

**O ORDENAMENTO JURÍDICO CIVIL BRASILEIRO: OS SEUS EFEITOS EM
RELAÇÃO AO NASCITURO ANENCEFÁLICO**

**THE BRAZILIAN CIVIL LAW: ITS EFFECTS IN RELATION TO UNBORN
ANENCEPHALIC**

Maria Coeli Nobre da Silva¹
Daniela Veloso Souza Passos²

RESUMO

A humanidade tem assistido, nas últimas décadas, ao bombardeio de promessas descortinadas pela revolução da genética. Novos experimentos disponibilizados ao homem oportunizam o desvendar de todos os meandros de seu corpo. É nesse contexto que os exames laboratoriais e por imagem permitem constatar entre a 11 a 16^a semana de gravidez as anomalias fetais, dentre elas a anencefalia; gerando discussões que extrapolam a área médica e invadem as searas de outros campos de conhecimento, especialmente o da ética e o do direito em sua complexidade. Este trabalho, de cunho teórico e de base doutrinária, propõe em sua incursão desconstruir discursos preconceituosos que confrontam o ordenamento jurídico brasileiro em relação à personalidade civil do portador de tal anomalia para negar-lhe os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Palavras-Chave: Anencefalia. Ser humano. Personalidade civil. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT

In the last decades, mankind has been bombarded by promises brought about by the revolution in genetics. New experiments now available have made possible to unveil every detail of one's body. In this context, laboratory and image exams are able to identify fetal anomalies between the 11th and 16th weeks of pregnancy, among which anencephaly. This generates discussions that go beyond the medical field and invade the areas of ethics and law in its complexity. This paper, of theoretical and doctrinal basis, proposes to deconstruct biased discourses which confront the Brazilian legal system in relation to the civil personality of the bearer of such an anomaly to deny him the very legal effects that come from that.

Key words: Anencephaly. Human being. Civil personality. Effects.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direitos Humanos. Professora do Curso de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba. Doutoranda pelo PPGCJ/UNIFOR na área de Direito Constitucional. Juíza de Direito do Estado da Paraíba, aposentada.

² Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (Unifor).

INTRODUÇÃO

A humanidade tem assistido, nas últimas décadas, ao bombardeio de promessas descortinadas pela revolução da genética a acarretar transformações de toda ordem. Ainda atônito diante de tais *dádivas* inovadoras da ciência, o ser humano busca-se como tal, procurando o esteio em outros berços de conhecimento (filosófico, jurídico, religioso) para compreender a realidade, às vezes assustadora, da *criatura* transmutada em Criador. Em nenhum outro momento científico o homem desafiou tanto a morte na perseguição do sonho da eternidade para sua vida.

Com os novos experimentos disponibilizados ao homem, possibilita-se o viajar no corpo humano adentro em escavações mais profundas a desvendar-lhe em todos os seus meandros, transparecendo não haver mais segredos nesse tocante. É nesse contexto que se pretende analisar a situação do *anencefálico*, somente identificado em suas condições de deformidade congênita com o advento da parafernália médico-laboratorial e radiológica³ das últimas décadas, que o desnudou intra-uterinamente. Decorrentemente, dando azo a que se iniciassem na seara científica discussões, as mais variadas, em especial sobre sua viabilidade ou não como *ser/pessoa* sob o vislumbre das teorias da personalidade civil.

Este trabalho, de incursão concisa, se propõe a fazer uma desconstrução das teses que, ao arrepio dos princípios norteadores do sistema jurídico nacional sob a ótica civilista, pretendem negar ao portador da anomalia cognominada de “anencefalia” o reconhecimento de sua personalidade, e os efeitos desta decorrentes. Em torno desses limites, zelando para que esta pesquisa mantenha-se fiel a sua idéia originária e principal proposta, cabe esclarecer que não se pretende abraçá-la pelas veredas desviantes que o instigante tema sugere (a exemplo do aborto), embora a abordagem possa, circunstancialmente, perpassar determinados assuntos que auxiliam à compreensão do que se analisa, como é o caso do princípio da dignidade humana, pois defeso é o enfrentamento temático desse porte sem o alicerce de tal fundamento, a ser preservado em essência e dimensões. Para tanto, em sendo necessário, achegam-se entrelaçadas a tal fundamento outras áreas de conhecimento, fixando-se em o paradigma que obste a descaracterização da natureza do anencéfalo como ser/homem para reduzi-la à condição de “coisa”.

