação”, explica ARISTÓTELES, “não se pode dizer que agiu voluntariamente considerando-se que não estava ciente de sua ação e, no entanto, também não é o caso de dizer que tenha agido involuntariamente, considerando-se que não sofre pelo que fez”⁸⁴.

Todo fato jurídico, por ser fato jurídico, necessariamente existe. Ou há o suporte fático, ou não há o suporte fático. *Tertium non datur* ou *principium tertii exclusi*. O plano da existência

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. Negócio jurídico inexistente. Alienação fiduciária em garantia; existência, validade e eficácia do negócio jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 245-246.

⁸² “[...] a validade é restrita: apenas os atos jurídicos têm a propriedade de ser válidos ou não. [...]. Assim: i) quanto aos ilícitos, o agir não tem como ser perfeito ou imperfeito, pois, sendo algo indesejado, é preciso que todo acontecimento previsto ocorra para que se perfaça a ilicitude e, com isso, se possa punir o responsável. Não já meio ilícito. Toda a diferença na ilicitude é estritamente valorativa, levando-se em conta o princípio da *proporcionalidade* da sanção; ii) ademais, no direito, somente aquilo que está sob o crivo da vontade humana pode ser tido como perfeito ou imperfeito. O que não pode ser controlado pelo agente não lhe pode ser imputado. Desse modo, tanto o avolitivo, caso dos fatos jurídicos *stricto sensu*, quanto o de vontade irrelevante, caso dos atos-fatos jurídicos, ou perfazem-se plenamente ou não se perfazem” (GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Da recorribilidade ao recurso*. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 44).

⁸³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

⁸⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 4.^a ed. São Paulo: Edipro, 2004, p. 109-110.

de um fato jurídico é a análise de sua *estrutura*, tal qual engendrada pela norma jurídica, incidente.

Como assevera MARCOS BERNARDES DE MELLO, a partir da incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático “é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”. E neste plano do ser “entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos”. Aí “não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”⁸⁵.

1.4 PLANOS FÁTICO-JURÍDICOS: RETOMADA

Num negócio jurídico — que é fato jurídico —, situam-se no plano de sua existência, em regra, as partes; o objeto; a forma; e a vontade. Tudo o que é adjetivado, em lei, nesses elementos existenciais, integra plano diverso: o da validade.

O plano da existência se afeta aos elementos basilares do fato jurídico — a arquitetura bruta do fato/ato. Uma compra e venda pressupõe, necessariamente, a presença de partes; de um objeto; de uma forma (verbal, escrita, tanto faz); e de uma vontade. Quando a lei exige que as partes sejam capazes, exige algo que qualifica um elemento existencial. Uma compra e venda celebrada com menor incapaz existe, mas não é considerada válida.

A compra e venda de um imóvel com valor superior a 30 salários-mínimos celebrada sem escritura pública existe. Pode parecer surreal, mas uma compra e venda meramente verbal de um imóvel de R\$ 1 milhão existe. Há problema, porém, com seu plano de sua validade, já que o art. 108 do Código Civil exige, nesses casos, forma qualificada, i. e.: escrita pública (forma prescrita em lei). E, na prática, a efetiva transmissão do domínio pressuporia um documento. Só assim poderia suceder o registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227 do Código Civil)⁸⁶.

Isso explica, também, porque inexistente negócio jurídico no caso de coação física. Se A pega na mão de B e o faz “assinar” um instrumento de doação, doação não há, simplesmente. Como visto, a vontade é elemento integrante dos negócios jurídicos. No exemplo, não há

⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

⁸⁶ Há uma pontual exceção disso no contrato com pessoa a declarar, mais precisamente no fato jurídico de indicação do terceiro eleito pelo estipulante. Diz a lei que a aceitação da pessoa nomeada, no caso, “não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato” (parágrafo único do art. 486 do Código Civil). A não observância da forma, no caso, gera ineficácia, não invalidade.

vontade de B. Há um nada jurídico. Um fato bruto, uma mancha de tinta no papel⁸⁷. Ora, “se falta a manifestação da vontade, o negócio jurídico é *nenhum*”⁸⁸.

MARIA HELENA DINIZ prefere enxergar invalidade na coação física ou *vis absoluta*, argumentando que “o constrangimento corporal” acaba retirando “toda capacidade de querer, implicando ausência total de consentimento”⁸⁹. Com toda a deferência à grande civilista de São Paulo — tão importante que é para o teor desta dissertação —, a tese não convence. Trata-se de verdadeira inexistência, tanto que a própria autora reconhecer haver, *in casu*, “ausência total de consentimento”. Ora, a vontade em si é o elo arquitetural bruto do suporte fático negocial: sem vontade, sem negócio. SILVIO RODRIGUES também incorre na contradição, pois, primeiro, sinaliza, sem querer, enxergar uma inexistência: “nesta hipótese [*vis absoluta*], não há consentimento e, por conseguinte, não há ato jurídico”; depois, acaba por falar que o ato é absolutamente nulo, sendo anulável quando o caso for de *vis compulsiva*⁹⁰. O paradoxo também consta de escrito de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, que mistura inexistência com invalidade⁹¹. Por todos, a melhor orientação é a de OROSIMBO NONATO, cuja obra monográfica dedicada ao tema aponta ser a coação física uma “violência física absoluta, impeditiva da formação do ato jurídico, por falta de consentimento”⁹².

No caso de uma coação moral, porém, o negócio existe, mas é, em tese, inválido. Exemplo: em ligação telefônica, A diz para B doar o imóvel para C até determinado horário do dia seguinte, sob pena de morte. Se A celebra a doação, há vontade: o negócio existe. A vontade de A, porém, é viciada: o plano de validade está contaminado, e o negócio é anulável pela coação (art. 151 do Código Civil).

O plano de validade é, talvez, o que mais deva chamar atenção do jurista. Aqui está a razão de ser do próprio direito, pois “o problema da validade dos atos jurídicos”, diz MARCOS BERNARDES DE MELLO, “transcende a pura Dogmática Jurídica, situando-se, mesmo, no plano

⁸⁷). Por todos, a melhor orientação é a de OROSIMBO NONATO, cuja obra monográfica dedicada ao tema aponta ser a coação física uma “violência física absoluta, impeditiva da formação do ato jurídico, por falta de consentimento” (NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957, p. 112).

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil, v. 1. Saraiva: 2004, p. 447.

⁹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200-201.

⁹¹ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 157.

⁹² NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957, p. 112.

da Axiologia Jurídica, além de constituir uma exigência lógica do próprio caráter sistemático do direito”⁹³. O assunto ganhará extrema relevância no capítulo terceiro da dissertação.

Como visto, o fato “bruto”, do mundo “natural”, passa ser “fato jurídico” quando a norma abstrata se “impregna” ao fato regulado. Como diria FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, “se todos [os elementos fáticos] estão juntos, ou se aparece o único que se exigia, o *todo* fático é como que carimbado pela regra jurídica”⁹⁴.

O pressuposto de validade observa, no fato jurídico existente, a sua validade diante da ordem jurídica em vigor. A validade é a perfeição do suporte fático. Um ato existente pode ser deficiente (inválido) ou perfeito (válido). Com maior precisão, MARCOS BERNARDES DE MELLO aduz o seguinte:

Diz-se *válido* o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. *Validade*, no que concerne a ato jurídico, é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico⁹⁵.

Finalmente, temos o plano da eficácia, preenchido por aquilo que MARCOS BERNARDES DE MELLO chama de “categorias eficaciais”, consistentes em “todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito”. Esses efeitos jurídicos, prossegue, abarcam “desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos ônus” — tudo isso perfaz categorias de eficácia jurídica⁹⁶.

No plano de eficácia, a graduação brasileira corrente vem ensinando os alunos a pensarem, somente, nos elementos acidentais do negócio jurídico (condição, termo, encargo). Entretanto, o feixe eficaz dos fatos jurídicos segue a riqueza da própria teoria do fato jurídico. Não custa repetir: a teoria do fato jurídico é, primeiro, uma teoria do fato jurídico *lato sensu* (e, assim, de TODOS OS FATOS JURÍDICOS, não só os civilísticos); e, segundo, é uma teoria que, sim, abarca o negócio jurídico (mas não se reduz a ele). Daí se afirmar que “a eficácia é uma propriedade de qualquer fato jurídico. Claro, até por ser ela uma propriedade dele, pode não ocorrer, tal como o ser humano, dada alguma deficiência, pode não ter a capacidade de rir”⁹⁷.

⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 4.

⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Eficácia. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

⁹⁷ GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Da recorribilidade ao recurso*. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020, f. 44.

É na eficácia que descambam os atributos da situação jurídica: ônus, deveres, sujeições, premiações, faculdades, obrigações etc. Eis o ponto analítico que torna tão peculiar, só para exemplificar, a obrigação *propter rem*, a qual tem a “atração” de uma carga obrigacional por conta de um direito real. O plexo eficaz de um determinado fato jurídico (nessas circunstâncias) é, a um só tempo, real e obrigacional: real por ter fundamento na coisa; obrigacional por decorrer da coisa contra uma pessoa. Aliás, “em sentido literal”, obrigações *propter rem* “são obrigações ‘por causa da coisa’”⁹⁸.

Nos direitos reais, pode-se afirmar que a posse — independentemente da sua natureza jurídica (algo controvertido na doutrina) —, é fato jurídico que dispara um plexo eficaz gigantesco. Gera, pois, efeitos jurídicos dos mais variados. Possibilita, só para exemplificar, as ações possessórias.

Num contrato de trespasse, p. ex., a alienação do estabelecimento empresarial é válida independentemente da averbação no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 1.145 do Código Civil). A averbação, no caso, é fato jurídico que dá a vazão eficaz quanto a terceiros. Note-se, contudo, que já há eficácia interna desde a celebração do negócio jurídico.

Nos contratos, é cediço que a compra e venda traz eficácia obrigacional (obrigação de dar, na ótica do vendedor; obrigação de pagar, na ótica do comprador). O campo eficaz mais importante, i. e., a transferência efetiva do domínio, varia conforme a natureza do bem: tradição para bens móveis⁹⁹; registro para bens imóveis¹⁰⁰. Exige-se, entre nós, novo fato jurídico para

⁹⁸ MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Lieriane Drumond. Breves notas sobre o direito de vizinhança no sistema atual. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, mai./ago. 2016.

⁹⁹ Tradição, por sinal, é fato jurídico autônomo, um ato externo a ser observado, em regra, em contratos como a compra e venda: “o direito romano queria que a translação da propriedade se effectuasse por um acto externo, visível e publico, de modo que, sobre ella, convergissem as atenções. A tradição acha-se nessas condições, e, portanto, antes della e pelo simples effeito da obrigação de dar, se não transferia o domínio: *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 60-61). Como lembram GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA e RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES, o sistema jurídico brasileiro “seguiu os passos da concepção romana que se baseava no princípio *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, segundo o qual a obrigação de dar não se revela na entrega efetiva da coisa, mas num compromisso de entrega da coisa. Com isto, tem-se que a mera convenção entre as partes não possibilita, entre nós, como em Roma, a transferência do direito de propriedade, mas tão-somente um *direito de crédito*, que confere a possibilidade de o adquirente da coisa reivindicar sua entrega” (HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66). É por isso que MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES definiu a obrigação de dar como “a obrigação de efetuar a tradição” (*Curso de Direito Civil*. Obrigações em geral. 2.^a ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 71). Trata-se de mais uma evidência analítica do que se defenderá neste trabalho: *o preenchimento eficaz de um fato jurídico pode muito bem ser outro fato jurídico qualquer*. No exemplo de SERPA LOPES, a *obrigação de dar*, em si, é eficácia decorrente de um ato *lato sensu* anterior (compra e venda, por exemplo). A tradição, no caso, seria outro ato jurídico: ele existe e é preenchedor da vazão eficaz de outro ato autônomo e antecedente.

¹⁰⁰ O registro, igualmente, é fato jurídico. Aduz o art. 1.245 do Código Civil que, *entre vivos*, a propriedade é transferida mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (*caput*). Enquanto não sobrevir esse registro do título translativo, o alienante continuará a ser havido como dono do imóvel (§ 1.^o). E, enquanto não se promover, através de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o

a transferência do domínio. O registro no Cartório de Imóveis é um fato jurídico: existe, tem de ser válido e, nos seus efeitos, tem a força de transferir a propriedade da coisa imóvel. E aí reside a eficácia real *erga omnes*.

Por analogia, é correto entender-se o plano da eficácia como um ímã ou, para ser mais preciso, como as forças magnéticas decorrentes do ímã. O fato jurídico é, por assim dizer, um ímã com inúmeras cargas eficaciais.

1.5 A CATEGORIA TRADICIONAL DO NEGÓCIO JURÍDICO DIANTE DE DILEMAS BIOÉTICOS

Diante da exposição até então feita, cabe investigar o que seria, então, o negócio biojurídico, aqui visto como um fato jurídico peculiar e diverso do negócio jurídico tradicional, talvez mais aproximado do ato jurídico *stricto sensu*, já que seus fundamentos axiológicos não são os mesmos dos negócios jurídicos tradicionais. Tais conclusões nascem da constatação de JULIANA CARVALHO PAVÃO, PAULA BARBOSA DE GÓIS e RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR: com o extraordinário avanço da medicina, o Direito se viu, só para exemplificar, diante da inédita possibilidade de gestar uma criança após o falecimento do genitor: basta que seja utilizada alguma técnica de reprodução assistida com embrião que havia sido congelado antes da morte. Daí sucedeu um elastecimento da teoria e da prática negocial jurídica, de modo que o negócio biojurídico seria diferente do negócio jurídico “só” patrimonial¹⁰¹. Note-se que o questionamento não é só *biojurídico*, passando pela intersecção antecedente e mais abstrata da *bioética*, sobre a qual algumas considerações são pertinentes.

Segundo MARIA HELENA DINIZ, a primeira utilização do termo se deu pelo oncologista e biólogo VAN RENSSLAER POTTER, na obra *Bioethics: bridge to the future*, de 1971, embora

adquirente continua a ser havido como o dono do imóvel (§ 2.º). Explica CARLOS ROBERTO GONÇALVES que o dispositivo mostra uma aproximação do direito brasileiro ao sistema germânico, mas com atenuação de seu rigor (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das coisas, v. 5. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 298). Com efeito, o Código Civil alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – estabelece uma presunção praticamente absoluta ao registro: segundo seu § 891, item n.º 1, feito o registro em favor de alguém no Cartório de Registro de Imóveis, então presumir-se-á que ele tem o direito sobre a coisa (“*ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe*”). Da mesma forma, o item n.º 2 acresce que o cancelamento extirpa a própria existência do direito (“*ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe*”). Mas o sistema alemão garante um sistema de objeções já no § 892: o item n.º 1 permite impugnações contra uma contradição (“*ein Widerspruch*”) ou mesmo contra uma incorreção (“*die Unrichtigkeit*”). Na verdade, o sistema brasileiro é mais alemão do que se imagina... Talvez a diferença entre alemães e brasileiros esteja, na verdade, na necessidade que o ordenamento jurídico alemão impõe para o registro público: uma segunda declaração de vontade.

¹⁰¹ PAVÃO, Juliana Carvalho; GÓIS, Paula Barbosa de; TARIFA ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti. Negócios biojurídicos e seus limites. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n.º 1, jan./jun. 2019, p. 279.

com sentido ecológico¹⁰². Por outro lado, ANDRÉ HELLEGERS utilizou a palavra com sentido totalmente diverso, passando a considerar a bioética como “ética das ciências da vida” (“[...] a Belgian gynaecologist then at the Kennedy Institute of Ethics established at Georgetown University, proposed a link between humanistic thinking and the practice of medicine”, como diz FERNANDO LOLAS STEPKE¹⁰³. A bioética seria, assim, uma ética biomédica (como prefere, aliás, JEAN PIERRE MARC-VERGNES). E tal ideia acabou se sedimentando na obra *The principles of bioethics* de TOM L. BEAUCHAMP e de JAMES F. CHILDRESS, de 1979. No ano de 1978, a *Encyclopedia of bioethics* definiu a bioética como “estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Em suma, a bioética seria “um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular”¹⁰⁴.

Por outro lado, há quem defenda que não há inovação alguma na palavra “bioética”, que só seria original do ponto de vista filológico, por assim dizer. P. ex.: ELENI KALOKAIRINO sustenta que, deixando de lado a palavra “bioética” para, ao invés disso, encararmos os tipos de problemas éticos suscitados com as ciências biomédicas, então nos daremos conta de que, muito antes de VAN RENSSLAER POTTER, filósofos de toda ordem temporal investigaram e tentaram responder as mesmas perguntas que hoje formulamos¹⁰⁵.

Ademais, há ainda quem cite a utilização do termo “*Bio-Ethik*” pelo teólogo protestante FRITZ JAHR muito antes de VAN RENSSLAER POTTER, em 1927, embora se reconheça que tal sugestão caiu em desuso após se falar em “*bioethics*”¹⁰⁶. O texto de F. JAHR era intitulado “*Bio-Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*”, sendo publicado no vol. 24, n.º 1, da *Kosmos – Handweiser für Naturfreunde*¹⁰⁷, embora a preocupação do autor esteja longe de nossas premissas tomistas. De qualquer maneira, ainda antes de POTTER, há ainda a reconstrução documental de STEFANO MENTIL a respeito da produção teológica do PAPA PIO XII, ainda na 1.ª metade do século XX¹⁰⁸.

As indagações certamente “surgem em razão da perplexidade e do forte impacto social provocados pelos problemas decorrentes das inovações das ciências biomédicas, da engenharia

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

¹⁰³ LOLAS STEPKE, Fernando. Bioethics at the pan american health organization. Origins, development, and challenges. *Acta Bioethica*, 2006, n.º 12, p. 113-114.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9-11.

¹⁰⁵ KALOKAIRINO, Eleni. Tracing the roots of european bioethics back to the Ancient Greek philosophers-physicians. *Jahr*, 2011, p. 59.

¹⁰⁶ FERBER, Sarah. *Bioethics in Historical Perspective*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013, p. 1.

¹⁰⁷ ZAGORAC, Ivana. Fritz Jahr’s Bioethical Imperative. *Synthesis Philosophica*, 2011, p. 143.

¹⁰⁸ Cf. MENTIL, Stefano. *La riflessione bioetica di Pio XII*. Trieste, Edizioni Meudon, 2017.

genética, da embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde”¹⁰⁹. Elas influenciaram o *mais* [Direito] e, naturalmente, o *menos* [negócios jurídicos].

O negócio jurídico é o fato jurídico que mais torna evidente a *liberdade* das partes. Não é enfeite retórico o dizer de MIGUEL REALE no sentido de apontá-lo como “Um dos fulcros do Direito Privado”¹¹⁰. No mero nível da imanência, pode-se afirmar que o negócio jurídico deita raízes de um sistema civil minimamente liberal e atento às vontades das partes e não aos desejos da majestade estatal (Constituição da República — preâmbulo; art. 5.º, *caput* e inciso XXII; e art. 170, inciso II; Código Civil, arts. 107, 421 e, agora, 421-A, inciso I).

Com efeito, FRANCISCO AMARAL salienta que a *vontade* é o “elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos” buscado pelo(s) negociante(s)¹¹¹. Conforme ORLANDO GOMES, o negócio jurídico é, por excelência, o ato de autonomia privada, ou seja, a atividade humana correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida esse fim. A auto-regulamentação consiste “na composição que os particulares realizam dos próprios interesses, disciplinando-os, concretamente”¹¹². A lei, no caso, apenas preenche o “vazio” do negócio. Como afirma GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, no caso do negócio jurídico, as regras estabelecidas abstratamente pelas leis configuram uma “regulação supletiva, não cogente”, só atuante no caso de as partes tiverem silenciado aspectos de eficácia que gostariam de ter experimento em decorrência de sua ação. Nesse caso, então, a vontade lícita das partes “afasta a regulação legal supletiva, estabelecendo regras específicas para aquela relação jurídica de cunho negocial, a qual deverá respeitar — em tudo e para tudo — a vontade dos sujeitos declarada de forma autônoma (*autonomia da vontade*)”¹¹³. SILVIO RODRIGUES certamente concordaria: “de fato. O negócio jurídico”, escreveu o civilista, “representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social”. Esta vontade, vale dizer, “procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária”¹¹⁴. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA salientou que o negócio jurídico é uma classe de fato jurídico, não de suportes fáticos:

negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium*, após a entrada desse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fosse o suporte fático, que o

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

¹¹⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 208.

¹¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 389.

¹¹² GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 67.

¹¹³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Teoria dos negócios jurídicos. In: VASSILIEF, Sílvia (coord). *Direito Civil – Teoria Geral*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.

enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis¹¹⁵.

Várias teorias procuram fundamentar o negócio jurídico. HANS KELSEN, p. ex., dedicou um trecho específico sobre o assunto em sua *Teoria Pura do Direito*:

na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial¹¹⁶.

Citando MOREIRA ALVES, JOSÉ JAIRO GOMES ensina que o berço da noção de negócio jurídico está na produção dos pandectistas alemães, os quais, “a partir de meados do século XVIII, com base nos textos romanos, iniciaram a elaboração teórica do ato jurídico lícito”, tendo o jurista NETTELBLADT utilizado os termos *actus iuridicus* e *negotium iuridicum* como sinônimas¹¹⁷. No compêndio de ANDREA GHIRONI¹¹⁸, a produção dogmática alemã da época pode ser compreendida com obras de autores como NETTELBLADT, SAVIGNY, DERNBURG, WINDSCHEID, ZITELMANN; ENNECERUS, BÜLOW e MANIGK.

De qualquer maneira, abstraídas as variantes doutrinárias, é cediço que o negócio jurídico consiste na “manifestação de vontade que se destina a criar, regulamentar ou extinguir relações jurídicas”¹¹⁹. “Todo negócio jurídico”, diz PONTES DE MIRANDA, “cria *relação jurídica*, constituindo, ou modificando, ou constituindo negatividade (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções. Essa projeção eficaz do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, — *parecendo-se* com a projeção eficaz das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa aparência qualquer assimilação, menos ainda identificação”¹²⁰. “A declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado especificamente desejado é denominada de negócio jurídico”¹²¹. JOSÉ ABREU FILHO aduz que os negócios jurídicos preenchem categoria fático-jurídica resultante de uma atuação

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55-56.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 284-285.

¹¹⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 343.

¹¹⁸ GHIRONI, Andrea. La dottrina tedesca. *Diritto e Scienza*, n.º 11, 2012, p. 4.

¹¹⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

¹²¹ LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez Editora, 1980, p. 24.

humana, gerando sincronização entre a vontade e os efeitos desejados, os quais são admitidos pelo ordenamento. É nesta circunstância que reside a caracterização do negócio jurídico, ou seja, “naquela *relação de causalidade entre a vontade do homem e a obtenção dos efeitos jurídicos por ele pretendidos*, efeitos estes reconhecidos pelo direito. São eles sempre *atos de vontade deliberada e conscientemente emitida para a obtenção de resultados desejados*”¹²².

É possível afirmar que, em outros tempos, foi mais acirrada a discussão sobre como encarar o negócio jurídico na tábua geral dos fatos jurídicos:

a] a primeira corrente vislumbra o negócio jurídico como *ato jurídico* (negócio jurídico = ato jurídico) — tal visão é chamada unitarista. Ela teria sido adotada pelo Código Civil francês, ao qual se filiaram, nesse tanto, os códigos italiano, peruano e chinês¹²³. Foi também o caso do Código Civil de 1916. Com efeito, dentro do Livro III (“Dos fatos jurídicos”) consta um Título I chamado “Dos atos jurídicos”, sobre o qual o legislador de 1916 desenvolveu toda a temática hoje concentrada no negócio jurídico: os defeitos (Capítulo II — erro, dolo, coação, simulação, fraude contra credores); as modalidades (Capítulo III — condição, termo e encargo); exigências de forma e mecanismos de prova (Capítulo IV); nulidades (Capítulo V)¹²⁴. Pode-se afirmar que este modelo acabou influenciando o trabalho de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD e, assim, o Código Civil da Argentina naquela ocasião¹²⁵; e

b) a segunda corrente opta por diferenciar o ato jurídico, de um lado, e o negócio jurídico, de outro (negócio jurídico ≠ ato jurídico) — eis a teoria dualista. Teria sido tendência nas recentes reformas do Código Civil de Portugal, sendo adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002¹²⁶. Sobre o diploma português, leia-se a seguinte lição de JOSÉ ABREU FILHO:

¹²² ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16.

¹²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 12.

¹²⁴ Aliás, TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço*, valeu-se da velha divisão *fatos exteriores e fatos humanos*, chamando os últimos de atos jurídicos. Trava-os como “atos lícitos que tivessem por fim imediato alguma aquisição, modificação ou extinção de direitos” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 50).

¹²⁵ “Vélez, redactor del Código civil argentino, si inspiró en el método de Freitas - lo dice en la nota de remisión del Libro I - y el jurista brasileño, a sua vez, tomó de Savigny la clasificación de los derechos que es la base de su plan. Pero Vélez no siguió al pie de la letra a Freitas, ni en el método de su Consolidación ni en el del Esboço, aunque ello sea, en buena parte, de lamentar. Vélez previó la figura del acto jurídico, siguiendo a Freitas, en el Libro Segundo, Sección Segunda, Título II [...]” (PIÑERO CASTAÑÓN, Julio. Contrato y acto jurídico en el derecho comparado. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, v. XXII, 2004, p. 519). “Sin embargo, lo que sucede es que la teoría sobre el negocio jurídico alemán se ha desarrollado más y ha dejado de lado su versión francesa, por ese motivo se suele diferenciar actualmente al negocio jurídico del acto jurídico” (LLANOS MALCA, Edwin Rafael; SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. El mundo del acto jurídico y del negocio jurídico. *Derecho y Cambio Social*, ano 8, n.º 26, 2011, p. 4).

¹²⁶ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação de vontade nos negócios jurídicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*, v. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 150.

Entre as legislações mais recentemente reformadas situa-se o Código Civil português, em que esta separação conceitual entre *ato jurídico* e *negócio jurídico* está delineada de forma expressa, disciplinado o *negócio jurídico* no Capítulo I, no subtítulo Dos Fatos Jurídicos, para cogitar-se no Capítulo II, art. 295.º, *dos actos jurídicos*. Neste artigo do Código lusitano se consagra esta diferença estabelecida pela corrente dualista, estabelecida pela corrente dualista, estabelecendo a aludida regra geral, *in verbis*, que ‘aos *actos jurídicos* que não sejam *negócios jurídicos* são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente’ (que trata do *negócio jurídico* de forma autônoma)¹²⁷.

Trata-se de visão evidentemente influenciada pelos trabalhos dos pandectistas alemães e, posteriormente, pelo BGB, onde se sentiu a necessidade de talhar-se, teoricamente, um conceito de ato jurídico cujos efeitos fossem aqueles perseguidos pelos sujeitos do negócio¹²⁸. Adotado este posicionamento alemão, teríamos uma bifurcação dos atos jurídicos em atos não-negociais (que abarcam os atos de mera atividade material e os atos jurídicos *stricto sensu*)¹²⁹, de um lado, e os negócios jurídicos, de outro, como categoria estancada e merecedora de atenção especial¹³⁰. Esta foi opção de vários autores brasileiros, como a do próprio PONTES DE MIRANDA¹³¹. Talvez com exagero, ORLANDO GOMES enaltece que a distinção entre as duas categorias — atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos — seria até uma “conquista recente da ciência jurídica”¹³².

Tratar o negócio jurídico como categoria autônoma decorre, assim, da opção político-legislativa do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB — Código Civil alemão), tido como “o primeiro diploma legal a lhe conferir um regime específico, sob a denominação de *Rechtsgeschäfte*”¹³³.

¹²⁷ ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17.

¹²⁸ “[...] una vez creado este concepto por los autores clásicos franceses y difundido a nivel doctrinario con mucha fuerza, en Alemania, desde antes de la promulgación del Código Civil Alemán y con mayor razón a partir de la entrada en vigencia en 1900, los pandectistas, ante la necesidad igual de justificar y conceptualizar los actos del hombre que son relevantes jurídicamente, por una diversa interpretación de las fuentes, crearon y elaboraron el concepto de ‘negocio jurídico’, que em su primera versión, clásica pandectista, coincidió totalmente con la versión clásica francesa, salvo el cambio de término, mientras los ‘clásicos franceses’ prefirieron la denominación de ‘acto jurídico’, los pandectista optaron por el ‘negocio jurídico’, pero coincidiendo totalmente em los postulados, pues entendieron y definieron el negocio jurídico al igual que los franceses, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos perseguidos por los sujetos como jurídicos precisamente” (ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. Teoría del acto jurídico y concepto del negocio jurídico. *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 2, 2008, p. 58).

¹²⁹ Assim, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹³⁰ ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹³² GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 51.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331; GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 49. Este trabalho não tem pretensão historiográfica, sendo absolutamente complexa a produção já existente

Há quem diga, porém, que a expressão *Rechtsgeschäfte*, na verdade, deve ser atribuída a RITTER HUGO¹³⁴, e que o primeiro diploma de caráter normativo a defini-lo teria sido o Código Civil saxônico, em seu § 88¹³⁵.

A divergência acima noticiada (unitarismo \times dualismo) se desenrola, sobretudo, chamadas “gradações de vontade”¹³⁶. O negócio jurídico é categoria mais rica e mais liberal que o ato jurídico *stricto sensu*, modulado que é somente pelas balizas da lei.

Em regra, uma adoção no Paraná é como uma adoção no Amazonas: uma e outra terão o mesmo conteúdo eficaz. O mesmo não se pode dizer a respeito de uma compra e venda, contrato que é (e, portanto, negócio jurídico): a compra e venda de um veículo no Paraná pode ser completamente diferente da compra e venda de um veículo no Amazonas, porque as partes envolvidas criarão a norma jurídica individual para o caso.

Há quem tente diferenciar os atos jurídicos *stricto sensu* dos negócios jurídicos com vocábulos diversos, fugindo do propósito deste trabalho algum esforço hercúleo para tentar sistematizar, com fôlego, as especulações dogmáticas já criadas. Os atos jurídicos *stricto sensu* [adiante AJSC] e os negócios jurídicos [adiante NJ] já receberam nomenclaturas diversas, conforme exposição de ORLANDO GOMES¹³⁷:

- AJSC como 1) declarações presumidas; 2) declarações tipificadas; e 3) negócios de atuação (classificação de MANIGK — tal tríade reunida no grupo dos “comportamentos de efeito vinculante”);
- NJ como 1) atos puramente exteriores; 2) atos que são exteriorização dos fatos interiores; e 3) participações (proposta também por MANIGK);
- NJ como 1) atos semelhantes aos negócios jurídicos; ou 2) atos reais (ENNECCERUS, seguida com variações só terminológicas por KLEIN e BIERMANN);
- NJ somente como “manifestações de vontade, de intenções ou de sentimentos” (SANTI ROMANO);
- AJSC como expressão máxima da autonomia privada — *teoria objetiva do negócio jurídico* — sendo um instrumento de autodeterminação (BETTI, SCOGNAMIGLIO);
- AJSC (também) como direito subjetivo (CARNELUTTI);
- AJSC não como direito subjetivo, mas como meio para satisfação indireta do próprio interesse — se a lei conferir meio de satisfação direta, há direito subjetivo (MIRABELLI);

sobre a codificação e sobre o papel do BGB no Direito Privado. Sendo assim, remeto-me, apenas para sugerir ao leitor, a RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Trad. Thiago Reis, Porto Alegre, n.º 34, ago. 2016, p. 5-37.

¹³⁴ Em pesquisa a respeito dos negócios jurídicos processuais, BRUNO GARCIA REDONDO notou que este sujeito, RITTER HUGO, seria um dos fundadores da *Escola Histórica*, sendo, por alguma razão, ora referido como GUSTAV HUGO, ora como SITTER HUGO (REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*. Existência, validade e eficácia. Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, f. 79, rodapé n.º 152).

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹³⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 48.

¹³⁷ Tudo o que se arrolar nos tópicos vem de GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 49-67.

- NJ como 1) participações; ou 2) comunicações, com subdivisões que variam conforme o autor;
- AJSC como 1) negócios de vontade (*Willengeschaft*); e 2) negócios de atuação, estes últimos abrangendo comportamentos silenciosos capazes de vincular o agente;
- AJSC como categoria maior, não merecendo isolamento conceitual os “negócios de atuação” (CARIOTA FERRARA) etc.

Entrementes, não creio que o excesso classificatório possa ser útil. Decerto ele seria criticado por PONTES DE MIRANDA, que identificou problema num uso não preciso de vocábulos: “[foi] com o emprego alternado, ou desatento, das expressões ‘declaração de vontade’ e ‘manifestação de vontade’, [que] os juristas levaram o conceito de negócio jurídico a imprecisões lamentáveis”¹³⁸.

Por outro lado, a distinção [entre AJSC e NJ] não é tão clara nos chamados *negócios biojurídicos*. É claro que o negócio biojurídico é categoria similar ao negócio jurídico, sendo figura, aliás, com ele parecidíssima. Mas todo despregamento conceitual gera algumas arestas a serem aparadas, sob pena de redundância inútil entre um e outro instituto.

A rigor, o velho dualismo não é o suficiente para explicar o *habitat natural* sobre o qual se desenrolam os atos biojurídicos. Não há pureza absoluta no ato biojurídico *stricto sensu*, como também não há liberdade total no negócio biojurídico. Aliás, nem as categorias que lhe servem de roupagem são assim. Embora a adoção seja o exemplo mais famoso de ato jurídico *stricto sensu*, é de se questionar se, afinal, os ditames eficaciais são rigorosamente ditados em lei. Não pode o adotante, em alguns casos, determinar o nome civil do adotado? Não terá o adotante, depois de tudo, poder familiar sobre o adotado? Seria correto afirmar-se, pois, que não há qualquer dose de escolha da categoria jurídica, como sugere CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹³⁹?

Questionamentos similares podem ser formulados diante dos negócios jurídicos “puros”, digamos. Afinal, podem as partes regular os moldes de eficácia em todo e qualquer caso? Ora, tomemos como exemplo o assim chamado *pactum de retrovendendo*, i. e., da condição resolutiva que as partes podem inserir numa compra e venda. Nos termos do art. 505 do Código Civil, “o vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias”. Pela letra da lei, o prazo

¹³⁸ Assim, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 56.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 347.

máximo para o exercício da retrovenda por parte do vendedor é de 3 anos. Na doutrina, prevalece, com tranquilidade, o entendimento segundo o qual as partes contraentes estão necessariamente presas a esse *quantum* temporal¹⁴⁰.

Caberia questionar, porém, se tal limitação seria constitucional ou coerente [Constituição da República — preâmbulo; art. 5.º, *caput* e inciso XXII; e art. 170, inciso II; Código Civil, arts. 107, 421 e, agora, 421-A, inciso I]. Abstraído este problema, surge outro: seria possível retrovenda de coisa móvel? Tudo indica que sim, pois seria mera condição resolutiva¹⁴¹. Mas há quem aponte nulidade, como se depreende da obra de MARIA HELENA DINIZ, que até cita jurisprudência neste trilha¹⁴². Por que seria nulo? Não há resposta. Se as partes são capazes; se o objeto é lícito e determinado; se a vontade é livre; se a forma é obedecida... De qualquer forma, ainda sob o crivo do Código Civil de 1916, PONTES DE MIRANDA salientou:

o Código Civil somente falou da retrovenda de bem imóvel (art. 1.140, *verbis* ‘cobrar... o imóvel’). Isso não quer dizer que o sistema jurídico brasileiro somente admite o pacto de retrovenda de bem imóvel. O art. 1.142 do Código Civil [*lembre-se: de 1916*] tem a incidência que teria, em se tratando de bem móvel: quem compra um bem móvel não lhe adquire, só por esse negócio jurídico, a propriedade; hão de haver os acôrdos de transmissão da propriedade e da posse, com a eficácia que resulte de ter o vendedor a propriedade e a posse, para poder transmitilas. O terceiro que é o dono, ao tempo do retracto, não pode sofrer reivindicação, e a eficácia pessoal contra êle depende de ser tratado como adquirente de bem alheio¹⁴³.

Como se nota, mesmo a categoria tradicional do negócio jurídico trará casos mais específicos e mais peculiares: às vezes, a distinção entre ele e o ato jurídico *stricto sensu* não é absolutamente heterogênea. O subitem abaixo trará exposição tendente a demonstrar que o assunto fica mais delicado no caso do biodireito.

1.6 DEZ SALTOS QUALITATIVOS E AXIOLÓGICOS PARA PENSAR-SE NO NEGÓCIO BIOJURÍDICO

¹⁴⁰ Assim, com algumas variantes, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais, v. 3. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

¹⁴¹ Assim, p. ex., GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 532.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, v. 3. 22.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 210.

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações. Compra e Venda, t. XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 239-240.

É necessário especular se o negócio biojurídico, no contexto do embrião humano, teria ou não a mesma régua da liberdade inerente ao negócio jurídico “puro”. A intersecção da teoria geral do direito com a bioética indicará resposta negativa.

Primeiro, o “entrecruzamento da ética com as ciências da vida e com o progresso da biotecnologia provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando outra imagem à ética médica e, conseqüentemente, originando um novo ramo do saber, qual seja, a bioética” — por isso, é necessária “uma ‘biologização’ ou ‘medicalização’ da lei, pois não há como desvincular as ‘ciências da vida’ do direito”¹⁴⁴.

Segundo, assuntos biotecnológicos em geral devem ser informados pelo Biodireito e pela Bioética, não só para a proteção do bem-estar coletivo, mas para blindar a “ciência” das regras econômicas e mercadológicas (art. 6.º da *Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade*)¹⁴⁵. Além disso, é certo que nenhum cientista labora contra os interesses das empresas que os sustentam, de maneira que a ciência não é aplicada livremente, havendo direcionamento econômico em cada pesquisa¹⁴⁶.

Terceiro, se o negócio jurídico “puro” é engendrado pela autonomia, o mesmo não sucede, não de forma “pura”, no negócio biojurídico, pois a bioética é pautada também pela beneficência. P. ex.: na pediatria, a decisão final a respeito de um tratamento *x* ou *y* não encerra ato jurídico tão bruto a ponto de corroer o pensamento do menor absolutamente incapaz. Seus pais representam-no em negócios patrimoniais (arts. 3.º, 166, inc. I, e 1.690, *caput*, todos do Código Civil), mas a recíproca não é absoluta na definição desses assuntos. Reconhece-se o peso, aqui, dos pais, do médico e do jovem, criando-se um “triângulo de diálogo e compreensão” capaz de enriquecer o processo decisório¹⁴⁷, sendo evidente que a maioria civil clássica não se aplica, *in totum*, para processos decisórios medicinais¹⁴⁸. Não à toa, há farta literatura a respeito de casos realmente distantes da orientação normativa talhada para a “teoria geral da incapacidade civil”, digamos assim, como os casos de Karen Ann Quinlan, de Nancy Beth Cruzan e de Anthony Bland que, em geral, envolvem pessoas sustentadas por tubos após

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5 e 8.

¹⁴⁵ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. Alguns apontamentos sobre a lei de biossegurança nos negócios biojurídicos envolvendo a manipulação genética humana. In: ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. (orgs.) *Estudos em direito negocial*. Relações privadas e direitos humanos. São Paulo: Boreal Editora, 2015, p. 72.

¹⁴⁶ VARSAVSKY, Oscar. *Ciencia, política y cientificismo*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969, p. 30.

¹⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. Medicina na Era da Cidadania. Propostas Para Pontes de Confiança. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. IV. Lisboa: Almedina, 2012, p. 50.

¹⁴⁸ GISPERS CRUELLES, Jorge. *Conceptos de bioética y responsabilidad médica*. 3.ª ed. México: Editorial El Manual Moderno, 2005, p. 56.

muitos anos num estado vegetativo¹⁴⁹, fomentando discussão sobre os limites por trás das decisões dos genitores, tutores, curadores etc. Sendo assim, os negócios biojurídicos são oxigenados por prática bastante singular, já que as resoluções do Conselho Federal de Medicina ganham especial relevo na jurisprudência¹⁵⁰, assim como a capacidade ontológica de ponderar riscos e assumir responsabilidades¹⁵¹. Além disso, um trocadilho de DIEGO GRACIA é bastante curioso e aplicável para especulação aqui feita: *i*) um sacerdote governa o macrocosmo; *ii*) um rei ou um político governam o mesocosmo; e *iii*) o médico, por fim, cuida do corpo humano, um microcosmo. As duas primeiras ordens foram abarcadas com grande tranquilidade pelo princípio da autonomia e pela liberdade de consciência. Mas este não foi o caso da terceira ordem, o que explica, p. ex., a importância de institutos como consentimento informado, i. e., uma especificação de um direito humano que o antecede (a própria liberdade de expressão e a própria liberdade de consciência)¹⁵².

Quarto, dentro do recorte metafísico-filosófico aqui perfilhado, o *direito à vida* deve ser entendido não só como o respeito à vida de outrem, mas também à vida do próprio titular¹⁵³. Neste arcabouço protetivo, além do próprio jusnaturalismo tomista — a ser talhado mais adiante —, há o art. 1.º, inciso III, da Constituição da República; outros tantos dispositivos do Código Civil; muitos tipos criminais contidos no Código Penal e em outras leis penais etc. Enquanto houver um mínimo de humanidade, um juiz terá senso para nulificar qualquer “contrato” doentio prevendo decapitação, morte, lesão grave etc. Não se cogita, p. ex., de uma

¹⁴⁹ KIELTYKA, Robert. *Der Umgang mit Wachkoma-Patienten. Ein moraltheologischer Beitrag zu einer aktuellen Debatte*. Dissertation der theologischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur Erlangung der Doktorwürde der Theologie. Freiburg: 2006, p. 20 em diante.

¹⁵⁰ Na doutrina também. Veja-se, por exemplo, ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAIANO, Daniela Braga. As técnicas de reprodução assistida na Resolução n 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina: principais aspectos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, 2017.

¹⁵¹ “*Wie jede Freiheit enthält auch die Patientenautonomie eine Dimension der Verantwortung*” (BALLY, Klaus. *Autonomie in der Medizin: 7 Thesen*. Berna: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2020, p. 11).

¹⁵² “*Mil veces se ha repetido la metáfora de que el sacerdote es el gobernante del macrocosmos, el rey o el político el del mesocosmos y el médico el del microcosmos o cuerpo humano. La libertad de conciencia y el principio de la tolerancia llegaron al primero y al segundo de esos órdenes, pero no al tercero. En la gestión de la vida y del cuerpo se consideró que esos principios no eran aplicables, y que por tanto el liberalismo carecía de aplicación. Ha sido necesario el gran progreso de las ciencias biológicas y médicas en las últimas décadas, para que los viejos esquemas sobre el proceso de toma de decisiones en estas áreas entrara en profunda crisis, y se fuera viendo la absoluta necesidad de respetar también aquí cada vez más la diversidad de creencias, valores y opciones de los propios individuos. De este modo, el pluralismo y la tolerancia entraban en un nuevo campo, el de la gestión del cuerpo y de la vida. La gran relevancia que en la moderna bioética ha adquirido el llamado principio de autonomía no es sino expresión de eso, y toda la teoría del consentimiento informado debe verse como lo que es, una nueva especificación de un viejo derecho humano, el de libertad de conciencia, que de ese modo repercute sobre otros dos del viejo catálogo de derechos civiles, los derechos a la vida y a la salud*” (GRACIA, Diego. *Fundamentación y Enseñanza de la Bioética*. 2.ª ed. Bogotá: El Búho, 2004, p. 62).

¹⁵³ Assim, e. g., GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196.

autodeterminação que simplesmente dê ao indivíduo absoluto controle de todos os aspectos inerentes às últimas etapas de sua própria vida, e é o conceito de dignidade da pessoa humana que nos impõe este limite, não só para evitar dano contra terceiros, mas também para salvaguardar a vida humana mesmo contra a vontade individual¹⁵⁴.

Quinto, o ser humano não é precificável, pois seu valor, a rigor, é *inestimável*. A relação clínica não é como a relação bancária, de maneira que a relação paciente-médico é mais delicada que a relação banco-correntista, por exemplo. Entre o profissional da saúde e o paciente é importante que haja confiança e empatia¹⁵⁵, além de oxigenação das virtudes da alma humana, o que, decerto, não se espera no alto escalão empresarial.

Sexto, é impossível deixar de considerar a interdisciplinaridade entre biologia, direito, política, ética, filosofia etc. Aí podem ser inseridas, igualmente, discussões sociológicas, a exemplo da reflexão de FLORENCIA LUNA quanto ao problema envolvendo o paternalismo bioético, de um lado, e analfabetismo, de outro¹⁵⁶. Não há como deixar de considerar-se que o consentimento informado supõe levar-se em conta capacidade cognitivo-intelectual da pessoa que vem a tomar uma decisão de cariz bioética, biomédica ou biojurídica. A questão é agigantada, inclusive, por especulações éticas interessantes, como se dá com o uso do placebo em ensaios clínicos¹⁵⁷.

