

O MOMENTO EM QUE PASSAMOS A EXISTIR E TER DIREITOS

Elisa Razaboni TRONCO¹

RESUMO: O presente artigo busca fazer uma análise de quando, nós, seres humanos com vida, passamos a existir. Existência esta, por parte do direito e também por parte da medicina. Ao contrário do que habitualmente se pensa, a definição do início da vida não é apenas uma questão filosófica. Para o ordenamento jurídico é de extrema importância definir quando passamos a existir para que possamos ter nossos direitos e deveres assegurados por lei. Este artigo também traz um breve resumo sobre algumas hipóteses aceitas pela medicina, de qual é momento que passamos a existir.

Palavras-chave: Nascituro. Vida. Ordenamento Jurídico. Medicina.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a tratar do tema acerca de qual é o momento em que passamos a existir e a ter direitos. Para tanto, utilizamos como fonte de pesquisa a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro, leis infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência.

Constantemente pessoas procuram seus advogados para defender ou assegurar juridicamente seus direitos. O que será discutido é a partir de quando as pessoas existentes e outras que estão por vir poderão ter seus direitos e principalmente seus deveres frente à lei. No tópico dois temos breves apresentações de qual o momento em que o ser humano possui vida. Consequentemente tendo vida ele já possui alguns direitos no âmbito do ordenamento jurídico. Posteriormente o tópico três diz quando o feto já existe para o ordenamento jurídico e quais os direitos, também traz algumas comparações da nossa legislação com a de outros países sobre o referido assunto.

¹ Estudante de direito do 1º termo das Faculdades Integradas “Antônio de Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

O objetivo deste trabalho é expor que o Estado Brasileiro preocupou-se em proteger o direito do ser concebido ainda não nascido, chamado de nascituro, através do disciplinado no art. 2º do Código Civil², que diz textualmente:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

2 MOMENTO INICIAL DA VIDA DIANTE DA MEDICINA

O momento em que se dá início a vida humana é uma questão na qual há muita desavença não só por parte dos juristas, como também da comunidade científica. A medicina assume uma responsabilidade de avultada significância sobre o presente assunto devido ao fato de o Direito se apoiar em subsídios, teses e opiniões fornecidas pela mesma.

Entretanto ainda está ausente, por parte da comunidade científica, um único consenso concreto sobre o exato momento em que deixamos de ser uma “massa de células” e evoluímos para seres humanos com vida. Cientistas procuram sobejamente uma resposta que solucione o polêmico problema. No presente momento o que temos como mais aceito, são quatro hipóteses.

2.1 Fecundação

A primeira hipótese é a abordagem genética. Para ela, já existe vida no momento da fecundação. A fecundação acontece nas trompas de falópio, conhecidas também por tubas uterinas, quando um óvulo é fertilizado por um espermatozoide, durante o período fértil da mulher, dando início a gestação.

A fecundação é considerada uma das hipóteses para a origem da vida, devido ao fato de que com a união do espermatozoide ao óvulo dá origem a uma

² Código Civil e legislação civil em vigor. 27ª edição. Theotonio Negrão; José Roberto F. Gouvêa. Editora Saravia - 2008

nova combinação de gêneses, gerando um DNA inédito. O DNA (ácido desoxirribonucleico) carrega o código genético (todas as informações genéticas) de um ser. E após a sua formação nenhuma característica é acrescentada ao embrião ou a feto. Durante toda a gestação o que ocorre, com os nutrientes fornecidos pela mãe, é o desenvolvimento de seus órgãos e o seu tamanho.

“Há vários pontos, inclusive éticos, a considerar, mas eu acredito que a fecundação marca o início da vida”, afirma o especialista em reprodução humana Arnaldo Cambiaghi³. A geneticista da USP Lygia Pereira⁴ diz que a definição do novo genoma é “sem dúvida importantíssima para o início da definição de vida”.

O mais importante idealizador da tese a união dos gametas foi Hipócrates, o “Pai da Medicina”. Conhecido popularmente assim por ter feito estudos relevantes sobre a anatomia humana; relacionou muitas epidemias com fatores climáticos, raciais, alimentares e do meio ambiente; deixou descrições clínicas que possibilitaram o diagnóstico de doenças como a malária, tuberculose, caxumba e pneumonia e por último chegou à teoria dos quatro humores corporais (sangue, fleugma, bÍlis amarela e bÍlis negra). Segundo Hipócrates⁵, a vida humana se inicia ou começa a sua existência na fecundação, posto que nesse momento, “todos os elementos genéticos para definir o futuro ser humano já estão presentes no material genético das células monozigóticas que se encontram”.