1. O ANENCEFÁLICO EM SUA ANOMALIA

A má formação congênita diagnosticada como *anencefalia* tem impulsionado, aqui e alhures, um debate de idéias e opiniões, sem precedentes, deixando os seus estudos o específico palco da Medicina para adentrar aos contornos de outras áreas de conhecimento, o que justifica, na presente análise de opção laica, que as perquirições desenvolvam-se sob perspectivas multidisciplinares, especialmente do contemplamento da Ética e do Direito.

Inicialmente, evitando equívoco de ordem terminológica, duas observações merecem ser feitas no presente estudo. A primeira, que *anencefálico* nestes escritos é recepcionado a partir de seu reconhecimento como *feto* - a significar que o desenvolvimento gestacional referenciado já ultrapassou a fase de embrião, fase esta que segundo os dados médico-biológicos vai até oito semanas após a fecundação, recebendo, a partir da nona semana e até o nascimento, a nomenclatura de “feto”. Por segundo, que se adota o termo *anencefalia* para a condição de anormalidade sob exame, por ser o mais usual, por ser a mais conhecida. Contudo, registrando ser o termo impróprio no sentido de total ausência encefálica, como chama a atenção MOORE, Keith L (1988: 304-305) ao observar que na “*anencefalia*(grego *an, sem, + enkephalos, encéfalo*) em geral há a presença de um tronco encefálico rudimentar (medula oblonga, ponte e mesencéfalo). Por esse razão, *meroanencefalia* (grego *meros, parte*), constitui um nome melhor para esta malformação”

Assim, consultando a etimologia no verbete no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (1986: 644)⁴ a mesma já oferece um guia inicial para entender o que é a *anencefalia*: privação de parte ou do todo do *encéfalo* que é a “*parte do sistema nervoso central contida na cavidade do crânio que abrange o cérebro, o cerebelo, pedúnculos, a protuberância e o bulbo raquiano*”. A ciência médica explica a *anencefalia* como uma “má formação congênita do sistema nervoso central, na qual o encéfalo é anaplásico (não se desenvolveu) e a calota craniana está ausente, ficando a mal desenvolvida massa cerebral exposta”, segundo PLESS, José Pindaro P.(1983:96). Assunto que se apresenta bem delineado no quadro *anencefálico* oferecido em minucioso estudo científico feito pelo Comitê Nacional

³ O diagnóstico para a identificação da deformidade *anencefala* é feito com base em exame da alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico em torno de 11ª a 16ª semana de gestação e/ou mediante ultra-sonografia entre a 12ª a 15ª semana de gestação.

⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira

para a Bioética da Presidência do Conselho de Ministros da República da Itália⁵, cuja aprovação pelo Governo ocorreu em 21 de junho de 1996:

Na realidade, define-se com este termo uma malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16º. e o 26º. dia de gestação, na qual se verifica ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de malformação e destruição dos esboços do cérebro exposto. Verifica-se portanto ausência dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso constituído de tecido exposto degenerado.(sem grifos no original)