Sétimo, a técnica, em si, não pode ser vista com fim nela mesma. Intervir na causalidade dos fenômenos pode, evidentemente, redundar em algo proveitoso. Mas a intervenção em si também pode causar um *mal*. Conforme GUSTAVO CORÇÃO, a ciência *em si* é neutra e uma bomba atômica é como um “leviatã dócil”, enquanto o homem que assina a ordem de serviço nem sempre o será¹⁵⁸. Ainda que num contexto diferente, STEFANO RODOTÀ sugere o problema do “efeito bumerangue” [*effetto boomerang*] que pode decorrer da utilização de dados biométricos e do DNA para controle da criminalidade, pois os dados aí coletados também podem ser usados para um fim ilícito por grupos terroristas ou por criminosos¹⁵⁹. A

¹⁵⁴ CASONATO, Carlo. *Introduzione al biodiritto*. La bioetica nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento. Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2006, p. 135-136.

¹⁵⁵ MONTANER ABASOLO, M Carmen; SOLER COMPANY, Enrique. La comunicación con el paciente, una cuestión bioética. In: LÓPEZ FRÍAS, Francisco Javier *et alii* (orgs.). *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 174.

¹⁵⁶ LUNA, Florencia. Los analfabetos y el respeto a las personas. In: PLATTS, Mark (org.). *Dilemas éticos*. México: Fondo de Cultura Económica/Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997, p. 151-161.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ YUNTA, Eduardo. Elección de control en ensayos clínicos. El problema ético del uso de placebo. Comentario a las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos CIOMS 2002. In: LOLAS S., Fernando; QUEZADA S., Álvaro (orgs.). *Pautas Éticas de investigación en sujetos humanos*. Nuevas perspectivas. Santiago: Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2003, p. 55-63.

¹⁵⁸ CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963, p. 14.,

¹⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. *Introduzione*. Corpo e dignità. In: _____; RIMOLI, Francesco. *Bioetica e laicità*. Nuove dimensioni della persona. Roma: Carocci, 2009, p. 21.

engenharia genética, igualmente, pode ter causa final boa, curando enfermidades, mas também pode ter causa final corrompida, manipulando a espécie humana¹⁶⁰. A ciência não pode ultrapassar o campo da propriedade e até das propriedades de grau menor: ela “pode prescindir da criação, mas apenas enquanto instrumento para dirigir, nunca, porém, enquanto caminho para criar”¹⁶¹. Ademais, a “ciência”, segundo o sentido contemporâneo que tem sido empregado, não pode explicar variados temas. Por mais impressionante que seja o estudo do átomo e por mais longe que tenha ido o ser humano, nada pode explicar o peculiar fator temporal daquilo que precedeu o próprio universo. Aliás, a ciência não se autoexplica. Mas pressupõe ordem, lógica e sentido. Daí a famosa colocação de WILLIAM LANE CRAIG: há muitas coisas que não podem ser explicadas cientificamente, como *i]* verdades lógicas e matemáticas, já que a própria ciência as pressupõe; *ii]* verdades metafísicas; *iii]* crenças axiológicas (no exemplo memorável: “você não pode mostrar, pela ciência, se os nazistas nos campos fizeram algo mau em contraste com os ‘cientistas das democracias’ ocidentais”); *iv]* juízos de estética; *v]* a ciência nela mesma, que não pode ser explicada pelo método científico (p. ex.: “na teoria especial da relatividade, a teoria toda depende da suposição de que a velocidade da luz é constante entre quaisquer pontos A e B, mas isso estritamente não pode ser provado”, de maneira que devemos apenas supor isso) etc.

Oitavo, ainda que se diga que já há um conjunto legislativo X ou um conjunto de julgados Y, é certo que ambos não ficam imunes às críticas, nem às mudanças, pois leis se revogam (art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e os precedentes também (*overruling*¹⁶²). Da mesma forma, leis devem passar pelo crivo da interpretação e da racionalidade, ao passo que nem todo julgado pode ser considerado “precedente”, já que nem sempre há *ratio decidendi* (mesmo em casos “unânicos”, pois pode acontecer de os fundamentos serem divergentes entre si¹⁶³, especulação pouco explorada sobre “julgados bioéticos” do Supremo) — aliás, o precedente não se confunde com a ementa do julgado, sendo

¹⁶⁰ BONNÍN, Eduardo. *Moral de la vida*. Manual de bioética teológica. México: Ediciones Dabar, 2005, p. 13.

¹⁶¹ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 110.

¹⁶² Por *overruling* entenda-se: “resposta judicial ao desgaste de sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação constitui a regra básica para superação de precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 597).

¹⁶³ “A majority opinion may command more authority than a plurality decision, but precisely what authority does a plurality decision command? In other words, how should courts apply a plurality decision to subsequent controversies involving similar issues?” (HOCHSCHILD, Adam S., The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000, p. 262).

indevido tomá-la como item de silogismo¹⁶⁴. Curiosamente, em estudo publicado em 2018, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA apontou que, no STF, dos onze ministros, somente a Min.^a CÁRMEN LÚCIA utilizava o termo “precedente” da forma correta, indicando os fatos e os fundamentos determinantes no conflito. Os demais apenas arrolam ementas e indicam outros processos¹⁶⁵. Por fim, os dois conjuntos — lei e jurisprudência — resultam de experiência histórica gigantesca, a ser considerada pelo intérprete¹⁶⁶, “num *continuum* problemático que vai reconstruindo e enriquecendo a juridicidade”¹⁶⁷.

Nono, o Supremo Tribunal Federal não pode ser o *locus* da palavra final a respeito de absolutamente tudo, pois de absolutamente tudo nenhum colegiado terá entendimento perfeito. Ademais, não é surpreendente encontrar os próprios juízes e ministros defendendo a supremacia do Poder Judiciário: isto faz seu ofício mais importante e até mais interessante¹⁶⁸. Dado que tanto a atribuição de objetivos específicos à atividade estatal quanto a avaliação da legitimidade da prossecução de objetivos por parte do Estado são atos fortemente influenciados por categorias políticas, a justiça constitucional deve e tende a operar com especial deferência para os poderes estabelecido.¹⁶⁹

Décimo, há uma nomogênese completamente peculiar no caso do biodireito, pois aqui ganham força as notas dos colegiados de bioética, os códigos deontológicos e, no caso do Brasil, as resoluções do CFM, numa situação *suis generis*, situados que estão numa “zona híbrida”: embora nasçam de uma “comunidade subjacente” (que dita a linguagem da medicina e da biomedicina, por exemplo), também estão abarcados pelo Estado-poder, já que o Conselho

¹⁶⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 98-130.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁶⁶ Cf. GILLETTE, Clayton P. The Path dependence of the law. In: BURTON, Steven J. (org.). *The Path of the Law and its Influence*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, notadamente p. 249; SIMPSON, Alfred William Brian. The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. In: GUEST, Anthony Gordon. *Oxford essays in jurisprudence*. Londres: Oxford University Press, 1961, notadamente p. 148; BENDITT, Theodore M. The Rule of Precedent. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1987, principalmente p. 104-106; MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1987, mais precisamente p. 161.

¹⁶⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. O Direito e a Razão. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina: Thoth, 2021, p. 266.

¹⁶⁸ TUSHNET, Mark. *Taking Constitution Away from the Courts*. Princeton: New Jersey, 1999, p. 7.

¹⁶⁹ “Sin embargo, dado que tanto la atribución de fines específicos a la actividad estatal como la evaluación de la legitimidad de la persecución de fines por parte del Estado son actos fuertemente influidos por categorías políticas, la justicia constitucional debe y tiende a operar con especial deferencia en este paso: la atribución de fines debe ser tan fidedigna y generosa como sea posible, y la declaración de ilegitimidad solo es excepcionalmente procedente” (GREZ HIDALGO, Pablo; WILENMANN VON BERNATH, Javier. Un desarrollo preocupante. Sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales. *Revista de derecho*, Coquimbo, v. 26, 2019).

Federal de Medicina não deixa de ser pessoa jurídica de direito público que, de algum modo, exerce funções minimamente típicas do Estado (leia-se: *autarquia*).

2 RECORTE FILOSÓFICO-JURÍDICO: O EMBRIÃO COMO ATO E POTÊNCIA SEGUNDO O TOMISMO

O segundo capítulo deste trabalho tem viés metafísico-filosófico e lógico-jurídico. Desprega-se, por ora, o caráter dogmático exibido no primeiro capítulo. O terceiro capítulo, então, concatenará as lições do direito positivo (capítulo 1) com o recorte Escolástico e aristotélico (capítulo 2). Quanto ao último, é bom que se afunile ainda mais o marco teórico aqui agasalhado, pois por Escolástica pode-se entender um arranjo gigantesco do Medievo, abrangendo cerca de oito séculos (séculos IX a XVI, para muitos¹⁷⁰), isso para não se falar do chamado “neotomismo”¹⁷¹, ainda forte nos dias atuais¹⁷².

2.1 SENTIDO DO TERMO “ESCOLÁSTICA” PARA ESTE TRABALHO E DIFERENÇAS ENTRE METAFÍSICA E RELIGIÃO

Escolástica, aqui, tem de ser entendida como aquela traçada sobretudo por TOMÁS DE AQUINO. A linha central desta dissertação difere, só para exemplificar, de jesuítas (também escolásticos) como FRANCISCO SUAREZ, até para evitar-se o que, para PATRICK LEE, constitui

¹⁷⁰ Este marco temporal não é exatamente preciso, pois a passagem da Patrística para a Escolástica não é um passo a-histórico, nem mesmo um simplório pulo de uma seção para outra no suceder do tempo. A Patrística não é só platônica, como a Escolástica não é só aristotélica. Note-se, e. g., como os filósofos tratam a importante figura de BOÉCIO [lat. *Anicius Manlius Torquatus Severinus Boethius*], que viveu nos séculos V e VI: “o último dos romanos e o primeiro dos escolásticos”, aliás “um dos fundadores da Idade Média” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Patrística e Escolástica, v. 2. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, p. 130). Constitui “erro cabal”, assim, a tendência de contrapor a Patrística à Escolástica, assim como a mística à metafísica, como se fossem realidades auto-excludentes, algo até verificado em alguns meios católicos (crítica de SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 282, rodapé n.º 659).

¹⁷¹ Inapropriadamente chamado de “neoescolástica”, trata-se de movimento de retorno à doutrina tomista no âmbito cultural católico, cujo início se deu pela encíclica *Aeterni Patris* de LEÃO XIII (agosto de 1879) – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi, com revisão de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 711. Embora sua postura intelectual seja clara, é de se notar que o neotomismo jamais menoscabou as correntes modernas que pretendia combater. Numa conferência de CHARLES SENTROUL, já se notava, de um lado, o desapego ao “apologismo” e, de outro, a abertura para as “novas filosofias”. A nota histórica é de EDVALDO SOARES: “Charles Sentroul, neotomista convicto, se distanciava do apologismo da época e, já mostrava um espírito aberto às ‘novas filosofias’. Em sua conferência proferida em francês, na inauguração da Faculdade de Filosofia de São Bento, em 1908, afirmava que não poderíamos ser preconceituosos com nossos adversários, ou seja, deveríamos ensinar que diversos filósofos como Duns Scot, Comte, Kant, e outros, apesar das condenações feitas em bloco, muitas vezes têm dito a verdade, de tal forma que deveriam ser estudados, para que os erros fossem refutados e a verdade reconhecida” (SOARES, Edvaldo. *Pensamento Católico Brasileiro*. Influências e tendências. Marília: Cultura Acadêmica, 2014, p. 65).

¹⁷² Vide, p. ex., FABRO, Cornelio. *Neotomismo e Suarezismo*, v. 4. Piazza di San Pietro: Editrice del Verbo Incarnato, 2005; CARVALHO DA SUVA, Amaro. Martins Capela, um divulgador do neotomismo, *Revista Portuguesa de Filosofia*, t. 48, fasc. 2, abr./jun. 1992, p. 321-347; DEZZA, Paolo. *Alle origini del Neotomismo*. Archivum Philosophicum Aloisianum, n. 1. Milão: Fratelli Bocca, 1940.

erro: apontar que a doutrina suareziana traz afirmações sobre a natureza humana, o direito e a moral a partir de TOMÁS DE AQUINO¹⁷³.

A metafísica não é disciplina sinônima de religião, e este passo analítico inicial lança luzes para o descer de uma longa escadaria envolvendo o caminho da racionalidade cristã, notadamente a Escolástica. Esta confusão entre a metafísica e a religião é cometida, por exemplo, por JULIANA GONZÁLEZ VALENZUELA, numa obra de cariz laico¹⁷⁴. Tal autora defende uma proposta ontológica sem perceber que tal postura recai, justamente, na Metafísica que ela própria tenta criticar, valendo-se de jargões como “fé não se discute” [*la fe no se discute*] etc.

Sucedem que é justamente a partir de predicados lógico-objetivos de realidade [substrato ôntico, portanto] que a lei positiva tem de ser moldada, sendo certo que a fé católica jamais menoscabou imperativos de racionalidade e, ademais, a IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA, há muito tempo, dedica-se aos problemas médico-jurídicos também segundo uma perspectiva bioética, servindo de exemplo marcante, aqui, a *Ordem Hospitaleira de São João de Deus*, dedicada à assistência sanitária há mais de cinco séculos. Um de seus membros, DAVID LORENZO IZQUIERDO, escreveu precisamente sobre o procedimento adotado, em 2011, para a confecção de código deontológico pensado para pessoas com deficiência intelectual, o “Código de ética dos centros de atendimento a pessoas com deficiência intelectual” [*Código ético de los centros de atención a personas con discapacidad intelectual*]¹⁷⁵.

Ora, a dignidade da pessoa humana, vista em seus radicais ontológicos, trará para o estudioso uma atitude tentende a vislumbrar justamente o ser, ou, para ser mais preciso, a pessoa *enquanto ela é*. Trata-se de postura de raciocínio despregada de critérios culturais [ser enquanto dever ser] e/ou só jurídicos [dever ser]. Isso explica, inclusive, o porquê de a pessoa não perder

¹⁷³ “One idea of how human nature and morality are related is, in effect, that human nature just is the moral criterion. This idea can be expressed quite simply, in the popular arena, or developed in a sophisticated way (in, for example, the thought of Francisco Suarez and scholastic followers of him, who, nevertheless often mistakenly claimed they derived their view from St. Thomas Aquinas)” (LEE, Patrick. Human Nature and Moral Goodness. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 45). **Sobre este cuidado delimitativo, agradeço especificamente ao Prof. Dr. VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO, pois suas advertências tornaram-me mais prudente na seleção das fontes medievais para a elaboração de boa parte desta dissertação.** Para uma introdução acerca da diferença entre TOMÁS DE AQUINO e FRANCISCO SUAREZ, recomenda-se BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. Algumas notas comparativas sobre a fundamentação da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suárez. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 135 em diante Do mesmo autor, veja-se ainda: Diferenças entre a teoria da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suarez: problemas gnosiológicos e metafísicos. In: MOTA, Mauricio; MACEDO, Paulo Emilio Borges de. (orgs.). *Leituras Tomistas do Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015, p. 9-276.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. *El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*. México: FCE, UNAM, Programa Universitario de Bioética, 2017, p. 47-194.

¹⁷⁵ LORENZO IZQUIERDO, David. Ética, Bioética y códigos deontológicos. In: LÓPEZ FRÍAS, Francisco Javier et alii (orgs.). *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 146-158.

sua dignidade mesmo após uma ação ruim, pois a dignidade ontológica, como é óbvio, abarca somente o ser¹⁷⁶. Na verdade, se JULIANA GONZÁLEZ VALENZUELA seguisse suas premissas seriamente, acabaria por concordar com a proposta tomista exibida neste trabalho, de maneira que o embrião mereceria proteção a partir do primeiro milésimo de segundo de sua existência, pois o tempo é só um acidente de sua essência (vide item n.º 2.3 da dissertação). Em outras palavras: “se o homem renunciasse *in toto* à sua razão metafísica, ou seja, à *problemática racional do inteiro*, mais cedo ou mais tarde abalaria também a razão científica, porque retiraria da problemática das partes toda consistência ontológica”¹⁷⁷.

Como diz GLORIA MARIA TOMÁS Y GARRIDO, a investigação do estatuto ontológico do embrião gerará uma conclusão lógica, qual seja, a de que ele merece proteção jurídica, já que: *i*] o embrião é a primeira fase de um processo vital; *ii*] é difícil negar categoricamente que o embrião humano não é pessoa; *iii*] é atitude razoável respeitar-se o embrião humano; e *iv*] eventual lei “democrática” para permitir pesquisa com embriões não passa de um processo decisório de uma maioria social, mas isso não quer dizer que haja legitimidade e/ou justiça num ato, afinal, voluntário¹⁷⁸. Quanto ao último item, há até quem diga que o afastamento do Direito do campo da Ética para integração apenas ao campo da Política significaria um retrocesso do ocidente, ou, mais acidamente, um barbarismo vertical¹⁷⁹.

A religião é estudada pela teologia, preocupada que está com os textos da Revelação. A metafísica, diferentemente, estuda os atos de ser reais extramentais, tidos como fundamento de toda a realidade¹⁸⁰. Difere da ciência na medida em que se localiza “acima” dela. Uma ciência particular considera uma parte específica do ser; a metafísica, diferentemente, considera-o por inteiro¹⁸¹. De qualquer forma, é bom lembrar que o repúdio à influência da religião não é atitude em si boa ou má, até porque o próprio HITLER se preocupou em deixar clara a separação do *Reicht* nazista com a IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA e com o protestantismo alemão¹⁸². Este repúdio puro e simples, referente nele mesmo, já ensejou um

¹⁷⁶ J. ALARCOS, Francisco. *Bioética global, Justicia y Teología moral*. Bilbao: Universidad Pontificia Comillas, Editorial Desclée De Brouwer, 2005, p. 156.

¹⁷⁷ REALE, Giovanni. *O saber dos antigos*. Trad. Silvana Cobucci Leite. 4.ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 59.

¹⁷⁸ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Maria. *Cuestiones Actuales de Bioética*. 2.ª ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011, p. 46.

¹⁷⁹ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 28.

¹⁸⁰ FERNANDO SELLÉS, Juan. *Antropología para inconformes*. Madrid: Rialp, 2006, p. 366.

¹⁸¹ REALE, Giovanni. *O saber dos antigos*. Trad. Silvana Cobucci Leite. 4.ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 58.

¹⁸² “The Führer still remained strictly – liberally – linked to the ‘clarity’ of the division between the State domain and the spiritual domain of the churches. In 1942, Hitler theorised about the very space of the churches’ representatives in the life of the German community” (VELEZ, Pedro. Constitution and religiosity of/in the

coletivismo de difícil enfrentamento na Universidade de Paris, já que os estudantes daquela casa, um dia, “vaiavam e pediam a cabeça de Pasteur, impediam que Einstein desse conferências lá, faziam grupos à frente para obstar que Freud expusesse as suas ideias”¹⁸³. HANS KELSEN também foi vítima do que hoje chamamos de “cancelamento”, sofrendo duríssimas críticas e ofensas por conta de seu judaísmo¹⁸⁴.

Ainda quanto à religião, ERIC VOEGELIN explora qual é o desejo “religioso” hitleriano (por ele chamado de “um monismo relativamente primitivo”), já que “Hitler planejou um grande observatório e planetário como o centro do desenho arquitetônico na reconstrução de Linz, que ele considerava seu lar” (peso do romantismo e do darwinismo — nova “religião” guiada pelo iluminismo, com seu pensamento “progressista” e com a visão racista de “desenvolvido” e “selvagem”)¹⁸⁵. Uma idolatria da ciência ou, numa adaptação da frase de RESCHER por GIOVANNI REALE, a traição da percepção de que “há mais coisas no céu e na terra do que supõe a mentalidade condicionada do cientismo”¹⁸⁶. É por isso que GUSTAVO CORÇÃO expressou:

Certas pessoas têm medo da técnica e da bomba; eu tenho medo do memorandum. Tenho mais medo, por exemplo, de um concurso de filosofia do que de um invento físico; porque é daquele concurso que vai sair a data, o endereço e a aplicação da bomba de hidrogênio, e não da própria bomba¹⁸⁷.

constitutional order of the National Socialist Empire. *Janus.net - e-journal of International Relations*, v. 8, n.º 1, mai./out. 2017, p. 138).

¹⁸³ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 105.

¹⁸⁴ Segundo THIAGO SADDI TANNOUS, “as duas primeiras aulas de Kelsen na *Deutsche Universität* ganharam os jornais de Praga. [...] Na manhã da primeira aula, realizada em 22 de outubro de 1936, aproximadamente uma hora antes de seu início, estudantes nacionalistas iniciaram um protesto em frente ao auditório. O número aproximado era de 400 estudantes, que dificultavam o acesso ao local. Como o cancelamento da primeira preleção de Kelsen teria efeitos negativos para a faculdade, Kelsen foi conduzido, em meio ao tumulto, até a sala de aula. Ao chegar, foi recebido por alunos que permaneceram imóveis em seus lugares - àquela época, o costume acadêmico exigia que todos se levantassem. Kelsen iniciou a aula dizendo: 'Permitam-me, senhoras e senhores, iniciar minha aula sobre direito internacional com algumas considerações principiológicas'. Nesse momento, foi interrompido por gritos: 'Abaixo os judeus! Todos os não-judeus, saiam da sala! [...] O então diretor, Prof. Edgar Foltin, tentou negociar com os manifestantes [...]. Foltin não obteve sucesso. No dia seguinte, o cenário se repetiu” (TANNOUS, Thiago Saddi. *O aluno do aluno: a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander*. Dissertação [Mestrado em Direito] – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 111). Curiosamente, os ataques sempre partem daqueles que defendem a “democracia” e que supõem enfrentar o que entendem por “fascismo”.

¹⁸⁵ VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*. Trad. Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 167-168.

¹⁸⁶ REALE, Giovanni. *O saber dos antigos*. Trad. Silvana Cobucci Leite. 4.ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 47.

¹⁸⁷ CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963, p. 15.

Ademais, é sempre importante frisar que a religião, assim como a moral, a arte¹⁸⁸ e o próprio direito, é, sim, pilar civilizacional importante no Ocidente¹⁸⁹, tanto que muitos teólogos participaram do surgimento da própria bioética, aqui servindo de exemplo o nome de ANDRÉ HELLEGERS, obstetra católico da Universidade de Georgetown¹⁹⁰. São facetas que representam muito da saúde cultural de uma sociedade¹⁹¹. A civilística é só um pequeno resultado da casca deste fenômeno tão complexo e tão gigantesco. Goste-se ou não, a religião, diferentemente de todas as áreas humanas — inclusive a metafísica —, é a única que se volta para a eternidade. Existe por vários motivos, dentre os quais, justamente, o de tirar as pessoas do fluxo imanental (o agora), transpondo-as valorosamente para o transcendente (o eterno). A posição romano-católica seria, assim, como a âncora de um grande navio: não tem vocação para flutuar. A âncora deve ser pesada e difícil de mover, para que o navio não fique à deriva. Da mesma maneira, a religião serve para dar um ponto fixo à eternidade, ao ser humano, em meio ao fluxo do tempo. Esperar que a religião mude com o tempo é uma contradição em termos¹⁹². Se a religião não estivesse a estururar a ação do entendimento e fosse só obra de mero sentimentalismo, os animais também seriam capazes de criar religiões, o que, obviamente, não se dá¹⁹³. Além disso, não faltam exemplos históricos de grandes autores, cientistas e escritores que fizeram apologia cristã com predicamentos humanísticos, a exemplo de BLAISE PASCAL, FIÓDOR DOSTOIÉVSKI, SØREN KIERKEGAARD e FRANCIS SCHAEFFER¹⁹⁴.

Alguém poderia questionar: uma metafísica cristã não é, afinal, uma metafísica religiosa? A pergunta traz arestas a serem aparadas. A base teórica do trabalho, de fato, é ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO, sendo o último um Santo da IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA (s.m.j. também Santo para os ortodoxos). Mas a metafísica de um ateu, por exemplo, não é necessariamente anti-religiosa, embora o ateísmo, em regra, o faça partir de premissas

¹⁸⁸ Cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Filosofia pagã antiga, v. 1. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Editora Paulus, 2003, p. 6. Com muitos exemplos, envolvendo semiótica, teoria da justiça, arquitetura, literatura e arte, veja-se BITTAR, Eduardo C. B. *Semiotics, Law & Art*. Bittar Between Theory of Justice and Theory of Law. Cham: Springer, 2020.

¹⁸⁹ Cf. CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O judaísmo. O direito talmúdico. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 103, 2008; CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. A Châr'ia muçulmana. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 101, 2006; LEME, Lino de Moraes. O Direito muçulmano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 55, 1960; TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. O direito, a moral e a religião. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 103, 2008.

¹⁹⁰ GASDA, Élio Estanislau. Bioética: interpelação à Igreja como comunidade de discernimento. *Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral*, Curitiba, v. 5, n. 1, jan./jun. 2013, p. 211.

¹⁹¹ TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009, p. 21.

¹⁹² MESQUITA, Elton. *Não tenhais medo*. Campinas: Editora Estudos Nacionais, 2019, p. 97-98.

¹⁹³ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 108.

¹⁹⁴ CRAIG, William Lane. *Apologética contemporânea*. 2.^a ed. Trad. A. G. Mendes, Hans Udo Fuchs, Valdemar Kroker. São Paulo: Vida Nova, 2012, p. 61-66.

diferentes, geralmente iluministas, secularistas e progressistas. Trata-se de postura gnosiológica que desemboca, por exemplo, no positivismo, corrente teórica que propõe, justamente, a negação da Metafísica¹⁹⁵. Quando HANS KELSEN, por exemplo, enfronta uma oposição entre categorias irreduzíveis do *ser* e do *dever ser*, assim o faz segundo um plano somente lógico e formal, daí derivando juízos que se amontoarão sucessiva e escalonadamente — juízos enunciativos e normativos. O vocábulo “ser”, de magnitude ontológica e metafísica, passa a ter condão puramente lógico, despregado de qualquer ordem própria da realidade¹⁹⁶. A teoria pura do direito, portanto, traz uma cisão radical entre a moral e o direito¹⁹⁷, preocupando-se só com o problema da validade do último¹⁹⁸.

A imbricação entre Metafísica e Religião sucede, talvez, da apropriação daquela pelos cristãos enquanto contemplação não só da realidade, mas também dos mistérios trinitários¹⁹⁹. A respeito, vale citar uma constatação de JOHN FINNIS:

Separar a filosofia de Tomás de Aquino de sua teologia é compatível com as dimensões que ele delineia firmemente no início de suas duas sínteses teológicas maduras, a *Summa contra Gentiles* e a *Summa Theologiae*. (i) Existem verdades, diz ele, que são acessíveis pela razão natural, isto é, à experiência ordinária (incluindo as observações especializadas dos cientistas naturais), à introspecção, e à reflexão; e essas incluem as verdades práticas a respeito do bem e do mal, certo e errado. (ii) Muitas dessas verdades da razão natural são confirmadas, e mesmo estabelecidas, pela revelação divina, ou melhor, as proposições comunicadas direta ou inferencialmente na vida e nas obras de Cristo, igualmente transmitidas por seus seguidores imediatos e preparadas nas escrituras judaicas aceitas por aqueles seguidores como relevação. (iii) Algumas dessas verdades divinamente reveladas não poderiam ter sido descobertas pela razão natural, filosófica, embora que, uma vez aceitas, seu conteúdo e significado pode ser iluminado pela reflexão filosófica ordenada que ele chama de teologia²⁰⁰.

De qualquer maneira, o recorte deste trabalho não é, em si, inédito. É, talvez, menos frequente que o comum, mas não é inédito. Os cinco volumes da *Encyclopedia of Bioethics*,

¹⁹⁵ A respeito, ver SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. O lado jusnaturalista de Hans Kelsen. As virtudes cardeais do gênio austríaco. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina: Thoth, 2021, p. 576 em diante.

¹⁹⁶ AZPÚRUA AYALA, Ricardo. Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, n.º 30, 1964, p. 62.

¹⁹⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*. México: Oxford University Press, 2012, p. 10.

¹⁹⁸ LOSANO, Mario G. Introdução à edição italiana. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XVI.

¹⁹⁹ SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 282.

²⁰⁰ FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 28.

organizada por STEPHEN G. POST, contam com 153 aparições do nome de TOMÁS (“Aquinas”). ARISTÓTELES, que também embasa este trabalho, aparece 221 vezes (“Aristotle”)²⁰¹. Também há capítulo específico para TOMÁS DE AQUINO no compêndio de MARIANNE TALBOT²⁰². Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, envolvendo a Lei de Biossegurança, os Ministros do Supremo Tribunal Federal também citaram ambos, havendo 12 e 14 menções para TOMÁS e ARISTÓTELES, respectivamente. Na Biblioteca Digital da Universidade Estadual de Londrina, seção Dissertações e Teses em Direito Negocial, não consta nada similar, pelo menos não até julho de 2022.

Para JASON T. EBERL, o século XX já testemunhou um renascimento do interesse pelo pensamento tomista em várias escolas filosóficas, havendo introdução da metafísica, da ética e da filosofia da religião de TOMÁS DE AQUINO, inclusive, em obras ontemporâneas da filosofia analítica. Com a bioética, por sinal, o mesmo fenômeno ocorreu. Alguns utilizaram-se da parte metafísica sobre a natureza humana do Aquinate para enfrentamento variados assuntos, como embriogênese, daí sucedendo estudos de autores como DANCEEL, AHSLEY, FORD, GRISEZ, MCCORMICK e HEANEY, todos defendendo pontos distintos nos quais um embrião humano e em desenvolvimento pode ser considerado como tendo alma racional e, portanto, como pessoa. Outros estudiosos, como GERMAN GRISEZ & JOSEPH M. BOYLE [*Life and Death with Liberty and Justice: A Contribution to the Euthanasia Debate* — “Vida e Morte com Liberdade e Justiça: uma contribuição para o debate sobre a eutanásia”] e ALFONSO GÓMEZ-LOBO [*Morality and the Human Goods: An Introduction to Natural Law Ethics* — “Moralidade e Bens Humanos: uma introdução à Ética jusnaturalista”], recorreram à teoria do direito natural tomista para avaliar questões como aborto e eutanásia²⁰³. Em termos mais abrangentes, pode-se notar a influência da própria Escolástica nas ciências naturais e na Medicina, como se depreende da

²⁰¹ G. POST, Stephen. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 1, 2, 3, 4 e 5. 3.ª ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

²⁰² TALBOT, Marianne. *Bioethics*. An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 33 em diante.

²⁰³ No original: “*The past century has witnessed a revival of interest in the thought of Thomas Aquinas across various schools in philosophy. In the latter half of the twentieth century, Aquinas’s metaphysics, ethical theory, and philosophy of religion have been introduced into contemporary debates in analytic philosophy. Concurrently, scholars have utilized Thomism as a basis for addressing certain issues in bioethics. Some, for example, have appealed to Aquinas’s metaphysical account of human nature and human embryogenesis to argue for distinct points at which a developing human embryo may be considered to have a rational soul, and thus to be a person (Donceel, 1970; Ashley, 1976; Ford, 1988; Grisez, 1989; McCormick, 1991; Heaney, 1992; Eberl, 2000a). Others have appealed to Thomistic natural law theory to evaluate issues such as abortion and euthanasia (Grisez and Boyle, 1979; Gómez-Lobo, 2002; Eberl, 2003)*” (EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 4).

obra “Fronteira entre a Escolástica e as Ciências Naturais” [*An der Grenze von Scholastik und Naturwissenschaft*], de ANNELIESE MAIER²⁰⁴.

2.2 ALGUNS DOS ASPECTOS MAIS IMPORTANTES DA METAFÍSICA DE ARISTÓTELES E NOTAS ACERCA DE SUA ABSORÇÃO PELA EUROPA A PARTIR DO SÉCULO XIII

É gigantesca a jornada filosófica dos gregos por trás da metafísica, até porque ela abarca um estudo da própria realidade. Por isso, em função de questões práticas e didáticas, optou-se, adiante, por uma escrita demonstrativa sucinta nesse tanto — o bastante para as finalidades deste trabalho —, cuja missão passa a ser a de demonstrar o que há de mais importante na metafísica aristotélica e também nos contornos que TOMÁS DE AQUINO deu posteriormente ao tema, sobretudo com o opúsculo *O Ente e a Essência*.

No Livro IV da *Metafísica* de ARISTÓTELES, lê-se, na página grega 1003 a, talvez com a maior precisão possível, qual é o sentido mais adequado da palavra: trata-se de uma “ciência” que estuda o ser enquanto é, aí inseridos seus atributos. Esta ciência é diferente de todas as outras ciências ditas “particulares”: a metafísica tem uma pretensão universalizante, o que não ocorre com as ciências particulares²⁰⁵. Citando exatamente esta passagem, PIERRE AUBENQUE traz lição digna de nota: depois de vinte séculos, pode até parecer banal a afirmação de ARISTÓTELES a respeito de haver uma ciência que estuda o ser enquanto tal (assim como seus atributos essenciais). No entanto, essa afirmação foi bastante significativa para a época, e, decerto, explica sua insistência por trás da preocupação de justificar a ciência do ser enquanto ser, o que difere do estudo das ciências “particulares”²⁰⁶.

Trata-se de um esforço filosófico tendente à constante decantação da realidade em conceitos gerais e abstratos, estabelecendo um nível de linguagem capaz de abarcá-la na maior totalidade possível, a permitir-se a formulação da verdade segundo aquilo posto diante do sujeito cognoscente.

²⁰⁴ MAIER, Anneliese. *An der Grenze von Scholastik und Naturwissenschaft*. 2.ª ed. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura. Via Lancellotti 18, 1952.

²⁰⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Editorial Gredos, 2003, p. 161-162. Na tradução de EDSON BINI, o trecho ficou assim redigido: “há uma ciência que investiga o ser como ser e as propriedades que lhe são inerentes devido à sua própria natureza”. O tradutor esclarece que “ser como ser” deriva de *to on e on* [to ov η ov] (ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.ª ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 105).

²⁰⁶ AUBENQUE, Pierre. *Le problème de l'être chez Aristote*. Essai sur la problématique aristotélicienne. Paris: Presses Universitaires de France, 1962, p. 21.

A metafísica, assim, estuda o ente, palavra que encontra sua raiz no latim, *ens*, mais precisamente como particípio do verbo *esse* (= ser). O particípio [lat. *participium*] é justamente a soma de um nome e um verbo em “*parti-cipium*” [nome “*pars*” somado ao verbo “*capere*”, este último significando “pegar” ou “tomar”]. Por isso, o vocábulo latino “*ens*” é tomado do verbo “*esse*” (ser). No entanto, ele não perde nenhum sentido do “ser”, i. e., “de todo modo que alguma coisa é, o vocábulo ‘ens’ também pode abarcar todos esses sentidos”. Diz-se que há duas maneiras de incluir o sentido do verbo “*esse*” (ser) no conceito de ente:

1.^a) *Vel significat exercitium essendi; e*

2.^a) *Vel significat subiectum quod est, abstrahendo ab hoc, utrum hic et nunc existat necne, et accipiendo illud capax essendi.*

O **primeiro** [*vel significat exercitium essendi*] é dito “*sensus qui dicitur entis participialiter seu entis ut participii*”, considerado no sentido de qualquer particípio em uma oração. P. ex.: “Pedro que está correndo” [lat. “*Petrus currens*”]. Neste primeiro trilha, assim, é o que existe aqui e agora [*hic et nunc*], em ato.

O **segundo** caso [*vel significat subiectum quod est, abstrahendo ab hoc, utrum hic et nunc existat necne, et accipiendo illud capax essendi*] lida com o vocábulo “*ens*” como qualquer coisa que é [*quid est*], com a retirada, porém, de um sentido de algo existente, ou não, além do acréscimo do que é capaz de ser. Abrange, portanto, “tudo o que pode vir a ser, cuja essência permanece em direção ao que deve se tornar”. Finalmente, “dizemos a definição: *Ens est id cui competit esse, vel essentia cum suo ordine ad esse*. Então dizemos: O ente é isto ao que compete tudo que há em algo no ato de ser, ou é a essência com seus atributos em curso de se tornar o que pode ser. Sendo a ‘essência’ tudo aquilo pelo que algo o é. Em latim, usamos o caso ablativo para situar a essência em seu papel: ‘*id quo aliquid est id quod est*’, temos ‘*id quo*’, que podemos traduzir, ‘isto pelo que/com o que’ – ‘alguma coisa é o que é’²⁰⁷.

As primeiras linhas da *Metafísica* de ARISTÓTELES deixam evidente, assim, a primazia do *ser* nesta “ciência total”. O grego diz:

todos os seres humanos naturalmente desejam o conhecimento. Isso é indicado pelo apreço que experimentamos pelos sentidos, pois independentemente do uso destes nós os estimamos por si mesmos, e mais do que todos os outros, o sentido da visão²⁰⁸.

²⁰⁷ A explicação etimológica e as implicações da língua latina não são de minha autoria. São lições que obtive a partir de um curso de latim ministrado pelo INSTITUTO CULTURAL HUGO DE SÃO VÍTOR, mais precisamente o *Schola Classica*.

²⁰⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 41.

A metafísica, assim, estaria acima de todas as outras ciências, inclusive sobre a física e sobre a matemática²⁰⁹. É em função da primeira que todas os demais saberes adquirem um justo significado prospectivo. ARISTÓTELES propõe quatro definições para esta ciência suprema: *i]* ciência que indaga as causas e os princípios primeiros ou supremos; *ii]* ciência que indaga o ser enquanto ser; *iii]* ciência que indaga a substância; e *iv]* ciência que indaga Deus e a substância suprassensível. As quatro definições não são excludentes: antes complementam-se, de modo que uma completa a outra (embora seja assim, o item *iv* não desfaz as advertências lançadas no subcapítulo 2.1, *supra*).

Toda a órbita do ser, i. e., tudo o que é sensível e tudo o que é sujeito ao devir nos objetos contemplados em nossas experiências tem uma tetracausalidade. As quatro causas são: *a)* a causa formal; *b)* a causa eficiente; *c)* a causa material; e *d)* a causa final. As causas formal e material são a forma ou essência da coisa e/ou da matéria. “Causa”, aqui, não apenas o aspecto físico dos acontecimentos (o nexos de causalidade), algo que, talvez desde a modernidade, somos levados a pensar num primeiro momento. Também com esta causa (com o nexos causal) está preocupado ARISTÓTELES, sob a faceta da causa eficiente. O sentido da palavra “causa”, porém, é elástico, pois abarca todos os fatores necessários para que o ente seja como ele é.

Matéria e forma explicam a realidade total somente se forem consideradas de modo estático (leia-se: sem o aspecto *motor*, ou seja, sem o *movimento*). No entanto, consideradas dinamicamente (devir, movimento, produção e corrupção), as causas formal e material já não bastam. Fosse assim, o ser humano seria apenas um “ser de carne e osso” (matéria) com uma “alma” (forma)²¹⁰. Considerado dinamicamente, será mister questionar-se, só para ilustrar, como o ser humano nasceu, quem o gerou e as razões pelas quais ele se desenvolve e cresce. Há, aí, um salto qualitativo do ato de entender: duas outras razões ganham força neste restante contemplativo e metafísico, ou seja, as demais causas (eficiente [ou *motriz*]²¹¹ e final [o objetivo para o qual tende o devir do homem]).

Como se nota, a metafísica considera o ser enquanto ser, bem como as propriedades que lhe cabem enquanto tal (será este o propósito do subcapítulo acerca do estatuto ontológico do embrião). Não se trata de um estudo próximo ao da física moderna, por exemplo, pois a

²⁰⁹ Tudo o que segue nos parágrafos abaixo são lições de REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Filosofia pagã antiga, v. 1. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Editora Paulus, 2003, p. 103-205. O que se citar entre aspas está dentro deste trecho. Também há notas de aula do curso de história da filosofia ministrado por ALDRIN PARDELLAS DE CARVALHO.

²¹⁰ Isto ganhará muita importância no item n.º 2.3 desta dissertação, quando tratarmos do *estatuto ontológico do embrião*.

²¹¹ O pai que o gerou no exemplo do ser humano. Dentro do recorte bioético, poderíamos pensar no profissional médico que realiza a inseminação *in vitro* propriamente dita, provocando a fecundação.

última até vislumbra aspectos ontológicos, mas apenas e tão-somente em alguns aspectos causais (sobretudo aqueles envolvendo o movimento). Embora tal lição pareça comezinha, ela é uma oportunidade para compreender-se o porquê de a bioética e o biodireito precisarem de intersecções: as “ciências médicas *lato sensu*”, chamemos assim, até entendem e compreendem alguns aspectos ônticos do embrião, mas apenas na medida em que o considera dentro de sua forma e de sua matéria. A ética, a deontologia e o próprio direito estão aí para dar saltos complementares ao raciocínio médico, ora revisitando as categorias de forma e de matéria, ora relembando o papel das leis e dos absolutos morais (causalidade final).

ARISTÓTELES identificou quatro significados de ser: *i]* as categorias — ser em si; *ii]* ato e potência; *iii]* ser como acidente; e *iv]* ser como verdadeiro. Esses quatro modos de ser primordiais são originários, de maneira que constituem, eles mesmos, os fundamentos das explicações da órbita do ser.

As categorias abarcam os gêneros do ser, e enumeram-se dez delas: 1.^a) substância; 2.^a) qualidade; 3.^a) quantidade; 4.^a) relação; 5.^a) ação; 6.^a) paixão; 7.^a) lugar; 8.^a) tempo; 9.^a) ter; e 10.^a) fazer. De todas elas, prevalece justamente a primeira: *substância*. Ela sustenta todas as demais. A substância, somente ela, tem subsistência autônoma. Todas as outras nove categorias pressupõem a primeira delas, baseando-se no ser da substância.

Exemplo: uma relação jurídica pressupõe um sujeito ativo e um sujeito passivo. Pois bem: há uma *relação* (quarta categoria) entre duas substâncias (primeira categoria). Isto será fundamental no capítulo n.º 3.1 da dissertação, pois ali será demonstrada a incoerência metafísica de pensar-se no embrião como objeto de direito (ou, no mínimo, de ignorá-lo como verdadeiro sujeito de direitos, ainda que somente em parte das relações jurídicas, como sucede nos alimentos e/ou na doação ao nascituro).

No segundo significado de ser (ato e potência), o ente pode estar em ato ou em um novo estado que esteja dentro de seu horizonte potencial. Aqui, a causa motora aparece como trânsito de potência ao ato. Um cego e outro indivíduo com olhos sadios, mas fechados, passa por essa diferença: o primeiro não é vidente; o segundo é, mas em potência. Precisar abrir os olhos para ser vidente em ato. Note-se a importância do assunto para temas legislativos: o direito não pode menoscabar os atributos ontológicos da realidade que o circunda, sob pena de violação da lei natural ou, no mínimo, de vã tentativa de revogar a brutalidade do ser. Antevi a questão numa crítica a respeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015 [EDP]), mais precisamente sobre a revogação pura e simples das tradicionais incapacidades absolutas:

O legislador brinca de ser Deus. Quer *Ser* desconhecendo e ignorando os limites do *ser*. Quer mudar o imutável. Quer se propor a legislar que, doravante, a gravidade não mais terá aceleração de valor aproximado de 9,80665 m/s; quer legislar que maçãs podem ser laranjas; *quer impor, na lei, que uma pessoa ontológica e absolutamente incapaz deve ser, em regra, capaz*²¹².

Na ocasião, sugeri o exemplo de alguém claramente incapaz que seria tido por “capaz” (ou, no máximo, relativamente incapaz) pela mentalidade imprudente do corpo parlamentar brasileiro responsável por este trecho do EPD. Citei o personagem Johnny, do filme *Johnny Got His Gun*, de DALTON TRUMBO [1971], cujos trechos são exibidos no clipe da música *One*, do Metallica [letra de LARS ULRICH e de JAMES HETFIELD]. Em guerra, Johnny se depara com um petardo que acaba lhe impondo gravíssima lesão. Daí em diante, ficou apenas com o tato que restou em seu tronco e em sua testa [já que perdeu os membros superiores e inferiores, os olhos e a audição]:



Johnny Got His Gun. Direção: Dalton Trumbo. Nova York, 1971.

Como se percebe, a substância (*Johnny*) foi afetada a ponto de perder as potencialidades de boa parte de seus sentidos, fundamentais para a capacidade civil. Evidentemente, jamais deixa de ser digno. No entanto, segundo a redação literal imposta pelo EPD, o sujeito da foto acima é “capaz” e, no máximo, pode ser assistido.

Voltando àquela explicação, falta descrever o ser accidental. É um modo de ser que não depende de outro ser, além de não estar a ele ligado por nenhum vínculo essencial. Uma pessoa

²¹² SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. O direito vivo da interdição. *Empório do Direito*, Florianópolis, dez. 2018. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-62-o-direito-vivo-da-interdicao>. Acesso em 11 jun. 2022.

portadora de síndrome de Down, por exemplo, não tem essência diferente diante de nenhum outro ser humano.

Finalmente, o ser enquanto verdadeiro corresponde ao tipo de ser próprio da mente humana, capaz que é de pensar nas coisas e conjugá-las conforme elas estão na realidade (ou até proceder com separações da mesma forma que estas ocorrem na realidade). É aqui que a *Lógica* ganha espaço enquanto disciplina. Dizer que esta folha A4 é branca com caracteres pretos é o mesmo que dizer: há uma substância (a folha) com um acidente tal (cor branca), além de outras substâncias (os caracteres) com acidentes tais (cor preta) — o exemplo, aqui, foi de conjugação. Exemplo de separação seria: “esta folha não é azul”. São atributos juntados no exercício cognitivo que, enfim, levam o sujeito cognoscente à verdade.