2.2 Gastrulação

A segunda hipótese para a origem da vida diante da medicina é quando ocorre a gastrulação. Esta geralmente se da na terceira semana de gestação, e a maioria dos abortos espontâneos acontecem nesse estágio e a mulher sequer percebe que está grávida.

³ Arnaldo Cambiaghi, médico obstetra e ginecologista em São Paulo. Formado na Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo e especialista em reprodução humana e autor de livros sobre gravidez e fertilização assistida. Editora Elevação: <http://www.elevacao.com.br/>. Clube Cultura de Paz: <http://www.clubeculturadepaz.com.br/>, **acessado em 01/06/2012**

⁴ Lygia da Veiga Pereira cientista do Instituto De Biociências da Universidade de São Paulo (USP), formou-se em Física pela PUC e fez doutorado em Genética Humana Molecular no *Mount Sinai Medical Center*, em Nova York. Editora Elevação: <http://www.elevacao.com.br/>. Clube Cultura de Paz: <http://www.clubeculturadepaz.com.br/>, **acessado em 01/06/2012**

⁵ http://pt.wikipedia.org/wiki/Vida_humana, **acessado em 01/06/2012**

A gastrulação começa quando o zigoto, que a partir desse ponto é chamado de embrião, instala-se no útero. Após sua instalação começa o processo de divisão que dá origem aos diferentes órgãos, ocorrendo a formação de três folhetos embrionários: a endoderme, a mesoderme e a ectoderme.

2.3 Atividade Neuronal

Um terceiro fator considerado é a atividade neuronal. Como a morte cerebral é interpretada como fim da vida humana, por simetria, o começo da atividade cerebral marcaria o seu princípio.

A opinião de Irene Yan⁶, embriologista da USP diz que “como o indivíduo, o ser humano começa com o desenvolvimento da atividade cerebral”. Contudo, ela ressalta que o critério de vida precisa ser adaptado em cada espécie. “Ouriços do mar, por exemplo, não têm cérebro. Precisamos, então, encontrar outros critérios que determinem a formação de nova vida para essa espécie”. A pluralidade dos cientistas que assinam a tese defendida por Yan considera que atividade neuronal entra em ação após o primeiro trimestre de gravidez, mas há divergência sobre o momento exato.

É consideravelmente importante resaltar que antes desse período, que é o momento mais importante para o destino do feto, o feto já possui identidade. Não é nesse momento que surge que surge a vida porque anteriormente o pequeno corpo já se move e o coração pulsa. Existe vida naquele corpo.

⁶ Chao Yun Irene Yan, possui graduação em Biologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1990), Mestrado em Ciências Biológicas Biofísica pelo Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho (1992), Mestrado em Neurobiology and Behaviour - Columbia University (1995) e Doutorado em Neurobiology and Behaviour - Columbia University (1998) e Pós-doutorado na Rockefeller University (2001). Atualmente tem projetos financiados pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, CNPq e é professora doutora da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Biologia do Desenvolvimento, com ênfase em Sistema Nervoso, atuando principalmente nos seguintes temas: embriogênese ocular e neurogênese em embrião de galinha. <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>, acessado em 01/06/2012

2.4 Abordagem Ecológica

Bem menos difundida, mas também presente é a abordagem ecológica, uma quarta linha de pensamento. Para ela a vida começa quando o feto já é capaz de sobreviver fora do útero, o que aconteceria normalmente no sétimo mês de gestação. Com o avanço da medicina, no entanto, esse critério fica mais difuso, pois há casos de bebês que sobrevivem nascendo bem antes.

Pela abordagem ecológica a retirada do feto até o sétimo mês de gestação seria tolerável, porque o ser humano em formação, antes desta data, não estaria plenamente preparado pra sobreviver fora do útero. É evidente que, mesmo não estando apto a sobreviver no mundo exterior, o feto interage com a mãe, responde a estímulos extremos; seu coração pulsa e ele se movimenta livremente.