Como se verifica, é uma anormalidade que ocorre durante o processo gestacional de desenvolvimento do feto em que “Os hemisférios cerebrais e o cerebelo geralmente estão ausentes e identifica-se apenas um resíduo de tronco encefálico”, segundo explica HASLAN (1997:pág.1777), anomalia que se apresenta com variantes quanto ao seu grau. Daí o olhar jurídico de Maria Helena DINIZ (2001:281) sobre o anencéfalo ao dizer:

pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

No que diz respeito a anencefalia em sua etiologia, esta ainda permanece nebulosa e indefinida para os estudiosos. O geneticista Thomas W. SADLER (2005), Ph.D., Departamento de Biologia Celular e Anatomia da Universidade da Carolina, por exemplo, enfoca a provável causa da anencefalia a um desencadeamento de não um apenas, mas de uma combinação de fatores genéticos e ambientais, embora admita que se antes da concepção tiver a mulher ingerido medicamento à base do ácido fólico estaria prevenindo em cerca de mais de 50% a ocorrência de Defeitos de Soldadura do Tubo Neural (DSTN)

Quanto à fase em que a anomalia pode ser detectada, ainda que os doutrinadores tragam diminutas divergências em relação ao estágio da gestação para o diagnóstico da anencefalia, há uma média aceitável de tempo a ser considerada⁶, a de que só a partir da 11ª a

⁵ O documento oficial acessível no site "<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/210696.html>", sob o título “Il Neonato Anencefalico e LA Donazione di Organi”. Também, em tradução para o português, no site: www.providafamilia.org.br sob o título "O Recém-Nascido Anencefálico e a Doação de Órgãos.

⁶O médico Heverton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, disse que existe, hoje, com o advento da ultra-sonografia em três dimensões (3D) e com a padronização de normas sobre o assunto, há

16ª semana de gestação (pelo exame da alfa-fetoproteína) ou 12ª a 15ª semana de gestação (pela ultra-sonografia) é que se torna possível o diagnóstico da anencefalia, portanto, quando já decorridos mais cerca de três meses de gravidez. Dessarte, não mais caber enveredar sobre as discussões que envolve o início da vida sob o prisma embrionário (até 8 semanas após a fecundação: dois meses), pois fase gestacional superada. O que está sob exame diz respeito ao *feto*, um ser já concebido, e como tal *ser* com *vida* gerada.. Diante dessa situação fática, há uma questão de suma relevância que deve ser enfrentada - a de identificar esse feto, portador de tão grave anomalia, por sua natureza como *pessoa/ser* humano, refutando qualquer entendimento que queira recepcioná-lo como *coisa*.

Indiscutivelmente, inexiste na literatura médico-científica qualquer registro de que a fecundação do óvulo da mulher pelo espermatozóide do homem possibilite como resultado a geração de uma outra espécie cuja natureza não seja a humana. Por maior que seja a deformidade do ser gerado intra uterino, advindo de seres humanos como advém, não pode ser considerado como uma *coisa*, será sempre um ser humano. Como afirma William Artur PUSSI (2007: 43), “*qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais foram as anomalias e deformidades que apresente*”, o que já era reforçado por um clássico, o Mestre Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA (1970: Tomo I, nº4, 51) ao enfatizar que o “*O Código Civil desconhece monstro, mostra. Quem nasce de mulher é ser humano*”

2. A NATUREZA JURIDICA DO ANENCEFÁLICO: APORTES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E ESTRANGEIRO

Reforçando escritos do tópico anterior, torna-se desviante ao foco temático trazer à tona abordagem verticalizada sobre o marco inicial da vida humana, pois fase ultrapassada, uma vez que a situação sob análise envolve o feto. Contudo, entende-se que um vôo rasante sobre essa discussão deve ser realizado, pela continência⁷, pois quando se trata de feto anencefálico o debate torna-se mais acirrado, diante de um *plus* que é o enfrentamento de todo um trabalho de fomentação de sequer reconhecer o anencefálico como ser vivo simploriamente sob o argumento de que – *não havendo cérebro não há vida*.