No paradigma filosófico grego, a intelectualidade revela-se como potência, vocacionada ao vislumbrar da verdade, conceito de ser ao lado do bem e da beleza. Sendo assim, é seguro afirmar que a inteligência é atributo destinado ao captar do ser como verdade. E a verdade, assim, passa a ser um juízo de ajustamento do intelecto ao ser. No seu *Comentário à Metafísica*, SANTO TOMÁS DE AQUINO aponta: “cada coisa é desejável para que se una ao seu princípio, pois é nisso que consiste a perfeição de cada coisa. Por isso, o movimento circular é perfeitíssimo, como se prova no livro VIII da Física, porque o fim se une ao princípio”²¹³. Este ponto específico foi levantado também na *Suma* [IIa IIae, q. 8, a. 1]²¹⁴:

Versão latina	Tradução
<p><i>RESPONDEO dicendum quod nomen intellectus quandam intimam cognitionem importat: dicitur enim intelligere quasi intus legere. Et hoc manifeste patet considerantibus differentiam intellectus et sensus: nam cognitio sensitiva occupatur circa qualitates sensibiles exteriores; cognitio autem intellectiva penetrat usque ad essentiam rei, obiectum enim intellectus est quod quid est, ut dicitur in III de Anima. Sunt autem multa genera eorum quae interius latent, ad quae oportet cognitionem hominis quasi intrinsecus penetrare. Nam sub</i></p>	<p>RESPONDO. A palavra inteligência implica um conhecimento último; entender é algo como <i>ler dentro</i>. E isso é claramente manifesto a quem considerar a diferença entre inteligência e sentidos. Com efeito, o conhecimento sensitivo ocupa-se das qualidades sensíveis exteriores; o conhecimento intelectual, porém, penetra até a essência da coisa. O objeto da inteligência, como diz Aristóteles, é “o que cada coisa é”. Ora, são muitas as espécies de coisas que estão ocultas interiormente, que o conhecimento humano deve intrinsecamente</p>

²¹³ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 32. Os “avanços” da Inteligência Artificial, segundo a dissertação em tela, estão traindo esses pressupostos, pois o fim está desligado do princípio – quebra da perfeita circularidade.

²¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, v. 5. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 131.

<p><i>accidentibus latet natura rerum substantialis, sub verbis latent significata verborum, sub similitudinibus et figuris latet veritas figurata: res etiam intelligibiles sunt quodammodo interiores respectu rerum sensibilibus quae exterius sentiuntur, et in causis latent effectus et e converso. Unde respectu horum omnium potest dici intellectus. Sed cum cognitio hominis a sensu incipiat, quasi ab exteriori, manifestum est quod quanto lumen intellectus est fortius, tanto potest magis ad intima penetrare. Lumen autem naturale nostri intellectus est finitae virtutis: unde usque ad determinatum aliquid pertingere potest. Indiget igitur homo supernaturali lumine ut ulterius penetret ad cognoscendum quaedam quae per lumen naturale cognoscere non valet. Et illud lumen supernaturale homini datum vocatur donum intellectus.</i></p>	<p>atingir. Assim, sob os acidentes, oculta-se a natureza substancial das coisas; sob as palavras, ocultam-se os seus significados; nas semelhanças e nas figuras oculta-se a verdade figurada; assim as coisas inteligíveis são, de certo modo, interiores com relação às sensíveis que são apreendidas exteriormente, como nas causas estão ocultos os efeitos e inversamente. Portanto, em relação a tudo isso pode-se falar de inteligência. Mas, como o conhecimento do homem começa pelos sentidos, a partir do exterior, é claro que quanto mais forte for a luz da inteligência, tanto mais profundamente ela pode penetrar no interior das coisas. Ora, a luz natural da nossa inteligência tem potência limitada e, portanto, pode atingir alguma coisa até certos limites determinados. Por isso, o homem precisa de uma luz sobrenatural para chegar a certos conhecimentos que não pode obter pela luz natural. E essa luz sobrenatural dada ao homem chama-se dom da inteligência.</p>
---	--

Similarmente: “o intelecto é o hábito dos primeiros princípios da demonstração, a ciência é o hábito da conclusão tirada dos princípios inferiores e a sabedoria é o hábito que versa sobre as primeiras causas”²¹⁵.

ARISTÓTELES procede uma diferenciação entre a arte, de um lado, e a experiência, de outro. São juízos diferentes entre si, mas não é possível afirmar que há uma “hierarquia” entre uma e outra sabedoria²¹⁶: “pareceria que, para propósitos práticos, a experiência não é, de modo algum, inferior à arte; de fato, vemos homens da experiência obtendo mais êxito do que aqueles que dispõem de teoria sem experiência”. Na verdade, a experiência se liga ao “conhecimento dos particulares”, enquanto “a arte o é dos universais”. Um médico procede com ações de seu ofício: os efeitos daí decorrentes “dizem respeito, todos, ao particular”, já que o médico não cura o ser humano, mas um ser humano. Por isso, “se alguém dispõe de teoria sem experiência [*lembrando: sabedoria do particular*], e conhece o universal [*lembrando: universal é algo da*

²¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 46.

²¹⁶ Esta foi minha interpretação inicial. Aparentemente, outra foi a leitura de TOMÁS DE AQUINO: “divide [*o filósofo*] a primeira parte em duas. Primeira, mostra a geração da arte e da experiência. Segunda, mostra a proeminência de uma sobre a outra” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 38-39)

arte], mas não conhece o particular [que vem da experiência] nele contido, com frequência falhará em seu tratamento, uma vez que é o particular que tem que ser tratado”²¹⁷.

Afirma-se que no trecho *supra* ARISTÓTELES quer demonstrar o seguinte:

*que todos os homens entendem por sapiência (σοφία) a forma mais elevada de saber e que esta é o conhecimento das causas e dos princípios. [...] — A experiência (assim como a sensação) refere-se sempre ao particular; a arte e a ciência referem-se ao universal, ao porquê e à causa das coisas. — Do ponto de vista da utilidade prática, a experiência pode ter mais sucesso do que a ciência, mas, do ponto de vista do saber, ela é muito inferior: a experiência (assim como a sensação) limita-se aos dados de fato, enquanto a arte e a ciência alcançam o conhecimento do porquê e da causa dos fatos. [...] — Ademais, a experiência não é comunicável nem ensinável aos outros, mas sim a arte e a ciência (justamente porque são conhecimentos de causas e princípios)*²¹⁸.

Mas há uma diferença importante entre a arte (que abrange algo universal, mais abrangente) e a *experiência* (que é mais particular, mais pontual). A arte se ocupa dos universais e a experiência dos singulares²¹⁹⁻²²⁰. Aqueles que conhecem a arte conhecem a causa, diferentemente daqueles que lograram “só” a experiência, os quais “conhecem o fato, mas não o porquê; os artistas, contudo, conhecem o porquê e a causa”²²¹. O filósofo ainda avisa que a diferença entre arte e a ciência e as demais atividades mentais afins foi indicada em *Ética a Nicômaco*, mais precisamente Livro VI²²².

Daí se pode compreender, talvez com mais precisão, o significado de Metafísica:

²¹⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 42.

²¹⁸ REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 5.

²¹⁹ “Aqueles que conhecem a causa e o porquê de algo ser feito possuem mais conhecimentos e são mais sábios do que aqueles que ignoram a causa e só sabem o porquê do fazer. Ora, os homens de experiência conhecem o porquê do fazer, mas desconhecem a causa do porquê de algo ser feito. Os homens de arte, de fato, conhecem a causa e o porquê de algo ser feito, e não só o porquê de fazer. Portanto, são mais conhecedores e mais sábios os homens de arte do que os homens de experiência” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 40-41).

²²⁰ “O conceito grego de ‘arte’ e relações entre arte e experiência. — ‘Arte’ (Τέχνη) é algo muito próximo da ciência, enquanto implica, justamente, conhecimento dos universais. Na linguagem moderna a palavra ‘arte’ não tem mais o antigo sentido e, portanto, existe o risco de equívocos” (REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 8-9).

²²¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 42. “Aqueles que possuem a experiência são mais eficazes na operação do que aqueles que possuem o conhecimento da noção universal da arte, mas que não possuem a experiência” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 40).

²²² “A diferença aí estabelecida entre ciência e arte é a seguinte: ciência é conhecimento *demonstrativo* do que é necessário e eterno; a arte é, ao contrário, ‘disposição ou hábito produtivo acompanhado de razão’, tendo como objeto não o necessário e o eterno, mas ‘aquelas coisas que podem ser diferentes do que são’” (REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 11).

a razão da presente discussão deve-se ao fato de supor-se geralmente que aquilo que é chamado de sabedoria diz respeito às causas primeiras e aos princípios, de maneira que, conforme já foi indicado, julga-se o homem da experiência mais sábio do que os meros detentores de qualquer faculdade sensorial, o artista mais do que o homem da experiência, o mestre mais do que o artesão; e as ciências especulativas mais ligadas ao saber do que as produtivas. Assim, fica claro que a sabedoria é o conhecimento de certos princípios e causas²²³.

Anote-se, ainda, o seguinte: *a*) o termo “Metafísica”, no original, seria algo como *sofian* (como especula um dos tradutores mais famosos, EDSON BINI); e *b*) ARISTÓTELES considerava:

b.1) as ciências especulativas (*theoretikai*) mais importantes, sendo aquelas que “não têm e prescindem de uma finalidade que as transcende”, aí inseridas a física, a matemática e a metafísica (*sofia*, no original, além da teologia);

b.2) as ciências produtivas (*poietikon*)²²⁴, que “resultam num produto que as transcende, como a medicina, a construção de embarcações, a tecelagem, a carpintaria e as artes em geral”; e ainda;

b.3) a chamada ciência prática (*práxis*), “que envolve a ação humana, individual ou coletiva” (economia, ética e política), novamente conforme nota do tradutor EDSON BINI.

Enfim: *metafísica*, para ARISTÓTELES, seria a “filosofia primeira”, a “ciência que estamos procurando”. Por isso, a metafísica implica “uma *enciclopédia* das ciências, um inventário completo e exaustivo de todas as ciências, em suas relações de coordenação e subordinação, nas tarefas e nos limites atribuídos a cada uma, de modo definitivo”²²⁵. Diante

²²³ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 43-44.

²²⁴ Certamente, aqui ARISTÓTELES está a pensar na causa eficiente. As *causas* serão estudadas posteriormente e são importantes para a leitura integral deste trabalho. Na filosofia aristotélica, fala-se em quatro causas: a causa *formal*; a causa *material*; a causa *eficiente*; e a causa *final*. A primeira tríade forma-matéria-eficiência, em ARISTÓTELES, é bem explicada por MÁRIO FERREIRA DO SANTOS, com um exemplo simples e didático envolvendo um vaso de barro. Em tal objeto, o “de barro” é a causa material [a *matéria* é o barro]. A forma “de vaso” é a causa formal [a *forma* é de vaso]. Finalmente, a ação humana que o modelou é a causa eficiente [o *barro se tornando um vaso*] (ver SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia da Crise*. São Paulo: É Realizações, 2017). Sua finalidade, *para quê serve*, variará conforme o caso: para beber, para enfeitar, para uma planta etc. Veja-se interpretação similar: “*Lo stesso utilizzo da parte di Aristotele di kinetikon e poietikon, traducibili in italiano con principio motore (kinetikon) ed efficiente (poietikon) indicano che Aristotele sta pensando ad una causa efficiente, attiva e in grado di produrre il movimento (Metaph., Lambda, 6, 1071b11). L’uso di queste espressioni indica che Aristotele non sta pensando a una causa qualsiasi di movimento, e in particolare non a quella finale visto che una di esse è usata da Aristotele in altri luoghi per distinguere la causa efficiente da quella finale dicendo esplicitamente che la causa finale non può essere poietikon (De gen. et corr. I, 7, 324b13-14)*” (MONACO, Davide. La causalità del motore immobile in Aristotele, *metaphysica*, libro lambda. Su alcune recenti interpretazioni. *Bollettino della Società Filosofica Italiana*, Nuova Serie, n.º 209, mai./ago. 2013, p. 27).

²²⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi, com revisão de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 661.

disso, há a necessidade de “considerarmos quais são as causas e princípios cujo conhecimento é sabedoria”²²⁶.

Na terceira parte do Livro I da *Metafísica*, ARISTÓTELES passa a demonstrar a necessidade de lograrmos um conhecimento das *causas primeiras*, “porque é quando pensamos compreender sua causa primeira que reivindicamos conhecer cada coisa particular”²²⁷.

Como já foi dito, há tipos reconhecidos de causa: **1.º**] a essência ou a natureza essencial da coisa (“uma vez que o ‘porquê’ de uma coisa é, em última instância, reduzível à sua fórmula, e o ‘porquê’ em última instância é uma causa e princípio”); **2.º**] a matéria ou substrato; **3.º**] o princípio do movimento; e **4.º**] a causa que se opõe a isso, nomeadamente a finalidade ou “bem” (já que isso é o fim de todo processo gerador e motriz)²²⁸.

Em outras palavras: **1.º**] essência; **2.º**] matéria; **3.º**] princípio do movimento; e **4.º**] o bem²²⁹. O filósofo diz que isto foi investigado na obra *Física*. SANTO TOMÁS DE AQUINO, igualmente, identificou em tal trecho as quatro causas, explorando a causa formal como a própria da substância da coisa (conhecer a coisa em si), sendo “manifesto que a forma seja uma causa, pois à pergunta que diz ‘por que razão algo é’ respondemos reduzindo a resposta à causa formal”²³⁰. Além disso, a causa eficiente seria o princípio do movimento²³¹). Por fim — e aqui está, talvez, a mais importante para o jusnaturalismo —, há a causa final, “que se opõe à causa eficiente, como a oposição que há entre o princípio e o fim. Ora, o movimento começa pela causa eficiente e termina com a causa final. E essa é, pois, aquela causa pela qual algo é feito e que é o bem de qualquer natureza”²³².

A causa final, resumidamente: *i*] “é o fim do movimento, por isso se opõe ao princípio do movimento” (que é a causa eficiente); *ii*] o bem “é o que todos desejam”, de maneira que,

²²⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 44.

²²⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 47.

²²⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 47.

²²⁹ “Considerando esto, se puede presentar la siguiente lista de las distintas expresiones que el Estagirita emplea para presentar los distintos tipos de causa: (1) ἡ ἴσχυς (la materia), ἡ ἐξ ὧν γίνεσθαι ἡ ἐνσπάσσοις (aquellos inmanente desde lo que se genera algo), ἡ ὑποκείμενον (el sustrato), ἡ ἰσχύων ὄντων ἀνάγκη ποῦ εἶναι (las cosas que, cuando son, esto ha de ser) (2) ἡ κινήσας (el motor, lo que mueve), ἡ ἀπὸ ἧς μετὰβολῆς (el principio del cambio), ἡ ἀπὸ ἧς κινήσας (el principio del movimiento) (3) ἡ εἶδος (la forma), ἡ πατάδειγμα (el modelo), ἡ τί ἦν εἶναι (lo que era ser), ἡ οὐσία (la esencia) (4) ἡ οὐ ἕνεκα (el ‘aquellos para lo cual’), ἡ ἕλκος (el fin), ἡ ἀγαθόν (lo bueno)” (ALEJANDRO MARZOCCA, Pablo. ¿Caballo o caballeidad? Una interpretación antisténica de “lo que era ser”. XVI Congreso Nacional de Filosofía AFRA, mar. 2013, p. 2).

²³⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 68.

²³¹ GIOVANNI REALE diz que a causa eficiente também pode ser chamada causa motora (REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 18).

²³² SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 68.

“ao expor o modo como a causa final se opõe à eficiente, diz que é o fim da geração e do movimento, dos quais é princípio a causa eficiente”²³³.

A respeito, MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS expressou, no *Dicionário*, o seguinte:

Aristóteles parte da totalidade do mundo na ordem como ela se apresenta e procura os elementos que condicionem a sua existência. Como Platão já tinha distinguido entre uma causa (*aitia*), que determina o caráter quidditativo de um ser e a causa que faz com que alguma coisa exista, não é de admirar que Aristóteles também chegasse a estabelecer uma pluralidade de causas, que combinam a sua doutrina sobre os problemas de matéria e forma, e de potência e ato. As quatro causas que Aristóteles enumera como razões constitutivas de cada ser são: 1) a causa formal (*ê ousia, to ti einai, eidos, logos, paradeigma*); 2) a causa material (*ê hylê, to hipokeimenon, oû gignestai*); 3) a causa eficiente (*ê arkhê tes kineseôs*); 4) a causa final (*to ou eneka, t'agathon, to telos*). A tradução das quatro causas aristotélicas se baseia nos respectivos termos latinos da escolástica (*causa formalis, materialis, efficiens, finalis*), que interpretam perfeitamente o sentido das respectivas expressões gregas²³⁴.

Convém registrar, novamente, que ARISTÓTELES também tem a propensão de admitir “também uma *matéria inteligível*, sobretudo para explicar os entes matemáticos (por influência dos Platônicos)”²³⁵.

No sétimo ponto do primeiro Livro, ARISTÓTELES adverte que fez só um conciso exame de filósofos antecedentes, o suficiente para entendê-los nas suas doutrinas sobre as causas e a realidade. Alguns tatearam o *primeiro princípio*, outros exploraram o *princípio do movimento*. Mas “quanto à essência ou substância das coisas, ninguém a enunciou explicitamente”²³⁶, o que aparentemente demonstra a reivindicação do filósofo para o problema central da metafísica, pois o âmbito de sua pesquisa “é perfeitamente delimitado: ou se deverão buscar as quatro causas, todas elas, do modo visto, ou em todo caso, alguma delas, porque não existe nenhuma outra causa além delas”²³⁷. ARISTÓTELES, então, avisa que procurará demonstrar as dificuldades resultantes das afirmações sobre os primeiros princípios por parte desses pensadores.

²³³ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 68.

²³⁴ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, [s.d.] p. 264-265.

²³⁵ REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 20.

²³⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 60.

²³⁷ REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 58.

Nenhum de seus predecessores, concluiu ARISTÓTELES, tratou de causas diferentes das quatro distintas. Na verdade, todos trataram delas, mas de modo confuso. Analiticamente, as conclusões aristotélicas, neste ponto, são bem resumidas por GIOVANNI REALE: a) a maioria dos filósofos falou de uma *causa material*; b) alguns filósofos falaram da *causa motora*; c) nenhum filósofo teve clareza no estudo da *causa formal*; d) os platônicos, mais do que todos, falaram da causa formal; e) a *causa final* chegou a ser vislumbrada somente num certo sentido²³⁸ (“*de fato, aqueles que, de algum modo, falam da causa do bem, a consideraram, efetivamente, como causa de movimento [assim Anaxágoras considerou a Inteligência e Empédocles a Amizade], ou como causa formal [assim os Platônicos consideravam o Um]*”); f) de outras causas, ninguém falou; e g) “Aristóteles conclui, portanto, que quatro, nem mais nem menos, são as causas, e que os princípios se devem indagar nesses quadro modos ou em alguns deles e de modo algum fora deles”²³⁹.

É uma apertadíssima síntese do pensamento aristotélico que interessa para este estudo. Infelizmente não é possível exaurir todos os longos corredores da obra. Ainda que iniciais, tais aspectos são fulcrais para compreender-se adequadamente o pensamento tomista, sendo necessário levar-se em consideração as condições concretas de sua formação e a maneira pela qual ela foi expressa²⁴⁰. Basicamente, a jornada histórica por trás da Escolástica seria a seguinte²⁴¹:

- o primeiro grande sistema filosófico cristão veio de SANTO AGOSTINHO, cuja obra é “representada pela assimilação do neoplatonismo, a mais viva filosofia de então, e cuja peça mestra era a teoria das ideias”;
- ARISTÓTELES já foi introduzido por BOÉCIO, “graças a quem sua obra chegou às escolas do Ocidente”;
- é “capital observar”, porém, que o ARISTÓTELES de BOÉCIO “é quase exclusivamente o do *Órganon*”;

²³⁸ Neste ponto específico, SANTO TOMÁS DE AQUINO disse: “fica evidente que esses filósofos [*criticados por Aristóteles*] não propunham uma causa final, exceto por acidente, porque propunham como causa aquilo que convinha a ser o fim, ou seja, o bem. Entretanto, não propuseram o próprio ser como causa, ao modo de uma causa final, como foi dito” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 134).

²³⁹ REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 57.

²⁴⁰ GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*. Introdução, Lógica, Cosmologia, v. 1. Trad. Cristiane Negreiros Abbud Ayoub e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 25.

²⁴¹ Tudo o que segue nos itens abaixo consta de GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*. Introdução, Lógica, Cosmologia, v. 1. Trad. Cristiane Negreiros Abbud Ayoub e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 25-36.

- as primeiras traduções latinas do restante da obra aristotélica “foram elaboradas na segunda metade do século XII. Foram feitas a partir do árabe e em um meio que naquele momento estava em contato estreito com a cultura muçulmana de Toledo”;
- junto dos escritos de ARISTÓTELES, também foram traduzidos comentadores antigos, como ALEXANDRE DE AFRODÍZIA, TEMÍSTIO e FILOPONO, bem como escritores árabe-judeus, a exemplo de ALKINDI, ALFARABI, AVICENA e AVICEBRON; e
- diante do platonismo reinante no continente europeu, surgia um aristotelismo apegado à sua “doutrina do conhecimento, sua antropologia, sua física”, contornos que logo ganharam do “espiritismo” platônico por conta da “nitidez e objetividade”.

Este é o contexto vivido por SANTO TOMÁS DE AQUINO. Inicialmente, a Igreja Católica recebia as “novidades” da obra ainda não tão divulgada de ARISTÓTELES com reservas e com desconfiança.

Sobre a metodologia e a atitude pensante da Escolástica, vale destacar o seguinte: *i]* a pedagogia dos medievais é baseada na leitura de textos, sempre tratando-os com grande respeito; *ii]* naturalmente, sem a imprensa, os livros eram raros, e eram vistos como “tesouros a serem explorados com o maior cuidado”; *iii]* a leitura pressupunha, sempre, respeito ao autor lido; *iv]* quando um texto apresentava dificuldades, surgiam as *questões*. Quando há uma “questão” na *Suma*, há uma colocação, por TOMÁS, de um problema: “colocam-se problemas em questão”; *v]* em alguns casos, opiniões contrárias surgiam, e a questão passa a ser *disputada*: “no século XIII, esse exercício ocupará lugar tão importante que cada mestre, além das lições e dos sermões que lhe eram designados, deverá obrigatoriamente ter disputas. ‘*Legere, disputare, praedicare*’, tais são suas funções habituais”; *vi]* cada disputa é decantada ou dividida analiticamente em *artigos*. O artigo não passa de “uma redução das grandes disputas”; *vii]* a estrutura de cada artigo demonstra a deferência e o respeito com as autoridades lidas: *primeiro*, TOMÁS explora a questão (algo como “*Circa primum quaeritur*”), só depois expondo a discussão, primeiro com o enunciado favorável (“*videtur quod...*”), seguido do enunciado contrário (“*sed contra...*”). Só então é que surge a “resposta” aos argumentos contrários; e *viii]* essa técnica das sumas medievais esconde “uma vida intensa de discussões e investigações que expressam uma era em que a curiosidade e a agilidade intelectual foram notáveis”²⁴².

²⁴² GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*. Introdução, Lógica, Cosmologia, v. 1. Trad. Cristiane Negreiros Abbud Ayoub e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 36-46.

Pode-se afirmar que o método de SANTO TOMÁS DE AQUINO é baseado na dialética investigativa aristotélica. Com base na *disputatio* (disputa), o Doutor Angélico resume as teses de seus “adversários” e tenta confeccionar uma resposta a cada um dos problemas pautados (em *questões*). A *Suma Teológica* é dividida em três partes. Na primeira [Iª Pars], Deus é o assunto principal, na órbita da teologia e da metafísica. Na segunda [IIª Pars], há uma subdivisão de dois tomos, um para a moral geral, outro para a moral particular. Na terceira e última parte [IIIª Pars], a *Suma* traz assuntos cristológicos.

Tais aspectos são meramente introdutórios, mas não deixam de ter importância para uma compreensão mais adequada do recorte filosófico aqui proposto.

2.3 ESTATUTO ONTOLÓGICO DO EMBRIÃO

Vale explicar, inicialmente, qual seria o objeto central de um estudo a respeito do estatuto ontológico do embrião, sobretudo diante de uma comunidade de intérpretes juristas, acostumados com uma linguagem própria do Direito. O vocábulo “estatuto” geralmente nos remete à ideia de regulamentação normativa²⁴³, i. e., de diploma normativo. A pretensão deste texto, nesse tanto, não é político-legislativa, embora traga considerações que, segundo a lei natural, tenham de reverberar sobre a lei positiva. Aliás, o termo “ontológico”, posto ao lado de “estatuto”, deixa mais clara a noção de ser, não de dever ser.

Escrever sobre o estatuto ontológico do embrião, assim, desemboca num esforço teórico a respeito de seu estado, de sua condição: o que é, de fato, o embrião; a *quididade* do embrião. Trata-se de uma especulação filosófica a respeito de qual é o seu estado, sua situação na tábua geral não só da gnosiologia, mas das próprias categorias do ente (vide subcapítulo n.º 2.2, *supra*).

Como consta do diálogo platônico *Fédon*, é também socrática a tese segundo a qual a argumentação tem de respeitar a verdade e as coisas que são [gr. τῶν δὲ ὄντων τῆς ἀληθείας τε καὶ ἐπιστήμης; pt. “verdade e conhecimento das coisas que são”²⁴⁴]. Sendo assim, este trabalho constitui um esforço teórico em torno do embrião como é [= ser, substância, ente], não como obra cultural [ser enquanto deve ser], nem como engenho deôntico [dever ser]. Esta foi a mesma postura de SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA em obra de referência para o tema,

²⁴³ Assim, e. g., SANTOS, Mário Ferreira dos. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, [s.d.] p. 656.

²⁴⁴ PLATÃO. *Fédon (ou Da Alma)*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016, p. 238. Outras traduções: “... da verdade dos seres e da ciência” (JORGE PALEIKAT E JOÃO CRUZ COSTA) ou, simplesmente, “... da verdade e do conhecimento das coisas” (CARLOS ALBERTO NUNES). Anote-se, porém, que TOMÁS DE AQUINO rejeitava os pressupostos platônicos de *dualidade da alma*. A respeito, cf. EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 5-8.

ao cravar que o embrião “não é termo técnico-jurídico, mas sim termo técnico da Genética e da Medicina”. Ele “representa apenas uma etapa de desenvolvimento do ser humano: mórula, blástula, ovo, embrião e feto”²⁴⁵.

Na dicção de SANTO TOMÁS DE AQUINO, “a coisa não é inteligível senão pela sua definição e sua essência”²⁴⁶. Segue-se, nesse tanto, a oportuna crítica de SIDNEY SILVEIRA ao apriorismo kantiano:

O filósofo realista sabe QUE O PROBLEMA METAFÍSICO PRECEDE O GNOSIOLÓGICO, ou seja: a pergunta *o que é ser?* antecede à questão *o que é conhecer?* Em síntese, sem resposta satisfatória à problemática do ser, a filosofia não passa de teoria do conhecimento capenga que agride frontalmente o senso comum e traz aporias ou dificuldades insanáveis²⁴⁷.

A crítica de RICHARD M. WEAVER é similar, ainda que o alvo seja diferente:

O problema da palavra foi discutido com muita intensidade ao longo da Idade Média, e um dos primeiros grandes passos em direção ao ceticismo moderno veio da vitória de Ockham sobre Tomás de Aquino em uma polêmica sobre a linguagem. A afirmação de que os *modi dissendi et subsistendi* podiam ser substituídos pelos *modi significandi et intelligendi*, ou que os referenciais ontológicos podiam ser abandonados em favor dos significados pragmáticos, descreve amplamente uma mudança na filosofia que continua em nosso tempo. De Ockham a Bacon, de Bacon a Hobbes, e de Hobbes aos semanticistas contemporâneos a progressão é clara: as ideias se tonam ficções psicológicas, e as palavras se tornam signos úteis²⁴⁸.

Dadas as advertências, é necessário explicar, afinal, o que significa “status” na questão deste subcapítulo.

“Estado”, aqui, é vocábulo empregado em sentido diverso daquele geralmente usado em teoria política [gr. Πολιτεία; fr. *État*; it. *Stató*; lat. *Respublica* etc.]. Aliás, NICOLA ABBAGNANO traz a palavra “Estado” duas vezes em seu *Dicionário de Filosofia*, colocando números arábicos para bem diferenciá-los em seções distintas: ESTADO¹ e ESTADO². O primeiro, que não nos interessa, tem aquele sentido teórico-político; o segundo [lat. *status*; in. *State*; al.

²⁴⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 169.

²⁴⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *O Ente e a Essência*. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 20.

²⁴⁷ SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 690.

²⁴⁸ WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. 2.^a ed. Trad. Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 168.

Zustand etc.], este sim, traz a posição linguística do artigo. É a “condição, modo de ser ou situação”, noção que se aproxima de essência das coisas [al. *Sachverhalto*; ing. *state of affairs*]²⁴⁹.

Aproximo-me, pois, àquilo chamado por ARISTÓTELES de *categorias* [gr. Κατηγορίαι; lt. *Categoriae*], jornada filosófica tendente a enumerar de tudo o que possa ser a substância, bem como tudo o que possa ser-lhe inerente — há dez categorias, já enumeradas no subcapítulo n.º 2.2, *supra*: 1.ª) substância; 2.ª) qualidade; 3.ª) quantidade; 4.ª) relação; 5.ª) ação; 6.ª) paixão; 7.ª) lugar; 8.ª) tempo; 9.ª) ter; e 10.ª) fazer. Na sua interpretação da *Suma*, MICHEL VILLEY identifica, aí, o “cerne da lógica” na filosofia tomista: avança-se do conhecido para que, então, seja possível explorar o desconhecido, sendo justamente esta a tendência de ARISTÓTELES no *Organon*:

Chegamos ao cerne da lógica: a lógica tem, sobretudo, o papel de considerar e reger os passos da “razão” *propriamente dita*: em sentido estrito, “Razão” difere de “intelecto”. O *intelecto* compreende, “lê dentro” das coisas (*intus-legere*) o que nelas vê de inteligível. A *Razão* (que mais tarde os racionalistas incidirão no erro de tratar como fonte de conhecimento) não passa de instrumento; que regula o movimento de uma proposição para outra, de uma intelecção para outra (cf. Iª, qu. 79, art. 8). Seu lugar específico é o *discurso*.

4. O terceiro ato da Razão está de acordo com aquilo que é próprio da razão, o discurso que vai de uma coisa a outra, para que do que é conhecido se chegue ao conhecimento do desconhecido. **Com esse ato relacionam-se outros livros do *Organon*.**

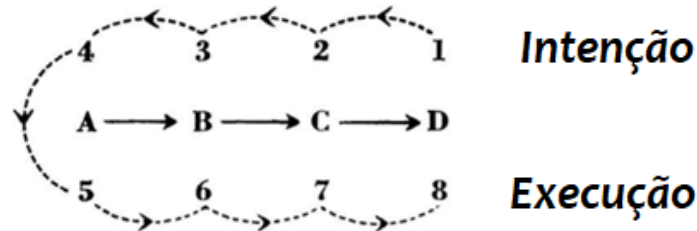
4. *Tertius vero actus rationis est secundum id quod est proprium rationis, scilicet discurrere ab uno ad aliud, ut per id quod est notum deveniat in cognitionis ignoti. Et huic actui deserviunt reliqui libri Logicae*²⁵⁰.

Esta “decantação gnosiológica” recai também na conduta humana, que opera intelectualmente para finalidades (as potências da alma ajustam-se para alguns fins). No exemplo de S. K. FR. AUSTIN FAGOTHEY, quando a pessoa atravessa A para chegar a B, B para chegar a C, C para chegar a D, ela deve — a menos que esteja agindo de forma aleatória e irracional —, primeiramente, ter o desejo de chegar ao ponto D. Depois, descobrirá que o caminho até D supõe atravessar C depois de B e B depois de A. O planejamento (intenção) está

²⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi, com revisão de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 364-366.

²⁵⁰ VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política*. Trad. Ivone C. Benedetti, 2014, p. 23-24. **Destaquei**. Esta citação tem duas colunas porque foi assim que VILLEY a colocou.

na ordem inversa de sua atuação (execução). O que é o primeiro na intenção é o último na execução, e vice-versa²⁵¹. Assim os passos são os seguintes:



Observação: a imagem não é de minha autoria, com exceção da tradução para “intenção” e “execução”

Tal assertiva é importante para compreensão adequada da dignidade humana em TOMÁS DE AQUINO, já que ele enfatiza o modo especial de ser das pessoas, que se identifica como existir-por-si e compreende a individualidade. Com efeito, o sistema tomista parte da premissa segundo a qual o ser humano tem uma “mente intelectual” (tradução de *intellective mind*, termo usado por JASON T. EBERL²⁵²). Além disso, tal “intelectividade” redundante, a um só tempo, em capacidades ativas e passivas para as potências virtuosas da alma, até porque todas as pessoas, naturalmente, desejam o bem da razão (*good of reason*)²⁵³.

Este modo de ser das substâncias racionais, que se diz o mais digno de todos (*dignissimus*), implica o autogoverno (*dominium sui*), ou seja, a independência no agir [STh, I, q. 29, art. 1], pensando e querendo²⁵⁴. É daí que deriva a adaptação da sentença de BOÉCIO por SANTO TOMÁS DE AQUINO: o primeiro, em seu *Contra Euthychen et Nestorium*, definiu pessoa como “*naturae rationalis indiuidua substantia*”²⁵⁵ (tradução usual: “substância individual de natureza racional”)²⁵⁶. Na interpretação de PATRICK LEE e ROBERT P. GEORGE, seria equivalente

²⁵¹ FR. AUSTIN FAGOTHEY, S.J. *Right and Reason*. Ethics in Theory and Practice Based on the Teachings of Aristotle and St. Thomas Aquinas. 2.^a ed. Charlotte: TAN Books, 2000, p. 26.

²⁵² EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 5.

²⁵³ “*Like the intellect, Aquinas argues that the will also naturally contains both the active and passive capacity for virtue. Insofar as all men naturally desire the good of reason (ST I-II q.63 a.1; DQV a.8.), 5 men possess a natural active principle inclining them towards virtue, since this inclination causes men to seek the good of reason (DQV q.1 a.8).*” (MCKAY, Angela. Synderesis, Law, and Virtue. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing*. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 37).

²⁵⁴ IMBACH, Ruedi. Human dignity in the Middle Ages (twelfth to fourteenth century). In: DÜWELL, Marcus; BRAARVING, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 68.

²⁵⁵ BOÉCIO. *Escritos* (OPUSCULA SACRA). Trad. Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 282.

²⁵⁶ Para aprofundamento, ver FABRIS, Adriano. *Die Person als kommunikationsfähiges Wesen zwischen Natur und Konsens*. In: PHAINOMENA. Humanism and Culture, nov. 2006, p. 42-49.

dizer-se o seguinte: “nem uma natureza comum a muitos, nem uma parte é uma pessoa, mas todo ser humano que executa as suas próprias ações, incluindo ações como o crescimento em direção ao estágio maduro de um ser humano, é uma pessoa”²⁵⁷.

A partir do aristotelismo²⁵⁸, TOMÁS acrescentou mais termos àquela oração de BOÉCIO: “*persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*”, ou seja, “pessoa significa o que há de mais perfeito de toda a natureza, i. é, o que subsiste em a natureza racional” [STh, Ia Pars, q. 29, a. 3]²⁵⁹. Noutra tradução, com o inteiro teor da resposta, lê-se²⁶⁰:

Versão latina	Tradução
<i>RESPONDEO dicendum quod persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura. Unde, cum omne illud quod est perfectionis, Deo sit attribuendum, eo quod eius essentia continet in se omnem perfectionem; conveniens est ut hoc nomen persona de Deo dicatur. Non tamen eodem modo quo dicitur de creaturis, sed excellentiori modo; sicut et alia nomina quae, creaturis a nobis imposita, Deo attribuuntur; sicut supra ostensum est, cum de divinis nominibus ageretur.</i>	RESPONDO. Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda a natureza, a saber, o que subsiste em uma natureza racional. Ora, tudo o que diz perfeição deve ser atribuído a Deus, pois sua essência contém em si toda perfeição. Convém, portanto, atribuir a Deus este nome pessoa. Não, porém, da mesma maneira como se atribui às criaturas. Será da mesma maneira mais excelente. Como acontece na atribuição a Deus dos outros nomes dados por nós às criaturas. Isso foi demonstrado acima, no tratado dos nomes divinos.

A referida definição tomista de pessoa é fundamental para a compreensão do ser humano segundo o sistema filosófico aqui vislumbrado, valendo salientar, ademais, que sua proposta abrange não só essa questão substancial, mas também a composição de uma alma imaterial que informa um corpo material, de maneira que uma pessoa jamais será idêntica a outra (sempre há diferença na substância imaterial e espiritual), havendo autores que também

²⁵⁷ LEE, Patrick; GEORGE, Robert P. A natureza e o fundamento da dignidade humana. Trad. Bruno Matte Dutra. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 72.

²⁵⁸ Cf. PETAGINE, Antonio. *Ripensare Boezio. Il ruolo della nozione di natura all'interno della definizione di persona*. Supplement to Acta Philosophica, v. 3, 2017, p. 27; EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 5.

²⁵⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, v.1 (Ia pars) – q. 29, a. 3. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 228.

²⁶⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, v. 1. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 527. **Destaquei**.

falam de uma “animalidade” como elo fundamental para a natureza humana de acordo com TOMÁS DE AQUINO²⁶¹.

A estrutura da realidade é vista, em ARISTÓTELES, como [1] *ato e potência*; [2] *matéria e forma*; e [3] *substância e acidente*.

Ato é ser ou operar. **Potência** é possibilidade de ser ou de operar. Um ser humano pode, assim, celebrar contratos verbais, já que falar e aquiescer constituem expressões e potencialidades inerentes ao ato de ser humano²⁶².

Matéria é a morada da potência na medida em que ela tem potência para assumir novas formas. **Forma** é correspondência de ato, que é princípio de operação ou princípio de inteligibilidade. A forma é o ato. Todos os entes que estão em ato, estão de acordo com as formas que lhe sejam específicas.

Finalmente, a **substância** [οὐσία] é uma categoria fundamental do ser, a ser designada noutras nove categorias. **Acidente** é tudo aquilo que inere na substância sem alterá-la. Pense-se num embrião humano: sua *substância* é de pessoa humana: não importa se em fase com *x* ou *y* células durante clivagens [**quantidade** | ποσόν = acidente que não altera a substância], se tem ou não cor branca, preta, parda ou amarela [**qualidade** | ποιόν = acidente que não altera a substância, i. e., a humanidade]; se está ou não implantado no útero [**lugar** | ποῦ = acidente espacial — estar aqui ou ali não desfaz seu substrato ontológico]; se tem 1 segundo ou 9 meses [**tempo** | ποτέ = mero acidente do ente]; se tem ou não formação completa de alguma estrutura cognitivo-neural [**hábito** | ἔχειν = acidente da substância] etc. A categoria da **relação** [πρός τι] será fundamental para a tese exposta no subcapítulo 3.1, *infra*, para o qual se remete por questão didática.

A substância, assim, “*sub-está*” em relação aos seus acidentes. Ainda que pareça seguir premissas diferentes, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, a respeito do assim chamado “diagnóstico genético pré-implantação (DGPI)” (art. 29.º, n.º 1, da Lei Portuguesa n.º 32/2006, de 26 de julho), escreveu:

Ainda antes da implantação, a lei regulamenta o destino do embrião, com uma preocupação terapêutica, seja para evitar o nascimento de uma criança com uma grave doença ou, de forma muito controversa, para admitir a gestação do chamado “bebé-medicamento”. Apesar desta

²⁶¹ “Aquinas’s metaphysical account of human nature includes, though it is not limited to, three interrelated theses: a human person is a substance composed of an immaterial soul informing a material body; a human person is not identical to an immaterial, spiritual substance; and “animality” is fundamental to human nature” (EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 4).

²⁶² Dissemos “ato de ser humano” para evitar confusão com “ato de ser”, sentido mais específico na ontologia clássica. Mais tarde, com o tomismo, “ato de ser” ganha contornos diferentes. Por isso, leia-se ato de ser *humano*.

abertura, o princípio é o de que o embrião *in vitro* – como vida humana que é – merece já o *respeito* e a *tutela* da ordem jurídica²⁶³.

Ainda sobre os aspectos acidentais do embrião, surge questão um pouco mais complexa, que é a de situar o sexo na tábua geral das categorias. O ser humano é substância, vivente, animal/sensível, racional — tal definição, para CARLOS NOUGUÉ, é “sempre a definição da essência”. Ele prossegue dizendo que “ser masculino ou feminino não é parte da definição da essência, senão que se vincula a um acidente”, e, até mais precisamente, “um acidente material”, de modo que “está entre os acidentes que derivam da matéria”²⁶⁴. O assunto não passou despercebido por SANTO TOMÁS DE AQUINO, pois lê-se d*O Ente e a Essência* o seguinte:

No entanto, nos acidentes, que se seguem à matéria, encontra-se uma diversidade. Pois, alguns acidentes seguem-se à matéria de acordo com a ordem que têm para com uma forma especial, como o masculino e o feminino nos animais, cuja diversidade reduz-se à matéria como se diz no livro X da *Metafísica* (X, 9, 1058b, 21-23); donde, removida a forma do animal, os referidos acidentes não permanecem senão por equivocação. Alguns, porém, seguem-se à matéria de acordo com a ordem que tem para com uma forma geral e, portanto, removida a forma especial, ainda permanecem nela; assim como a negridão da pele está num etíope por causa da mistura dos elementos e não por causa da alma; e, por isso, permanece nele depois da morte²⁶⁵.

Portanto, é só acidental haver três cromossomos 21 (“trissomia do cromossomo 21”) em portadores de síndrome de Down, indivíduos que são seres humanos desde a substância, pouco importando tal variação em seus acidentes materiais ou até formais. Eles têm, para a visão da IGREJA CATÓLICA, essência humana e, como tais, são dignos. Excluí-los não só constitui afronta à dignidade da pessoa humana, como também descamba num movimento malicioso, eugênico e intrinsecamente mau. Acaba sendo missão do direito trazer efetividade e operabilidade para a convicção ética de acordo com a qual todos os membros da espécie humana [*specie umana*] merecem idêntica dignidade [*pari dignità*], pouco importando suas

²⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, f. 204-205.

²⁶⁴ NOUGUÉ, Carlos. Sexo masculino e sexo feminino. *Estudos Tomistas*, 2019.

²⁶⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *O Ente e a Essência*. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 49.

diferenças²⁶⁶. O sentido metafísico da “deficiência”, assim, é o que vislumbra um déficit no ente. CARLOS NOUGUÉ parte de igual premissa para situar o chamado “hermafroditismo”:

Resta dizer uma palavra sobre o hermafroditismo, que sem dúvida alguma se deve a um defeito da parte da matéria: em termos médico-biológicos, deve-se a um problema teratológico, a uma má-formação embrionária. Há três tipos de hermafroditismo: o hermafroditismo verdadeiro, o pseudo-hermafroditismo masculino e o pseudo-hermafroditismo feminino; e naturalmente é o primeiro o mais assombroso. Como quer que seja, todavia, ao considerarmos o hermafroditismo, incluímo-lo entre aqueles *defeitos* que fazem pensar que falta algo – no caso, a nítida separação entre os sexos – para a perfeição da natureza. – Não se conclua daí, no entanto, que nos hermafroditas esteja ausente a natureza da espécie ou a alma humana; apenas padecem eles precisamente, repita-se, de uma *falta* ou *defeito* (< lat. *defectus*, *us*, “falta, diminuição” < participio passado *defectum*, do verbo *deficere*, “faltar”)²⁶⁷.

Isto vale, *per saltum*, para o que se disse anteriormente sobre a diferença de sexos: homem e mulher têm a mesma magnitude ontológica e, assim, essencialidade humana²⁶⁸.

Os acidentes parecem insignificantes para nossa própria cognição quando minúsculos, a exemplo do embrião em fase de mitose só inicial [*quantidade*], fora do útero [*lugar*], com dias de vida [*tempo*], ainda sem formação cardiovascular [*hábito*] etc. Sucede que o avanço tecnológico também permite um ampliar de toda esta magnitude ontológica, como se pode perceber da obra “O feto em três dimensões – Imagem, Embriologia e Fetoscopia” [*The Fetus in Three Dimensions – Imaging, Embryology, and Fetoscopy*], organizada por ASIM KURJAK e por GUILLERMO AZUMENDI²⁶⁹. Este salto qualitativo fica ainda mais acentuado com a perspectiva sistêmica oferecida por NICANOR AUSTRIACO: ver o organismo vivo como um verdadeiro sistema dinâmico, tratando-o, assim, como “um todo sinfônico”, onde DNA, RNA,

²⁶⁶ VIOLA, Francesco. Lo statuto normativo della dignità umana. In: ABIGNENTE, A.; SCAMARDELLA, F. (orgs.). *Dignità della persona*. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013, p. 289.

²⁶⁷ NOUGUÉ, Carlos. Sexo masculino e sexo feminino. *Estudos Tomistas*, 2019.

²⁶⁸ Daí o questionamento de VICTOR SALES PINHEIRO para determinado professor num debate: “tu chegaste à alguma tradição que teria conquistado o valor moral da igualdade entre homem e mulher que não tenha tido influência cristã?” (PINHEIRO, Victor Sales. *O desafio pós-moderno à lei natural – niilismo, secularismo e relativismo*. III Congresso Filosofia Direito Natural: Estado de Direito, Secularização e Direito à Vida. Conteúdo audiovisual disponível em <https://youtu.be/FAqOuyHbcFA>).