3 MOMENTO INICIAL DA VIDA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS PRIMEIROS DIREITOS

Toda pessoa física tem personalidade jurídica, isto é, capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil, sendo indissociável da pessoa humana. Como diz o Art1º do Código Civil brasileiro “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A personalidade jurídica foi esclarecida, mas a partir de qual momento ela passa a vigorar sobre o ser humano? A morte do ser humano foi definida a partir da morte cerebral, parada de funcionamento do cérebro, conceito esse evoluído através dos tempos para permitir a doação de órgãos. O conceito de morte foi determinado pelo direito, agora é de vital importância para o ordenamento jurídico que seja definido de maneira simples e clara o início da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova pessoa será considerada viva e terá personalidade jurídica. A vida humana, para o Direito, segundo o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, começa com a concepção, conforme transcrevemos: Art.2º do CC: “A

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Desse modo, o Direito protege os direitos da pessoa que tenha nascido com vida, caracterizado pelo ato do nascituro de respirar, que se comprova pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. A partir deste momento, a pessoa nascida com vida tem personalidade jurídica. Os direitos da personalidade jurídica são necessários, essenciais ao resguardo da dignidade humana, portanto, universais, absolutos, imprescritíveis, intransmissíveis.

Os direitos da personalidade jurídica são direitos que transcendem o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, *de lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares⁷.

Mudanças na interpretação do Direito estão ocorrendo. Termos e concepções que perduraram na sociedade por muitos séculos se apresentam maleáveis no início deste século, principalmente devido ao avanço das Ciências Biomédicas, alterando conceitos e concepções de vida, morte, início e fim da vida.

É relevante ressaltar que nem todos os países consideram o ato de respirar como início da personalidade jurídica. Maria Helena Diniz afirma:

No direito civil francês e holandês (art 3º) não basta que o nascimento com vida, é necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. Se nascer com vida sua capacidade remontará à sua concepção. O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava à vida a figura humana (art.6º). Para o argentino (art.7º) e o húngaro (seção 9) a concepção já dá origem à personalidade. O nosso Código Civil afastou todas essas hipóteses, que originavam incertezas, dúvidas, pois, no seu art. 2º, não contemplou os requisitos da viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica inicia-se do nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. Nessa mesma linha estão o Código Civil suíço (art.31º); o português de 1966 (art.66º I); o alemão (art.1º) e o italiano (art.1º).

7 Bittar, C. A. *Os Direitos da Personalidade*. 5 ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2001. pp. 1-14.

É de suma importância lembrar que no art. 2º do Código Civil Brasileiro a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento, mas a lei põe salvo, desde a concepção, o direito do nascituro, que significa dizer que antes do nascimento com vida, o feto possui direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Antes do nascimento o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ter sua proteção jurídica pelo Código Civil.

Mas quando ocorre a concepção? Com a fecundação, com a gastrulação, com o início da atividade neuronal ou com a abordagem ecológica? A medicina ainda não conseguiu estabelecer uma única hipótese para essa complexa questão. Entretanto a que mais agrada o direito, é a da fecundação. O que pode se afirmar é que o conceito de nascituro se dá quando o embrião já se fixou no útero materno, e antes desse período ele é denominado concepturo.

Após o momento da fecundação o feto já possui seus direitos como a vida, integridade física, integridade moral, alimentos entre outros. O direito a patrimônio fica restrito ao nascituro que nascer com vida (vier a respirar). Mas podemos dizer que após a fecundação o feto possui direito eventual, isto é, um direito em situação de potencial.

3 CONCLUSÃO

Mediante as diversas análises, fica comprovado que a partir do momento em que se inicia a vida humana, o feto (mesmo de sexo indefinido ainda) já tem seus direitos guardados pelo ordenamento jurídico. Mas a grande questão de análise é quando se dá esse momento inicial. A medicina ainda não estabeleceu uma resposta final, concreta e definitiva para o polêmico assunto, pois a questão é um tanto muito complexa. O que temos por parte dos pesquisadores do assunto, são apenas hipóteses. O direito, por sua vez que se baseia em fundamentos da medicina, também não tem uma tese exata, mas sim a definição que traz o Código Civil: concepturo, que é quando o feto já está se localizado no útero materno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 21. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva 2007. v. 6

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. ver.;atual; Rio de Janeiro: Furensse 2001

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 10. ed.; São Paulo; Atlas S.A.2010

BRASILEIRO, Código Civil; Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

MIRANDA, Giuliana. Cientistas defende 5 momentos para o início da vida humana. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml> acessado em 3/04/2012, acessado em 29/03/2012