É cediço que a matéria relacionada ao ‘existir’ do ser humano ainda é polêmica tendo em vista as inúmeras conseqüências práticas disso decorrentes, com divergências

capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já a partir da 8ª semana. Entre a 14ª e 16ª semana de gestação, ultra-sonografias são capazes de mostrar com nitidez a anencefalia,

conceituais que remontam séculos. De um lado, por força da *modelo vitalista*, sob a influência da filosofia católica de São Tomas de Aquino, a identificação da pessoa humana radica no simples fato de possuir genoma humana e sua personalidade, associada à racionalidade advinda da alma. Com outro entendimento, manifestou-se o modelo Kantiano (ou modelo cultural), para o qual a condição para ser pessoa moral (personalidade/responsabilidade) dependeria da plena consciência e racionalidade, pensamento que orientou a filosofia de H. Tristan ENGELHARDT (1995) em seus estudos biomédicos, a ponto de considerar que a existência da pessoa humana dependia da capacidade de consciência, por conseguinte ficando excluídos de reconhecimento de direitos os amentais, os comatosos, as crianças, os fetos. Por sua vez, com críticas à última posição, sustenta Bernard BAERTSCHI (2009) a linha de raciocínio de que nessas hipóteses se estaria diante do ser humano em potencial.

Não menos controversos portam-se os doutrinadores sobre o início da vida, e a exemplo de Stella Maris. MARTINEZ (1998:77) e Henrique Savonitti MIRANDA (2007) trazendo a questão à luz das teorias da *Fecundação*, em que o início da vida começa com a concepção, pois uma vez penetrado o óvulo pelo espermatozóide, surgiria uma vida distinta de seus progenitores, com patrimônio genético único, inédito e irrepetível”; da *Nidação*, indicando o início da vida com a implantação do embrião no útero; a *Encefálica*: defendendo que o início da vida começa com o início da atividade cerebral; e a do *Nascimento*, para a qual que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

Pelos desdobramentos dos estudos, como já afirmado, as diretrizes jurídicas *in casu* pontuam na fase gestacional de feto, no fato físico/biológico inexorável de uma vida humana, ainda que tenha no processo gestacional sofrido anormalidade em sua formação. Por conseguinte, apoiada nesta premissa de existência de vida intra uterina, mesmo mal formado, sem apegar-se ao prognóstico sobre o futuro dessa vida e nem impondo limites de termo a quo quanto à duração de sua existência, o direito nacional está positivado no sentido de dar-lhe a proteção, mantendo-se fiel à tradição que perpassou todas as discussões do projeto primitivo que deu origem ao Código Civil de 1916 até se chegar à vigente codificação de 2002.⁸.

⁷ Expressão usada para significar conexão dos assuntos, no sentido jurídico de “Continência da Causa” (Dicionário Jurídico Brasileiro, Washington dos Santos);

⁸ No projeto primitivo: “Art.3º - a personalidade sivil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”; Código Civil (Lei 3.071/16) – “Art. 4º - A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”; CC de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A respeito, com mais detalhamento ver PUSSI(ob.cit. 2007)

No caso em comento, é proveitoso que se navegue na inquietude indagativa de Rabindranath SOUZA((1995: 15):

Quem é pessoa? Que é ser pessoa? Será a pessoa uma estrutura normatizada da ordenação socioeconômica? Ou será início, centro e sentido criador da sociabilidade projetada? Será **Dasein** e/ou **Mitsein**? Será a pessoa predominantemente uma substância metafísica dotada de transcendência ou que se transcende a si própria? Ou será antes uma mera individualidade psicofísica ou simples invólucro de um epifenômeno físico? Ou não será a pessoa uma mera categoria refletora da predominância de um certo tipo de interesse de classe? Ou, até, não será apenas uma ficção ideológica ou antiideológica? Será a pessoa a liberdade e a independência perante o mecanismo da restante natureza, se um ser submetido a leis próprias, puras e práticas, estabelecidas pela sua própria razão? ..Quem é o que é ser pessoa, para o direito?

porque a bússola da ciência do Direito vai conduzir para o acolhimento humano desse feto como um *nascituro* e não como um *natimorto*, qualquer que seja a sua anormalidade, sem discriminação, em nome da dignidade que lhe é reconhecida ainda que não enquadrável dentre os *critérios tradicionais da definição clássica de pessoa como sujeito racional livre, autônomo e responsável*, como referenciados na transcrição retro.