²⁶⁹ KURJAK, Asim; AZUMENDI, Guillermo. *The Fetus in Three Dimensions*. Imaging, Embryology, and Fetoscopy. Londres: Informa Healthcare, 2007.

lipídios e moléculas proteicas, os “músicos e seus instrumentos”, surgem e desaparecem do palco “na performance coreografada chamada vida”²⁷⁰.

Em linha similar, disserta-se que qualquer ser humano tem dignidade fundamental e direitos básicos inerentes e iguais, não importando qual seja sua idade, seu tamanho, ou seu estágio de desenvolvimento. Caso alguém sustente o contrário, ou seja, que o valor da dignidade humana/moral finca bases em atributos acidentais, “então, uma vez que os atributos que podem ser considerados para fundamentar o valor moral básico (consciência desenvolvida etc.) variam em grau, a pessoa será conduzida à conclusão de que o valor moral também varia em graus”²⁷¹.

Sendo assim, é só por meio da linguagem que haverá alteração da realidade das coisas, o que, diga-se, é uma das consequências mais fulcrais da filosofia moderna. Este despregamento completo do mundo do ser gera o que GLORIA MARIA TOMÁS Y GARRIDO chamou de “manipulação linguística” por trás de termos como “pré-embrião”, um esconderijo para a tese segundo a qual o óvulo fertilizado não é pessoa humana ou não tem *status* de humanidade. Aí está a porta de entrada, segue a autora, para a seleção ou até para a manipulação de embriões, além da utilização cada vez mais ameaçadora da prática da clonagem²⁷². Tal salto linguístico é realizado, só para exemplificar, por NICOLA RIVA, que simplesmente trata como “inconclusivas” as premissas lógicas da COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA [it. “*L’embrione è uno di noi*”; pt. “o embrião é um de nós”] — [P1] todos os embriões humanos são, afinal, seres humanos; e [P2] todos os seres humanos têm direito à vida, daí resultando, em silogismo, que [C] todos os embriões humanos têm direito à vida²⁷³.

Note-se que, por lógica, o ato tem de ser anterior à potência. O ato tem um horizonte de possibilidades: são suas potências. Um embrião (ato) tem uma variabilidade potencial, estudada, p. ex., pela embriologia, ainda que haja especificações e ramificações conforme os acidentes de realidade postos diante do cientista²⁷⁴. No entanto, só se pode falar de potências de ato que exista anteriormente. Isso não quer dizer que a “alma racional” do “corpo material” estejam separados. Na verdade, é justamente a unidade intrínseca da matéria e da forma

²⁷⁰ AUSTRIACO, Nicanor. Hominização imediata a partir da perspectiva sistêmica. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 113.

²⁷¹ LEE, Patrick; GEORGE, Robert P. A natureza e o fundamento da dignidade humana. Trad. Bruno Matte Dutra. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 87.

²⁷² TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Maria. *Cuestiones Actuales de Bioética*. 2.^a ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011, p. 47.

²⁷³ RIVA, Nicola. Gli embrioni umani e il diritto alla vita. In: PIZZETTI, Federico Gustavo; ROSTI, Marzia (orgs.). *Inizio e fine vita*. Soggetti, diritti, conflitti. Milão: Giuffrè, 2007, p. 138 em diante.

²⁷⁴ Vide, p. ex., a produção embriológica envolvendo, de forma mais específica, a formação dos olhos do embrião: PESCOLIDO, Nicola. *Embriologia dell'apparato visivo ed aspetti di biologia dello sviluppo*. Canelli: Fabiano Srl, 2003.

substancial (corpo e alma) que é responsável pela existência unificada de um ser humano²⁷⁵. Por isso, a IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA, na *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação* (1987), abriu nota para explicar que, nos termos internos referida manifestação, atribuiria a mesma relevância ética para vocábulos como “zigoto”, “embrião” e “feto”, já que isto acaba por “indicar o fruto, visível ou não, da geração humana, desde o primeiro momento da sua existência até o nascimento”²⁷⁶.

Aos três binômios aristotélicos, SANTO TOMÁS DE AQUINO trouxe outro: *essência e ser*. Sendo cristão, aduz que essência de Deus, ato puro (causa incausada; motor imóvel), é ser. Este que vos escreve não pode dizer o mesmo: minha essência é humana, circunscrita que é pelo conjunto de possibilidades que estão na forma de ente humano. Só Deus abarca, a um só tempo, o ser e a essência. Fora de Deus, não há ente que consiga dar criação a si mesmo. Se ARISTÓTELES via na forma o ápice do ser, TOMÁS DE AQUINO, inovando, passa a ditar que o ser é aquilo que está para todas as formas.

A consequência prática mais drástica desta guinada tomista é a de impor uma gradação ontológica de tudo o que há no mundo, a ser medida pela qualidade do ente. TOMÁS DE AQUINO passa a afirmar que o ente é aquilo que tem ser [*ab + esser*], mas não é o próprio ser. O ente é tudo aquilo que é limitado, sendo a forma o seu próprio limite. Nenhum ente poderia operar além das potencialidades impregnadas em suas formas (um cachorro jamais poderia celebrar um contrato, por exemplo). O embrião humano, porém, pode ser donatário, ainda que em potência (assunto ser aprofundado no capítulo terceiro, *infra*).

Daí sucede uma postura intelectual bastante diferente para leitores acostumados aos relativismos da modernidade: um nivelamento entre aquilo que se vê (objeto) e aquele que estuda (sujeito cognoscente). Os escolásticos dão ênfase ao verbo inteligir, i. e., “ler interiormente”, sendo o conhecimento intelectual capaz de penetrar até a essência das coisas [STh, IIa IIae, q. 8, a. 1], ou, no linguajar de PLATÃO, uma apreensão pela inteligência²⁷⁷. O Direito também foi caudatário deste verniz teórico, sobretudo com o jusnaturalismo clássico. O intelecto do jurista, aqui, tem de ler dentro das coisas [lat. *intus-legere*]²⁷⁸.

²⁷⁵ EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 5.

²⁷⁶ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, 1987.

²⁷⁷ PLATÃO. *Fédon (ou Da Alma)*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016, p. 227.

²⁷⁸ VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política*. Trad. Ivone C. Benedetti, 2014, p. 23.

2.4 O EMBRIÃO PARA UM DIREITO NATURAL PREOCUPADO COM A ORDEM DO SER

Por direito natural não se deve entender algo como “imutabilidade normativa”, nem como um tipo “moralidade *supralegal*”. Há três razões para tanto: *i*) isto faz do jusnaturalismo clássico algo diverso do que efetivamente é; *ii*) isto é expediente retórico para desqualificá-lo; e *iii*) o direito natural simplesmente não pode ser visto como “imutável”, nem como amontoado de esquemas de “moralidade”. Com efeito, é importante deixar-se claro que nenhum jusnaturalista clássico está aí “contra” a lei. O direito positivo não é dispensável para nenhum jusnaturalista, mesmo para aquele de correntes mais modernas ou aquelas ditas “racionalistas”. Como exemplo disso, consulte-se o artigo de um jusnaturalista como JOHN FINNIS, “Direito natural-direito positivo. Sobre o direito à vida” [*Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida*], em obra organizada por C. I. MASSINI e por P. SERNA²⁷⁹. Noutra obra, o referido autor salienta, a respeito, o seguinte:

A pessoa ou o corpo de pessoas que ‘tem o cuidado da comunidade’ tem o direito de legislar. [...].

Mesmo em um paraíso não contaminado por qualquer vício humano, haveria, segundo Tomás de Aquino, a necessidade de governo e lei, embora não necessariamente um governo ‘político’, ainda menos uma lei coercitiva. Para uma vida social é necessário um considerável somatório de polícias e ações comuns que não podem de outra maneira ser implementadas por um grupo, cujos membros tenham muitas idéias – talvez todas elas boas – a respeito de prioridades e formas de proceder, a não ser através de uma *determinatio* autorizativa [...]. Uma *determinatio*, se for justa e apta a ser autorizativa, deve possuir uma conexão racional com os princípios da razoabilidade prática²⁸⁰.

Em geral, o jusnaturalista trata com deferência o produto normativo da autoridade: *i*] seja por supor que, p. ex., o Código Civil tem a missão de guarnecer uma tradição; *ii*] seja por indicar que que o ato de julgar supõe, por conveniência, uma virtude específica da razão prática, ou seja, a *prudência*²⁸¹; *iii*] seja por considerá-lo enquanto mera roupagem do fenômeno normativo, necessária para responder aspectos mezinhos da realidade [como *por qual lado*

²⁷⁹ FINNIS, John. Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida. In: C. I. MASSINI; P. SERNA (orgs.). *El derecho a la vida*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998, p. 223-244.

²⁸⁰ FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 73-74.

²⁸¹ CARDOSO, Fábio Cardoso. O Direito e a Razão. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 268.

deverá transitar o motorista?], ou até mesmo desnecessário para os direitos humanos²⁸²; ou, finalmente, *iv*] por vislumbrar o direito como um fenômeno único, de modo que não seria correta a atitude metodológica de separar o “direito natural” do “direito positivo”. De acordo com FREDERICO BONALDO, nesta versão jusnaturalista, não há “dois Direitos” (um “natural”, outro “positivo”, estancados), mas, isto sim, o Direito institucional, instalado numa realidade social, pautada na historicidade humana, promulgado pelas autoridades públicas. Esse “único Direito institucional”, diz tal autor, é composto de elementos naturais (= natureza humana ou natureza das coisas) e, também, de elementos culturais (= convencionais), postos em vigência pela vontade do ser humano (= positivos). Sendo assim, o Direito é uma realidade só, em parte natural, em parte positiva²⁸³.

Isso não quer dizer que não existam diferenças entre os arranjos jusnaturalistas e juspositivistas. Eles estão sempre em constante choque e, além disso, o direito natural clássico não é compatível com a radical separação entre ser [*Sein*] e dever ser [*Sollen*], tão marcante nas escolas neokantistas. Aí está, talvez, a mais radical diferença entre cada uma das propostas, tendentes a retroalimentar pautas teóricas das mais variadas em todos os ramos do direito.

Alguns penalistas, por exemplo, acabaram se afastando da estrutura lógico-objetiva da realidade, mergulhando em infinitos esquemas de imputabilidade, já que o nexos de causalidade, lenta e gradualmente, foi perdendo sua importância (isso, primeiro, por exagerada desconfiança dos critérios de nexos de causalidade; e, segundo, por verdadeira fé num sentido normativo que seja totalizante e abarcador de absolutamente todo um sistema — ato contra a metafísica, na medida em que relativiza a força da causa eficiente e enaltece, isoladamente, a força da causa formal). Um desenvolvimento tardio do velho neokantismo, segundo BERND SCHÜNEMANN²⁸⁴.

É dizer: a noção de norma, no jusnaturalismo, é em termos despregada da voluntariedade atrelada a alguma autoridade que “dita” a lei. Tudo isso, porém, com o detalhe de que não se menoscaba o produto normativo de assembleias, parlamentos, cortes etc., devidamente “instalado racionalmente”, pela reta razão, no tecido social, sem menosprezo de critérios ontológicos.

²⁸² Posição interessante em HERVADA, Javier. Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito. Trad. Frederico Bonaldo, com revisão de Alfredo. de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n.º 40, 2019.

²⁸³ BONALDO, Frederico. Um indício da vigência do direito natural na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina: Thoth, 2021, p. 332.

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 67.

A Metafísica grega e escolástica — e, em particular, aristotélica e tomista — é a chave para entender-se o que seria uma norma segundo um jusnaturalista. Diferentemente das propostas modernas e próprias do positivismo, sustentadas num ato externalizado ou imposto humanamente [v. g. *ato de vontade*, em HANS KELSEN²⁸⁵; *pressão social séria*, em HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART²⁸⁶], ARISTÓTELES via nas leis uma qualidade própria das coisas. O âmbito normativo, assim, teria fundamento na causalidade final dos objetos. Por isso, a lei, segundo a ótica tomista, é “um apelo à razão”, sendo “sempre um plano para coordenação através da cooperação livre”²⁸⁷.

Por razões de ordem didática, vejamos um exemplo próprio das dogmáticas jurídicas. A causa final de um imóvel residencial é a moradia do ser humano. A posse de bem (causa eficiente) com tal natureza e finalidade já seria suficiente, na opinião de ARAKEN DE ASSIS, para assegurar a impenhorabilidade própria do bem de família²⁸⁸ (Lei Federal n.º 8.009/1990). A jurisprudência deu conta de assegurar a eficácia retroativa da impenhorabilidade mesmo para penhoras realizadas antes de 1990²⁸⁹. Aliás, as Cortes Superiores frisam que incide a impenhorabilidade “mesmo quando o ocupando do imóvel reside sozinho”²⁹⁰, abarcando “também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”²⁹¹. O que se quer mostrar com tal exemplo é que, pela razão prática, doutrina e jurisprudência afirmam que o imóvel, quando posto para o fim de servir de moradia, tem de ser, em regra, impenhorável, tirante as exceções taxativamente elencadas na legislação em vigor. Trata-se, assim, de uma imbricação de causas (formal e final), separáveis só na analítica da Metafísica (talvez pelo domínio da Lógica), mas não no rigor ontológico diante de todos nós²⁹².

No âmbito dos contratos, pense-se no art. 569 do Código Civil, mais precisamente em seu inciso I, onde se lê que é obrigação do locador “servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse”. Qual é a preocupação da lei, senão a causalidade

²⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 225.

²⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 97.

²⁸⁷ FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 71-72.

²⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282.

²⁸⁹ Enunciado n.º 205 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

²⁹⁰ STJ, EDiv no REsp nº 182233/SP. Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Corte Especial. DJ 06 de fevereiro de 2002.

²⁹¹ Enunciado n.º 364 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

²⁹² Assim, cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 176-177.

final do bem alugado? A causa final de um veículo luxuoso, como uma *limousine*, não é, decerto, para a disputa de “rachas”, nem para transporte de mercadorias pesadas. A causa final de um objeto de tal natureza é diverso, como o de levar a noiva ao casamento. Afrontar tal regra é ato ilícito que confere ao locador o poder de rescindir o contrato e/ou exigir perdas e danos (art. 570). Com efeito, o tema central e mais elementar da visão aristotélica sobre a natureza, depois fundamental para a tábua tomista das virtudes, é a ideia de acordo com a qual a natureza de uma coisa não fornece, somente, o fim para o qual uma coisa é direcionada, mas também as fontes das quais uma coisa atinge seu *telos*: as coisas em si, existentes na natureza, têm princípios interiores que as ordenam para seus fins²⁹³.

Ainda no setor dos contratos, veja-se o art. 582 do Código Civil: o é comodatário obrigado a conservar a coisa emprestada como se sua própria fora, “não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante”. Como ocorre na locação (art. 569, inciso I), mais uma vez impera, aqui, aquela máxima de JESUS CRISTO segundo MATEUS: “assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles lhe façam; pois esta é a Lei e os Profetas” (essa é a “regra de ouro” do *Sermão da Montanha*, capítulos V, VI e VII do Evangelho de MATEUS). Assim, “o empréstimo de um cavalo de corrida não autoriza o comodatário a empregá-lo em outros misteres nem o de um automóvel de passeio a sua utilização como veículo de transporte”, como ilustra MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, que ainda avisa: deve o comodatário “empregar uma diligência *quam suis*”²⁹⁴, cuja tradição tem rico lastro romanístico, já que os textos de JUSTINIANO indicam-no de forma heterogênea e variada, como um verdadeiro “padrão de responsabilidade”²⁹⁵. Tudo se resume na fórmula do “pudente pai de família”, que “traduz a expressão justinianéia de *diligentissimus pater familias*”²⁹⁶⁻²⁹⁷.

²⁹³ “The central and most basic theme in Aristotle’s view of nature, and one which will be central to Aquinas’s account of the virtues, is the notion that a thing’s nature not only provides the end to which a thing is directed, but also the sources from which a thing achieves its telos: things that exist by nature have interior principles ordering them towards their ends” (MCKAY, Angela. Synderesis, Law, and Virtue. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 34).

²⁹⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Fontes das obrigações: contratos. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 325.

²⁹⁵ Cf. ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da diligencia quam in suis no Direito Romano e no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, jan./mar. 2016.

²⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, v. 3. 29.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260.

²⁹⁷ A respeito, veja-se também CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. E, escrevendo sobre a *causa finalis* por trás do ato jurídico segundo TORQUATO CASTRO, cf. COSTA FILHO, Venceslau Tavares; MIRANDA, Roberta Drehmer de; FLORES, Alfredo de Jesus. A causa na posse: proposta de compreensão a partir da contribuição de Torquato Castro e seus pressupostos aristotélico-tomistas. In: SILVEIRA,

Como se percebe, a finalidade do bem é parte da própria coisa. Diante de um consumidor, o produto ou serviço só é bom quando cumprir com a finalidade dele esperada: sua avaliação axiológica sobre algo que comprou do fornecedor é, na também, uma avaliação fática. Um veículo automotor, em regra, não terá vício, nem defeito, se cumprir com sua finalidade primeira, transportar pessoas e coisas do ponto A ao ponto B, além de algumas finalidades anexas, a exemplo do funcionamento correto do ar-condicionado (arts. 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor).

O que constitui a “regra de ouro” nos contratos de locação e de comodato não são os dispositivos do Código Civil. Este apenas a declara, conferindo-lhe uma roupagem (direito positivo), imanência que, afinal, não é necessariamente dispensável para um jusnaturalista.

O jusnaturalismo clássico não se contenta com o radical corte epistêmico entre o que é “só” ontológico, dum lado, e o que é “só” deontológico, doutro lado — postura intelectual, aliás, própria do neokantismo, reação antipositivista²⁹⁸ malograda pela insistente de manutenção do valor da justiça num caráter formal²⁹⁹. Afirma-se que a reação foi malograda porque tais pensadores, fiéis àquele criticismo de IMMANUEL KANT, afirmaram que a validade universal e necessária pressupõe um caráter formal. Daí, então, a feição de uma distinção entre a idéia do Direito e o conceito de Direito e a tentativa de lograr aprioristicamente um conceito de Direito adiáforo, sem conteúdo³⁰⁰.

Levada ao extremo, tal forma moderna de raciocinar fez com que ALESSANDRO LEVI, “um dos mais reputados juristas da corrente crítico-formal”, admitisse a existência de um Direito, de um Ordenamento Jurídico, em toda sociedade, “inclusive nas sociedades de criminosos, sendo necessário distinguir o ponto-de-vista lógico ou gnoseológico [...] de toda e qualquer consideração ética, bem como de toda pretensão deontológica”. Como se vê-, trata-se de conclusão apegada ao princípio da coerência lógica, mencionada por IMMANUEL KANT como o primeiro dos deveres no estudioso de Filosofia do Direito³⁰¹. ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO jamais admitiram conclusão como a de ALESSANDRO LEVI. O direito natural preocupa-se com a conduta humana em nível civilizatório, com a pretensão de regular e apontar a melhor

Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 351 em diante.

²⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

²⁹⁹ O neokantismo “é indubitavelmente positivista, tanto pelo caráter formal do valor da justiça como pela prioridade dada ao valor da certeza; em todo caso, é respaldado pela convicção de que certo grau de justiça é alcançado pela própria forma da juridicidade” (VIOLA, Francesco. Os três renascimentos do Direito Natural no século XX. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 60).

³⁰⁰ REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32.

³⁰¹ REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34-35.

forma de realizar as causas finais das pessoas e, claro, da sociedade. O jusnaturalismo tomista parte da noção segundo a qual até os costumes são, de algum modo, articulados segundo um desejo natural de conhecer a verdade e de desejar o bem, o que nos obriga a pensar o que devemos fazer³⁰². Daí SANTO TOMÁS DE AQUINO ter afirmado, na *De unitate intellectus contra Averroistas*, o seguinte: “se você diz que Sócrates não é simplesmente, mas só algo devido ao conjunto de moventes e movidos, então muitas incoerências seguirão”³⁰³.

Afirma-se que o voluntarismo não pode ser absoluto, sob pena de lastrear, mesmo que eventualmente, a brutal imposição de vontade do “mais forte” sobre o “mais fraco”³⁰⁴. O *slogan* do “estado de direito, não de homens” [*The rule of law not of men*], desde as *Leis* de PLATÃO, a *Política* de ARISTÓTELES, o *Novangelus Paper* de JOHN ADAMS etc., ainda muito forte na cultura jurídica do Ocidente, redonda numa metáfora no mínimo duvidosa: leis, de per si, não governam, e o “estado de direito” é um recorte específico de um governo. Finalmente, pensar apenas na *rule of law* também traz um problema ético, qual seja, supor que as qualidades pessoais dos legisladores [*the human rulers*] para assegurar o “estado de direito” seriam somente um misto de tolerância [*forbearance*] e desinteresse [*disinterestedness*]³⁰⁵.

Não faltam exemplos da jurisprudência adotando, implícita ou explicitamente, o direito natural³⁰⁶ a favor de crianças e adolescentes. Vejamos dois: *i*) a coisa julgada da procedência de pedido anterior de afastamento do lar perde sentido e deixa de ser oponível se, após considerável lapso temporal, os guardiões anteriores resolvam ajuizar ação de guarda com base na alteração da situação fática³⁰⁷; *ii*) possibilidade de excepcionalíssima adoção avoenga quando os avós exerçam, com exclusividade, as funções materna e paterna desde o nascimento do adotado³⁰⁸.

Uma estridente diferença entre as correntes tomistas, de um lado, e libertárias, de outro, reside na apreciação das liberdades do ser humano. Um tomista verá a liberdade como meio (“sou livre para perseguir o bem”); o libertário mais extremado verá, na liberdade, um fim autorreferente (“sou livre porque sou livre e é isto o que importa”).

³⁰² KERR, Fergus. *Thomas Aquinas*. A Very Short Introduction. New York: Oxford University Press, 2009, p. 75.

³⁰³ EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 5.

³⁰⁴ BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Atravessando o inverno com John Finnis: filosofia moral e filosofia do direito. *Estado da Arte - Estádão*, 28 jul. 2019

³⁰⁵ LUBAN, David. *Legal Ethics and Human Dignity*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 99.

³⁰⁶ Para estudo similar, cf. BONALDO, Frederico. Um indício da vigência do direito natural na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 331-349.

³⁰⁷ STJ, REsp n.º 1.878.043/SP. Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma. Julgado em 08 de setembro de 2020.

³⁰⁸ STJ, REsp n.º 1.587.477/SC. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4.ª Turma. Julgado em 10 de março de 2020; STJ, REsp n.º 1.448.969/SC. Rel. Min. MOURA RIBEIRO, 3.ª Turma. Julgado em 21 de outubro de 2014.

Um exemplo para reflexão pode ser colhido em texto de DONALD L. HILTON JR., para o qual há duas perguntas escondidas por trás da pornografia³⁰⁹. A primeira consistiria em saber como, biologicamente, o cérebro acaba sendo afetado por tal conteúdo audiovisual. A segunda residiria no efeito civilizacional disso, ou seja, nos reflexos sociais e humanitários por trás do vício em pornografia.

Para um libertário extremado, a liberdade, uma finalidade nela mesma, legitimaria a própria existência da “indústria pornográfica”. Caso a atriz envolvida contraia uma doença sexualmente transmissível ou sofra lesão psíquica ou física, haverá, no máximo, um “inadimplemento contratual”. Afinal, tudo passa a girar a redor de um “direito de propriedade”, e, igualmente, de uma “liberdade de negociar”. Logo, a pessoa jurídica *x*, produtora de conteúdo audiovisual pornográfico, é livre para contratar a atriz Fulana. Se a última aquiesceu aparecer no vídeo, exibindo seu corpo, basta. Teoricamente, nesta sistemática teórica fechada nela mesma, ninguém teria causado dano a ninguém e, se fosse o caso, haveria mero inadimplemento ou, quando muito, um estudo de “eficácias horizontais” de direitos fundamentais.

Tal estirpe filosófica difere da proposta tomista porque não se preocupa com a liberdade referida aos esquemas teológicos da virtude, do bem, da justiça, da piedade, da compaixão etc. Diferentemente, na ótica de ARISTÓTELES e de TOMÁS DE AQUINO, o desenvolvimento moral da pessoa humana dependerá da realização de ações virtuosas, pois só assim se promoverá o florescimento do ser humano, cumprindo-se sua natureza³¹⁰.

Curiosamente, o liberalismo contemporâneo está tão intelectual e psicologicamente investido na doutrina dos direitos sempre em expansão — direitos de privacidade, direitos dos criminosos, direitos da pornografia, direitos de todos a tudo — que qualquer sugestão das malignas consequências de tal doutrina já soa como uma ameaça à própria ideia liberal³¹¹, cujas vazões teóricas, diante de tantos problemas difíceis de resolver sem um antecedente moral rigoroso, acabam gestando “uma hidramulticéfala”, um “espírito engendador de mil teorias”³¹². A linguagem teológica, com efeito, rejeita a “liberdade de”, preferindo uma “liberdade para”³¹³.

³⁰⁹ HILTON JR., Donald L. *O Mestre da Escravidão: Como a pornografia droga e muda nossos cérebros*. Tradução de Nina Cenni; revisão de Lucas Messali. Publicado no *website* do projeto Contra os Acadêmicos. Disponível em <https://contraosacademicos.com.br/blog/1>. Acesso em 21 fev. 2022.

³¹⁰ “*Since a human being’s moral development depends upon doing virtuous actions, it is necessary to understand what counts as a ‘virtuous’ action in order to know whether it should be done. According to Aristotle and Aquinas, a virtuous action is whatever action that, if done, will promote a human being’s ‘flourishing’ – that is, the fulfillment of their ‘nature’*” (EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 10).

³¹¹ CANAVAN, Francis. *The Pluralist Game*. Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 1995, p. 133.

³¹² SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 55.

³¹³ WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. 2.^a ed. Trad. Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 59.

2.5 O EMBRIÃO COMO CATEGORIA ARISTOTÉLICO-TOMISTA

Dado o exemplo, vejamos o embrião como *categoria aristotélica e tomista*. Antes de avançar-se, é importante frisar que tudo o que segue abaixo é uma decantação de princípios já bem conhecidos por estudiosos tomistas, tanto que serviram de base para a IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA para abordagem de variados assuntos da bioética. O assunto, porém, segue desconhecido para muitos outros estudiosos menos próximos da abordagem deste trabalho³¹⁴. Mesmo entre tomistas há grande debate sobre a visão do embrião, pois os dados científicos que SANTO TOMÁS DE AQUINO teve à sua disposição, evidentemente, eram muito diferentes dos atuais, e, aliás, até equivocados³¹⁵.

De qualquer modo, há um esforço dos pensadores tomistas no sentido de adaptar as lições do Aquinate para o que há de certo dentro das novas balizas cognitivas que a ciência logrou revelar, sobretudo no século XX. SANTO TOMÁS DE AQUINO sofreu influência do hilemorfismo e, igualmente, da embriologia de ARISTÓTELES, chegando a cogitar-se a tese segundo a qual três meses eram necessários para que a alma fosse “insuflada” no corpo humano. Veja-se, adiante, trecho da *Suma* neste sentido [I, q. 76, a. 5]³¹⁶:

Versão latina	Tradução
<i>Natura autem nulli deest in necessariis: unde oportuit quod anima intellectiva non solum haberet virtutem intelligendi, sed etiam virtutem sentiendi. Actio autem sensus non fit sine corporeo instrumento. Oportuit igitur animam intellectivam tali corpori uniri, quod possit esse conveniens organum sensos.</i>	A natureza, no que é necessário, não falta a ninguém. Era preciso, portanto, que a alma intelectualiva possuísse não só o poder de conhecer, mas ainda o de sentir; e, visto que a ação do sentido não se realiza sem um órgão corporal, era necessário que a alma intelectualiva estivesse unida a um corpo apto a servir de órgão para os sentidos.

Tamanha foi a influência de tal visão que ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO, nesse tanto, foram acompanhados pela IGREJA CATÓLICA, um dia adepta da teoria da hominização

³¹⁴ Assim, cf. EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 4.

³¹⁵ AMERINI, Fabrizio. *Aquinas on the beginning and end of human life*. Trad. Mark Henniger. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2013, p. 212.

³¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, v. 2. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 392.

tardia, de maneira que a alma humana só informaria um corpo quando este possuísse um nível de complexidade e de organização “apropriadas para tal forma de vida”³¹⁷.

Tal convicção mudou no começo do século XIX, quando estudos de KARL ERNEST VON BAER³¹⁸ chegaram na conclusão de que há início de vida humana quando o espermatozoide fecunda o óvulo. Isso, aliás, fez a própria IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA visitar seu posicionamento antecedente³¹⁹. ARISTÓTELES chegou a diferenciar a formação do homem e da mulher conforme o lapso temporal do embrião: 40 dias para o primeiro, 90 dias para a última. Sugere-se que ele confundiu o restante da dobra com o pênis (neste estágio da embriogênese). Ademais, uma explicação plausível para que ARISTÓTELES tenha feito a diferenciação entre os 40 dias (para meninos) e os 90 dias (para meninas) é pelo fato de a genitália ser bastante aparente a partir do 90.º dia³²⁰.

É comum dizer-se que o embrião seria, quando muito, “vida em potencial”³²¹. Em termos aristotélicos, contudo, a afirmação merece revisão. A rigor, o embrião é vida *em ato*. Todo ente determinado é mescla de potência e ato enquanto submetido ao devir. O embrião está incluso aí. Ele obviamente está em potência para os próximos passos de seu desenvolvimento, mas também está em ato para seu estado atual. Inclusive, SANTO TOMÁS DE AQUINO distingue o embrião do sêmen, pois o último é completamente privado de vida racional, vegetativa e sensível, ao passo que o primeiro já traz operações vitais³²². ARISTÓTELES, como demonstra ENRICO BERTI, realizou similar distinção:

³¹⁷ AUSTRIACO, Nicanor. Hominização imediata a partir da perspectiva sistêmica. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 109-110.

³¹⁸ VON BAER, Karl Ernest. *De Ovi Mammalium et Hominis Genesi*. Leipzig: Leopold Voss, 1827. Disserta-se, na literatura especializada, que KARN ERNST VON BAER foi o primeiro a utilizar o termo “ZP” (“zona pellucida”; pt. “zona pelúcida”) enquanto decrevia embrião humano (WASSARMAN, Paul M.; LITSCHER, Eveline S. Zona Pellucida Genes and Proteins: Essential Players in Mammalian Oogenesis and Fertility. *Genes*, n.º 12, 2021, p. 2).

³¹⁹ MELO, Evandro Arlindo de; SANCHES, Mário Antonio. A *Evangelium Vitae* e a dignidade do embrião humano. *Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral*, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2015, p. 88.

³²⁰ “We know Aristotle was mistaken in his account of the formation of the male after 40 days and the female after 90 days. By day 53 the external genitalia still appear to be sexless (See Appendix III). It has been suggested that he probably mistook the remainder of the tail fold at day 40 for the penis. All normal embryos would have appeared in this way to be male, while those that were developing abnormally and did not show any part of the tail fold would have been considered to be female. In fact, it should be noted that a large proportion of embryos that are abnormal appear to be undifferentiated and are usually spontaneously aborted. By day 90 the genitalia are quite apparent. This is one plausible explanation for Aristotle’s view that boys are formed after 40 days and girls after 90 days” (FORD, Norman M. *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and science*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 28).

³²¹ Cf., por exemplo: AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização da dignidade da pessoa humana, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, mar. 2002, p. 21. Neste sentido, igualmente, o voto do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-0/DF, Min. Carlos Ayres Britto. Entre os penalistas, Claus Roxin apontou haver, no embrião, somente “forma prévia” do homem (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, p. 168).

³²² AMERINI, Fabrizio. *Aquinas on the beginning and end of human life*. Trad. Mark Henniger. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2013, p. 169.

Aqui [1048b 37 – 1049a 14 de *Met.*] é evidente a diferença entre o sêmen, que não é ainda homem em potência, porque por si só não tem condição de se tornar homem, e o embrião, ou seja, o sêmen depositado no útero e transformado em embrião após a união com a matéria, que ao contrário é considerado explicitamente homem em potência, porque, se não intervêm impedimentos externos, já tem condição de se tornar homem por si mesmo, isto é, por virtude própria. Mas, se o embrião já é homem em potência, ele já deve possuir em ato, como ‘ato primeiro’, a alma que é própria da espécie humana, ainda que não tenha condição de exercer logo todas as suas faculdades, ou seja, possui em ato apenas a faculdade nutritiva e em potências outras³²³.

Sendo assim, não é de todo incorreta a afirmação de que o embrião está *em potência*: há uma potencialidade para as vindouras etapas da organogênese. No entanto, tais potencialidades não desfazem a magnitude de *vida em ato* na figura do embrião.

Por exemplo:

i] o bloco de mármore é *ato*, do qual poderá suceder-lhe uma estátua (*potência*);

ii] se for o caso, a estátua do mármore será *ato*, a qual poderá novamente ser reduzida a pó (*potência*);

iii] o pó do mármore (*ato*) pode ser reaplicado, p. ex., substituindo a massa corrida (*potência*) — e assim sucessivamente.

Adaptados os termos aristotélicos para o campo da embriologia humana, teríamos o seguinte:

i] com a fertilização, há vida em *ato*, sobrevivendo então o zigoto (*potência*);

ii] o zigoto, uma vez formado, é zigoto em *ato*, sendo as clivagens seguintes as *potências* do zigoto³²⁴;

iii] após a primeira clivagem, o ser tem duas células (*ato*), com *potência* para lograr um total de quatro células após a segunda clivagem;

iv] após as clivagens, o *ato* passa ser chamado “mórula”, donde advirá o blastocisto (*potência*) — e assim sucessivamente.

Daí decorre uma constatação: o embrião, vida em *ato*, passa por uma série de acidentes que consubstanciam suas potências — não pode ser “vida em potencial” porque, se fosse, teria

³²³ BERTI, Enrico. *Novos Estudos Aristotélicos*. Física, antropologia e metafísica, v. II. Trad. Silvana Cobucci Leite, Cecília Camarco Bartalotti e Elcio de Gusmão Verçosa Filho. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 180-181.

³²⁴ “Com a fertilização, a célula diploide gerada, o zigoto, sofre divisões mitóticas sucessivas, sem a fase de crescimento do ciclo celular. Essas divisões são denominadas *clivagens*, e as células geradas são os blastômeros” (MONTANARI, Tatiana. *Embriologia. Texto, atlas e roteiro de aulas práticas*. Porto Alegre: Edição do autor, 2013, p. 54).

de alterar sua própria substância, algo evidentemente inócua³²⁵ (confira-se, sobretudo, o item n.º 2.2 deste trabalho, *supra*). Com efeito, o nascituro há de nascer, embora, evidentemente já esteja gerado (“o que há de nascer, o que está gerado, mas ainda não nascido”, conforme JOÃO MANOEL DE CARVALHO SANTOS³²⁶).

Com outras palavras, o Min. MENEZES DIREITO, em seu voto na ADIn n.º 3.510, envolvendo a Lei de Biossegurança, trouxe considerações críticas parecidas a respeito da opinião expressada pelo Min. AYRES BRITTO, não aceitando a distinção “ato” e “potência” para o caso do embrião, pelo menos não na linguagem aristotélica. Veja-se:

O texto de Anne Fagot-Largeault (**Embriões, Células-Tronco e Terapias Celulares: Questões Filosóficas e Antropológicas**, in Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 18ª ed, 2004, pág. 234), mencionado pelo Ministro Carlos Britto, na minha avaliação, revela essa dificuldade conceitual entre as duas conotações de ‘potência’. É que não tenho por compatível, na perspectiva aristotélica, a afirmação de que a atualização é promovida por outrem de fora. A atualização, na verdade, está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo **in vitro**, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. A fertilização **in vitro** não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar.

Note-se, ademais, que a própria formação do sistema nervoso envolve um complexo gigantesco de processos fundamentais, uns aparentes desde a fase da embriogênese, outros mais marcantes em fases posteriores³²⁷. Vislumbrado como “ente isolado”, trata-se, igualmente, de mescla de potência e ato enquanto submetido ao devir. Tem acidentes internos, atualizados com o mero passar do tempo. Na dicção de NICANOR AUSTRIACO: “o embrião é a causa eficiente de seu próprio desenvolvimento da mesma forma que o corredor é a causa eficiente de sua corrida”³²⁸.

³²⁵ PINHEIRO, Victor Sales. *Dignidade da pessoa humana – fundamentos filosóficos*. 2º Seminário Online de Bioética Personalista: Bioética e Dignidade Humana. Centro de Bioética da Amazônia, s. d.

³²⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Nascituro*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d., p. 15.

³²⁷ Citação indireta e tradução livre da seguinte lição: “*En la formación del sistema nervioso están implicados muchos procesos fundamentales. Algunos de éstos predominan en ciertas etapas de la embriogénesis; otros se presentan sólo en una fase limitada y en localizaciones restringida*” (CARLSON, Bruce M. *Embriología humana y biología del desarrollo*. 2.ª ed. Trad. Jaime Ignacio Pedraza Forero, com revisão de Antonio Javier Puerta Fonollá. Madrid: Ediciones Harcourt, 2000, p. 214).

³²⁸ AUSTRIACO, Nicanor. Hominização imediata a partir da perspectiva sistêmica. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 127.

Do ponto de vista tomista, a colocação de CARLOS ALBERTO BITTAR é perfeita: “sendo a pessoa a união entre o elemento espiritual (alma) e o elemento material (corpo), exerce este a função natural de permitir-lhe a vida terrena: daí porque, em sua integridade, deve ser conservado e protegido na órbita jurídica”³²⁹. Aliás, afirma-se até que SANTO TOMÁS DE AQUINO já admitia, na *Suma Teológica*, o transplante de partes extraídas de animais, o que se justificava “com o princípio de que as coisas imperfeitas subsistem por causa das coisas perfeitas”. Sendo assim, “por desígnio da vontade Divina era lícito o uso das plantas em favor dos animais, e dos animais a favor do homem, com exceção das glândulas gerativas, porque a operação resultaria degenerativa da espécie e atentatória ao D[ireito] natural e à moral”³³⁰. Não sem razão, consta do prefácio da obra “Embriologia Molecular – Métodos e Protocolos” [*Molecular Embryology – Methods and Protocols*], organizada por PAUL T. SHAPE e por IVOR MASON, ser até óbvio que considerações éticas impeçam estudos experimentais de embriões humanos. Além disso, tais autores também enfatizam que, felizmente, a embriologia experimental soube avançar com estudos dos processos fundamentais a partir da maioria dos animais³³¹.

A questão central, doravante, é a de especular-se se, afinal, o embrião humano, visto como vida em ato, pode ou não ser “objeto” de negócios jurídicos.

É importante frisar, antes de tentarmos esboçar alguma resposta, que “objeto”, aqui, quer dizer algo mais restrito que, p. ex., um “objeto epistêmico”. O objeto do negócio jurídico não seria exatamente a mesma coisa que o objeto da teoria do conhecimento. De algum modo, a primeira metade deste texto foi uma tentativa de vislumbrar o embrião como objeto da gnosiologia: segundo o próprio TOMÁS DE AQUINO, cujo aristotelismo lhe é peculiar, a maneira mais adequada de estudar a natureza humana é começar com os objetos que formam nosso

³²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 78.

³³⁰ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 158.

³³¹ “Most people have some interest in embryos; this probably results, in part, from their interest in understanding the biological origins of themselves and their offspring and, increasingly, concerns about how environmental change such as pollution might affect human development. Obviously, ethical considerations preclude experimental studies of human embryos and, consequently, the developmental biologist has turned to other species to examine this process. Fortunately, the most significant conclusion to be drawn from the experimental embryology of the last two decades is the manner in which orthologous or closely related molecules are deployed to mediate similar developmental processes in both vertebrates and invertebrates. The molecular mechanisms regulating processes fundamental to most animals, such as axial patterning or axon guidance, are frequently conserved during evolution” (SHARPE, Paul T.; MASON, Ivor. *Molecular Embryology. Methods and Protocols*. Totowa: Humana Press, 1998, p. v).

ambiente, aí inserido, particularmente, os seres humanos que podemos tocar, ver, ouvir e cheirar³³².

Doravante, portanto, o problema passa a ser dogmático-jurídico, bifurcado em duas perguntas: **1.ª)** o objeto do negócio jurídico pode envolver os acidentes do embrião humano?; e **2.ª)** inserir o embrião como objeto de negócios jurídicos não seria sua coisificação? A pista para responder-se intrigantes perguntas passa por algo já sintetizado anteriormente: só pode haver florescimento humano se suas capacidades “materiais” forem definidas pelas vias da virtude³³³.

Tais perguntas são fundamentais para o Direito como um todo, já que não existe relação jurídica que não se subordine à existência desses dois sujeitos: o ativo, isto é, o credor [ou, ainda, *exequente, autor, demandante, locador, vendedor* etc.], o titular, e o passivo, o devedor [ou, ainda, *executado, réu, demandado, locatário, comprador* etc.], o subordinado na relação obrigacional³³⁴ [ou, também, relação com ônus, exceção, faculdade, sujeição etc.]. Tão grandiosa importância é esta matéria que RUDOLF VON IHERING proclamava a sua precedência no estudo do direito (*Espirit du Droit Romain*)³³⁵. Eis a *Rechtsfähigkeit*: palavra que, na dogmática de estirpe germânica, abrange a titularidade de direitos e de deveres³³⁶. Parece mesmo “inatacável” a assertiva segundo a qual a personalidade e a capacidade jurídicas “possuem valia basilar para toda a disciplina civil e tradicional, e o destaque que lhes dá a teoria teutônica da relação jurídica, numa ordem jurídica valorizadora do indivíduo, apenas vem a corroborar tal posição”³³⁷. Trata-se de evidente consequência metafísica, conforme já sinalizado no subcapítulo n.º 2.2, *supra*, quando se fez um estudo acerca da *relação* enquanto categoria que supõe a substância.

Embora não seja o centro problemático deste trabalho, vale tecer algumas palavras, ainda que num raciocínio analógico com as premissas já expostas, sobre o problema da “barriga de aluguel”, curiosamente chamada de “maternidade por sub-rogação” [it. “*maternità per*

³³² ASHLEY, O. P. Benedict M. The Anthropological Foundations of the Natural Law. A Thomistic Engagement with Modern Science. In: GOYETTE, John; LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. (orgs.). *St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition*. Contemporary Perspectives. Washington: The Catholic University of America Press, 2004, p. 8.

³³³ “A human being’s nature, as described above, is determined by their substantial form, which provides the set of capacities – vegetative, sensitive, and rational – that define them as a ‘rational animal’. Human flourishing involves actualizing these definitive capacities such that a virtuous human being is the most ‘perfect’ – that is, most complete or fully actualized – human being there can be” (EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 10).

³³⁴ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 29-30.

³³⁵ ST.ª MARIA, José Serpa de. *Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral*. Campinas: Julex, 1987, p. 21.

³³⁶ BORCHARDT, Klau-Dieter. *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis. Viena: Facultas Verlags- und Buchhandels, 2015, p. 107.

³³⁷ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

surrogazione” ou “*maternità surrogata*”]. Na Itália, a prática é expressamente vedada pela *Legge 19 febbraio 2004*, n.º 40, chamada “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”. O item n.º 6 de seu art. 12 tipifica a conduta de quem, por qualquer forma, realizar, organizar ou tornar pública a comercialização de gametas/embriões ou a “maternidade por sub-rogação”, mediante imposição de pena de preclusão de 3 meses a 2 anos, além de multa de € 600 mil a 1 milhão³³⁸. Para os escritores italianos, tal previsão legislativa eliminou qualquer dúvida a respeito de qualquer tendência para tornar a prática admissível³³⁹.

O assunto, aqui, ganha contornos ainda mais complexos, pois aí entra em jogo não somente a dignidade do embrião, mas da própria mulher (vide capítulo n.º 2.3, *supra*, sobretudo o que se disse a respeito do aspecto metafísico só accidental sobre a diferença de sexos). Além de uma vedação pela lei natural, o direito positivo brasileiro já coibiria sua prática através do art. 13, *caput*, do Código Civil, pois o “uso” de seu útero de forma onerosa seria verdadeiro “ato de disposição do próprio corpo”. Ademais, a prática contraria os bons costumes, já que mulher e embrião, dois seres dignos, tornam-se alvo de atitudes mercadológicas, especulativas, negociais e quaisquer outros atributos imanentes que possam ser cogitados.

Isto lançaria mulher e embrião, a um só tempo, para assuntos econômico-jurídicos.

Não surpreende, assim, a posição da IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA: qualquer forma de maternidade substitutiva — a posição, note-se bem, não é contra a adoção, instituto completamente diferente — representa uma falta objetiva contra as obrigações do amor materno, da fidelidade conjugal e da maternidade responsável; ofende a dignidade e o direito do filho a ser concebido, levado no seio, posto no mundo e educado pelos próprios pais; em prejuízo da família, instaura uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que a constituem³⁴⁰.

Curiosamente, mesmo uma perspectiva filosófica moderna, como a de IMMANUEL KANT, apontaria a afronta à dignidade da pessoa humana também nesses casos da “barriga de aluguel”³⁴¹. Para ele, o ser humano não é uma coisa e, portanto, não é um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio. Pelo contrário: “deve ser considerado sempre em todas

³³⁸ “*Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro*”.

³³⁹ CECCHINI, Stefania. Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale. *Rivista di BioDiritto*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, n.º 2, 2019, p. 330.

³⁴⁰ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, 1987.

³⁴¹ Como, aliás, fundamenta a dignidade do próprio embrião. Assim, cf. LUNA CONDE, José Manuel. La dignidad del embrión humano vista pragmáticamente, *Revista de Filosofía Inconfidentia*, v. 1, n.º 1, Mariana, jul./dez. 2013, p. 14.

as suas acções como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar”³⁴².

Noutra passagem (em outra edição e outra tradução), lê-se o seguinte: “o homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. De maneira todo ser humano “ele tem de ser considerado *simultaneamente como fim*”.

KANT pede ao leitor, então, para agir de tal maneira que use a humanidade, tanto na pessoa do leitor como na pessoa de qualquer outro, “*sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”³⁴³.

É possível sustentar, nas bases kantianas (nem há necessidade de buscar-se o tomismo³⁴⁴), que a dignidade é, pois, a exigência *a priori*, fundamentada em si mesma, de respeitar-se o ser humano como um fim em si mesmo, numa máxima inegociável, acima de todo e qualquer preço, com valoração íntima e não relativa. Não deixa de chamar atenção, porém — e nesse tanto temos diferença clara em relação aos pressupostos filosóficos de SANTO TOMÁS DE AQUINO —, que KANT chega a cogitar uma tese de legitimação do suicídio para evitar-se um “estado indigno” [*würdelosen Zustand*]³⁴⁵.

Ainda na ótica kantiana, *coisas* têm *preços*. O ser humano não poderia ter preço, aí inseridos, logicamente, embrião e mulher (conforme demonstração analítico-aristotélica exibida em no segundo capítulo, *supra*). Não é à toa que a doutrina aduz que os direitos da personalidade “são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio”³⁴⁶. O ser humano tem valor inestimável, e este valor é, justamente, a dignidade da pessoa humana. Isso não está na senda egoística do sujeito cognoscente: está na pessoa em si, impondo-se contra todos. As coisas são meios; as pessoas são fins. A nulificação da finalidade humana é, precisamente, a violação da dignidade da pessoa humana.

Por isso, trata-se de cláusula constitucional a ser invocada muito raramente (art. 1.º, inciso III, da Constituição da República), sob pena de banalização. O direito natural vislumbra a forma pela qual os atributos ontológicos se comportam dentro do tecido social e da realidade. A lei natural orienta o homem para seus devidos fins, que devem ser benéficos (bons), baseados

³⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 70.

³⁴³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 25.

³⁴⁴ Tentando compatibilizar a ética aristotélica com a ética kantiana, vide FRANÇA, Gustavo. Kant e Aristóteles como paradigmas da ética normativa: uma separação intransponível? *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 23, n.º 33, 2020. Não é nosso objetivo, aqui, buscar tamanha profundidade.

³⁴⁵ LÜCKE, Sebastian. *Kant über Suizid*. Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Philosophie der Universität Mannheim, 2020, p. 107.

³⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 186.

num princípio de virtude, dentro de um conceito moral (visar fazer o bem). Um dos atributos do direito natural é o princípio da justiça (dar o que é devido segundo o grau de merecimento de cada um), conforme se estudou anteriormente. “O direito”, avisava WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “é constituído *hominum causa*, êle não existe senão entre homens. Os animais estão excluídos de seu raio de ação”³⁴⁷.

Além da Itália, identificou-se a proibição da “barriga de aluguel” na Alemanha. Há tutela penal para o assunto, havendo elástico tipo penal para a conduta de realizar inseminação artificial para, após, deixar-se o filho com um terceiro de forma permanente [pt. “mãe de aluguel”; al. “*Ersatzmutter*”]. É o que se lê da Lei de Proteção de Embriões [*Embryonenschutzgesetz* — ESchG]. A legislação alemã também traz vedações na sua Lei de Adoção [*Adoptionsvermittlungsgesetzes* — AdVermiG], havendo proibição, inclusive, para quem se portar como uma “agência” em prol de tal ato.

³⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 63.

3 RECORTE DOGMÁTICO-JURÍDICO: NEGÓCIO BIOJURÍDICO ENVOLVENDO O EMBRIÃO

Já foram expostas as categorias mais tradicionais dos fatos jurídicos *lato sensu* e, inclusive, já se foi feita demonstração analítica e axiológica para posicionamento do negócio biojurídico, figura mais próxima, ousa-se dizer, do ato jurídico *stricto sensu*.

Chega-se, assim, ao último passo deste trabalho, que é o de revisitar o negócio jurídico diante de um problema por trás do embrião enquanto objeto fático-jurídico. A solução da questão, segundo o jusnaturalismo próprio do tomismo, indica resposta negativa para a pergunta posta no título da dissertação, e isso desde o plano de existência. Sendo assim, o embrião não pode ser “objeto” de nenhum ato jurídico.

A exposição da tese dar-se-á não somente de um ponto de vista jusfilosófico, mas também num plexo dogmático, argumentativo e analítico dividido em conformidade com os planos negociais: existência, validade e eficácia. Cada qual comporá uma seção específica (itens 3.1, 3.2 e 3.3, *infra*, respectivamente).

Os alicerces jusfilosóficos expostos no capítulo segundo descambam, a partir de agora, numa proposta de estruturação jurídico-dogmática para os negócios biojurídicos envolvendo seres humanos, em postulados metajurídicos (direito natural) e, igualmente, na construção doutrinária que se diz “científica” (direito positivo).

3.1 O ASSUNTO ENQUANTO PROBLEMA DE EXISTÊNCIA JURÍDICA

O item n.º 3.1 deste trabalho procura conjecturar como o embrião/nascituro se amoldaria na teoria da relação jurídica, sendo a “relação”, vale lembrar, a quarta categoria aristotélica, necessariamente situada entre duas substâncias (que constituem, por lógica, a primeira categoria). A categoria da relação [πρός τι], como já sinalizado, supõe a substância [οὐσία]. Pode haver substância sem relação, mas é impossível pensar-se numa relação sem substância.

Caso seja o embrião sujeito de direitos, não poderá ser objeto negociado. E, caso resolva-se tratá-lo como objeto, haverá afronta à sua dignidade. Para tanto, é necessário resgatar, ainda que brevemente, o estudo da pessoa natural, fundamental para a civilística, entrelaçando a temática com a teoria da relação jurídica.

Com efeito, é a partir da identificação do termo pessoa que deflui o vocábulo sujeito, elemento fundamental para estruturação da própria teoria geral do direito privado e, por

consequente, de outros termos conceituais igualmente importantes, a exemplo dos direitos subjetivos, dos direitos fundamentais, dos direitos inatos, da personalidade, da capacidade e assim por diante³⁴⁸. Tamanha é a importância da questão que RUDOLF VON IHERING teria dito que a relação jurídica está para o Direito assim como o alfabeto está para a palavra³⁴⁹. A comparação ganha força se pararmos para pensar que qualquer ser humano, antes de escrever, aprende, primeiramente, a ler. Assim se dão os passos de formação do jurista: primeiro entende-se a estrutura básica de seu nicho de relação social... Só depois é que há segurança para navegar-se com maior profundidade sobre uma dada matéria, como se dá com a relação processual, com a relação tributária, com a relação obrigacional etc.

A partir disso, tentar-se-á demonstrar, segundo a filosofia aristotélico-tomista, que o embrião/nascituro jamais pode configurar como objeto de relação jurídica, a não ser que haja expresso e deliberado aceite da tese segundo a qual isto configura uma violação à dignidade humana, seja no plano constitucional-imamental (art. 1.º, inciso III, da Constituição da República), seja no plano jusnatural-transcendental (lei natural). Não poderia ser diferente. Ao lado da própria religião e da própria moral, o Direito está nessas “ordens de mandamento que somente ao homem se dirigem”³⁵⁰. Há problema lógico-deontico na contratualização (ou na gestão de atos *stricto sensu*, que seja) envolvendo a “obrigação de fazer embriões”. Adiante, vejamos os fundamentos centrais de tal afirmação.

As normas jurídicas “são em geral acompanhadas de sanções para prevenir sua desobediência. E a sanção só pode subsistir tendo como pressuposto a responsabilidade, conceito que não podemos relacionar com o da pessoa”³⁵¹. Tal especulação é valorosa, pois já vimos que há bens básicos (*basic goods*), finalidades neles mesmos, que preenchem os aspectos fundamentais da pessoa humana — quem age em prol do bem humano (*human good*) não age numa senda individual, retroalimentada só no “eu”, mas, isto sim, na causa de todos os outros (alteridade), pois o tecido social também requer a amizade (*friendship*) e preocupação (*concern*), bens básicos do bem-estar humano (*human well-being*)³⁵².

³⁴⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

³⁴⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213.

³⁵⁰ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 22.

³⁵¹ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 22.

³⁵² TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009, p. 21.

O objeto negociado “é o conteúdo da declaração, consubstanciado nas cláusulas e nas disposições estabelecidas pelas partes”³⁵³. Na verdade, o objeto é elemento apriorístico de toda e qualquer relação jurídica. Os portugueses, sempre com alguma oposição entre os juristas de Lisboa e de Coimbra, bifurcam-no em objeto imediato e objeto mediato. Diz-se, p. ex., que o primeiro encerra o “direito-vinculação”, ao passo que o segundo tem de ser visto como o “bem” assegurado ao sujeito ativo (prestação no direito obrigacional; coisa nos direitos reais). Na relação obrigacional, se a conduta do devedor se reportar a uma coisa, a exemplo do sujeito que se obriga a construir um muro, este último será “objecto da prestação”, i. e., “do objecto mediato da relação jurídica”. Neste caso, “fala-se em *objecto submediato* ou *objecto de terceiro grau*”³⁵⁴.

Surge um problema grande, assim, quando se percebe que a doutrina salienta que o objeto, ao menos em princípio, “é delineado pelas partes”³⁵⁵. Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, por objeto do ato se deve entender “a atribuição específica que as normas jurídicas lhe imputam”, a descambar nas “alterações que ocorrem nas esferas jurídicas dos figurantes por força da criação, modificação ou extinção de relações jurídicas dele (ato jurídico) resultantes”³⁵⁶. Num primeiro momento, é natural pensar-se em objeto como uma coisa, “sobre a qual o titular pode praticar certos atos”³⁵⁷. Alguém poderia sustentar, porém, que um contrato biojurídico pela confecção de embrião X ou Y teria mera “obrigação de fazer” como “objeto” prestacional. No entanto, ele continuaria sendo “objeto” em tal perspectiva (ainda que “submediato” ou “de terceiro grau”, conforme LUÍS A. CARVALHO FERNANDES). O sentido primitivo da palavra objeto é, justamente, “o que jaz em frente de (*ob + jacere*)”, de maneira que por objeto da relação jurídica deve-se entender “a realidade que se encontra perante os sujeitos”³⁵⁸. A teoria das categorias aristotélicas reforça similar visão já que, de acordo com ROBERTO MALLETT, ela trata tudo aquilo que existe como substância: a coisa/pessoa está na existência “por si mesma”³⁵⁹ (e isto vale para o embrião).

³⁵³ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 353.

³⁵⁴ FERNANDES, Luís. A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Introdução, pressupostos da relação jurídica. 6.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 110.

³⁵⁵ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 353.

³⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

³⁵⁷ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 142.

³⁵⁸ FERNANDES, Luís. A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Introdução, pressupostos da relação jurídica. 6.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 110.

³⁵⁹ MALLETT, Roberto. *O sentido da ação humana*. Notas de aula, 2022.

Ademais, não se pode ignorar o fato de o embrião, ele próprio, portar direitos da personalidade. Não à toa, reconhece-se no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, só para exemplificar, o seguinte:

- o nascituro pode pleitear indenização por danos morais³⁶⁰, p. ex. em virtude do falecimento de seu genitor³⁶¹, argumentando-se, inclusive, que o dano moral, sendo lesão a direito da personalidade, implica analiticamente na admissão da caracterização de dano de tal estirpe em relação ao nascituro, já que, “além de seus direitos estarem resguardados (art. 2.º do CC/2002), à luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito”³⁶²;
- a morte do nascituro num acidente automobilístico autoriza percepção de seguro obrigatório (DPVAT), pois “garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais”³⁶³, sendo certo que o STJ já reconheceu o direito dos pais de receberem indenização do seguro DPVAT num caso em que mulher grávida foi atropelada, ocasionando morte do feto que contava com 35 semanas de gestação³⁶⁴;
- o nascituro pode pleitear danos estéticos³⁶⁵;
- impossibilidade de expulsão de estrangeiro no caso de sua esposa estar grávida³⁶⁶, sendo a concepção um fato jurídico *stricto sensu* capaz de suspender o processo em tais casos³⁶⁷;
- mesmo que ocupe cargo comissionado, a exoneração encontrará limitações caso a servidora esteja grávida, a qual fará jus à estabilidade provisória com a mera confirmação objetiva do estado fisiológico da gravidez, dada a imposição constitucional e convencional de proteção à maternidade e ao nascituro³⁶⁸;

³⁶⁰ STJ, Ag n.º 1.268.980/PR. Decisão monocrática do Min. HERMAN BENJAMIN. DJ de 02 de março de 2010.

³⁶¹ STJ, REsp n.º 399.028/SP. Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4.ª Turma. Julgado em 26 de fevereiro de 2002.

³⁶² STJ, Agravo em REsp n.º 150.297/DF. Decisão monocrática do Min. SIDNEI BENETTI. DJ de 10 de dezembro de 2012.

³⁶³ STJ, REsp n.º 1.415.727/SC. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4.ª Turma. Julgado em 04 de setembro de 2014.

³⁶⁴ STJ, REsp n.º 1.120.676/SC. Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3.ª Turma. Julgado em 07 de dezembro de 2010.

³⁶⁵ STJ, AgRg no Ag n.º 1.092.134/SC. Rel. Min. SIDNEI BENETTI, 3.ª Turma. Julgado em 17 de fevereiro de 2009.

³⁶⁶ STF, HC n.º 114.901/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 18 de dezembro de 2018.

³⁶⁷ STF, HC n.º 29.873/SP. Rel. Min. LAUDO DE CAMARGO, Plenário. Julgado em 1947 (RT 182/438-442).

³⁶⁸ STF, RE n.º 1.170.558/AM. Rel. Min. LUIZ FUX. Julgado em 25 de abril de 2019.

- possibilidade de postergar exame que utilize Raio X em candidata de concurso público que seja gestante, não só numa atitude respeitosa com a própria mãe, mas também para proteger-se a saúde do próprio nascituro³⁶⁹ etc.

Com razão, PAULO NADER salientou que a pessoa natural é o ponto de partida e o alvo, direto ou indireto, de todas as construções jurídicas, de modo que é natural pensar-se no seu estudo como uma exigência *a priori* lógica para compreende-se o fenômeno jurídico. Antes de se buscarem as fórmulas legislativas para a regência dos fatos em geral, diz, é necessário que se investigue “o *ser dotado de razão*, a fim de se revelar a sua natureza, índole, anseios, valores. A pessoa física, por seu conjunto de caracteres, é quem dita ao legislador a teleologia da ordem jurídica”³⁷⁰. E “é inatacável”, frisa GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “a assertiva de que a personalidade e a capacidade jurídicas possuem valia basilar para toda a disciplina civil e tradicional, e o destaque que lhes dá a teoria teutônica da relação jurídica, numa ordem jurídica valorizadora do indivíduo, apenas vem a corroborar tal posição”³⁷¹.

Perfilha-se, aqui, a teoria personalista da relação jurídica (em detrimento da teoria normativista). GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO assim define a primeira:

para os *personalistas*, a relação jurídica se estabelece entre pessoas, as quais estabelecem entre si um dado *vínculo juridicamente qualificado* (e socialmente pré-existente); em um dos pólos dessa relação, estabelecem-se os direitos, os poderes, as faculdades (pólo ativo), sendo certo que no pólo oposto surgem situações de obrigação, de sujeição, de deveres (pólo passivo). Esse vínculo juridicamente qualificado pode se referir (i) a duas pessoas, quando cada uma ocupará um dos pólos da relação; (ii) a um número finito de seres, em que um ou mais de um indivíduo ocupará o outro pólo; ou pode, ainda, (iii) tal vínculo se estabelecer entre um número infinito de seres humanos, quando todos os demais terão o dever de respeitar uma determinada situação jurídica, como acontece com alguns direitos reais ou no caso dos direitos da personalidade³⁷².

Mais sucintamente, pode-se dizer, com o apoio de SILVIO RODRIGUES, que “afirmar que o homem ter personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”³⁷³. E, com maior precisão — em cotejo com as premissas filosóficas aqui assumidas

³⁶⁹ STF, RE n.º 1.151.163/CE. Decisão monocrática do Min. EDSON FACHIN, de 30 de agosto de 2018.

³⁷⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 181.

³⁷¹ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

³⁷² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Pessoa Física e Relação Jurídica. In: VASSILIEF, Sílvia (coord). *Direito Civil*, Teoria Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

³⁷³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35.

—, a personalidade é o que permite ser e ter situação jurídica (no linguajar aristotélico: faz parte do horizonte de potencialidades da pessoa humana compor um dos pólos de uma relação jurídica). É isso o que significa o mantra segundo o qual “*pessoa é o ente a que se atribuem direitos e obrigações*”; ou, em linguagem jurídica, “*sujeito dos direitos*”³⁷⁴ (e vale acrescentar, conforme exposto no capítulo primeiro, dos ônus, dos deveres, das faculdades, das obrigações, da sujeições...). Daí SILVIO DE SALVO VENOSA falar que a personalidade jurídica não é em si um direito; é, em verdade, um conceito basilar sobre o qual se apoiam os direitos³⁷⁵. A personalidade jurídica está para a substância do ente assim como as cargas eficaciais que o circundam estão para as outras categorias.

A personalidade é um atributo do ser humano, podendo ser definida como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil”, sendo verdadeiro “pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica”³⁷⁶. O só fato de o ser humano existir, estar vivo, lhe confere “aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Essa aptidão genérica do sujeito (da *pessoa*) para ser titular de direitos e obrigações denomina-se *personalidade jurídica* e acompanha o sujeito por toda sua vida”³⁷⁷.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 prescreve, no seu dispositivo inaugural, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A redação foi praticamente a mesma no art. 2.º do Código Civil de 1916: “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Aí estava, dizia MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, “o princípio do nosso Código Civil, aliás o de todos os códigos de nações cultas”³⁷⁸. E a redação do Código de 1916, neste ponto, seguiu a definição dada por MARCEL FERDINAND PLANIOL³⁷⁹.

Curiosamente, a técnica legislativa da segunda metade do século XX parece ter sido diversa. O Código Civil de Portugal (Decreto-Lei n.º 47.344/1962), p. ex., define “de maneira mais direta”, digamos assim, que “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida” (artigo 66.º). Os italianos, no *Codice Civile* (de março de 1942), aduzem, também diretamente, no art. 1.º: “*la capacità giuridica si acquista dal momento dela nascita*” (“a capacidade jurídica se adquire desde o nascimento”, numa tradução livre). Antes disso, o

³⁷⁴ LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 148.

³⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.

³⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

³⁷⁷ SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

³⁷⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos, v. I. 2.ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 254.

³⁷⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos, v. I. 2.ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 255.

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha, de 1896) já expressou, no § 1.º (*Beginn der Rechtsfähigkeit*) “*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*” (em tradução livre: “a capacidade legal do ser humano começa a valer do dia em que se completar o nascimento”). O art. 31 do Código Civil Suíço (*Zivilgesetzbuch — ZGB*), em vigor desde 1912, tem redação parecida: “*art. 31. 1 Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. 2 Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird*”.

Similar ao direito brasileiro, o *Código Civil* do Peru (*Decreto Legislativo n.º 295*, de 1984) tem seu art. 1.º redigido da seguinte maneira:

TÍTULO I
Principio de la Persona

Sujeto de Derecho

Artículo 1.º *La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.*

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

O *Código Civil de Uruguay*, de janeiro de 1869, diz no item n.º 21 que são pessoas todos os indivíduos da espécie humana: “*son personas todos los individuos de la especie humana*”.

É sempre aberta, aqui, a discussão civilística acerca do início da personalidade jurídica. Defender-se-á, após exposição relativamente exauriente de cada qual, que, a rigor, não há distinção entre ambas. A teoria natalista bem resolve assuntos patrimoniais, centrada que está na vazão das potencialidades do nascituro/embrião caso ele faleça antes do parto; a teoria concepcionista tem vocação mais apropriada para direitos da personalidade, fincando observações desde a substancialidade categorial do embrião/nascituro.

Nenhuma teoria, porém, menospreza a condição ontológica do embrião/nascituro, como se demonstrará adiante. Há exceção para alguns civilistas que, dizendo-se natalistas, acabaram por imbricar as zonas jurídicas da eficácia de atos e objetos jurídicos com a própria existência do ser no ventre materno.

Basicamente, as duas teorias (natalistas *versus* concepcionistas) debatem o início da personalidade jurídica conforme pontos de vistas que variam somente de forma aparente. A personalidade jurídica da pessoa natural está no plano do dever ser, embora o jusnaturalismo traga a exigência de vislumbrar-se o assunto sem que seja menoscabado o plano do ser.

Dentro do espectro da teoria geral do fato jurídico, a questão está claramente situada no âmbito da existência. Analiticamente, não “se tem” personalidade jurídica. “Se é”. O leitor desta dissertação é sujeito para o direito [ente ou substância no plano metafísico]. Quem diz: “Fulano tem personalidade jurídica” quer dizer, em verdade, que “Fulano é pessoa”, pois é sujeito para o direito. Questões como “capacidade de fato” e “capacidade de direito” repercutem em outros trechos analíticos: a primeira se situa na existência; a segunda está validade (supondo existência). Se, por exemplo, “A” tem 20 anos, pode-se partir da premissa de que aí temos alguém que existe como sujeito de direito (personalidade jurídica), que este alguém pode celebrar negócios livremente (capacidade de fato — um horizonte de suas potências), trazendo-lhe ônus, deveres, obrigações, direitos, sujeições etc. (capacidade de direito — vazão categorial de tudo aquilo impregnado acidentalmente ao ente).

Ainda que os fundamentos tomistas façam-me defender, do ponto de vista jusnaturalista, a teoria concepcionista³⁸⁰, é inegável que o Código Civil adotou a teoria natalista, pelo menos de acordo com a literalidade de seu art. 2.º, de acordo com o qual “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Mas mesmo a adoção do natalismo não desfaz a magnitude ontológica do embrião, pessoa que é desde a concepção, como se demonstrará oportunamente.

Parte da doutrina faz certa confusão com a redação acima exibida, argumentando que ela teria dado margem para outras correntes. Uma análise literal não afasta, porém, a tese de que o Código de 2002 é, sim, natalista. Isso não significa que o sistema jurídico tenha dito: “não há, aí, ser digno desde a concepção”. Na verdade, há apenas uma vazão normativa para resolução de assuntos mais práticos.

De qualquer forma, é importante salientar que o legislador, no texto legal em questão, não intencionou apresentar delimitação conceitual, mas, isto sim, reproduzir um sentido que já era consagrado na tradição jurídica³⁸¹. Trata-se de uma linha tradicional de nosso direito: o Código Civil de 1916 anunciou, em seu art. 4.º, que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Esta tradição é noticiada também por MARCO AURELIO S. VIANA, cujas lições seguem abaixo:

³⁸⁰ Esta também é a postura de SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA: “ao tratarmos do início da vida, invocamos como argumento filosófico, a doutrina aristotélico-tomista segundo a qual, desde a concepção, o homem traz em si o germe de ser racional” (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 683).

³⁸¹ É o que se nota em CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa. O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2012, f. 19.

a solução era conhecida do direito romano que, tal como se dá com o direito brasileiro, resguardava os direitos do nascituro. O feto antes do nascimento considerava-se um produto do corpo humano, não uma pessoa, mas uma parte das vísceras maternas — ‘Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum’ (Ulpiano, fr. 1, § 1, D. 25.4). Não se descuidava, contudo, do *nasciturus*, tendo-se em consideração a esperança do nascimento, razão pela qual ele tinha seus interesses resguardados, promovendo-se a equiparação do concebido ao nascido — ‘qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur; quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit’ (Paulo, fr. 7, D. 1.5)³⁸².

Com escopo em KARL LARENZ, escreveram JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO que por nascimento se deve entender “o fato do desligamento da criança do corpo materno, sendo que a partir deste momento o infante inicia uma vida independentemente do organismo de sua mãe”³⁸³. Mas, para os fins do direito, o fato jurídico que “reconhece a vida” (*rectius*: o parto com manutenção da vida), digamos assim, é o ato-fato da respiração.

Como, neste ponto, a redação do Código de 1916 (art. 4.º) é praticamente a mesma do Código de 2002 (art. 2.º), ainda serve a lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “adotou o nosso legislador a primeira solução”, ou seja, a teoria natalista: “a personalidade começa do nascimento com vida; nem por isso, entretanto, são descurados os direitos do nascituro”³⁸⁴. A ressalva final do art. 2.º, “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, somente exprime que o ser humano, desde o momento em que é concebido, considera-se como já tendo nascido para tudo quanto diga respeito a seu interesse, numa “consagração do velho preceito do direito romano — *nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur* (o nascituro considera-se como nascido, quando se trata de seus interesses)”³⁸⁵.

Na sistemática civil brasileira, pouco importam as anomalias e/ou deformidades que eventualmente acompanharem a criança (veja-se o sentido metafísico da palavra “deficiência” nos subcapítulos n.º 2.2 e n.º 2.3, *supra*). Se veio de mulher, é ser humano (*ente* ou *substância*, no linguajar com sentido metafísico). Parece evidente pensar dessa maneira, mas outras legislações já tiveram previsões um tanto bizarras. O Código Civil espanhol, e. g., exigia presença de “figura humana” (?) no feto, de modo que a aquisição da personalidade só seria

³⁸² VIANA, Marco Aurelio S. *Da pessoa natural*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

³⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

³⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 65.

³⁸⁵ LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 152-153.

alcançada se o feto “não seja um monstro”³⁸⁶ (!). O *artículo 30* do diploma espanhol, antes, dizia: “*para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”. Isso mudo, no entanto, pois a *Ley 20/2011*, de 21 de julho, alterou a redação do referido dispositivo, que atualmente só exige o nascimento com vida e a inteira separação do ventre materno (e só). A redação atual do *artículo 30* é a seguinte: “*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”.

O que parece ser certo e indiscutível para os natalistas é que o fato jurídico configurador do nascimento é a respiração (tida, aqui, como ato-fato). “Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida”³⁸⁷. Trata-se de opção tradicional de nosso direito, tanto que o *Projecto do Código civil brasileiro* de JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS (1884) dispunha, em seu art. 146, o seguinte: “reputar-se-ha como certo o nascimento com vida, provando-se que os nascidos respirarão, vagirão ou manifestarão qualquer outro signal de vida”³⁸⁸ (vernáculo da época).

A mais conhecida forma de constatação de presença de oxigênio nos pulmões da criança é o exame denominado docimasia hidrostática de GALENO. O método é simples: se a criança respirou, então seus pulmões, imersos em água, vão boiar. Se afundarem, é porque os alvéolos pulmonares estão com paredes encostadas, e a criança não chegou a respirar (“não viveu” fora do útero). Trata-se da prática “mais simples”, sendo “a mais usada na perícia médico-legal corrente”. Aliás, “levando-se em conta os devidos cuidados e os seus limites, esta docimasia é uma das mais seguras”³⁸⁹. Conforme DELTON COCE e DELTON CROCE JÚNIOR, a docimasia hidrostática baseia-se

na densidade do pulmão que respirou e do que não respirou (*substantia pulmonalis per respirationem ex rubra gravi densa in albam levem ac raram transfertur*, conforme Galeno). O pulmão que respirou tem densidade entre 0,70 a 0,80. Em condições normais de pressão e temperatura a densidade da água é de 1,0. Posto em recipiente contendo água em temperatura ambiente, o pulmão que respirou forçosamente flutuará, pois seu peso específico é mais leve que o da água; inversamente, o pulmão que não respirou não sobrenadará, por ter peso específico maior que o da água, ou seja, em torno de 1.040 a 1.092³⁹⁰.

³⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

³⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

³⁸⁸ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Código civil brasileiro e commentario*, t. I. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884, p. 118.

³⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. Livro eletrônico.

³⁹⁰ COCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

Como avisa MARINA ALICE SOUZA SANTOS, esta conceituação do “nacer vivo” levando-se em consideração o ato de respirar, mesmo que por uma única vez, é também adotado pela Medicina Legal, que se vale do referido método para averiguar se houve nascimento com vida. Este método consiste, frise-se mais uma vez, “em mergulhar os órgãos respiratórios do bebê morto num recipiente com água. Ao se constatar a formação de bolhas ou se os mesmos flutuarem, conclui-se que o mesmo nasceu vivo devido a entrada de ar nos pulmões”³⁹¹.

A figura adiante é retirada da obra de GENIVAL VELOSO DE FRANÇA:



Docimásia hidrostática pulmonar de Galeno — 1.ª fase positiva.

“Se estes órgãos flutuam por inteiro ou à meia-água, diz-se que a fase é positiva, dispensando as demais”³⁹².

Mas é certo que a Medicina já flerta com outros métodos mais modernos e eficazes, a despertar interesse jurídico e da própria teoria da lei natural para definir com maior precisão algumas situações. SÉRGIO ABDALLA SEMIÃO resume as variações técnicas já percebidas pela Medicina Legal:

Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a docimasia pulmonar histológica (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houve respiração, apresentaram dilatação uniforme e, caso contrário, as paredes alveolares estarão coladas), docimasia óptica de Icard (exame microscópico de fragmento do pulmão, esmagado em uma lâmina, quando, ao observar-se pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), docimasia química de Icard (passagem rápida

³⁹¹ SANTOS, Marina Alice Souza. A (in)constitucionalidade da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), Curitiba, v. 7, n. 7, jan./jun. 2010, p. 126.

³⁹² FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. Livro eletrônico.

de fragmento do pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhado em solução alcoólica de potássio cáustico a 30%, que dissolve o estroma pulmonar, liberando bolhas de ar, no pulmão que respirou), docimasia radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos – se não respiraram – ou transparentes – se receberam oxigênio), docimasia epimicroscópica pneumo-arquitetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as docimias respiratórias indiretas (verificação de outros órgãos, como estômica, intestinos, fígado e ouvidos – trompas de Eustáqui – conjuntamente com os pulmões, para tentar constatar se houve ar circulando no corpo do nascituro)³⁹³.

O avanço medicinal pode interessar para além da esfera da civilística brasileira, pois o direito alemão, por exemplo, abarca aspectos diversos. Ao invés de “respiração”, fala-se de completa eliminação do útero, haja ou não corte do cordão umbilical [*“völliges Ausscheiden aus dem Mutterleib (Durchtrennen der Nabelschnur ist unnötig)”*], conforme HEINZ HÜBNER]³⁹⁴.

Por praticidade, utiliza-se, com maior frequência, a docimasia hidrostática pulmonar de GALENO. No entanto, a depender do caso, pode ser interessante a utilização de método capaz de precisar a data exata do nascimento com vida. Confira-se, abaixo, digressão analítica de ANTÔNIO CHAVES a respeito dessa questão que, embora tenha sido feita sob a égide do Código de 1916, permanece válida por mera atualização do *locus* legislativo de cada fato jurídico:

Qual a importância de se fixar, com tanto rigor, a data do início da personalidade?

Para percebê-la basta lembrar a eventualidade de uma sucessão abrir-se entre o 180.º e o 300.º dia, nos termos do art. 338 do CC [*de 1916*], que precedem o nascimento: nesse caso, se tiver nascido com vida, terá direito à herança, e, ainda que viva por apenas alguns instantes, transmiti-la-á por sua vez aos seus herdeiros.

Incluir-se esse caso entre os quatro apontados por GUILLERMO A BORDA para realçar a importância prática da questão, cuja lição adaptamos ao nosso D:

- a) é o momento da concepção que permite estabelecer se um filho é ou não matrimonial (art. 338);
- b) caso a viúva se case antes dos dez meses do falecimento do marido anterior, ou cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, tem importância para saber se os filhos pertencem ao primeiro ou segundo marido (art. 183, XIV);
- c) depende do momento da concepção a validade do reconhecimento de um filho extra-matrimonial levado a efeito antes do nascimento;
- d) também depende dele a aquisição de D por doação ou herança, uma vez que se a doação se tivesse realizado e a sucessão se houvesse aberto

³⁹³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 158-159.

³⁹⁴ HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlim e Nova York: Walter de Gruyter, 1996, p. 126.

antes daquele momento, a pessoa não poderia adquirir nenhum D por tais conceitos³⁹⁵.

A teoria concepcionista, por seu turno, foi adotada, e. g., pelo Código Civil do Japão de 1890, cujo art. 721 dizia: “uma criança nascida, com respeito à reclamação de prejuízos, será considerada como se já tivesse nascido”. Comentando o dispositivo japonês, RUBENS LIMONGI FRANÇA escreveu: “adota-se aí, com clareza, a assim chamada orientação concepcionista, segundo a qual ser humano é pessoa, a partir da concepção”. Para tal jurista, os japoneses tiveram a sensibilidade de criar, neste aspecto, “uma disposição notável, que deveria servir de exemplo à legislação da generalidade dos países”³⁹⁶.

Mas ainda parece haver uma divergência interna entre os concepcionistas: uma frente defende a presença da vida humana (juridicamente tutelável) desde a concepção em sentido estrito; outra ala aponta que a força jurídica só haverá a partir da nidação. Na seara da própria Medicina, afirma-se também que o aspecto concretamente controvertido não é em que momento se inicia o processo vital, até porque não é difícil admitir que este ocorre, nas formas de reprodução sexuada, no momento da união dos gametas, cuja consolidação ocorre com a implantação ou nidação uterina. No entanto, essas considerações biológicas, mas não especificamente humanas, “afirmam a presença de um processo que é diagnosticado com base no cumprimento de etapas do desenvolvimento embrionário”. A questão de fundo acaba sendo a seguinte: “determinar se os processos do início da vida são paralelos e idênticos ao aparecimento da vida humana, inclusive, para alguns, da vida pessoal”³⁹⁷.

Para compreender-se a ala que defende ser a nidação o fato jurídico *stricto sensu* que constituiria a nova personalidade jurídica ou, mais precisamente, a nova pessoa, é preciso tecer algumas palavras a respeito do alcance terminológico deste evento da embriogênese. Afirma-se na literatura especializada que depois de cerca de 7 dias da concepção, o embrião humano, na fase do blastocisto, é implantado na mucosa uterina. Eis a nidação, que pode ser vista na sequência, em ilustração de autoria de JOSÉ MARIANO AMABIS e GILBERTO RODRIGUES MARTHO³⁹⁸:

³⁹⁵ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 42.

³⁹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. A Responsabilidade Civil no Código do Japão, comparado com o do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 79, 1984, p. 107.

³⁹⁷ KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. In: SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene. (orgs.). *Bioética e saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 22.

³⁹⁸ AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. *Biologia*. Origem da vida. Citologia e histologia. Reprodução e desenvolvimento, v. 1. 2.^a ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 152.

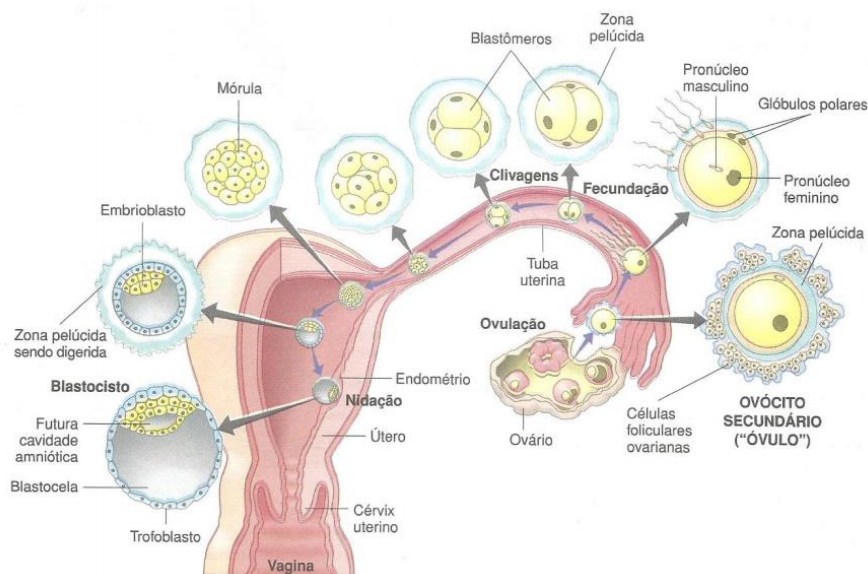


Imagem retirada do volume I da obra “Biologia. Origem da vida. Citologia e histologia. Reprodução e desenvolvimento”, de JOSÉ MARIANO AMABIS e GILBERTO RODRIGUES MARTHO

Depois da nidação (ou “nidificação”), inicia-se a produção, pelo embrião, do HCG (*hormônio gonadotrofina coriônica humana*), indicando para o corpo lúteo do ovário a produzir progesterona e estrógeno (hormônios que manterão o espessamento do endométrio). Veja-se o esquema abaixo de SÍDIO MACHADO³⁹⁹:

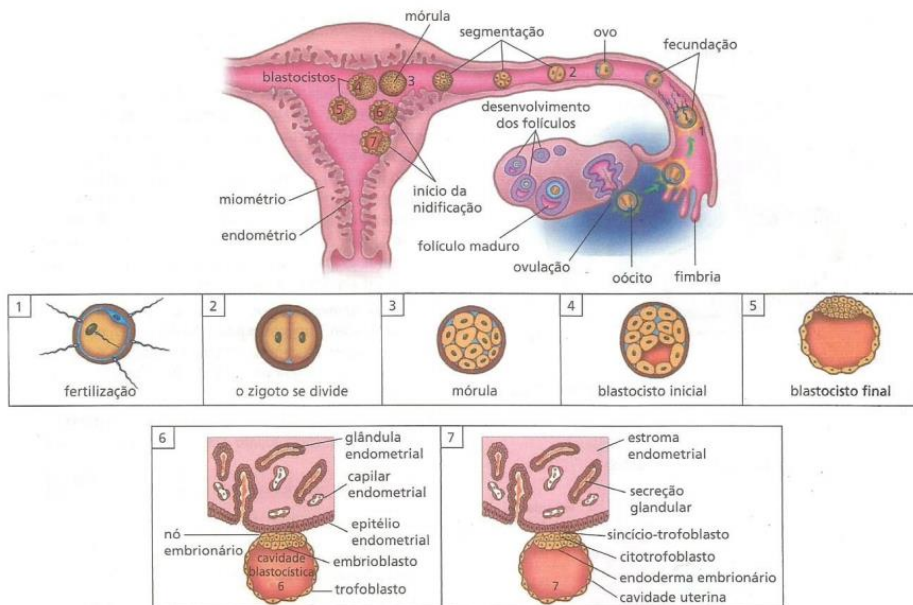


Imagem retirada do da obra “Biologia para o ensino médico”, de SÍDIO MACHADO

³⁹⁹ MACHADO, Sídio. *Biologia para o ensino médio*. São Paulo: Scipione, 2003, p. 153.

No entanto, tem muita força doutrinária a ala chamada “puramente concepcionista”, para a qual basta a fecundação. Esta visão é defendida, por exemplo, por SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA, conforme se pode notar do trecho abaixo:

do ponto-de-vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botelho Lhuzia em lição lapidar, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe. Por isso, não é exato afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe⁴⁰⁰.

Aliás, etimologicamente, conceber significa “agir com novidade”⁴⁰¹. Por isso, ainda que reconheça e até explore argumentos variados, CHRISTOPHER TOLLEFSEN prefere raciocinar de que, na falta de marcadores mais razoáveis para o “início” e o “fim” da vida, é de se considerar que nascemos quando um organismo de célula única começa a existir (a menos que sejamos gêmeos monozigóticos), dotado de carga genética distinta dos pais, capaz de seu próprio crescimento, cuja manutenção é autodirigida. Por fim, só deixamos de existir na morte biológica. Neste *iter*, somos sujeitos de direitos básicos (*subjects of basic rights*)⁴⁰². Sustenta-se, também, o seguinte: no caso de dúvida, terá de prevalecer o raciocínio em prol da dignidade da pessoa humana [*in dubio pro dignitate*]. Este é precisamente o raciocínio de JÖRG NEUNER, num escrito que traz apreciação crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso de anencefalia e avalia o problema de imputar-se dignidade só à “pessoa formada”, mas não à espécie humana como tal⁴⁰³. A partir da fecundação, portanto, há uma nova realidade, retrato

⁴⁰⁰ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 683.

⁴⁰¹ CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa. O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2012, f. 21.

⁴⁰² “Despite arguments to the contrary, it does not seem plausible to suppose that there are reasonable markers for our beginnings and endings other than conception, and the permanent end to our unified functioning as an organism, i.e., to biological death. We come into being (unless we are monozygotic twins) when a single cell organism begins to exist, genetically distinct from its parents, and capable of its own self-directed growth and maintenance. We cease to exist at biological death. We are subjects of basic rights for the duration of this bodily existence.” (TOLLEFSEN, Christopher. *Human Nature and Its Limits*. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 29).

⁴⁰³ “Die rechtliche Kontroverse über den Status des Anencephalus wird flankiert und inspiriert von der allgemeinen Diskussion über den moralischen Status von Menschen mit Behinderungen. Ausgangspunkt dieses philosophischen Diskurses ist die Frage, ob die Würde des Menschen mehr voraussetzt als das biologisch-genetische Mensch-Sein. Teile der Literatur führen hierfür den Begriff der ‘Person’ ein, der im Unterschied zum bloßen Mensch-Sein an die Vernunftfähigkeit oder spezielle kognitive Eigenschaften anknüpft. Menschenwürde

pleno de ser humano vivo e integralmente individualizado, donde se conclui haver, ali, indivíduo provido de dignidade de alcance universal⁴⁰⁴.

O nascituro “é o ser humano que se desenvolve no ventre feminino. Sua existência, para os fins do direito civil, tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais, e se encerra quando nasce com vida ou morto”⁴⁰⁵. Como se percebe, uma parte doutrina só considera haver “nascituro” quando o embrião está implantado no útero (= nidação). Mas os concepcionistas convivem com visões diferentes. JOSÉ JAIRO GOMES, e. g., sustenta que por nascituro se deve entender o “ser humano já concebido, mas que ainda não nasceu, encontrando-se em desenvolvimento no útero materno”. Num primeiro momento, tal autor parece enxergar na nidação o fato jurídico “criador” de um ser autônomo e digno. Por outro lado, ele parece flertar com a tese “puramente concepcionista” quando diz, logo na sequência, que o nascituro, em outros termos, “é o produto da concepção visto em qualquer das fases assinaladas, isto é, considerado como ovo, embrião ou feto”⁴⁰⁶.

Para GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, a definição que se dá ao nascituro garante proteção até aos bebês de proveta, i. e., aqueles que foram concebidos fora do útero materno. Sua poderação posterior, porém, parece situá-lo entre os concepcionistas que enxergam na nidação a causa eficiente da geração efetiva de pessoa digna: “... mas a ele implantados logo em seguida ou posteriormente”. No estágio atual de nosso direito, prossegue, a proteção acaba sendo deferida somente “aos embriões ligados ao útero materno pelo cordão umbilical e respectiva placenta. Aqueles embriões fertilizados que se encontrarem congelados em laboratórios não gozam de tal proteção, embora já haja projeto de lei nesse sentido”⁴⁰⁷.

Além de inovações legais de aqui e ali (*exemplo*: Lei Federal n.º 11.804/2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos)⁴⁰⁸, também um extraordinário e recente avanço jurisprudencial, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, tem feito boa parte da doutrina afirmar que o direito brasileiro é concepcionista.

kommt demnach nur 'Personen' zu, nicht aber dem Gattungswesen Mensch als solchem” (NEUNER, Jörg. Zur Rechtsfähigkeit des Anencephalus. *Medizinrecht* (MedR), 31, 2013, p. 650).

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Mário da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n.º 3, set./dez. 2017, p. 148.

⁴⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

⁴⁰⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 143.

⁴⁰⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Pessoa Física e Relação Jurídica. In: VASSILIEF, Sílvia (coord). *Direito Civil – Teoria Geral*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

⁴⁰⁸ Para HUMBERTO JOÃO CARNEIRO FILHO, tal legislação acabou reforçando a tese segundo a qual a lei brasileira enxerga na concepção o momento inicial tutelar-se a vida humana, já que é após a concepção que surge a possibilidade de exercer-se o direito a alimentos (CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa. O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2012, f. 20).

No Recurso Especial n.º 399.028/SP, o STJ entendeu que o nascituro pode sofrer danos morais. Na causa, o indivíduo já havia sido concebido quando seu pai faleceu num atropelamento de trem. A ação foi proposta 23 anos depois do evento danoso. Houve certa ponderação, no entanto, para fins de fixação do *quantum* devido na reparação, porque, evidentemente, o sujeito não conheceu o pai em vida⁴⁰⁹.

Num outro julgado, Recurso Especial n.º 1.120.676/SC, o STJ reconheceu o direito dos pais de receberem indenização do seguro DPVAT num caso em que mulher grávida foi atropelada, ocasionando morte do feto que contava com 35 semanas de gestação⁴¹⁰. Trata-se de decisão que segue a lei natural, considerada a magnitude ontológica do embrião que, diga-se, já conta com sistema cardiovascular desde a 3.ª semana⁴¹¹, já havendo formação do sistema nervoso central [SNC] quando ele atinge 14 milímetros, ou seja, quando gestação chega na 6.ª semana⁴¹².

Os exemplos acima realmente demonstram acentuada preocupação do sistema jurídico com o nascituro. Afinal, não se trata de um amontoado de células⁴¹³. Ainda assim, os exemplos não autorizam dizer, simplesmente, que o Código Civil de 2002 seria concepcionista. O diploma de 2002, e também o de 1916, foram natalistas segundo a rigidez literal do texto da lei. Analiticamente, é exatamente isso. Quando se diz, na parte final do art. 2.º, que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, apenas se reconhece que determinados fatos jurídicos podem espalhar efeitos na situação jurídica do nascituro. “Se o nascituro tem legado, herança ou doação a receber, é mister a proteção dos direitos em que será investido, caso nasça com vida, porque aqueles estão subordinados a condição suspensiva”⁴¹⁴. De maneira “mais entusiasmada”, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA propõe multiplicar a “condição suspensiva”, neste caso, por menos um: “os direitos [*dos nascituros*] são”, diz, “adquiridos pelos nascituros sob condição resolutive de não-nascimento com vida”⁴¹⁵. Sucede que a opção

⁴⁰⁹ STJ, REsp n.º 399.028/SP. Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4.ª Turma. Julgado em 26 de fevereiro de 2002.

⁴¹⁰ STJ, REsp n.º 1.120.676/SC. Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3.ª Turma. Julgado em 07 de dezembro de 2010.

⁴¹¹ SADLER, T. W. *Langman's Medical Embryology*. 9.ª ed. Filadélfia: Lippincott Williams & Wilkins, 2004, p. 223; J. CHIELIGO JR., Daniel. *Principios de Histología y Embriología Bucal*. Con orientación clínica. 4.ª ed. Barcelona: Elsevier, 2014, p. 15.

⁴¹² ALFONSO Y HERNÁN, Eduardo. *Compendio y Atlas de Embriología*. Madrid: Atika, 1967, p. 58.

⁴¹³ Após estudo lastreado na embriologia, concluíram MÁRIO RIBEIRO DA SILVA e VÍCTOR SALES PINHEIRO: “parece não fazer sentido, do ponto de vista ontológico, reduzir o embrião humano ao status de um acúmulo de células” (RIBEIRO, Mário da Silva; PINHEIRO, Víctor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n.º 3, set./dez. 2017, p. 148).

⁴¹⁴ VIANA, Marco Aurelio S. *Da pessoa natural*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 12

⁴¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas – superação e permanência. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

do Código Civil de 2002 não abre margem para pensar-se o contrário. A condição é suspensiva. GASTÃO GROSSÉ SARAIVA compendia este ponto específico [*sic* — vernáculo da época!]:

“Os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva: – A do nascimento com vida”.

Enunciado esta tese formulamos duas afirmativas:

- 1.º) que o nascituro pôde ser titular de direitos;
- 2.º) que esses direitos estão sujeitos a uma condição suspensiva: – a do seu nascimento com vida⁴¹⁶.

Num meio termo, SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA defendeu que, na verdade, apenas certos efeitos de certos direitos, i. e., os direitos patrimoniais e materiais, como herança e doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O “nascimento com vida” é um “enunciado positivo de condição suspensiva”, cabendo deve entender-se, a reverso, como “enunciado negativo de uma condição resolutiva”, ou seja, “o nascimento *sem vida*”, já que “a segunda parte do art. 4.º do CC [*de 1916*], bem como outros de seus dispositivos reconhecem direitos (não expectativas de *direitos*) e *estados* ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a *concepção*”⁴¹⁷.

SILVIO RODRIGUES, sem deixar de reconhecer a opção pela teoria natalista, reconhecia que a restrição contida no dispositivo em análise pode ter grande relevância na prática. Ora, conforme conforme se demonstre que o indivíduo “nasceu morto”, ou “morreu logo após o nascimento”, variadas consequências podem defluir. Por exemplo: suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança “nascer morta”, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver. No entanto, se a criança “nascer viva”, morrendo no segundo subsequente, “o patrimônio de seu pai pré-morto (que foi deferido a seu filho no momento em que ele nasceu com vida) passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe”⁴¹⁸.

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, a seu turno, situou a matéria da seguinte forma:

A posição lógica do problema. Consoante já o dissemos de comêço, o critério adotado pelo nosso Direito foi o romano, ou seja do início da

⁴¹⁶ SARAIVA, Gastão Grossé. Os direitos do nascituro e o artigo 4.º do Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 269-270.

⁴¹⁷ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 685-686.

⁴¹⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

personalidade com nascimento com vida. Antes do nascimento, portanto, o feto não possui *personalidade*. Não passa de uma *spes hominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre. A regra *nasciturus pro iam nato habetur* foi por Coviello qualificada de pouco exata, por não importar num reconhecimento de uma parcial capacidade ao nascituro, baseada numa ficção de personalidade, mas, ao contrário, é uma tutela fundada na possibilidade do nascimento, e o seu objeto consiste nos direitos eventuais e futuros ainda não atuais. Na verdade, consoante o sistema adotado pelo nosso Código Civil, como pelos demais códigos que seguem a rota do Direito romano, a aquisição de todos os direitos surgidos *medio tempore* da concepção subordina-se à condição de que o feto venha a ter existência: se tal acontece, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por se tratar de um natimorto, não há uma perda ou uma transmissão de direitos, como devera de suceder se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. No Direito inglês, onde prepondera igual orientação, só uma exceção se abre: quando há a instituição do *trust*, em que se torna dispensável a exigência de um destinatário sujeito de direito⁴¹⁹.

A rigor, a distinção analítico-jurídica jamais afetará a realidade do ser. Daí PIERANGELO CATALANO ter falado numa “paridade ontológica” entre nascituro e nascido⁴²⁰. É válida a advertência de PAULO NADER: “dúvida não há quanto à imperiosa necessidade de se proteger o presente e o futuro do ser humano em formação”⁴²¹.

O Código Civil de 2002 é natalista, mas tal opção tem condão prático, tendente à resolução de problemas de cunho patrimonial. A lei positiva não retira a magnitude ontológica do embrião humano e, decerto, não poderia fazê-lo, a não ser que a pessoa humana seja tratada como objeto puramente normativo.

Este viés de praticidade foi notado já por CLÓVIS BEVILÁQUA no seu comentário ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ainda mesmo numa edição de 1940. Lê-se, no tomo I, seção específica para o art. 4.º, equivalente ao art. 2.º do Código de 2002, que nossa lei preferiu opção natalista justamente “por parecer mais prática”⁴²².

Ainda que o problema aqui enfrentado seja tratado somente num nível imanental, numa senda só legislativa, conforme a analítica tradicional da validade das normas, é certo que a lei civil terá de ser interpretada conforme a Constituição da República, e não o contrário. Pelo

⁴¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos, v. I. 2.ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 263-264.

⁴²⁰ CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 640.

⁴²¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 186.

⁴²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940, p. 176.

próprio sistema kelseniano, tão influente em nosso sistema de controle de constitucionalidade, o plano de validade das normas do sistema jurídico não dependeria do seu conteúdo (algo, repise-se, inconciliável com a tradição jusnaturalista), de maneira que interessaria, somente, o modo pelo qual tiverem sido estabelecidas, consoante a estrutura lógica do sistema de normas no qual se integram⁴²³.

A teoria natalista, levada a ferro e fogo a ponto de nulificar o ser humano em si considerado, aí inserido o embrião/nascituro, gerará uma interpretação inconstitucional, pois afrontará sua dignidade humana. De acordo com ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, se se levar efetivamente a sério a própria razão de ser do texto constitucional alemão (incluído, nesse tanto, o direito constitucional brasileiro, que tanto bebe da Lei Fundamental Alemã), onde fica reconhecido o respeito de todo e qualquer ser humano [*die Anerkennung und Achtung jedes Menschen als Subjekt*], será mister concluir que a pessoa humana entra na esfera da indisponibilidade [*nicht zur Disposition steht*], cujo caráter é inegociável. A cláusula garantística em questão também terá de servir de controle para a aplicação e para a interpretação de todos os demais direitos fundamentais [*Anwendung und Interpretation der Grundrechte steuern*]⁴²⁴ e, naturalmente, dos dispositivos do Código Civil.

Com o direito negocial não seria diferente, ainda mais quando o assunto envolve a pauta bioética e, claro, o embrião humano. Na verdade, a ciência jurídica é, antes, um verdadeiro fórum de debates que se segue à ciência moral, já que o é para o ser humano e pelo ser humano que o direito existe, e, diga-se, para pessoas livres e iguais. É o que defende ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, que ainda acrescenta: “[a] norma que avilta a dignidade humana está despida do requisito básico que inspirou, em sua gênese, o aparecimento do direito, como ciência”⁴²⁵. Conforme ELDEN BORGES SOUZA e VICTOR SALES PINHEIRO, o pensamento tomista, ao assumir que a pessoa humana antecede o direito positivo e lhe dá o real fundamento, acaba por limitar o direito positivo por balizas de justiça, “assentada naquilo que é devido por natureza”⁴²⁶.

A Prof.^a MARIA HELENA DINIZ esboça uma saída analítica para interpretar-se o art. 2.º do Código Civil segundo os caracteres ontológicos do embrião. Para ela, nascituro e embrião gozam de personalidade jurídica formal, pouco importando a situação acidental do espaço

⁴²³ TAVEIROS, Alaide. A última expressão do pensamento de Hans Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 48, 1953, p. 169.

⁴²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte. *JuristenZeitung*, 58, n.º 17, set. 2003, p. 810

⁴²⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 274.

⁴²⁶ SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 23.

(“seja ela *in vivo* ou *in vitro*”). O nascimento, assim, seria pressuposto somente da chamada personalidade jurídica material, a enlaçar os aspectos patrimoniais e obrigacionais, que ficam num “estado potencial”⁴²⁷.

Não sei se MARIA HELENA DINIZ trilhou este caminho tendo em mente as quatro causas aristotélicas (vide capítulo n.º 2.1, *supra*), inclusive no que toca ao “estado potencial” inerente aos direitos de cariz patrimonial. Sua lição dificilmente se encaixa na tetracausalidade tomista, pois é possível imaginar-se forma e matéria de tutela jurídico-civil do embrião independentemente do tipo de direito que se ponha em análise. Além disso, caberia cotejo com as causas eficiente e final, com traços de lei natural e de lei positiva em ambas.

Mas o “estado potencial”, decerto, é bastante próximo de um linguajar aristotélico-tomista (vide capítulo n.º 2.4, *supra*). Como já asseverado anteriormente, a *potência* é a possibilidade de ser ou de operar. É válida e existente a doação feita ao nascituro, exigindo a lei positiva aquiescência de seu representante legal por razões próximas da lei natural (art. 542 do Código Civil). O “nascimento com vida” (*rectius*: parto com manutenção da vida), neste exemplo, é fato jurídico *stricto sensu*, preenchedor de uma condição suspensiva.

Note-se que não é o direito à vida do nascituro que fica sob condição suspensiva. Trata-se de modulação eficaz somente do direito a que ele visa (art. 125 do Código Civil). Neste caso, a potencialidade vislumbrada por MARIA HELENA DINIZ não está na própria vida do nascituro/embrião (cuja potência está, somente, para os passos da embriogênese — ver capítulo n.º 2.5, *supra*), mas, isto sim, no alcance de direitos patrimoniais e obrigacionais. Caso haja aborto espontâneo, por exemplo, a doação seguirá como eterno fato do mundo jurídico, mais precisamente como negócio jurídico que existiu, foi válido e não chegou a ter eficácia.

Portanto, o Código Civil, ao prescrever que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (primeira parte do art. 2.º), assim o faz diante de assuntos patrimoniais. Não consta da lei, e. g., que “a vida começa do nascimento com vida”, frase, aliás, que contrariaria os dados lógicos e objetivos de realidade: o nascituro é ser vivo e, assim, seria pitoresco pensar-se que este dado só surge com o parto e/ou com expulsão do ventre materno.

Em 1872, publicou-se um *Projecto do Código Civil* de JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAÚJO. A solução por ele apresentada é digna de nota, embora tenha caído no esquecimento junto com tantas outras tentativas de codificação durante o século XIX. O art. 137 de sua proposta era assim redigido: “desde a concepção no ventre materno, e antes do seu nascimento, a pessoa é havida por nascida tanto quanto o seu interesse o exige”. É justamente este o sentido

⁴²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

que se procura desenvolver aqui. O embrião/nascituro é sujeito de direitos patrimoniais naquilo que realmente for pertinente e adequado para seus próprios interesses. E é para isso que a teoria natalista foi desenvolvida: o “nascimento com vida” não é e nunca foi condição suspensiva para o preenchimento existencial da dignidade humana do nascituro, nem mesmo de sua personalidade jurídica. Trata-se, somente, de um fato jurídico em sentido estrito que, enfim, preencherá o feixe eficaz de alguns atos civis. Por isso, e ainda de acordo com o *Projecto* de JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAÚJO, caso haja morte ainda no ventre materno, os direitos que tiverem adquirido ficarão resolvidos (art. 142)⁴²⁸. Um aborto espontâneo, e. g., configuraria fato jurídico *stricto sensu* com força resolutória, enxugando de uma vez por todas a eficácia em estado suspenso.

Embora tenha consultado fontes diversas (ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, ANDRÉ FRANCO MONTORO, R. LIMONGI FRANÇA, FRANCISCO DOS SANTOS MARAL e MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO), a Prof.^a SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA, numa obra célebre sobre o nascituro, constatou algo muito similar — não idêntico — ao que vem sendo construído neste trabalho. Segundo a autora, a corrente concepcionista “reconhece personalidade ao nascituro desde a concepção, sem considerá-la condicional senão com referência a certos direitos”⁴²⁹. Diz-se que sua perspectiva é próxima (e não igual) a este trabalho por duas razões: *i*] há personalidade jurídica desde a concepção por conta dos predicados ontológicos do embrião; e *ii*] ainda que só “certos direitos” fiquem sob condição (cuja incerteza e futuridade é o nascimento), tal estado potencial se refere aos direitos mesmos, não à própria personalidade, nem ao próprio atributo de sujeito que a lei natural destina ao embrião/nascituro. Com efeito, repise-se, o fato de um direito ficar em estado potencial (condição suspensiva) não desfaz o ente substancial, *antes o supõe*.

Na analítica do fato jurídico (vide capítulo 1.º, *supra*), portanto, prefere-se situar a personalidade jurídica como existência, enquanto os direitos encontram morada na eficácia (direitos, aqui, em sentido lato, a abranger deveres, sujeições, faculdades, ônus, premiações etc.). Ao que parece, a Prof.^a CHINELATO E ALMEIDA imbrica tudo, personalidade e direitos, no âmbito puramente eficaz, de maneira que ambos estariam condicionados também naqueles casos só patrimoniais. Esta é a diferença diante da analítica aqui exibida: o *habitat natural* da

⁴²⁸ ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de. *Projecto do código civil*. Trabalho apresentado ao governo imperial pela família do falecido conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, que se achava encarregado do mesmo, 1872, p. 47-48.

⁴²⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.

personalidade é a existência, cujas cargas de eficácia trazem direitos, só alguns, enfim, “condicionados”.

O exemplo da doação é bastante pertinente e, por argumentação indutiva — partindo-se deste singular para lições abstratas, portanto —, é possível demonstrar-se não só que o embrião tem personalidade jurídica, mas também que ele é alguém para o direito. Como qualquer contrato, a doação é negócio jurídico bilateral. Sua estrutura existencial supõe dois entes, ou seja, dois sujeitos de direito. O preenchimento total de sua eficácia principal (a transmissão do direito a título gratuito) não reverbera sobre a dignidade humana do embrião/nascituro.

Por isso, vislumbra-se com alguma reserva — e muito respeitosamente — as seguintes exposições doutrinárias:

- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “o nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito”⁴³⁰; e
- MARCO AURELIO S. VIANA: “na verdade os direitos assegurados ao nascituro encontram-se em estado potencial, na dependência do nascimento com vida para que se cristalize. Se ele nasce morto, aqueles direitos não se constituem. Assim, antes do nascimento o nascituro não é sujeito de direito, nem se lhe reconhece personalidade”⁴³¹.

A lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA exhibe a teoria natalista de forma parcial. O Código Civil de 1916, igualmente, admitia a doação feita ao nascituro (art. 1.169). Aparentemente, o grande civilista de São Paulo, escrevendo na época de tal diploma legislativo, não considera haver preenchimento completo de toda arquitetura existencial da doação neste caso. Mas é evidente que a trilogia essencial existe já no momento de celebração do negócio jurídico agora estudado: há sujeitos [doador e donatário], há objeto [a *res* doada, seja qual for] e, enfim, há relação jurídica [ainda que o aceite do donatário parta, em regra, de seu representante legal]. Caso o nascituro não nasça com vida, há a “frustração” noticiada por CAIO

⁴³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 159.

⁴³¹ VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 69.

MÁRIO. Mas ela não abala sua personalidade e, aliás, não desfaz a existência do contrato. O direito permanece, sim, em estado potencial (eficácia suspensiva da condição), mas o fato de não vir a sê-lo em ato não quer dizer que antes do nascimento não haja um sujeito de direito, como propôs o eminente civilista.

Se raciocínio contrário prosperar, caberá indagar qual é a estrutura existencial da doação ao nascituro, sobretudo no que diz respeito ao seus pólos doador *x* donatário. Se o nascituro não é sujeito de direitos, como poderia ser donatário? Como já asseverado anteriormente, o ato tem de ser anterior à potência (vide capítulo n.º 2.3, *supra*). O embrião é vida em ato e, assim, sujeito de vários direitos, ainda que se diga que os trechos patrimoniais, somente, fiquem em condição suspensiva (potência).

Caso se tenha por inquestionável o ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, restará um desafio lógico-deôntico, que é o de entender como, afinal, pode-se supor uma alteração substancial de um fato jurídico que já tem carga eficaz potencial ou, noutras palavras, como a existência da doação se mistura com sua eficácia.

Quanto ao que dito por MARCO AURELIO S. VIANA, dadas todas as considerações já feitas nos parágrafos acima, cabe indagar, igualmente, como o nascituro não seria sujeito de direitos se, afinal, seus direitos [ainda que só patrimoniais] estão assegurados “em estado potencial”, como ele próprio escreve. É impossível pensar-se em potência sem ato prévio. Em suma: existe doação (ato) em condição suspensiva (potência) — [ATO] existem sujeitos [um deles o nascituro]; e [POTÊNCIA] os direitos patrimoniais em jogo, somente eles, estão sob condição suspensiva.

SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA percebeu o risco que uma leitura apressada de alguns autores natalistas pode gerar, inclusive na jurisprudência. Leia-se, adiante, a advertência da referida civilista:

São adeptos dessa teoria [*a natalista*] civilistas respeitáveis como Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Cabral Gusmão. Cumpre salientar que esses doutrinadores, ao afirmar que a personalidade começa a partir da concepção, não sustentaram que o nascituro não tenha qualquer direito ou *status* antes do nascimento, conforme interpretação apressada de alguns, o que se reflete em certos acórdãos, notadamente os que negam indenização pela morte do nascituro.

Tais doutrinadores não poderiam fazer tal afirmação, pois contraria ela a segunda parte do art. 4.º [do Código de 1916, similar o art. 2.º do Código de 2002] e a interpretação sistemática do Código Civil⁴³².

⁴³² CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 145.

Note-se que o *Esboço* (1860) de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS dizia, em seu art. 16, que “todos os entes susceptíveis de aquisição de direitos são pessoas”. E jurista do império reconhecia este dado metafísico por trás do raciocínio até aqui trilhado. Com o vernáculo de sua época, escreveu:

Como pois formar a synthese de toda a existencia das *pessoas*, sem que se diga que são *entes*? Além da idéa do *ente humano* não ha outra idéa superior senão a de *ente*. Isto é (como se costuma dizer) metaphysico, porém é tão metaphysico como a propria natureza das cousas; porque a existência não consa sómente da materia. Ha dous mundos, o *visivel*, e o *deal*, e desconhecer a existencia deste na esphera juridica, fôra não sentir os efeitos de todos os dias, fôra negar a realidade de toda a vida individual e social. [...].

Pessoas: activa ou passivamente, — como susceptíveis de adquirir direitos ou de contrahir obrigações. Basta fallar dos direitos, porque uma idéa é necessariamente correlativa da outra, quero dizer, onde ha possibilidade de aquisição de direitos ha necessariamente possibilidade do vinculo das obrigações. São pois as *pessoas* (sob este aspecto duplo) consideradas no Projeto como *elemento permanente* de todas as relações possiveis da vida civil; sendo o *elemento variavel* os direitos adquiridos, que entre si se distinguem, — pela maior ou menor intensidade do vinculo das obrigações, — pela qualidade desse vinculo, — pela qualidade da relação creada do sujeito activo dos direitos para com o sujeito passivo dos direitos⁴³³.

Em lógica proposicional:

[1] $A \rightarrow B$

[2] A

[3] B [1, 2 MP]

Leia-se:

[1] se o embrião/nascituro é donatário [A], logo [\rightarrow] o embrião/nascituro é sujeito de direitos [B];

[2] o embrião/nascituro é donatário [A];

[3] o embrião/nascituro é sujeito de direitos [B] [1, 2 *modus ponens*].

⁴³³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*. Esboço. Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 15-17.

Com outras palavras: “não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe”⁴³⁴. É dizer: não há meia inconstitucionalidade, assim soa incoerente qualquer ideia implícita de meia dignidade humana⁴³⁵⁻⁴³⁶. Desde a fusão dos gametas está determinada, de maneira absoluta, as características do novo ser, e este ser é irrepitível⁴³⁷.

Em suma, a filosofia tomista aponta contradição, a partir da teoria da relação jurídica, no posicionamento do embrião/nascituro num ato jurídico qualquer que traga a “obrigação de fazê-lo”. Trata-se de uma comercialização envolvendo a vida humana, transpondo-a para o digno posto de “sujeito” de direitos para um “objeto” negociado. *Não deve e nem deveriam existir negócios jurídicos desta estirpe.*

3.2 A QUESTÃO NA SENDA DA (IN)VALIDADE E DA AXIOLOGIA

Ainda que se abstraia do problema da existência negocial, assunto visto no item acima, restará saber se, afinal, há ou não validade de negócios biojurídicos que envolvam o embrião. A resposta tomista será uma só: todo e qualquer contrato tendente a gerar algum ser humano *in vitro* terá de ser absolutamente nulo, e tal conclusão ficará ainda mais forte: *i*) se for certo o seu descarte; e/ou *ii*) se ficar identificada qualquer tendência de eugenia.

O art. 104, inciso II, do Código Civil, está aí para lembrar que o objeto negociado tem de ser *lícito, possível, determinado ou determinável*. A questão, aqui, ganha contornos diferentes, não só analíticos, mas axiológicos. Propor-se a nulidade absoluta do negócio jurídico que gerará um embrião atrela-se não somente aos predicados da lei natural, mas também aos paradigmas da ordem pública. Com efeito, os franceses já lecionaram que as nulidades

⁴³⁴ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

⁴³⁵ É a velha problemática trabalhada já na Filosofia Antiga. Quando o sujeito cognoscente dita algo que contraria a realidade, traindo-a, estará ele faltando com a verdade. A respeito, para compreender-se o problema gerado pela *softistica*, confira-se o diálogo “Eutidemo (ou Da Disputa)” nos Diálogos platônicos (cf. PLATÃO, *Diálogos II*. Górgias [ou Da Retórica], Eutidemo [ou Da Disputa], Hípias Menor [ou Do Belo], Hípias Menor [ou Do Falso]. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016, p. 171-236).

⁴³⁶ No âmbito da Filosofia Escolástica, TOMÁS DE AQUINO talhou o conceito de *adaequatio*, onde a verdade seria “*prima ergo comparatio entis ad intellectum est ut ens intellectui concordet: quae quidem concordia adaequatio intellectus et rei dicitur; et in hoc formalitèr ratio veri perficitur*”. É dizer: “a primeira comparação do ente ao intelecto é a fim de que o ente concorde com o intelecto, concordância esta que é dita adequação do intelecto e da coisa, na qual formalmente se perfaz a noção de verdade” (SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Questiones disputatae de veritate* [Quaestio I e IV]. In: _____. *Verdade e conhecimento*. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Col. Clássicos]).

⁴³⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

absolutas [*nullités absolues*] também poderiam receber o nome de nulidades radicais [*nullités radicales*] ou até nulidades de ordem pública [*nullités d'ordre public*]⁴³⁸. Uma nulidade absoluta, portanto, garante o lastro axiológico do tecido social.

O art. 104 do Código Civil é insuficiente para exaurimento do problema. Aliás, a própria “legalidade imanental” o é. MARCOS BERNARDES DE MELLO lembra que o plano da validade vai além de uma perspectiva de lógica algébrica, pois a questão da ilicitude do objeto “não se limita ao plano da pura legalidade; envolve, também, o aspecto da moralidade (bons costumes) e do respeito à ordem pública”⁴³⁹. O assunto ganha contornos fulcrais, até porque “o direito não poderia amparar o que lhe é adverso”⁴⁴⁰, e, vale lembrar, o recorte tomista deste trabalho está aí para defender que alguns dos direitos fundamentais e dos direitos humanos devem ser absolutos (*moral absoluta*)⁴⁴¹. Sendo assim, a legalidade tomista difere da legalidade positivista: se o justo decorrer, somente, do direito positivo, então a justiça assumirá uma formalidade⁴⁴². ERIC VOEGELIN, segundo interpretação de RAFAEL CRONJE MATEUS, percebeu exatamente isto: o dever jurídico teria um sentido também ontológico, e não só formal ou voluntarista⁴⁴³.

É bem verdade que há uma parte cultural, sempre ativa e variável, *mas a lei natural também lhe dá sustentação*. São absolutos morais, por exemplo, aquilo que SANTO TOMÁS DE AQUINO diz a respeito da lei natural: *conserva-te* (vida, integridade física, saúde mental); *procria* (continuidade ao “gênero humano”); *conhece a verdade, o mais profundamente que pudes* (a realidade mais complexa é o motor imóvel); *relaciona-te com outros seres humanos* (estabeleça amizades e relações)⁴⁴⁴. Ou a comunidade acadêmica retorna a tais facetas “não científicas” da esfera humana ou logo haverá aceitabilidade de previsões como a de RAY KURZWEIL: dentro de cem anos, nossa espécie não mais se reproduzirá sexualmente; o sexo se

⁴³⁸ JOSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, v. 1. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 104.

⁴³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

⁴⁴⁰ LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 362.

⁴⁴¹ A respeito, exibindo como estudantes facilmente incorrem em paradoxos lógicos bastante graves quando confrontados com seus próprios compromissos morais, cf. MUSSELMAN, Jack Green. Natural Law for Teaching Ethics: An Essential Tool and Not a Seamless Web. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009, p. 55-56.

⁴⁴² SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 28.

⁴⁴³ CRONJE MATEUS, Rafael. O Direito e a Ordem do Ser na História: o pensamento jurídico de Eric Voegelin. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 162.

⁴⁴⁴ Cf. PINHEIRO, Victor Sales; BONALDO, Frederico. Lei natural. Conteúdo audiovisual. Notas de aula. Disponível em: <https://youtu.be/Xcd1bvOpz6U>. Acesso em 03 mai. 2022.

tornará recreativo e, de fato, principalmente virtual. A procriação, assim, seria essencialmente médica/técnica⁴⁴⁵. Não é difícil concordar com CHRISTOPHER TOLLEFSEN neste tanto, para o qual crianças criadas por meios técnicos serão, em última análise, aos olhos de seus “criadores”, artefatos, produtos da vontade e do *design*, e não pessoas⁴⁴⁶. E por isso é mister tratar-se o assunto como objeto ilícito, de maneira que qualquer negócio similar seja absolutamente nulo.

Com base em PONTES DE MIRANDA, MARCOS BERNARDES DE MELLO sinaliza que a expressão “objeto do ato jurídico”, quando referida aos pressupostos de validade, “não deve ser entendida ao pé da letra, em sentido próprio e estrito”. Isso porque “nela se deve considerar incluída a questão da ilicitude, da possibilidade e da determinabilidade do *objeto da prestação*”⁴⁴⁷.

Afirma-se, por exemplo, que é ilícito o negócio que tenha por objeto a disposição onerosa do corpo humano⁴⁴⁸. Por outro lado, há quem cogite produzi-los *ad hoc*, de modo a obter-se uma pessoa *assim* e *assada*, com rumos genéticos tais, a ponto de criar-se o que vem sendo intitulado “bebê doador”⁴⁴⁹, ou “bebê medicamento”⁴⁵⁰, ou ainda “bebê *a la carte*”⁴⁵¹ etc. É claro que há motivações variadas por trás de cada objetivo — são as virtudes, não os preceitos da lei posta, que a lei eterna alcança os atos individuais, tornando-os perfeitos⁴⁵² —, sendo necessário avaliar a moralidade de uma ação também segundo a função da finalidade perseguida por quem a faz, como diz o cardeal ELIO SGRECCIA, que dá alguns exemplos das motivações pelas quais um casal qualquer predefine o sexo do futuro filho: há clara diferença entre “o puro e simples *desejo de preferência*” dos genitores, de um lado, e “o *incentivo ideológico* para o sexo considerado superior”, de outro⁴⁵³.

⁴⁴⁵ KURZWEIL, Ray. *The singularity is near*. When humans transcend biology. Nova York: The Penguin Group, 2005; KURZWEIL, Ray. *The age of spiritual machines*. When computers exceed human intelligence. Nova York: Viking, 1999. Criticando duramente, v. TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 23.

⁴⁴⁶ “Children created through technical means are ultimately, in the eyes of their creators, artifacts, products of their will and design, rather than persons” (TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 23).

⁴⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

⁴⁴⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 359.

⁴⁴⁹ Vide PAVÃO, Juliana Carvalho. *Bebê-doador*. Limites e possibilidades do negócio biojurídico. Londrina: Thoth, 2021.

⁴⁵⁰ Vide GARCIA MOYANO, Loreto María; PELLICER GARCÍA, Begoña; BUIL TRICAS, Begoña; JUÁREZ VELA, Raúl; GUERRERO PORTILLO, Sandra; ANTÓN SOLANAS, Isabel. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, n.º 36, 2016.

⁴⁵¹ Vide CASADO M. Bebe a la carta: problemas éticos y jurídicos. *Rev Calid Asist*, n.º 17, v. 2, 2002.

⁴⁵² ABBÀ, Giuseppe. *História crítica da Filosofia Moral*. Trad. Frederico Bonaldo. 2.ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2011, p. 87

⁴⁵³ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Fundamentos e ética biomédica, v. I. 2.ª ed. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 448.

O jusnaturalismo clássico tem fundamentos variados, dizendo-se ora que *a)* há uma ordem; ora que *b)* há uma transcendência. Por isso mesmo, a pessoa humana não é uma criatura do direito. A pessoa humana, na verdade, constitui a própria causa final primeira de um sistema jurídico, ou, como diz JOHN FINNIS, “o seu propósito apropriado”, pois “o direito, ajustado para tomar um lugar diretivo no raciocínio prático que conduz ao julgamento moralmente adequado”, está aí “em razão das pessoas humanas”, de modo que “todos os membros da comunidade regulada por este direito e todas as outras pessoas que se incluem em seu âmbito”⁴⁵⁴ e, ousa-se acrescentar, os embriões humanos.

Neste sentido, parte-se da premissa segundo a qual a roupagem imanental e posterior do direito positivo tenha de satisfazer uma ordenação social, modulada pelos próprios aspectos ontológicos da pessoa natural. Pense-se no direito à vida: ele é evidente em si, já que o tecido social se desenrola com pessoas vivas. Ou, como já afirmado anteriormente, o direito à vida passa pela constatação lógico-objetiva de que é impossível construir uma civilização sem vida. Inexiste “ordem social fúnebre”; inexistente “ordem jurídica de cemitério”⁴⁵⁵. O ser humano não se realiza apenas sozinho, mas em comunidade, cujos bens incluem instituições como a amizade, o casamento, só saudáveis num espaço justo e saudável, dentro de uma razoabilidade prática⁴⁵⁶. O art. 11 do Código Civil, por exemplo, é fotografia imanental da ideia segundo a qual direitos da personalidade são “intransmissíveis” e “irrenunciáveis”.

Uma civilização viva tem pessoas vivas. A vida é essencial para o tecido (nível social) e, igualmente, para as células respectivas (pessoas). Trata-se, a rigor, do primeiro direito entre todos os outros, e sua observância supõe um complexo comportamental de todos — omissivos e comissivos — em relação à saúde e à vida⁴⁵⁷. Daí sucede que deve haver respeito à vida de cada um. Daí brotam outros direitos fundamentais, a exemplo do direito de propriedade. O morto não pode titularizá-lo. As potências da alma de cada pessoa tenderão, sempre, à autopreservação. Pense-se no seguinte exemplo: caso A aponte arma de fogo para B, coagindo-o para entrega de objetos valiosos, B — decerto equilibrado na alma — optará pela vida, não pela posse ou propriedade dum amontoado de matéria, valha ela o que valer. Afinal, defunto nenhum

⁴⁵⁴ FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 101.

⁴⁵⁵ FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; ESPOLADOR, Rita de Cassia Resquetti Tarifa. O dilema dos embriões híbridos e a possibilidade de utilização da tutela jurisdicional inibitória. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, Florianópolis, 2020, p. 6.

⁴⁵⁶ TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009, p. 21.

⁴⁵⁷ SOLER, Carlos. La noción de “derecho” que subyace em “Dignitatis Humanae”. *Fidelium Iura*, Universidad de Navarra, Instituto Martín de Azpilcueta, n.º 4, 1994, p. 72.

tem potência intelectual para explorar o conforto e os benefícios das coisas. Ainda neste exemplo, caso o sujeito A resolva preencher a tipicidade objetiva do latrocínio, B simplesmente não terá vida e, assim, não poderia usar, gozar, dispor ou reivindicar seus bens materiais.

O direito à vida não é apenas fundamental, como também é uma plataforma condicional para todos os demais direitos⁴⁵⁸. Tal conclusão, curiosamente, impõe-se até contra os sistemas que reduziram a propriedade a algo puramente estatal, porque o Estado também precisa de seres vivos⁴⁵⁹.

Perfilha-se, assim, rumo teórico diferente daquele que parece prevalecer a respeito da assim chamada “colisão de direitos fundamentais”. O constitucionalista ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE parece assumir postura teórica diferente do rumo metodológico de ALEXY a respeito dos direitos fundamentais. Para ele, o problema do intérprete é diferente⁴⁶⁰: não há um “cardápio” abstrato de garantias que sejam servidas *ad hoc* segundo algum balanceamento. O objetivo da hermenêutica não seria este e, diga-se a verdade, a expressão “ponderação” (*balancing*), à lá R. ALEXY, vem sendo usada de maneira muito vaga e ambígua⁴⁶¹⁻⁴⁶². O intérprete do texto constitucional, portanto, teria o objetivo de encontrar a causa final e aristotélica de cada direito fundamental, de maneira que cada qual venha a ter um âmbito de incidência adequado para o seu propósito⁴⁶³.

⁴⁵⁸ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Maria. *Cuestiones Actuales de Bioética*. 2.^a ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011, p. 49.

⁴⁵⁹ A velha URSS regulou a “propriedade do Estado” na chamada *lei aprobatoria das bases da legislação civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, de 1961, de acordo com a qual “compreende a propriedade do Estado”, só para ilustrar, “as águas, as fábricas, as minas, as fontes de energia elétrica, os transportes por ferrovias, por água, pelo ar, por automóveis, os bancos, os meios de comunicação, as empresas de economia rural, de comércio, as empresas urbanas e outras empresa organizadas pelo Estado, assim como os terrenos principais das habitações nas cidades e das populações de tipo urbano” (BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 38).

⁴⁶⁰ Ver, e. g., BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges., 1993, p. 111.

⁴⁶¹ “La expresión ‘ponderación’ (*balancing*) es usada de manera vaga y ambigua en el ámbito del derecho” (INÉS PAZOS, María. Un modelo alternativo para la ponderación jurídica. In: GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz; SÁNCHEZ GIL, Rubén (orgs.). *El test de proporcionalidad*. Convergencias y divergencias. Cidade de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 277).

⁴⁶² Cf. COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy, *Revista Ius et Praxis*, n.º 3, ano 24, 2018, p. 477-524.

⁴⁶³ Criticando o papel atribuído ao Judiciário (para o fito de “conformar valores socialmente relevantes”), veja-se SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976 e, do mesmo autor, Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?, *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 22, 2012, p. 291-302. Confira-se, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte*, v. 2. 26.^a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. Citando KINGREEN, POSCHER (além de PIEROTH e SCHLINK), RUBÉN SÁNCHEZ GIL identificou, nesta estirpe da dogmática alemã, uma tendência de vislumbrar a *causalidade final* (aristotélica!) em cada *intervenção* do Estado: “En la dogmática alemana se ha consolidado el término *intervención para referirse a ‘toda conducta estatal que, total o parcialmente, hace imposible al individuo un comportamiento o el goce de un bien jurídico, que se halla en el ámbito que protege un derecho fundamental’*” (SÁNCHEZ GIL, Rubén. Proporcionalidad y juicio constitucional en México. In: GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz; SÁNCHEZ GIL, Rubén (orgs.). *El test de proporcionalidad*. Convergencias y divergencias. Cidade de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 31).

Para o recorte filosófico deste trabalho, a existência humana — mais do que a liberdade, a propriedade ou n direitos fundamentais e até naturais — é, em si, o elemento mais importante da pessoa natural. A *causa final* do direito é o *bem* (princípio da justiça). Conforme CHRISTOPHER TOLLEFSEN, ninguém busca soluções medicinais apenas pela medicina em si, assim como ninguém busca dinheiro “por tê-lo”. O remédio e o dinheiro são bens instrumentais (*instrumental goods*); e é evidente que eles são perseguidos por conta de um alvo maior⁴⁶⁴.

Diferentemente do relativismo das correntes modernas, tal construção racional tem cariz transcendente na medida em que se aplica para qualquer sociedade, independente de convenções humanas. A lei natural é captada pela razão humana, capaz que é de escolher, decidir, legislar e valorar de acordo com critérios existenciais práticos (fazer o bem e evitar o mal; dar a cada um o que é seu etc.). Quando se fala de lei “natural”, portanto, não se quer tratar a norma como um dado dum recorte “biológico” ou “físico”. O vocábulo “natural”, aí, está mais próximo daquilo que, pela razão, pode-se especular como adequadamente posto na ordem de causas.

Sendo assim, a expressão “direitos humanos” só pode significar uma classe de direitos que exista antes da lei positiva. Negar tal pressuposto é aceitar que a lei só pode ser uma imposição de vontade, um ato voluntário consistente em baixar leis, decretos, diplomas normativos e assim por diante. E aí JAVIER HERVADA encontrou vazão especulativa para questionar: afinal, “o homem possui direitos inatos ou, ao menos, é portador de bens jurídicos inerentes ao seu ser?”. Ele prossegue dizendo que tal questão é fundamental, já que responder afirmativamente equivaleria a negar que só é direito a lei positiva; por sua vez, sustentar que só a lei positiva é direito significaria negar que existam os direitos humanos e afirmar — caso seja possível — a sua substituição por outra coisa diferente. Por isso, não é preciso insistir no motivo: “se há algo que parece claro em relação aos direitos humanos é que uma característica essencial deles é a de que não provêm de uma concessão dos poderes sociais nem do consenso geral, mas do próprio ser humano”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ “I shall call the most fundamental dimensions of our well-being basic goods. They are goods, obviously, because they are good for us, fulfill us, lead us to human flourishing. But they are basic because they give reasons for us to act that do not need grounding in some further reason. In this respect, basic goods are unlike other goods that are pursued only because they help us to attain or achieve something else. No one takes medicine just for its own sake, or pursues money just to possess it. Money and medicine are instrumental goods; they are pursued for the sake of something else” (TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009, p. 21).

⁴⁶⁵ HERVADA, Javier. Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.º 40, ago. 2019, p. 41.

Mesmo na senda do direito positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece com clareza solar no art. 1.º, inciso III, da Constituição da República. Trata-se de fundamento a ser considerado pelo Estado, em todos os níveis federados. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, citando a previsão da inviolabilidade da dignidade humana na Lei Fundamental Alemã [*Grundgesetz*], frisa que tal previsão não está lá “por acaso”, sendo uma resposta histórica diante da amarga experiência nazista. Tal autor aponta que uma previsão similar, pelo direito básico à vida [*das Grundrecht auf Leben*], é simplesmente desconhecido em constituições anteriores [*das frühere Verfassungen so nicht kannten*]⁴⁶⁶. Evidentemente, a resposta dada pelo direito positivo não pode ser vista como uma solução positivista para o problema axiológico do Estado Nazista. Trata-se muito mais de um mecanismo moderno de chancela da lei natural, próprio de seu tempo, tendente à proteção da vida, bem básico e necessário para toda a tábua geral dos direitos fundamentais e, claro, dos direitos humanos.

Consideremos este recorte, por um momento, mesmo num trabalho monográfico jusnaturalista. Por princípio [lt. *principium*] deve-se entender “começo” ou “lugar de partida”. A etimologia parece simplista, mas uma análise mais detida chegará num significado mais profundo. Conforme FRANCISCO J. ALARCOS, a palavra é composta pelos vocábulos *primum* [“primeiro”] e *capere* [“tomar”]. Deve-se, pois, abarcar a tese como o assunto que ocupa o primeiro lugar. Todo o discurso ético-jurídico, pelo mandamento constitucional, terá de considerar, primeiramente, a dignidade da pessoa humana⁴⁶⁷. Por isso se lê, na doutrina, que é ilícita a comercialização de embriões⁴⁶⁸.

É por isso que o item n.º 3.2 deste trabalho não pode ser lido de forma a tratar o plano de validade apenas enquanto “passo analítico” frígido e mecânico da existência, mesmo com abstração de todos os problemas antes noticiados no item n.º 3.1. Ao lado da validade própria

⁴⁶⁶ “*Daß diese Garantien in der Verfassung vorhanden sind, und zwar als rechtlich verbindliche Garantien vorhanden sind, kommt nicht von ungefähr. Es waren die bitteren Erfahrungen aus der NS-Zeit, die dazu führten, daß gerade die Unverletzlichkeit und das Achtungsgebot der Menschen wurden in das Grundgesetz aufgenommen wurden, und ebenso das Grundrecht auf Leben, das frühere Verfassungen so nicht kannten*” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte. JuristenZeitung*, 58, n.º 17, set. 2003, p. 810).

⁴⁶⁷ “*Si atendemos a la etimología, tenemos que la palabra ‘principio’ viene del latín principium, que significa ‘comienzo, lugar de partida’. Sin embargo, la palabra latina refleja un significado más profundo. Es un compuesto de las palabras primum, ‘primero’, y capere, ‘tomar’, lo cual sugiere algo que se toma en primer lugar. Así, un principio es un enunciado que toma el primer lugar en un discurso, ya sea de física, economía o ética. Un principio toma el primer lugar en varios sentidos. Permite a uno comenzar a pensar sobre los detalles de un problema, o relacionar estos detalles con su origen. También regula el proceso del pensamiento: en tanto surgen los múltiples detalles, permite distinguir lo importante de lo irrelevante. Y permite mantener el discurso en coherencia, de tal manera que la conclusión pueda ser reconocida como una respuesta al problema*” (J. ALARCOS, Francisco. *Bioética global, Justicia y Teología moral*. Bilbao: Universidad Pontificia Comillas, Editorial Desclée De Brouwer, 2005, p. 191).

⁴⁶⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 359.

do ato biojurídico, inclui-se também uma oxigenação da teoria dos valores, cujos estudos de MIGUEL REALE podem ser aproveitados nesse tanto, ainda que seja necessário impor o temperamento tomista diante de tal visão⁴⁶⁹.

Para o jusfilósofo brasileiro, a Filosofia teria um campo inédito e diverso dos campos do ser e do dever ser. Naturalmente, não se diz, aqui, que a Filosofia Antiga e Medieval não teve dedicação ao tema. O sentido agora empregado é o mesmo dado por RISIERI FRONZINI em obra introdutória à axiologia: os valores constituem um “tema novo”, já que seus primeiros passos enquanto “disciplina” foram dados na segunda metade do século XIX. Em suma: PLATÃO e todos os demais também trataram de assuntos como beleza, justiça, bem, santidade etc. Mas a axiologia enquanto “região própria” [*región propia*] realmente desperta interesse nos oitocentos⁴⁷⁰. Diferenciar-se ontologia, Direito e cultura/valor decorre também do criticismo ontognosiológico de MIGUEL REALE. Para ele, os objetos de estudo do sujeito cognoscente podem ser: *a*] objetos naturais (físico-químicos e psíquicos); *b*] objetos ideais; *c*] valores; e *d*] objetos culturais.

Tais objetos originam-se do ser (objetos naturais e ideais), do dever ser (valores) e do ser enquanto dever ser (objetos culturais). A grande nota culturalista de MIGUEL REALE está, justamente, na sua intenção de demonstrar que os valores não seriam expressões próprias do mundo do ser, mas, isto sim, do dever ser (algo diverso da filosofia aristotélica, por exemplo, já que tudo dependerá da causalidade final inerente ao objeto a partir de seus acidentes e de sua forma atualizada, e não segundo uma perspectiva puramente atrelada ao sujeito). Esta concepção esteve já em sua 1ª edição de sua *Filosofia do Direito* (1953), onde já se nota a defesa da tese segundo a qual os valores não se confundem com os objetos ideais em virtude de várias “notas distintivas”. Essa seria, segundo o próprio filósofo brasileiro, a sua maior divergência com a filosofia de MAX SCHELER e NICOLAI HARTMANN, para os quais os valores eram “objetos ideais”, numa compreensão “evidentemente idealista”, “quase platônica, da cultura, sem captá-la na plenitude de sua manifestação vital e existencial, o que viria a ser revelado, sob ângulos distintos, por pensadores como Ortega y Gasset e Martin Heidegger”⁴⁷¹.

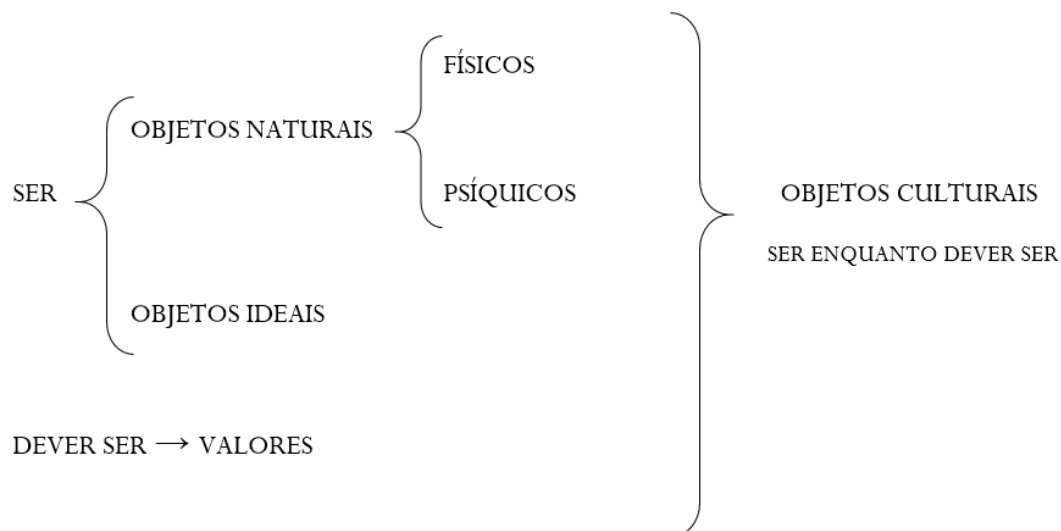
Mais didaticamente, M. REALE desenhou o seguinte esquema⁴⁷²:

⁴⁶⁹ Aliás, esforcei-me com o dileto amigo RAFAEL CRONJE MATEUS para tentar concatenar a chamada “teoria pura do direito”, de M. REALE, com a teoria da lei natural. Vide CRONJE MATEUS, Rafael; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Neokantismo, Miguel Reale e lei natural*. Conteúdo audiovisual. Disponível em <https://youtu.be/DjUf-iyIo>. Acesso em 30 jun. 2022.

⁴⁷⁰ FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? Introducción a laxa axiologia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 7.

⁴⁷¹ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16-17.

⁴⁷² REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.



Na verdade, aí teríamos mera exposição taxonômica dos objetos da realidade. Como tais podem ser estudados, pois são dados da experiência. Neste prumo, pode-se afirmar que a personalidade jurídica do embrião, em si considerada, necessita de análise dos objetos naturais (físicos e psíquicos), ao passo que a proteção da personalidade (= direitos da personalidade) abrangem dever ser, i. e., valores. A personalidade jurídica já foi estudada: é ligada ao *ser*, à pessoa no grau ôntico.

E mesmo sob tal ótica, ainda que arestas sejam aparadas pelo tomismo, há razão pra entender-se o porquê é necessário estudar o plexo de validade em prol deste ser, segundo uma gama indispensável de algum grau deôntico — dever ser. Aliás, RUBENS LIMONGI FRANÇA definiu o objeto dos direitos da personalidade como “os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito”, figurando a “sua projeção essencial no modo exterior”⁴⁷³. Por isso, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA descreveu os direitos da personalidade como “efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”⁴⁷⁴.

Objetos naturais e físicos são aqueles que existem no espaço e no tempo. Estão sujeitos, portanto, à espacialidade e à temporalidade. Eles têm concretude e estão próximos da metafísica. Objetos naturais e psíquicos existem como objeto suscetível de análise pelo sujeito cognoscente. Não se sujeitam à ordem espacial, embora estejam presos à ordem temporal. Os penalistas lidam, bastante, com esse tipo de objeto: estudam, p. ex., a paixão e o motivo torpe, além do dolo.

⁴⁷³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.031.

⁴⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 7.

Os objetos ideias são as ideias. Estão sujeitos à demonstração e à consequência. Não existem no espaço, nem no tempo. Um quadrado tem, sempre, ângulos de 90.º. As formas geométricas são objetos ideais. Estão no mundo do ser (vide quadro acima), ocupando, mais precisamente, a divisória do ser ideal.

A realidade, porém, não se esgotaria no plano do ser. Além dos objetos naturais e dos objetos ideais, há ainda o campo do dever ser, claramente axiológico segundo a proposta da MIGUEL REALE (embora tenham notas ontológicas numa perspectiva tomista). E o Direito é objeto que é enquanto valor (é, portanto, produto da cultura [para o tomismo, ele *também* é produto da cultura, mas não só dela]).

Uma árvore enquanto árvore é objeto próprio da biologia, por exemplo (note-se o verbo: é vem de ser). Nada impede que ela, enquanto objeto natural físico, seja apreciada valorativamente: ser enquanto dever ser. A partir dessa apreciação, temos um dado de cultura. Neste aspecto, o ser da árvore qualificada como bela tem um objeto específico, guiado pelo valer (ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO simplesmente resolveriam a questão segundo a causalidade final). Para MIGUEL REALE, portanto, os direitos da personalidade estão situados *também* (mas não somente) no campo da cultura civilizacional.

Quer-se dizer com tudo isto que o ser humano é considerado como pessoa independentemente do reconhecimento social que lhe é devido: é digno *ex ante*, desde o plano ontológico⁴⁷⁵. Do ser deriva um dado de cultura que, igualmente, não será mensocabado por nenhum jusnaturalista.

O plano de validade do negócio biojurídico, assim, passa pela constatação segundo a qual o direito positivo está aí para confirmar, esclarecer, garantir e até completar o direito natural, “mas, na medida em que contradiz o justo natural, perde sua juridicidade intrínseca, correndo o risco de ficar reduzido a uma juridicidade meramente extrínseca ou aparente”⁴⁷⁶.

3.3 PLEXO EFICACIAL DO ATO, SE PRATICADO — APRECIACÕES JUSFILOSÓFICAS E SUGESTÕES DOGMÁTICAS

Embora a resposta tomista para o problema seja clara [não pode existir negócio jurídico cujo objeto seja o embrião; *ou*, no mínimo, ele não deveria existir], não se pode

⁴⁷⁵ VIOLA, Francesco. Lo statuto normativo della dignità umana. In: ABIGNENTE, A.; SCAMARDELLA, F. (orgs.). *Dignità della persona*. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013, p. 294.

⁴⁷⁶ LUIS VIGO, Rodolfo. *Interpretação jurídica*. 2.ª ed. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

menoscabar que os fatos estão postos e que o Direito não viraria as costas para o fenômeno social que o circunda. O próprio GUSTAVO CORÇÃO, num texto sobre o tecnicismo, sustentou o que segue:

Não imagine o leitor, só pelo título dêste ensaio, que eu venha aqui propor um racionamento das atividades técnicas; nem que eu pretenda restringir o progresso da eletrônica ou dos testes psicológicos, em nome de um ideal de civilização mais simples e mais humano. Essa rabugem me assalta, às vezes, quando vejo certos programas de televisão ou quando me trazem ao conhecimento algum resultado exdrúxulo colhido nos gabinetes da psicotécnica; mas a razão, que bem ou mal ainda consigo manter acima dos humores, obriga-me a reconhecer que a insanidade, quando há, está no lado do uso, ou do abuso, e não na coisa em si.

É claro que desejo mais ardentemente um tipo de civilização mais humano; mas a mesma razão me diz que não há nenhum princípio filosófico pelo qual o humano se oponha ao técnico. Ao contrário, sendo a técnica o exercício do domínio sobre a natureza das coisas, é e sempre será uma glória do homem. Em certas circunstâncias, a promoção do bem comum exigirá uma regulação, e até diria uma redução de tais ou quais atividades técnicas, mas é insustentável a idéia de generalizar e de fazer dêsse racionamento um programa de civilização.

Dizer que a técnica e a ciência desumanizam o homem equivale a afirmar que o homem é mais plenamente humano na selva do que na universidade ou na fábrica, e isto é uma tese do naturismo que o bom-senso e a sã filosofia rejeitam⁴⁷⁷.

Daí a necessidade (e até a *exigência*, para PLATÃO) de pensar-se, filosoficamente, com uma visão conjunta⁴⁷⁸. Só quem for dotado de uma visão totalizante é que será dialético, consoante trecho da *República*, página grega 537c⁴⁷⁹. É com franqueza que se atingirá esta dialética platônica, apreendendo-se, numa unidade, segundo um múltiplo sensível⁴⁸⁰. A passagem referida, na *República*, tem seu contexto devidamente explicado por MARCUS REIS PINHEIRO:

Após terminar a descrição da quinta ciência matemática, a *mousike*, 531c, Sócrates salienta que tais ciências são úteis para a investigação do belo e do bom. Mais ainda, essas ciências devem chegar a uma visão de sua unidade e organicidade, e tal característica vai ser corroborada

⁴⁷⁷ CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963, p. 13.

⁴⁷⁸ Devo este *insight* a PINHEIRO, Victor Sales. *Para águas mais profundas: Deus como fundamento metafísico da natureza moral-racional em John Finnis*. I Seminário de Inverno: Filosofia Moral e Filosofia do Direito em John Finnis, 30 jul. 2019. Conteúdo audiovisual disponível em <https://youtu.be/KbmojuEHgyc>.

⁴⁷⁹ “[...] quem for capaz de ter uma vista de conjunto é dialético; quem não o for, não é” (PLATÃO. *A República*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 9.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949, p. 353).

⁴⁸⁰ “*Así, la dialéctica es la forma sintética que aprehende la unidad en la Idea a partir de lo múltiple sensible (República 537c)*” (CAÑAS-QUIRÓS, Roberto. La educación (*paideía*) en *La República* de Platón. *Acta Académica*, v. 40, mai. 2007, p. 135).

em 537c, quando Sócrates vai afirmar que a educação superior leva o aprendiz a uma visão de conjunto, *synopsis*, de todo o seu aprendizado⁴⁸¹.

E “é na sociedade”, escreve PONTES DE MIRANDA, “que o haveis de encontrar, na vida social, um de cujos elementos é ele; e se quereis vê-lo, provocai-o, feri-o, que não tardará o vejais no que ele tem de mais perceptível, que é a coerção”⁴⁸². Incurreríamos num erro, porém, se pretendêssemos cerca-lo “nos códigos e nos decretos”: seria o mesmo que confundir-se Bíblia com cristianismo. Os textos da lei, dizia PONTES, seriam apenas um recorte deste aspecto tão complexo que envolve o Direito. Queremos aproveitar o desfecho de raciocínio tão singular:

Cumpre não confundir, nos grandes jardins, a obra da natureza, que dá as raízes, os troncos, as folhas, as flores e as sementes, e a obra do homem, secundária e deformante, que é, esteticamente, para ele, majestosa, mas, para o vegetal, quase nenhuma. Conhecer os textos da lei é apenas conhecer a expressão extrínseca, subjetiva, individual, mais ou menos autorizada, da regra jurídica, expressão demasiado restrita, “estilizada”, reduzida a palavras, e que está para a verdadeira norma como para as cordilheiras e montanhas os sombreados dos mapas⁴⁸³.

A lei natural é a busca racional dos princípios da razão prática, numa perspectiva que abranja, por exemplo, a *Ética* dos bens humanos básicos, o *Direito* do bem comum e a *Política* da autoridade legal ou jurídica⁴⁸⁴. A partir das potências de sua alma, a pessoa humana logra criar critérios de ação (moral).

Esta é a atitude aristotélica a ser enfronhada daqui em diante. Diferentemente da metafísica de PLATÃO, de matiz *extra-real*, há que se perquirir a ontologia num nível *intra-real*, se maneira que o objeto central do problema agora trabalhado seja mirado não segundo arquétipos ideais, separados das coisas, mas sim num nível do ser enquanto ele é de fato. É como JACQUES MARITAIN diferencia ARISTÓTELES de Platão, acrescentando: “o objeto da metafísica [*aristotélica*] é, pois, aquilo que de mais íntimo e profundo o espírito humano pode

⁴⁸¹ PINHEIRO, Marcus Reis. *Experiência vital e Filosofia Platônica*. Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004, f. 175.

⁴⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*, t. 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 125-126.

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*, t. 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 125-126.

⁴⁸⁴ PINHEIRO, Victor Sales. *Para águas mais profundas: Deus como fundamento metafísico da natureza moral-racional em John Finnis*. I Seminário de Inverno: Filosofia Moral e Filosofia do Direito em John Finnis, 30 jul. 2019. Conteúdo audiovisual disponível em <https://youtu.be/KbmojuEHgyc>.

perceber nas coisas em si, e não no que há fora delas”⁴⁸⁵. Parece-me que tal *modus operandi* intelectual não pode ser deixado de lado numa especulação tão importante quanto a atual.

A lei natural tem uma roupagem imanental (lei positiva), um produto cultural de engenho humano que está sujeito a erros, desvios, equívocos, incidentes etc. Este traço de falibilidade humana sugere, ao menos em potência, a criação de atos jurídicos equivocados, inválidos num grau maior (nulidade) ou menor (anulabilidade). Também um jusnaturalista aceitará tal conclusão, de modo que a previsão de invalidades, no grau imanente da lei, não fere este dado metajurídico. Há vazões normativas para corrigir erros e falhas.

O que todo operador do direito espera é que o ato jurídico exista validamente⁴⁸⁶. Nenhum civilista, em sã consciência, defenderá, de *lege ferenda*, revogação das regras envolvendo negócio jurídico anulável por incapacidade relativa do agente e/ou por qualquer vício de vontade, como erro, dolo e coação (art. 171, incisos I e II, do Código Civil). O sistema jurídico, de qualquer maneira, absorve elementos de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, fatores indispensáveis para a sanidade das células que compõem o tecido social. O interessado na nulificação terá *x* anos para pleitear a invalidação (quatro anos, em regra – art. 178 do Código Civil), sob pena de decadência. As anulabilidades, assim, não contrariam a ideia central da lei natural: antes servem para confirmá-la. O Direito encara certos vícios como nós que, um dia, tornam-se inamarráveis. O tripé do instituto pode sair tortuoso, mas, passado algum tempo, será mister tratá-lo como inalterável, pare como parar no chão sociológico e no âmbito jurídico-individual dos envolvidos.

As regras de persecução penal estão aí para perseguir o autor de um delito, num delicado equilíbrio entre os interesses da sociedade e as garantias fundamentais do investigado e/ou réu. O sistema jurídico, construído por seres humanos, fundamenta a legitimidade e o acerto da punição de acordo com um mecanismo civilizado que, atualmente, compreende uma heterocomposição: a jurisdição. Mas este mesmo sistema jurídico traz vazões temporais, contentando-se, até, com a possibilidade de essa pretensão punitiva prescrever. Evidentemente, tais situações não formam a regra. Trata-se de uma situação excepcional. Mesmo ela, porém, é como que “desejada” e “esperada” pelo ordenamento jurídico.

O legislador jamais desejou a confecção de sentenças nulas, mas o sistema jurídico-processual traz um recurso com eficácia devolutiva amplíssima: a apelação (arts. 1.009 e

⁴⁸⁵ “*El objeto de la metafísica es, pues, aquello de más íntimo y profundo que el espíritu percibe en las cosas, y no fuera de ellas*” (MARITAIN, Jacques. *Filosofia de la Naturaleza*. Ensayo crítico acerca de sus límites y su objeto. Trad. Juan Román Delgado. Buenos Aires: Club de Lectores, 1980, p. 20).

⁴⁸⁶ O raciocínio adiante exposto foi talhado anteriormente em sentença proferida por órgão jurisdicional maringense, e, *nesse tanto* (não no ato decisório!), é de minha inteira autoria (trabalho de assessoria jurídica).

seguintes do Código de Processo Civil). Isso se dá, justamente, pelo grau potencial de falibilidade humana do juiz, pessoa natural que é (e dotado de potências em sua alma, adequadas para julgar bem e de forma humana — um defensor da lei natural não admitirá que *softwares* ou inteligências artificiais assumam o órgão jurisdicional).

Nenhuma nação dotada de povo com bom senso desejará que as sentenças sejam produzidas com vícios graves, a exemplo da coisa julgada maculada pela tomada de decisão por um juiz corrupto. Mas a experiência pareceu ter mostrado ser razoável pensar-se num mecanismo excepcionalíssimo de enfrentamento dessas questões. E, para isso, alguns ordenamentos previram algo similar à ação rescisória brasileira, admitindo, num lapso temporal tal, a busca da rescisão da coisa julgada muito gravemente maculada (Código de Processo Civil, art. 966). Mesmo nestes casos, se fluir *in totum* o prazo da lei, o povo admite que a coisa julgada fique como ficou, seja qual for a gravidade da situação. A segurança jurídica assume contorno de valor autônomo, agigantado diante da própria gravidade eventualmente subjacente à coisa julgada.

Ninguém em sã consciência deseja que uma sentença de mérito seja proferida por um juiz corrupto. Por isso, o interessado lesado terá o prazo decadencial de dois anos (Código de Processo Civil, art. 975, *caput*) para buscar a rescisão de coisa julgada contaminada com algo tão repugnante. Se a parte perde o prazo, nada mais poderá fazer. A coisa julgada, aí, se petrifica ad aeternum: mesmo que a lavratura da sentença envolva o condenável magistrado corrompido. E este é o desejo do ordenamento jurídico.

Não há parlamentar brasileiro que, bem-intencionado, queira ver o seu produto final, a lei, tida por inconstitucional diante do Poder Judiciário. Mas as próprias instituições oficiais, sabendo da falha humana, previram a modulação de efeitos em ações de controle concentrado: pode acontecer de uma lei ter sua constitucionalidade questionada, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, muitos anos depois do início de sua vigência. E, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, art. 27 da Lei n.º 9.868/1999. Nesse caso, uma lei reconhecidamente inconstitucional poderá continuar efeitos por certo período: não que este seja o desejo final do legislador e das instituições estatais. Mas deseja-se a manutenção de certa segurança jurídica nas relações jurídicas: ela própria é postulado constitucional que, eventualmente, admite essas aparentes contradições.

Nenhum administrativista escreve sua obra dogmática de direito público desejando arduamente que um ato administrativo seja nulo ou anulável. Ao contrário: avisa que a Administração tem um poder de autotutela hábil a anular, sem necessidade de chancela jurisdicional/judicial, os atos legalmente viciados: “a Administração” — avisa o art. 53 da Lei n.º 9.784/1999 —, “deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade” (antes dessa previsão legal, v. enunciado n.º 346 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal). Mas o administrativista, novamente baseado em seu próprio ordenamento jurídico, avisará que há um prazo de decadencial de cinco anos para tanto (art. 54 do referido diploma legal). Em nome da segurança jurídica, pode ser que um ato administrativo, inicialmente nulo, logre convalidação. E isso em nome da lei e da segurança jurídica. Eis o fenômeno chamado pela doutrina administrativa de “sanatória”. O ato permanecerá no mundo jurídico. Mesmo sendo, na gênese, ilegal.

O ordenamento jurídico não deseja tutelar a relação incestuosa de um casal de irmãos: há todo um problema ético, humano e metajurídico por trás disso. Um verdadeiro “horror ao incesto”, como disse SIGMUND FREUD em *Totem e Tabu*⁴⁸⁷. Pois bem: o incesto é vedado entre nós. Não podem casar, como diz o art. 1.521 do Código Civil, “os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive” (inciso IV). Entretanto, “anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”, art. 1.561, *caput*, do Código Civil.

E, nos infortúnios da vida, isso realmente acontece: há registros de irmãos biológicos que se casaram e tiveram filhos sem que soubessem da origem biológica. A situação é excepcionalíssima, mas o direito não pode virar as costas para isto. Eis um casamento putativo: seria nulo; mas a boa-fé afasta os efeitos da nulidade e garante um mínimo de estrutura jurídica em favor daqueles que dependerem do ato.

Todos os exemplos acima estão, ainda, dentro de espectros de expectativas normativas: são situações não desejadas, mas esperadas pela normatividade.

O problema mais profundo que parte dos teóricos gerais do direito se aventuraram a enfrentar é outro: quando temos situações não desejadas e nem esperadas pela normatividade. Como dito anteriormente, o direito necessariamente se moldará segundo as categorias apriorísticas de nossa ontologia, não o contrário. Essas situações que não desejamos e nem

⁴⁸⁷ FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: _____. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud* (J. Salomão, trad., v. XIII, p. 12-163). Rio de Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1913).

esperamos, nalguns casos, acontecerão. Neste sentido, surge a pertinência prática de pensar-se qual será a resposta aristotélico-tomista para o problema do negócio que, mesmo nulo, não pode ser nulificado para chegar-se ao *statu quo ante*, sob pena de completa irracionalidade. Pense-se, por exemplo, no negócio jurídico ilícito envolvendo manipulação genética de embriões. Ainda que haja caráter eugênico inerente à contratação, uma vez realizadas as fecundações, é evidente que o problem assume um contorno maior, pois é simplesmente impossível desfazer a realidade (e nenhum ato voluntário pode revogá-la).

Alguma carga de eficácia surge daí, ainda que o ato seja ilícito, ainda que se defenda, até, que ele jamais poderia existir. Um exemplo didático, aqui, é o de eventual compra e venda de órgão, tida como ilícita no Brasil, onde, aliás, há tipo criminal para a hipótese (art. 15 da Lei n.º 9.434/1997). Este negócio jurídico, em tese, existe (há partes, há acordo de vontades, há objeto e há forma). A compra e venda de um rim, por exemplo, existe, mas é nula, por ilicitude objetiva. Digamos, porém, que A venda para B o próprio rim. B tem um amigo médico, C, que, em clínica clandestina, procede com o ato cirúrgico de implante. O rim, então, é retirado do corpo de A e “instalado” no corpo de B. Trata-se de negócio absolutamente nulo. Mas o rim já está no corpo do comprador B! Estaríamos, aqui, diante de situação absurda se quiséssemos anular o dito negócio e conferir efeitos retroativos infinitos: não há o menor sentido em querer retirar o órgão instalado no comprador.

De algum modo, esta situação chama atenção de teóricos variados, sejam eles positivistas, sejam eles jusnaturalistas. Trata-se de um caso que a doutrina brasileira vem chamado de “derrotabilidade” (uma tradução para “*defeasibility*”), assunto versado por autores como DONALD MACCORMICK⁴⁸⁸, HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART⁴⁸⁹ e GIOVANNI SARTOR, sendo que este último, em coautoria com HENRY PRAKKEN, descreveu a possibilidade de, num caso concreto afastar-se uma norma (= texto interpretado) ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresentar, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes (mas abstratos) para que seja válida e aplicável⁴⁹⁰.

A rigor, “*defeasibility*” não é termo que encontra perfeita tradução em nosso vernáculo. “Entre nós, o termo quer significar”, segundo SAMUEL SALES FONTELES, “que a regra é superada, temporariamente vencida, episodicamente derrotada. Sabemos que, na Teoria Geral

⁴⁸⁸ MACCORMICK, Donald Neil. *Defeasibility in the law and logic*. In: BANKOWSKI; WHITE; HAHN (orgs.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995, p. 99-118.

⁴⁸⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, 1948-1949, p. 171-191.

⁴⁹⁰ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishing & University of Bologna, 2004, v. 17, p. 118-139.

do Direito, uma norma jurídica incide no suporte fático quando a hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal se verifica no mundo fenomênico. Porém, Hart defendeu em seu trabalho que, ainda que isso venha a acontecer, exceções podem impedir a incidência da norma, como se os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária ‘*a menos que*’⁴⁹¹.

Justamente: como escreve H. L. A. HART, quando um estudante aprende que no direito britânico há condições positivas requeridas para a existência válida de um contrato, i. e., pelo menos duas partes, uma oferta de um, a aceitação pelo outro, um instrumento onde os termos são eventualmente escritos e uma motivação por trás do ato, seu entendimento do sistema legal envolvendo o contrato está ainda incompleto, e a incompletude permanecerá ainda que ele estude regras de interpretação e de técnica sobre os termos vagos como “oferta”, “aceitação”, “instrumento” e “motivação”. O estudante ainda deve aprender o que pode “derrotar” (*defeat*) a afirmação de que aí há um contrato válido, ainda que todas as condições estejam satisfeitas. E o que esse aluno ainda deve aprender é o que pode seguir nas palavras “a menos que”, que devem acompanhar a declaração dessas condições⁴⁹².

Como se percebe, HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART entende haver um elemento implícito em toda categoria jurídica: tal ato jurídico será válido ou inválido (como regra praticamente absoluta)... A menos que haja situação de “defeat” (“derrota”). É verdade que ele próprio veio a renegar sua própria construção teórica, mas outros autores passaram a se interessar pela tese posteriormente, como relata o próprio DONALD MACCORMICK no 12.º capítulo da obra *Retórica e o Estado de Direito* [“Argumentação sujeita a exceções (*Arguing Defeasibility*)”]⁴⁹³.

Em exemplos como aquele que mencionei acima (o da venda do rim com implante já realizado), a eficácia *ex tunc*, clássica das nulificações absolutas, é “derrotada” (defeated) pela realidade mundana e empírica. Vislumbra-se, na ilustração feita, o *defeat* de HART, ou seja, o “a menos que...”. Veja-se:

⁴⁹¹ FONTELES, Samuel Sales. O dilema do Ministério Público diante da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 79, jan./abr. 2016, p. 60.

⁴⁹² “When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, i.e., at least two parties, an offer by one, acceptance by the other, a memorandum in writing in some cases and consideration, his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete and remains so even if he has learnt the lawyers technique for the interpretation of the technical but still vague terms, ‘offer’, ‘acceptance’, ‘memorandum’, ‘consideration’. For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That is the student has still to learn what can follow on the word ‘unless’ which should accompany the statement of these condition” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Ascription of Responsibility and Right*. Proceedings of the Aristotelian Society, Oxford University Press, 1948, p. 174-175).

⁴⁹³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2008, p. 310.

Um negócio com objeto ilícito é nulo e como tal
deve ser tratado...



... a menos que a retrooperância eficaz daí
decorrente acarrete a absurda situação de gerar a
morte e/ou gigantesco risco de alguém envolvido.

Muitos outros juristas lidaram com essas questões, ainda que as premissas sejam diferentes. GEORG JELLINEK, p. ex., falou em “força normativa dos fatos” [*normative Kraft des Faktischen*]⁴⁹⁴. E a jurisprudência já se viu obrigada, nalguns casos (espetacularmente excepcionais), a reconhecer que a força da natureza da vida, às vezes, vence a força da norma bruta.

Adiante, far-se-á um esforço para resumir as teses centrais e as implicações práticas da derrotabilidade segundo MACCORMICK, que, segundo minha percepção, mais aprofundou a questão.

Dois precedentes são rotineiramente citados como exemplificativos da tese agora estudada: *a) Riggs vs. Palmer* [115, Court of Appeals of New York, 506; 22 N.E; 188 (1889)]; e *b) Cleaver vs. Mutual Reserve Fund Life Association* [1 Q.B. 147 (1892)].

Em *Riggs vs. Palmer*, discutiu-se o alcance normativo numa sucessão testamentária. O neto, sabendo que seu próprio avô modificaria a disposição de última vontade — deixando de beneficiá-lo, como anteriormente —, o assassinou. Pela literalidade legal, o neto seria herdeiro. A autoridade americana responsável pelo controle sucessório negou, porém, o efeito sucessório. O neto, então, promoveu demanda invocando direito de herança. A decisão da Corte de Apelações de Nova York confirmou a negativa inicial, julgando tal pretensão improcedente. Mesmo com os termos categóricos da lei, a corte considerou adequada a negativa liminar, pois ninguém pode fundamentar um pleito jurídico decorrente fundamentado na própria torpeza⁴⁹⁵. O direito positivo, repita-se, não trazia saída semelhante. Trata-se de um arranjo claro da lei natural: as potências da alma dos magistrados captaram a irracionalidade de uma saída formalista, lançando luzes com princípios de justiça e de interesses superiores⁴⁹⁶.

A “derrota” (e, assim, a variação para “derrotabilidade”) é a melhor tradução possível em nosso vernáculo. O termo vem no sentido de o fato jurídico sucumbir diante da realidade

⁴⁹⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. 2.^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 319.

⁴⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2008, p. 311.

⁴⁹⁶ JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino; FABRA ZAMORRA, Jorge Luis; GUSMÁN, Carolina. *Riggs contra Palmer*. Tribunal de Apelaciones de Nueva York – 115 NY 506. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 11, 2007/2008.

ôntica que circunda o programa normativo. Calha invocar, aqui, a *Orientierungsprogramm* de FRIEDRICH MÜLLER: a norma tem um “programa” (*Programm*) “de orientação” (*Orientierungs*). Há um programa normativo diante do juiz. Se o programa se desvia da realidade empírica socialmente constatável dentro do qual ela goza de lógica e de sentido, o ato jurídico é analisado segundo o espectro da espera legítima de um intérprete. Se o programa normativo simplesmente destoa completamente da realidade fática que o circunda, perdendo sentido e ganhando contornos teratológicos, a norma e seu programa deixam de incidir⁴⁹⁷. Como notou MARCUS PAULO RYCEMBEL BOEIRA:

a norma é transitiva porque mesmo pressupondo que esgote todas as existências de predicados e que possua um campo analiticamente delimitado de significado capaz de projetar-se para todas as ações predicáveis em sua concepção de ordem, ainda assim carecerá de um aparato semântico capaz de dar conta adequada e completamente de todas as circunstâncias possivelmente decorrentes do futuro da ordem social. As circunstâncias abarcadas pelo domínio narrativo dos conceitos ali contidos serão sempre em maior número se comparados aos predicados abarcados pelo *status objetal*. Na medida em que exigirem sua especialização ante os vários casos futuros, a norma terá de ser sucedida por outras capazes de reger as relações extemporâneas. Cada norma, por assim dizer, é antecessora de desdobramentos geradores de normas ainda mais específicas⁴⁹⁸.

Veja-se um exemplo de nossa própria jurisprudência. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.240-7/BA, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante de situação *defeated*, i. e., derrotada pelos fatos da vida. Na hipótese, um ato legislativo criou o Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia. Esse ato legislativo era escancaradamente inconstitucional, pois foi publicado depois da Emenda Constitucional n.º 15/1996, que alterou o § 4.º do art. 18 do texto constitucional, com exigência de Lei Complementar Federal para levar-se adiante a criação do novo ente. Mas a tal Lei Complementar não foi, ainda, editada pelo Congresso Nacional. Mesmo assim, o então Município de Luís Eduardo Magalhães foi criado.

Sua “criação legal” (e sempre inconstitucional!) ocorreu em 2000. Quando o debate chegou ao STF, já estávamos no ano de 2007. A vida urbana da cidade já era um dado insuperável da realidade fática e ôntica. A cidade já tinha vida política, comercial, financeira, tributária, licitatória, processual, administrativa etc. Era, pois, algo instalado na própria

⁴⁹⁷ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik-Europarecht. Band II: Europarecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 3.

⁴⁹⁸ BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. *Temas de lógica deôntica e filosofia do direito*. A linguagem normativa entre a escolástica ibero-americana e a filosofia analítica. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020, p. 23.

consciência coletiva: não havia fato jurídico algum que pudesse alterar essa realidade de coisas. Daí o voto do Relator do caso, o Min. EROS ROBERTO GRAU, com suas ponderações para aquele caso:

O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o disposto no § 4.º do artigo 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE [Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.998, pág. 52]: na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. O Município de Luís Eduardo Magalhães, ente da federação brasileira, é titular de autonomia municipal desde a sua criação. Como, agora, anular essa autonomia? Pois é certo que a supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstanciaria franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo § 4.º do artigo 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada⁴⁹⁹.

Um outro caso bastante famoso em nossa jurisprudência envolveu situação apreciada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, num caso que ficou conhecido como “caso *Favela Pullman*” (Apelação Cível n.º 212.726-1-4). A causa envolvia um pedido de reintegração de posse de colossal terreno urbano que, com o passar dos anos, acabou se transformando num bairro de favela com iluminação pública, saneamento básico, luz domiciliar e água.

O pedido foi julgado improcedente. Constou do acórdão, de relatoria do Desembargador JOSÉ OSÓRIO, o seguinte: “trata-se de favela consolidada, com ocupação

⁴⁹⁹ Trecho do voto do Ministro EROS ROBERTO GRAU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.240/BA.

iniciada há cerca de 20 (vinte) anos. Está dotada, pelo Poder Público, de pelo menos 3 (três) equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. As fotos [...] mostram algumas obras de alvenarias, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto”. Ele chegou a escrever que, no caso daqueles autos, a coisa ali reivindicada não era mais “concreta”, “nem mesmo existente”. Era, já, “uma ficção”. “Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam” — prossegue o relator —, “há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 9 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel”. Enfim: “loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes”.

A ementa do “caso *Favela Pullman*” ficou assim redigida:

Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito⁵⁰⁰.

Como se percebe, a jurisprudência se viu forçada a reconhecer que, às vezes, os fatos superam as normas. Ou, no mínimo, que há um programa normativo [a *Orientierungsprogramm* de FRIEDRICH MÜLLER] ou uma causalidade final [ARISTÓTELES] que não pode ser menoscabada pelo intérprete. Isto abarca a própria produção legislativa, como no curioso fato narrado por F. C. PONTES DE MIRANDA a respeito do *Habeas Corpus Act* de 1679:

[...] o historiador BURNET afirma — e seu testemunho é dos melhores — que o estatuto de 1679 só conseguiu passar por artifício indecoroso,

⁵⁰⁰ TJSP, Apelação Cível n.º 212.726-1-4. Rel. Des. JOSÉ OSÓRIO, 8.ª Câmara Cível. Julgado em 16 de dezembro de 1994.

por fraude inconfessável, por uma mentira. E assim o explica (cf. BLACKSTONE, *Commentaires*, I. 239, IV 1823, 227)”: Lorde Grey e Lorde Norris foram nomeados para contagem dos votos. O último todavia, ‘subjetc à des vapeurs’, não estava senhor de si. Fiado nisso, quando um dos pares votou, Lord Grey, pilheriando, contou-o por dez; e percebendo depois que seu companheiro não prestara atenção, continuou, sereno, a sua soma fantástica. Ao verificar-se a votação, o bill aparecera com maioria, ao invés do que se esperava⁵⁰¹.

Nenhum jurista inglês, contudo, duvidará que o *Act* de 1679 já se sedimentou no constitucionalismo saxônico, e, decerto, a lei natural não acolheria a tese de nulidade e/o esvaziamento dos efeitos de tal ato normativo.

Portanto, ainda que sejam acolhidos, pelo direito positivo, concreto e imanental, todas as lições do direito natural e/ou para a lei natural segundo o tomismo, seria impossível e até desarrazoado buscar a nulidade dos negócios biojurídicos aqui estudados *após* o esgotamento de todas suas etapas ontológicas, ou seja, depois da efetiva fecundação de embriões. A vazão eficaz, aqui, teria de ser outra, nomeadamente ressarcitória, talvez pensando-se na possibilidade de atribuir a algum ente, como o Ministério Público, para a tutela dos interesses difusos envolvidos no caso.

Não se trata, note-se bem, de cancelar-se a prática de fecundar-se, *ad hoc, hic et nunc*, de seres humanos em laboratórios. O propósito por trás do item n.º 3.3 — dadas as respostas já até aqui exibidas — é o de lidar com o problema inevitável que surge diante da brutal realidade agora instalada: como tratar e como lidar com embriões já “produzidos” em clínicas, clandestinas ou não; como tratar o embrião congelado há dois, três, quatro, dez, vinte anos; como, enfim, o recorte jusfilosófico aqui trabalhado lidará com a questão de fato enquanto tal. Valendo-me, uma vez mais, do pensamento de G. CORÇÃO, aplicável para o raciocínio aqui trilhado: “minha filosofia não se opõe aos psicotécnicos como não se opõe aos barbeiros; mas opõe-se, veementemente, ao cabelo mal cortado e aos testes mal feitos”⁵⁰².

Como prova numérica desta brutalidade ontológica, afirma-se que desde o nascimento do primeiro bebê com técnica de fertilização *in vitro* [FIV], em julho de 1978, mais de 9 milhões de crianças já nasceram com uso de IVF ou de alguma técnica de reprodução assistida⁵⁰³. Não há porquê dar as costas para o problema, ainda mais se se considerar que há outros milhões de

⁵⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas Corpus*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 60.

⁵⁰² CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963, p. 16.

⁵⁰³ C. W. MA, Ronald; Y. H. Ng, Noel; CHEUNG, Lai Ping. Assisted reproduction technology and longterm cardiometabolic health in the offspring. *PLoS Med*, n.º 18, 9, set. 2021.

concebidos para além dos que já, enfim, percorreram todo o caminho da embriogênese, a ponto de “nascer”.

Talvez a especulação chame atenção negativa de eventual leitor tomista “mais ortodoxo”, mas não custa lembrar que dos escolásticos, em geral, se espera justamente uma conduta oxigenada pela prudência, i. e., a virtude cardeal⁵⁰⁴ mais elevada, que constitui a reta razão do agir. Da prudência sucedem, como se sabe, as demais virtudes cardeais: justiça, fortaleza e temperança, as quais nunca seriam perfeitas sem a antecedente prudência⁵⁰⁵. Isso tem fulcral importância na teoria da lei formulada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, preocupado que está com as ações humanas [*actus humani*]⁵⁰⁶. Sugere-se, não sem razão, em variadas literaturas, que um professor de bioética não deve estudar apenas aspectos médicos, mas também o trecho da filosofia que se ocupa da Ética⁵⁰⁷. Do contrário, pode haver risco de *tecnicismo*, no sentido pejorativo do termo e para as finalidades deste texto, tendente à “transplantação dos métodos, do critério e do estilo, que são próprios da técnica, que são a sua coroa, para os domínios da vida moral”⁵⁰⁸. Nenhum espanto há para o duro diagnóstico por trás da chamada *Big Science*, que cada vez mais produz pesquisa e acumula dados atrás de dados, sem que se perceba, porém, crescimento diretamente prorracional da confusão entre verdade e insignificância, a ponto de os especialistas, lenta e gradualmente, ficarem menos comprometidos com suas próprias responsabilidades éticas e cognitivas⁵⁰⁹. O excesso de especialidade é, assim, reflexo de uma exaustiva divisão de trabalhos, a ponto de indivíduo ficar

⁵⁰⁴ Esta expressão, “virtudes cardeais”, encontra gênese em AMBRÓSIO DE MILÃO, sendo repetida por vários padres da Igreja, como AGOSTINHO DE HIPONA, JERÔNIMO DE ESTRIDÃO, GREGÓRIO MAGNO, BERNARDO DE CLARAVAL e outros (LEME, Carlos Tafarelo, Origens das questões referentes à prudência na Suma de Teologia: algumas considerações sobre as fontes empregadas por Tomás de Aquino na construção das questões 47 a 56 da IIªIIª. *Revista Contemplação*, n.º 12, 2015, p. 72). Trata-se de uma tese platônico-aristotélica aceita por TOMÁS DE AQUINO (FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 53).

⁵⁰⁵ PIEPER, Josef. *Las Virtudes Fundamentales*. Versão espanhola revisada pelo Prof. Juan José Gil Cremades. Madrid: Ediciones Rial, 1976, p. 37. Disserta-se, a respeito, que a própria justiça “não se sobrepõe à Prudência, porque esta está na ordem do ser e da verdade, e tem, assim, uma dimensão intelectual e factual de que [...] carece a própria Justiça para não ser afinal cega, porque não conhecendo o caminho que pisa. Uma Justiça imprudente parece ser, afinal, aquela que se critica com a pantomina de vendar a deusa” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *As Virtudes Cardeais no Afresco de Rafael – Arte, Ética e Jusfilosofia*. Conferência no III Seminário Internacional Cristianismo, Filosofia, Educação e Arte – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, jun. 2002. Disponível em <http://www.hotopos.com/videtur16/pfca.htm>).

⁵⁰⁶ CHABADA, Michal. *Ludská prirodzenost’ a norma: Metaetický pohľad na teóriu prirodzeného zákona Tomáša Akvinského*. *Studia theologica*, Olomouc, n.º 24, n.º 1, 2022, p. 48.

⁵⁰⁷ ВЛАДИМИРОВНА МЕЩЕРЯКОВА, Тамара. Биоэтика как форма защиты индивидуальности в современной культуре. *Том*, n.º 2, 2013, p. 108.

⁵⁰⁸ CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963, p. 18.

⁵⁰⁹ REALE, Giovanni. *O saber dos antigos*. Trad. Silvana Cobucci Leite. 4.ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 41.

“impossibilitado de compreender as implicações éticas de seu trabalho”⁵¹⁰. E, em acréscimo, num tom mais abrangente, MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS escreveu:

O que caracteriza a ética culta e civilizada é a sua fundamentação na prudência como hábito reiterado do saber (virtude é um hábito reiterado e bom), do conhecimento dos princípios, meios e fins, e inclui, subordinadamente, a sabedoria, a ciência, a filosofia, etc. Funda-se na moderação, no manter-se equilibradamente entre os excessos contrários, pois o vício, como hábito continuado do que é mau, pode surgir, também, de uma virtude tomada em excesso⁵¹¹.

Os bioeticistas estão preocupados, em geral, com problemas e casos efetivamente concretos, sendo oportuno citar o lembrete de EDUARDO RIVERA LÓPEZ: hospitais, centros de pesquisa e laboratórios, cada vez mais, buscam comitês de bioética para aconselhamento a respeito das decisões diariamente tomadas. O direito, aqui, serve como um limite para a própria bioética⁵¹². O método deliberativo pode ter suas limitações, mas oxigena as decisões a serem tomadas, seja pela consideração de códigos deontológicos, seja pela posição assumida por um comitê de ética⁵¹³.

O recorte filosófico proposto não admite e não tolera o descarte de embriões em si considerado. Este é o *mais*, e daí sucede o *menos*, a exemplo do descarte do embrião por uma razão eugênica, mínima que seja. Não parece haver diferença, só para ilustrar, entre o programa eutanásico de HITLER [*Aktion T-4*], que, primeiramente atingiu crianças menores de 3 anos com “defeitos” congênitos (1939), sendo ampliado para menores de 17 anos (1941) e, depois, escancarado para crianças judias e de outras “raças” (1943)⁵¹⁴. Uma das pretensões de HITLER seria obter-se economia de recursos destinados à saúde⁵¹⁵, argumento socioeconômico situado no plano da imanência (algo que, curiosamente, é cada vez mais invocado atualmente).

⁵¹⁰ WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. 2.^a ed. Trad. Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 79.

⁵¹¹ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 69.

⁵¹² RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Problemas de vida o muerte*. Diez Ensayos de Bioética. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 38.

⁵¹³ CASADO DA ROCHA, Antonio. *Bioética para legos*. Una introducción a la ética asistencial. Madrid e México: Plaza y Valdés Editores, 2008, p. 70.

⁵¹⁴ “1939: Hitler autoriza el comienzo del programa *Aktion T-4* de eutanasia de niños menores de tres años con defectos congénitos, que en 1941 se ampliará a menores de 17 años y en 1943 a niños judíos y de otras razas. Se crean 6 centros de eutanasia para llevar a cabo el programa en los que se investiga las maneras más efectivas y rápidas de causar la muerte; sus conclusiones son utilizadas para organizar los sistemas de exterminio nazis: *Eutanasia eugenésica*” (JESÚS GOIKOETXEA, María. *Cuadernos de Teología Deusto*, n. 20. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, p. 15).

⁵¹⁵ “Il progetto di eutanasia inizialmente infantile fu esteso agli adulti. Eliminare i pazienti incurabili costituiva, secondo Hitler, un risparmio notevole di risorse sanitarie” (LALLI, Chiara. *Dilemmi della bioetica*. Napoli: Liguori, 2007, p. 115).

Defende-se, assim, a superação (*overruling* — vide oitavo argumento do item n.º 1.6, *supra*) da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADIn n.º 3.510/DF, de modo a considerar inconstitucional o art. 5.º da Lei n.º 11.105/2005 ou, para ser mais preciso, a inconstitucionalidade por trás da chancela da legalidade para a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, mesmo que sejam preenchidas quaisquer condições que, em suma, divirjam dos interesses do próprio embrião e, assim, da sua dignidade que entra em jogo.

Todo o teor da dissertação não é um “estímulo anticientífico”. Ao contrário: a objeção jamais desejará impedir pesquisas científicas, pois essas investigações são, sim, impornates para o progresso e para o bem-estar da própria humanidade. No entanto, a sede de conhecimento “não é justificativa para que se passe por cima da vida de um indivíduo humano. Sem essa responsabilidade ética não há ciência segura”⁵¹⁶.

Ainda que não haja plena abertura acadêmica para argumentos metafísicos e até religiosos, o fato é que a sociedade secular ainda não traz respostas claras para uma antropologia cada vez mais liberal e reduzida ao âmbito só imanente. Há um famosíssimo debate travado entre JÜRGER HABERMAS e JOSEPH RATZINGER que acabou sendo organizado por FLORIAN SCHULLER num livreto que, no Brasil, teve título traduzido para “Dialética da Secularização: sobre razão e religião”.

Em suma, HABERMAS tenta resolver o principal problema da secularização: justamente a lacuna gerada pelo esvaziamento da metafísica. Restará saber se, “depois de o direito se ter tornado totalmente positivo, o domínio política ainda admite uma justificativa secular, ou seja, uma justificativa religiosa e pós-metafísica”⁵¹⁷. HABERMAS, em suma, propõe que “o processo democrático [...] justifica uma presunção de aceitabilidade racional dos resultados”⁵¹⁸ e que “a constituição do Estado constitucional basta a si mesma para se legitimar, pois dispõe de um acervo cognitivo de argumentos que independe das tradições religiosas e metafísicas”⁵¹⁹.

⁵¹⁶ RIBEIRO, Mário da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n.º 3, set./dez. 2017, p. 151.

⁵¹⁷ HABERMAS, Jürgen *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático?* In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, p. 24.

⁵¹⁸ HABERMAS, Jürgen *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático?* In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, p. 29.

⁵¹⁹ HABERMAS, Jürgen *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático?* In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, p. 33.

Na réplica, JOSEPH RATZINGER lembra que a ciência não tem capacidade de produzir um etos, de modo que “uma consciência ética renovada não surgirá como fruto de debates científicos”. Mas “é incontrovertível também que a transformação radical da imagem do mundo e do homem, que resultou do crescimento do conhecimento científico, contribuiu decisivamente para o desmantelamento de antigas certezas morais”⁵²⁰.

De modo que a democracia pode representar mero amontoado (“maioria”), sem que traga necessariamente a melhor decisão:

é possível falar em justiça ou em direito em geral, quando uma maioria, por mais absoluta que seja, aflige, por exemplo, uma minoria religiosa ou uma raça por meio de leis opressoras? Vê-se, portanto, que o princípio da maioria continua deixando sem solução a questão dos fundamentos éticos do direito⁵²¹.

Todo campo científico é necessariamente rodeado de limites, já que há um recorte cognitivo para cada matéria. Parafraseando J. RATZINGER: a “ciência jurídica”, como “ciência”, é, no seu conjunto, “apenas isto”. Em conclusão, o Papa emérito ministrou, numa aula, a seguinte lição:

[...] então o próprio homem sofre uma redução. Porque nesse caso as questões propriamente humanas, isto é, «donde venho» e «para onde vou», as questões da religião e do *ethos* não podem ter lugar no espaço da razão comum, tal como a descreve uma «ciência» assim entendida, devendo ser transferidas para o âmbito do subjectivo. O sujeito decide, com base nas suas experiências, o que lhe parece religiosamente sustentável, e a «consciência» subjectiva torna-se em última análise a única instância ética. Desta forma, porém, o *ethos* e a religião perdem a sua força de criar uma comunidade e caem no âmbito da discricionariedade pessoal. Trata-se duma condição perigosa para a humanidade: constatamo-lo nas patologias que ameaçam a religião e a razão – patologias que devem necessariamente eclodir quando a razão fica a tal ponto limitada que as questões da religião e do *ethos* deixam de lhe dizer respeito. O que resta das tentativas de construir uma ética partindo das regras da evolução ou da psicologia e da sociologia, é simplesmente insuficiente⁵²².

⁵²⁰ RATZINGER, Joseph. *O que mantém o mundo unido*. Fundamentos morais pré-políticos de um Estado liberal. In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, p. 63.

⁵²¹ RATZINGER, Joseph. *O que mantém o mundo unido*. Fundamentos morais pré-políticos de um Estado liberal. In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, p. 67

⁵²² RATZINGER, Joseph. *Aula Magna da Universidade de Regensburg*. Fé, razão e universidade: Recordações e reflexões, set. 2006. Disponível em: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg.html.

Por fim, sem ignorar a defesa das teses expostas nos itens n.º 5.1 e n.º 5.2, *supra*, (pela inexistência e pela invalidade, respectivamente) e abraçando tudo o que dito nos parágrafos iniciais do presente tópico, duas propostas de *lege ferenda* parecem-me oportunas para iniciar-se a solução prática do delicado problema.

Primeira sugestão: criação de uma autarquia específica para regulação de assuntos bioéticos, abarcando-se qualquer entidade que se valha de técnicas de reprodução assistida de seres humanos. A “autarquia”, aqui, tem aquele sentido específico divulgado por administrativistas em geral: agência reguladora com um regime jurídico especial, cuja autonomia é reforçada: *a)* por sua despolitização; e *b)* por sua expertise técnica⁵²³. Tal proposta, porém, apara arestas: o objetivo da autarquia sugerida não seria a tutela de uma “atividade econômica”, como geralmente constam em obras específicas sobre tais entes administrativos⁵²⁴. O objetivo, aqui, não seria o de “influenciar os destinos da economia nacional”⁵²⁵. Trata-se, muito mais, de um mecanismo próximo ao consenso ético de assuntos que precisam de maior especificidade⁵²⁶. Note-se, ainda, que tais entidades têm dirigentes estáveis: uma vez escolhidos e aprovados pelas sabatinas, devem permanecer no cargo pelo período legal, sem possibilidade de ser exoneração *ad nutum*. Trata-se de um mecanismo inteligente para conferir caráter ético e técnico por trás das decisões a serem tomadas. Há quem diga que tais entidades seriam uma espécie de “quarto poder” por conta disso⁵²⁷.

Segunda sugestão: criação de um tipo específico de registro público para conferir-se publicidade não somente dos atos biojurídicos, mas também dos embriões criados. É verdade que o registro público de atos da vida civil sempre foi visto como algo oportuno para conferir eficácia geral e *erga omnes* de determinados fatos jurídicos, mas é certo que a Lei n.º 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) também enfatizam aspectos outros por trás de tal ato, como a “segurança” (art. 17). A segurança jurídica, segundo RODOLFO LUIS VIGO, é responsabilidade de todos os membros de suma sociedade. Quem descumpre deveres está, ainda

⁵²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 110-111.

⁵²⁴ P. ex.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23.

⁵²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 11, n.º 44, out./dez. 2013, p. 88.

⁵²⁶ Para um contexto mais amplo da *institucionalização* da bioética, cf. DURAND, Guy. *Introdução geral à Bioética*. História, conceitos e instrumentos. 5.ª ed. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Centro Universitário São Camilo & Edições Loyola, 2014, p. 357 em diante, além de SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Fundamentos e ética biomédica, v. I. 2.ª ed. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 33-35.

⁵²⁷ “[...] *the independent agencies have become a fourth branch of government*” (LIEBERMAN, Jethro K. *A Practical Companion to the Constitution*. Califórnia: University of California Press, 1999, p. 30).

que inconscientemente, promovendo insegurança⁵²⁸. Isso abarca e inteliga, a um só tempo, juristas, médicos, profissionais da saúde, filósofos, estudantes, cientistas e assim por diante.

Não se procura, com tal sugestão, alguma força constitutiva com o registro sugerido. A ideia por trás da proposta é a de garantir efeito declaratório sobre o que é feito, bem como sobre o destino de cada embrião, ser humano que é. Tudo a ser concentrado por alguma entidade específica (como a autarquia da primeira sugestão), permitindo-se efetivo controle público sobre este assunto tão delicado. Isto seria oportuno, aliás, inclusive para homens que aquiesceram com doação de sêmen para uma pesquisa ou mesmo para tentativa de fecundação em suas próprias esposas. Trata-se de uma oportunidade, um *front práctico*, um tipo de coerção mínimo para evitar-se problemas ainda mais drásticos, como o escândalo por trás do médico Donald Cline, cuja fraude pitoresca foi a de utilizar o próprio sêmen no lugar do espermatozoide correto (!)⁵²⁹ em sua clínica de fertilização *in vitro* — quase uma centena de filhos (a conta, aparentemente, segue aberta).

⁵²⁸ LUIS VIGO, Rodolfo. *Interpretação jurídica*. 2.^a ed. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 286.

⁵²⁹ Com detalhes, cf. ZHANG, Sarah. The fertility Doctor's Secret, *The Atlantic*, Boston, abr. 2019.

CONCLUSÕES

Pode-se concluir, depois de todo o exposto, que há razão axiológica e inerente à lei natural para um despregamento conceitual e analítico do chamado negócio biojurídico no âmbito da teoria geral do fato jurídico, de modo que ele seja tratado não necessariamente de forma estancada ao negócio jurídico tradicional, mas, isto sim, com as adaptações acidentais que são necessárias. Aliás, dez foram as razões arroladas para tanto, valendo lembrá-las, uma vez mais, em palavras mais resumidas:

- i) a biologização/medicalização da lei [MARIA HELENA DINIZ];
- ii) blindagem da ciência de regras mercadológicas [RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR];
- iii) irracionalidade da adoção de critérios puros de capacidade civil [ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA; JORGE GISPERT CRUELLS];
- iv) direito à vida enquanto bem do próprio titular [CARLOS ROBERTO GONÇALVES; CARLO CASONATO];
- v) vida humana tendo valor inestimável, daí sucedendo a diferença valorativa e linguística na relação jurídica entre pacientes e médicos [M. CARMEN MONTANTER ABASOLO & ENRIQUE SOLER COMPANY];
- vi) interdisciplinaridade, abarcando discussões sociológicas e de capacidade cognitivo-intelectual da pessoa que toma decisão sobre aspectos biomédicos e/ou biojurídicos [FLORENCIA LUNA; EDUARDO RODRÍGUEZ YUNTA];
- vii) técnica como meio, não como finalidade autorreferente [EDUARDO BONNÍN; GUSTAVO CORÇÃO; MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS; WILLIAM LANE CRAIG];
- viii) mutabilidade do direito positivo, seja na roupagem da legalidade, seja no âmbito dos precedentes [CLAYTON P. GILLETTE; ALFRED WILLIAM BRIAN SIMPSON; THEODORE M. BENDITT; NEIL MACCORMICK etc.];
- ix) reavaliação do *locus* apropriado para tomar-se a palavra final a respeito de um assunto bioético e/ou biojurídico, inclusive apreciando criticamente o papel do Supremo Tribunal Federal em todo e qualquer caso [MARK TUSHNET; PABLO GREZ HIDALGO & JAVIER WILENMANN VON BERNARTH]; e
- x) riqueza de nomogêse por trás de assuntos bioéticos e/ou biojurídicos, aí inserido o poder regulatório do Conselho Federal de Medicina e, igualmente, de colegiados moldados para determinados assuntos, a exemplo do *Código ético de los centros de atención a personas con discapacidad intelectual*, cuja

forma procedimental de elaboração foi divulgada por DAVID LORENZO IZQUIERDO, da Ordem Hospitaleira de São João de Deus.

Além disso, após a exposição central da Filosofia Escolástica, centralizada nas premissas aristotélico-tomistas, e das descobertas de KARL ERNEST VON BAER, nota-se que há efetiva presença de vida humana a partir do primeiríssimo momento após a fecundação. No deslumbrar da realidade e da totalidade ontológica por ARISTÓTELES, o embrião encaixa-se como substância, categoria fundamental do ser, cujas variações categoriais consubstanciam, apenas, acidentes a serem atualizados durante a regular embriogênese.

Finalmente, em cotejo analítico com as bases teóricas fundamentais da dissertação, foi possível concluir que o negócio biojurídico envolvendo embriões:

a] não deveria existir, nem em circunstâncias normais, pois o ser humano não pode ser objeto de ato jurídico (teoria personalista da relação jurídica); ou, no mínimo, *jamaís* deverá existir com finalidades deturpadas, como seria o caso de uma contratação pró-eugenia. As teorias natalistas e concepcionistas, a rigor, não estão em conflito, pois cada uma delas tem vocação para solucionar um problema prático diferente: os natalistas resolvem questões patrimoniais (ter), os concepcionistas preocupam-se com a dignidade humana do embrião (ser). O caso da doação para o nascituro, por argumentação indutiva, serve como ponte teórica para uma abstração tendente a provar este ponto de vista;

b] não deveria ser válido, nem em circunstâncias normais, pois há afronta à lei natural envolvendo o direito à vida, próprio do embrião humano; ou, no mínimo *jamaís* será válido quando as finalidades forem deturpadas, como seria o caso, igualmente, de uma contratação tendente à eugênia;

c] produzirá efeitos jurídicos em todo e qualquer caso, donde sucede a seguinte divisão didática das abstrações antevistas:

c.1] ainda que haja “licitude” no plano imanental, seria de bom alvitre, numa proposta de *lege ferenda*, a criação de uma entidade independente (prefere-se a autarquia, pelas razões expostas no item n.º 3.3 deste trabalho) capaz de regular e fiscalizar *in loco* as clínicas de reprodução assistida, parecendo interessante arquitetar um mecanismo mínimo de publicidade, com registros e averbações de cada embrião desenvolvido, sempre com prestação de contas para o órgão regulador;

c.2] quando houver ilicitude, o Poder Judiciário deverá nulificar o negócio biojurídico, em regra;

c.3] ainda no caso de eventual ilicitude, o Poder Judiciário não nulificará o negócio biojurídico se a concepção já ocorreu, e daí tem de suceder tutela repressiva, de caráter civil (afronta a direitos difusos) e penal (arts. 24, 25 e 26 da Lei de Biossegurança — Lei Federal n.º 11.105/2005).

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi, com revisão de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBÀ, Giuseppe. *História crítica da Filosofia Moral*. Trad. Frederico Bonaldo. 2.^a ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2011.
- ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALEJANDRO MARZOCCA, Pablo. ¿Caballo o caballeidad? Una interpretación antisténica de “lo que era ser”. XVI Congreso Nacional de Filosofía AFRA, mar. 2013.
- ALFONSO Y HERNÁN, Eduardo. *Compendio y Atlas de Embriología*. Madrid: Atika, 1967.
- AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. *Biologia*. Origem da vida. Citologia e histologia. Reprodução e desenvolvimento, v. 1. 2.^a ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Direito Civil*. Introdução. 2.^a ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.
- AMERINI, Fabrizio. *Aquinas on the beginning and end of human life*. Trad. Mark Henniger. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2013.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. II. Coimbra: Almedina, 1983.
- ANGIONI, Lucas. Princípio da não-contradição e semântica da predicação em Aristóteles. *Analytica*, v. 4, n. 2, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de. *Projecto do código civil*. Trabalho apresentado ao governo imperial pela família do falecido conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, que se achava encarregado do mesmo, 1872.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2.^a ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.
- _____. *Metafísica*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Editorial Gredos, 2003.
- _____. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 4.^a ed. São Paulo: Edipro, 2004.
- ASHLEY, O. P. Benedict M. The Anthropological Foundations of the Natural Law. A Thomistic Engagement with Modern Science. In: GOYETTE, John; LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. (orgs.). *St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition*. Contemporary Perspectives. Washington: The Catholic University of America Press, 2004.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AUBENQUE, Pierre. *Le problème de l'être chez Aristote*. Essai sur la problématique aristotélicienne. Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

AUSTRIACO, Nicanor. Hominização imediata a partir da perspectiva sistêmica. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Caracterização da dignidade da pessoa humana, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, mar. 2002.

AZPÚRUA AYALA, Ricardo. Kelsen y su posicion frente al positivismo y la direccion neokantiana. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, n.º 30, 1964.

BALLY, Klaus. *Autonomie in der Medizin: 7 Thesen*. Berna: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BASHO NETO, Ken. Da inexistência da “escada ponteana”: uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região*, Brasília, ano 31, n.º 2, 2019.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECKER, Oskar. *O pensamento matemático*. Sua grandeza e seus limites. São Paulo: Herder, 1965.

BENDITT, Theodore M. The Rule of Precedent. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1987.

BERTI, Enrico. *Novos Estudos Aristotélicos*. Física, antropologia e metafísica, v. II. Trad. Silvana Cobucci Leite, Cecília Camarco Bartalotti e Élcio de Gusmão Verçosa Filho. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

_____. *Direito das Obrigações*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*, v. 6, t. I. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *Semiotics, Law & Art*. Bittar Between Theory of Justice and Theory of Law. Cham: Springer, 2020.

ВЛАДИМИРОВНА МЕЩЕРЯКОВА, Тамара. Биоэтика как форма защиты индивидуальности в современной культуре. *Том*, n.º 2, 2013.

BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges., 1993.

_____. Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte. *JuristenZeitung*, 58, n.º 17, set. 2003.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. Algumas notas comparativas sobre a fundamentação da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suárez. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.

_____. Diferenças entre a teoria da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suarez: problemas gnosiológicos e metafísicos. In: MOTA, Mauricio; MACEDO, Paulo Emilio Borges de. (orgs.). *Leituras Tomistas do Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.

BORCHARDT, Klau-Dieter. *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis. Viena: Facultas Verlags- und Buchhandels, 2015.

BOÉCIO. *Escritos* (opuscula sacra). Trad. Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. *Temas de lógica deôntica e filosofia do direito*. A linguagem normativa entre a escolástica ibero-americana e a filosofia analítica. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020.

BONALDO, Frederico. Um indício da vigência do direito natural na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.

BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação de vontade nos negócios jurídicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*, v. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

BONNÍN, Eduardo. *Moral de la vida*. Manual de bioética teológica. México: Ediciones Dabar, 2005.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Atravessando o inverno com John Finnis: filosofia moral e filosofia do direito. *Estado da Arte - Estadão*, 28 jul. 2019.

C. W. MA, Ronald; Y. H. Ng, Noel; CHEUNG, Lai Ping. Assisted reproduction technology and longterm cardiometabolic health in the offspring. *PLoS Med*, n.º 18, 9, set. 2021.

CAGLIOTI, Giuseppe. The tertium non datur in Aristotle's logic and in physics. *Journal of the Mechanical Behavior of Materials*, v. 5, n.º 3, 1994.

CANAVAN, Francis. *The Pluralist Game*. Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 1995.

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O judaísmo. O direito talmúdico. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 103, 2008.

_____. A Châr'ia muçulmana. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 101, 2006.

CASONATO, Carlo. *Introduzione al biodiritto*. La bioetica nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento. Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Manual Elementar de Direito Civil*, v. I. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1930.

CANAS-QUIRÓS, Roberto. La educación (*paideía*) en *La República* de Platón. *Acta Académica*, v. 40, mai. 2007.

CARDOSO, Fábio Cardoso. O Direito e a Razão. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.

CARLSON, Bruce M. *Embriología humana y biología del desarrollo*. 2.ª ed. Trad. Jaime Ignacio Pedraza Forero, com revisão de Antonio Javier Puerta Fonollá. Madrid: Ediciones Harcourt, 2000.

CARUSO, Francesca. *Melancholia, otium, acedia: tre moti dell'animo nella vita sociale del mondo antico*. Università Della Calabria, Dipartimento di Studi Umanistici. Tesi de Laurea, 2013-2014.

CARVALHO DA SUVA, Amaro. Martins Capela, um divulgador do neotomismo, *Revista Portuguesa de Filosofia*, t. 48, fasc. 2, abr./jun. 1992.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa. O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Nascituro*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d.

CASADO DA ROCHA, Antonio. *Bioética para legos*. Una introducción a la ética asistencial. Madrid e México: Plaza y Valdés Editores, 2008.

CASADO M. Bebe a la carta: problemas éticos y jurídicos. *Rev Calid Asist*, n.º 17, v. 2, 2002.

CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1963.

CASORETTI, Anna Padoa. Pitágoras e os caminhos da Alma. Disponível em: https://www.academia.edu/12229617/Pit%C3%A1goras_e_os_caminhos_da_Alma. Acesso em 28 fev. 2022.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CECCHINI, Stefania. Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale. *Rivista di BioDiritto*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, n.º 2, 2019.

CHABADA, Michal. Ľudská prirodzenosť a norma: Metaetický pohľad na teóriu prirodzeného zákona Tomáša Akvinského. *Studia theologica*, Olomouc, n.º 24, n.º 1, 2022.

CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 3. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

COSTA, Adriano Soares da. *Pontesianas I: Atos jurídicos processuais e Negócios jurídicos processuais (I)*. Disponível em: <https://goo.gl/S3CH8U>. Acesso em 31 jul. 2021.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; MIRANDA, Roberta Drehmer de; FLORES, Alfredo de Jesus. A causa na posse: proposta de compreensão a partir da contribuição de Torquato Castro e seus pressupostos aristotélico-tomistas. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina: Thoth, 2021.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy, *Revista Ius et Praxis*, n.º 3, ano 24, 2018.

CRAIG, William Lane. *Apologética contemporânea*. 2.ª ed. Trad. A. G. Mendes, Hans Udo Fuchs, Valdemar Kroker. São Paulo: Vida Nova, 2012.

CRONJE MATEUS, Rafael. O Direito e a Ordem do Ser na História: o pensamento jurídico de Eric Voegelin. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.

_____; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Neokantismo, Miguel Reale e lei natural*. Conteúdo audiovisual. Disponível em <https://youtu.be/DjUf--iyeIo>. Acesso em 30 jun. 2022.

CRUZ, Luiz Carlos Lordi da. *A alma do embrião humano: a questão da animação e o fundamento ontológico da dignidade de pessoa do embrião*. Anápolis: Múltipla, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *As Virtudes Cardeais no Afresco de Rafael – Arte, Ética e Jusfilosofia*. Conferência no III Seminário Internacional Cristianismo, Filosofia, Educação e Arte – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, jun. 2002. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur16/pfca.htm>.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução Antonio José Brandão. Revisão e prefácio de L. Cabral de Moncada. Atualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Suc., 1972.

DELFINO, Lúcio; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; CASTRO E SILVA, Jhonatan de. Proibição a livro de Adolf Hitler ignora solenemente dispositivos constitucionais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <http://twixar.me/73D1>.

DEZZA, Paolo. *Alle origini del Neotomismo*. Archivum Philosophicum Aloisianum, n. 1. Milão: Fratelli Bocca, 1940.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil, v. 1. Saraiva: 2004.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, v. 3. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Código Civil anotado*. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Código Civil anotado*. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O estado atual do biodireito*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DURAND, Guy. *Introdução geral à Bioética*. História, conceitos e instrumentos. 5.^a ed. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Centro Universitário São Camilo & Edições Loyola, 2014.

EBERL, Jason T. *Thomistic Principles and Bioethics*. Londres e Nova York: Routledge, 2017.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Alguns apontamentos sobre a lei de biossegurança nos negócios biojurídicos envolvendo a manipulação genética humana. In: ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. (orgs.)

Estudos em direito negocial. Relações privadas e direitos humanos. São Paulo: Boreal Editora, 2015.

_____; PAIANO, Daniela Braga. As técnicas de reprodução assistida na Resolução n 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina: principais aspectos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, 2017.

FABRIS, Adriano. *Die Person als kommunikationsfähiges Wesen zwischen Natur und Konsens.* In: Phainomena. Humanism and Culture, nov. 2006.

FABRO, Cornelio. *Neotomismo e Suarezismo*, v. 4. Piazza di San Pietro: Editrice del Verbo Incarnato, 2005.

FELICE, Sebastião André de; KAMEYAMA, Issao. Avaliação médico-forense da capacidade e da responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 89, 1994.

FERBER, Sarah. *Bioethics in Historical Perspective.* Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

FERNANDES, Luís. A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil.* Introdução, pressupostos da relação jurídica. 6.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

FERNANDO SELLÉS, Juan. *Antropología para inconformes.* Madrid: Rialp, 2006.

FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; ESPOLADOR, Rita de Cassia Resqueti Tarifa. O dilema dos embriões híbridos e a possibilidade de utilização da tutela jurisdicional inibitória. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, Florianópolis, 2020.

FINNIS, John. *Direito Natural em Tomás de Aquino.* Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, com revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

_____. Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida. In: C. I. MASSINI; P. SERNA (orgs.). *El derecho a la vida.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998.

FORD, Norman M. *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and science.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FONTELES, Samuel Sales. O dilema do Ministério Público diante da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 79, jan./abr. 2016.

FR. AUSTIN FAGOTHEY, S.J. *Right and Reason.* Ethics in Theory and Practice Based on the Teachings of Aristotle and St. Thomas Aquinas. 2.^a ed. Charlotte: TAN Books, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal.* 11.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. Livro eletrônico.

FRANÇA, Gustavo. Kant e Aristóteles como paradigmas da ética normativa: uma separação intrançável? *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 23, n.º 33, 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. A Responsabilidade Civil no Código do Japão, comparado com o do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 79, 1984.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*. Esboço. Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1860.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: _____. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud* (J. Salomão, trad., v. XIII, p. 12-163). Rio de Janeiro: Imago.

FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

G. POST, Stephen. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 1. 3.^a ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

_____. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 2. 3.^a ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

_____. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 3. 3.^a ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

_____. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 4. 3.^a ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

_____. *Encyclopedia of Bioethics*, v. 5. 3.^a ed. Nova York: Macmillan Reference USA, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA MOYANO, Loreto María; PELLICER GARCÍA, Begoña; BUIL TRICAS, Begoña; JUÁREZ VELA, Raúl; GUERRERO PORTILLO, Sandra; ANTÓN SOLANAS, Isabel. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, n.º 36, 2016.

GASDA, Élio Estanislau. Bioética: interpelação à Igreja como comunidade de discernimento. *Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral*., Curitiba, v. 5, n. 1, jan./jun. 2013.

GHIRONI, Andrea. La dottrina tedesca. *Diritto e Scienza*, n.º 11, 2012.

GILLETTE, Clayton P. The Path dependence of the law. In: BURTON, Steven J. (org.). *The Path of the Law and its Influence*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

GISPERT CRUELLS, Jorge. *Conceptos de bioética y responsabilidad médica*. 3.^a ed. México: Editorial El Manual Moderno, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Parte Geral, v. 1. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito Civil brasileiro*. Direito das coisas, v. 5. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. *El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*. México: FCE, UNAM, Programa Universitario de Bioética, 2017.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Noções fundamentais da teoria geral do direito: dos fatos e das situações jurídicas. In: _____. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica de Pernambuco, 2008.

_____. *Da recorribilidade ao recurso*. Um caso emblemático do movimento processual. Tese de doutorado, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Negócio jurídico inexistente. Alienação fiduciária em garantia; existência, validade e eficácia do negócio jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRACIA, Diego. *Fundamentación y Enseñanza de la Bioética*. 2.^a ed. Bogotá: El Búho, 2004.

GREZ HIDALGO, Pablo; WILENMANN VON BERNATH, Javier. Un desarrollo preocupante. Sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales. *Revista de derecho*, Coquimbo, v. 26, 2019.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

HABERMAS, Jürgen *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático?* In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, 1948-1949.

HILTON JR., Donald L. *O Mestre da Escravidão: Como a pornografia droga e muda nossos cérebros*. Tradução de Nina Cenni; revisão de Lucas Messali. Publicado no *website* do projeto Contra os Acadêmicos. Disponível em <https://contraosacademicos.com.br/blog/1>. Acesso em 21 fev. 2022.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HERVADA, Javier. Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.º 40, ago. 2019.

HESÍODO. *Teogonia: a origem dos deuses*. Trad. com notas de Jaa Torrano. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Iluminuras, 2007.

HOCHSCHILD, Adam S., The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000.

HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlim e Nova York: Walter de Gruyter, 1996.

IMBACH, Ruedi. Human dignity in the Middle Ages (twelfth to fourteenth century). In: DÜWELL, Marcus; BRAARVING, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2014.

INÉS PAZOS, María. Un modelo alternativo para la ponderación jurídica. In: GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz; SÁNCHEZ GIL, Rubén (orgs.). *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. Cidade de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

J. ALARCOS, Francisco. *Bioética global, Justicia y Teología moral*. Bilbao: Universidad Pontificia Comillas, Editorial Desclée De Brouwer, 2005.

J. CHIELIGO JR., Daniel. *Principios de Histología y Embriología Bucal*. Con orientación clínica. 4.ª ed. Barcelona: Elsevier, 2014.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. 2.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JESÚS GOIKOETXEA, María. *Cuadernos de Teología Deusto*, n. 20. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998.

JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino; FABRA ZAMORRA, Jorge Luis; GUSMÁN, Carolina. Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York – 115 NY 506. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 11, 2007/2008.

JOSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, v. 1. Paris: Recueil Sirey, 1938.

KALOKAIRINO, Eleni. Tracing the roots of european bioethics back to the Ancient Greek philosophers-physicians. *Jahr*, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KERR, Fergus. *Thomas Aquinas. A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2009.

KIELTYKA, Robert. *Der Umgang mit Wachkoma-Patienten. Ein moraltheologischer Beitrag zu einer aktuellen Debatte*. Dissertation der theologischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur Erlangung der Doktorwürde der Theologie. Freiburg: 2006.

KIRK, Russel. *A Caverna e a Tempestade de Areia*. Trad. Vitor Matias e Jade A. Disponível em https://contraosacademicos.com.br/a-caverna-e-a-tempestade-de-areia/#_ftn24. Acesso em 14 jul. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. In: SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene. (orgs.). *Bioética e saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

KURJAK, Asim; AZUMENDI, Guillermo. *The Fetus in Three Dimensions*. Imaging, Embryology, and Fetoscopy. Londres: Informa Healthcare, 2007.

KURZWEIL, Ray. *The singularity is near. When humans transcend biology*. Nova York: The Penguin Group, 2005.

_____. *The age of spiritual machines*. When computers exceed human intelligence. Nova York: Viking, 1999.

LALLI, Chiara. *Dilemmi della bioetica*. Napoli: Liguori, 2007.

LEE, Patrick. Human Nature and Moral Goodness. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009.

_____; GEORGE, Robert P. A natureza e o fundamento da dignidade humana. Trad. Bruno Matte Dutra. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del Derecho*. 3.^a ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972.

LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez Editora, 1980.

LEME, Carlos Tafarelo, Origens das questões referentes à prudência na Suma de Teologia: algumas considerações sobre as fontes empregadas por Tomás de Aquino na construção das questões 47 a 56 da II^aII^{ae}. *Revista Contemplação*, n.º 12, 2015.

LEME, Lino de Moraes. O Direito muçulmano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 55, 1960.

LIEBERMAN, Jethro K. *A Practical Companion to the Constitution*. Califórnia: University of California Press, 1999.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral, v. I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LLANOS MALCA, Edwin Rafael; SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. El mundo del acto jurídico y del negocio jurídico. *Derecho y Cambio Social*, ano 8, n.º 26, 2011.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOLAS STEPKE, Fernando. Bioethics at the pan american health organization. Origins, development, and challenges. *Acta Bioethica*, 2006, n.º 12.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LORENZO IZQUIERDO, David. Ética, Bioética y códigos deontológicos. In: LÓPEZ FRÍAS, Francisco Javier *et alii* (orgs.). *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*. Granada: Editorial Comares, 2013.

LOSANO, Mario G. Introdução à edição italiana. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUBAN, David. *Legal Ethics and Human Dignity*. New York: Cambridge University Press, 2007.

LUNA, Florencia. Los analfabetos y el respeto a las personas. In: PLATTS, Mark (org.). *Dilemas éticos*. México: Fondo de Cultura Económica/Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997.

LUNA CONDE, José Manuel. La dignidad del embrión humano vista pragmáticamente, *Revista de Filosofía Inconfidentia*, v. 1, n.º 1, Mariana, jul./dez. 2013.

LUIS VIGO, Rodolfo. *Interpretação jurídica*. 2.^a ed. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

LÜCKE, Sebastian. *Kant über Suizid*. Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Philosophie der Universität Mannheim, 2020.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and whate these are. *In: GOLDSTEIN, Laurence. Precedent in Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1987.

_____. Defeasibility in the law and logic. *In: BANKOWSKI; WHITE; HAHN (orgs.). Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2008.

MACHADO, Fábio Cardoso. O Direito e a Razão. *In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. Direito Natural Contemporâneo. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina: Thoth, 2021.

MACHADO, Sídio. *Biologia para o ensino médio*. São Paulo: Scipione, 2003.

MAIER, Anneliese. *An der Grenze von Scholastik und Naturwissenschaft*. 2.^a ed. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura. Via Lancellotti 18, 1952.

MALLET, Roberto. *O sentido da ação humana*. Notas de aula, 2022.

MARQUES, José Dias. *Noções Elementares de Direito Civil*. 6.^a ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARITAIN, Jacques. *Filosofia de la Naturaleza*. Ensayo critico acerca de sus limites y su objeto. Trad. Juan Román Delgado. Buenos Aires: Club de Lectores, 1980.

MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Breves notas sobre o direito de vizinhança no sistema atual. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, mai./ago. 2016.

MCKAY, Angela. Synderesis, Law, and Virtue. *In: CHERRY, Mark J. (org.). The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Evandro Arlindo de; SANCHES, Mário Antonio. A *Evangelium Vitae* e a dignidade do embrião humano. *Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral*, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2015.

MENTIL, Stefano. *La riflessione bioetica di Pio XII*. Trieste, Edizioni Meudon, 2017.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais*. Parte Especial do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MESQUITA, Elton. *Não tenhais medo*. Campinas: Editora Estudos Nacionais, 2019.

MIKLÓS, Könczöl. Méltányossági érvek a Rétorikában. *Iustum Aequum Salutare*, XI, 2015, n.º 1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

MONACO, Davide. La causalità del motore immobile in Aristotele, *metaphysica*, libro lambda. Su alcune recenti interpretazioni. *Bollettino della Società Filosofica Italiana*, Nuova Serie, n.º 209, mai./ago. 2013.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Teoria dos negócios jurídicos. In: VASSILIEF, Sílvia (coord). *Direito Civil*. Teoria Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTANARI, Tatiana. *Embriologia. Texto, atlas e roteiro de aulas práticas*. Porto Alegre: Edição do autor, 2013.

MONTANER ABASOLO, M Carmen; SOLER COMPANY, Enrique. La comunicación con el paciente, una cuestión bioética. In: LÓPEZ FRÍAS, Francisco Javier *et alii* (orgs.). *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*. Granada: Editorial Comares, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1972.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 11, n.º 44, out./dez. 2013.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998.

MOURA, Mário Aguiar. O contrato em face da sistematização do fato jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUSSELMAN, Jack Green. Natural Law for Teaching Ethics: An Essential Tool and Not a Seamless Web. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward's University, Springer, 2009.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik-Europarecht. *Band II: Europarecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Parte Geral, v. I, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006.

NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957.

NEUNER, Jörg. Zur Rechtsfähigkeit des Anencephalus. *Medizinrecht (MedR)*, 31, 2013.

NOUGUÉ, Carlos. Sexo masculino e sexo feminino. *Estudos Tomistas*, 2019.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas – superação e permanência. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

PARETA, José Maria Marlet. Tanatologia forense. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 87, 1992.

PAVÃO, Juliana Carvalho; GÓIS, Paula Barbosa de; TARIFA ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti. Negócios biojurídicos e seus limites. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n.º 1, jan./jun. 2019.

_____. *Bebê-doador*. Limites e possibilidades do negócio biojurídico. Londrina: Thoth, 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

_____. Medicina na Era da Cidadania. Propostas Para Pontes de Confiança. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. IV. Lisboa: Almedina, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PESCOSOLIDO, Nicola. *Embriologia dell'apparato visivo ed aspetti di biologia dello sviluppo*. Canelli: Fabiano Srl, 2003.

PETAGINE, Antonio. *Ripensare Boezio. Il ruolo della nozione di natura all'interno della definizione di persona*. Supplement to Acta Philosophica, v. 3, 2017.

PIEPER, Josef. *Las Virtudes Fundamentales*. Versão espanhola revisada pelo Prof. Juan José Gil Cremades. Madrid: Ediciones Rial, 1976.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte*, v. 2. 26.^a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

PINHEIRO, Marcus Reis. *Experiência vital e Filosofia Platônica*. Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004.

PINHEIRO, Victor Sales. *Dignidade da pessoa humana – fundamentos filosóficos*. 2º Seminário Online de Bioética Personalista: Bioética e Dignidade Humana. Centro de Bioética da Amazônia, s. d.

_____.; BONALDO, Frederico. Lei natural. Conteúdo audiovisual. Notas de aula. Disponível em: <https://youtu.be/Xcd1bvOpz6U>. Acesso em 03 mai. 2022.

_____. *Para águas mais profundas: Deus como fundamento metafísico da natureza moral-racional em John Finnis*. I Seminário de Inverno: Filosofia Moral e Filosofia do Direito em John Finnis, 30 jul. 2019. Conteúdo audiovisual disponível em <https://youtu.be/KbmojuEHgyc>.

_____. *O desafio pós-moderno à lei natural – niilismo, secularismo e relativismo*. III Congresso Filosofia Direito Natural: Estado de Direito, Secularização e Direito à Vida. Conteúdo audiovisual disponível em <https://youtu.be/FAqOuyHbcFA>.

PIÑERO CASTAÑÓN, Julio. Contrato y acto jurídico en el derecho comparado. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, v. XXII, 2004.

PLATÃO. *Fédon (ou Da Alma)*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.

_____. *Fédon*. Trad. Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

_____. *Fedão*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980.

_____. *A República*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 9.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949.

_____. *Diálogos II*. Górgias [ou Da Retórica], Eutidemo [ou Da Disputa], Hípias Menor [ou Do Belo], Hípias Menor [ou Do Falso]. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Geral, t. 1. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. 1. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, t. II. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado das Ações*, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações. Compra e Venda, t. XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*, t. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *História e Prática do Habeas Corpus*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishing & University of Bologna, v. 17, 2004.

RATZINGER, Joseph. *O que mantém o mundo unido*. Fundamentos morais pré-políticos de um Estado liberal. In: SCHULLER, Florian (org.), *Dialética da secularização*. Sobre razão e religião. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007.

_____. *Aula Magna da Universidade de Regensburg*. Fé, razão e universidade: Recordações e reflexões, set. 2006. Disponível em: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg.html.

REALE, Giovanni. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário, v. III. Sumários e comentário. Trad. Marcelo Perine. 5.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

_____; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Filosofia pagã antiga, v. 1. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Editora Paulus, 2003.

_____; _____. *História da Filosofia*. Patrística e Escolástica, v. 2. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.

_____. *O saber dos antigos*. Trad. Silvana Cobucci Leite. 4.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Cinco temas do culturalismo*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*. Existência, validade e eficácia. Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019.

RIBEIRO, Mário da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n.º 3, set./dez. 2017.

RIVA, Nicola. Gli embrioni umani e il diritto alla vita. In: PIZZETTI, Federico Gustavo; ROSTI, Marzia (orgs.). *Inizio e fine vita*. Soggetti, diritti, conflitti. Milão: Giuffrè, 2007.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Problemas de vida o muerte*. Diez Ensayos de Bioética. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da diligentia quam in suis no Direito Romano e no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, jan./mar. 2016.

RODOTÀ, Stefano. Introduzione. Corpo e dignità. In: _____; RIMOLI, Francesco. *Bioetica e laicità*. Nuove dimensioni della persona. Roma: Carocci, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*, v. 1. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, v. 3. 29.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRÍGUEZ YUNTA, Eduardo. Elección de control en ensayos clínicos. El problema ético del uso de placebo. Comentario a las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos CIOMS 2002. In: LOLAS S., Fernando; QUEZADA S., Álvaro (orgs.). *Pautas Éticas de investigación en sujetos humanos*. Nuevas perspectivas. Santiago: Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2003.

ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. Teoría del acto jurídico y concepto del negocio jurídico. *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 2, 2008.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto. Barcelona: Bosch, 2001.

RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Trad. Thiago Reis, Porto Alegre, n.º 34, ago. 2016.

SADLER, T. W. *Langman's Medical Embryology*. 9.^a ed. Filadélfia: Lippincott Williams & Wilkins, 2004.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, 1987.

SANDRINI, Peter. Der Rechtsbegriff: Implikationen für die mehrsprachige Terminologearbeit. In: BUDIN, G. (org.). *Multilingualism in Specialist Communication. Mehrsprachigkeit in der Fachkommunikation*. Viena: TermNet, 1995.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, v. I. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016.

_____. *Suma Teológica*, v. 3 (IIa Ilae), q. 8, a. 2. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016.

_____. *Suma Teológica*, v.1 (Ia pars) – q. 29, a. 3. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016.

_____. *O Ente e a Essência*. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. *Questiones disputatae de veritate [Quaestio I e IV]*. In: _____. *Verdade e conhecimento*. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Col. Clássicos).

_____. *Suma Teológica*, v. 1. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Suma Teológica*, v. 2. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Suma Teológica*, v. 5. Vários tradutores. 2.^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo civil brasileiro e commentario*, t. I. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Marina Alice Souza. A (in)constitucionalidade da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba, v. 7, n. 7, jan./jun. 2010.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia da Crise*. São Paulo: É Realizações, 2017.

_____. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, [s.d.].

_____. *Versos Áureos de Pitágoras – comentados por Mário Ferreira dos Santos*, [s.d.].

_____. *Pitágoras e o tema do número*. São Paulo: IBRASA, 2000.

_____. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. Proporcionalidad y juicio constitucional en México. In: GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz; SÁNCHEZ GIL, Rubén (orgs.). *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. Cidade de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

SARAIVA, Gastão Grossé. Os direitos do nascituro e o artigo 4.º do Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976.

_____. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?, *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 22, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*. Cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. In: _____ (org.). *Direito Tributário*, v. 1. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos, v. I. 2.ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957.

_____. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em geral. 2.ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957.

_____. *Curso de Direito Civil*. Fontes das obrigações: contratos. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Fundamentos e ética biomédica, v. I. 2.ª ed. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SHARPE, Paul T.; MASON, Ivor. *Molecular Embryology*. Methods and Protocols. Totowa: Humana Press, 1998.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Miguel Reale e o direito processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 97, jan./mar 2017.

_____. O Direito como Experiência, de Miguel Reale. *Empório do Direito*, Florianópolis, out. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/3NWbTF>. Acesso em 09 ago. 2021.

_____. O lado jusnaturalista de Hans Kelsen. As virtudes cardeais do gênio austríaco. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.

_____. O direito vivo da interdição. *Empório do Direito*, Florianópolis, dez. 2018. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-62-o-direito-vivo-da-interdicao>. Acesso em 11 jun. 2022.

SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

SIMPSON, Alfred William Brian. The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. In: GUEST, Anthony Gordon. *Oxford essays in jurisprudence*. Londres: Oxford University Press, 1961.

SOARES, Edvaldo. *Pensamento Católico Brasileiro*. Influências e tendências. Marília: Cultura Acadêmica, 2014.

SOLER, Carlos. La noción de “derecho” que subyace em “Dignitatis Humanae”. *Fidelium Iura*, Universidad de Navarra, Instituto Martín de Azpilcueta, n.º 4, 1994.

ST.^a MARIA, José Serpa de. *Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral*. Campinas: Julex, 1987.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida*. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. O direito, a moral e a religião. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 103, 2008.

TALBOT, Marianne. *Bioethics*. An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TAVEIROS, Alaide. A última expressão do pensamento de Hans Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 48, 1953.

TANNOUS, Thiago Saddi. *O aluno do aluno: a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander*. Dissertação [Mestrado em Direito] – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (org.). *The Normativity of the Natural*. Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: St. Edward’s University, Springer, 2009.

TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Maria. *Cuestiones Actuales de Bioética*. 2.^a ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011.

TUSHNET, Mark. *Taking Constitution Away from the Courts*. Princeton: New Jersey, 1999.

VARSAVSKY, Oscar. *Ciencia, política y cientificismo*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.

- VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*. México: Oxford University Press, 2012.
- VELEZ, Pedro. Constitution and religiosity of/in the constitutional order of the National Socialist Empire. *Janus.net - e-journal of International Relations*, v. 8, n.º 1, mai./out. 2017.
- VELOSO, Zeno. O domicílio no direito brasileiro, no português e no Projeto de Código Civil do Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil, Parte Geral, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política*. Trad. Ivone C. Benedetti, 2014.
- VIOLA, Francesco. Os três renascimentos do Direito Natural no século XX. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAUJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito Natural Contemporâneo*. A renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021.
- _____. Lo statuto normativo della dignità umana. In: ABIGNENTE, A.; SCAMARDELLA, F. (orgs.). *Dignità della persona*. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.
- VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*. Trad. Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2007.
- VOLEK, Peter. Vplyv aristotelizmu pri vysvetľovaní konania u Tomáša Akvinského a Rajmunda Lulla. *Filozofia*, Institute of Philosophy, Slovak Academy of Sciences, n.º 66, 2011, č. 1.
- VON BAER, Karl Ernest. *De Ovi Mammalium et Hominis Genesi*. Leipzig: Leopold Voss, 1827.
- WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- WASSARMAN, Paul M.; LITSCHER, Eveline S. Zona Pellucida Genes and Proteins: Essential Players in Mammalian Oogenesis and Fertility. *Genes*, n.º 12, 2021.
- WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. 2.ª ed. Trad. Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2016.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2.^a ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Derecho Penal Aleman*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

_____. *Naturalismus und Weltphilosophieimstrafrecht*. Mannheim, 1935.

ZAGORAC, Ivana. Fritz Jahr's Bioethical Imperative. *Synthesis Philosophica*, 2011.

ZHANG, Sarah. The fertility Doctor's Secret, *The Atlantic*, Boston, abr. 2019.

ZHMUD, Leonid J. *All Is Number? Basic Doctrine of Pythagoreanism Reconsidered*. Phronesis, 1989, n.º 34.