Assim, a questão do reconhecimento da personalidade civil preenche a doutrina de teses as mais variáveis. Contudo, no direito pátrio, nas palavras de Clóvis BEVILÁQUA (1956: 146) “Igualmente ocioso é exigir a forma humana como requisito da personalidade civil. Há monstros e aleijões viáveis, como há formas teratológicas inadequadas à vida. É humano todo ser, que é dado à luz por mulher, e, como tal, para os efeitos do Direito, é homem”. Sendo pois, taxativo, o Código Civil vigente - Lei 10.406 de 10.01.2002 ao anunciar em seu art. 2º que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, constatando-se, ademais, da leitura desse artigo o cumprimento das normas internacionais subscritas pelo Estado brasileiro resguardando o ainda não nascido, por conseguinte, estando o feto anencefálico submetido ao mesmo preceito de proteção de um nascituro.

Relevante constatar que na seara penal essa matéria reina superada, considerando-se que o simples fato de pertencer à espécie humana, criatura viva, pode ser sujeito passivo material de crime, não importando suas condições biopsíquicas permanentes (idade, sexo, raça, inteligência,,), sequer a posição transitória intra-uterina, ou aquelas momentâneas, (como sono, estado de embriaguez...). O direito penal ao olhar o *ser/feto* o faz sob a lente protetiva da vida humana. Entendimento reforçado por Elton Dias XAVIER (2000:225) quando afirma que “Mesmo o feto, sem ser autoconsciente, independente, racional ou livre

em suas opções morais, tem sua vida tutelada. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vivo, o que é suficiente para ser protegido”

Com efeito, indiscutível o fato de o ordenamento jurídico brasileiro respeitar o feto, tutelar todos os seus direitos desde sua concepção, sem excluir o que é portador de anencefalia. A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 instituidora de vigente Código Civil pátrio discerne através do Livro I – Das Pessoas, no Título I – Das Pessoas Naturais e ao cuidar da Personalidade e Capacidade em seu Capítulo I, dispõe que :

Art. 1 o Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2 o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (sem grifos no original)

Perceptível, assim, que fiel à tradição civilista em não conceituar *pessoa*, o vigente Código Civil (2002) categoriza a personalidade civil pelo marco inicial do nascimento com vida, mantendo, entretanto, a mesma preocupação em relação àquele, concebido, mas ainda não nascido. A questão da personalidade, pois, mira a pessoa como ser/ente/ humano, embora a lei civil trate de imbricá-la ao instituto da capacidade para traduzir esse ser por sua aptidão de indivíduo e torná-lo sujeito de direitos, possuidor de direitos e deveres civis, assunto que apenas de relance se referencia por ser a personalidade e não a capacidade o tema central sob análise.

A posição do Brasil esteia-se no reconhecimento de ser a pessoa humana a base substancial unívoca e forte das sociedades, em especial no ocidente, motivo pelo qual se tornam descabidos os confrontos entre a compreensão do sentido do que é personalidade na esfera do direito civil e da visão dos direitos fundamentais, tendo em vista que a pessoa, por essa simples condição de pessoa, deve ser a premissa de todo o Direito Civil, abstraindo-se do jurídico, perpassando o antropológico para dar um salto axiológico em uma dimensão ética.

Trazendo um breve estudo comparativo, de perspectiva exemplificativa e não exaustiva, das regras pertinentes à matéria no direito estrangeiro vê-se no direito positivado brasileiro que o reconhecimento de direitos emaranhado nas teias da personalidade se entrosam sob diferente óticas no traçado das exigências para sua aquisição, o que facilita compreender mais consistentemente as razões por que e em quais circunstâncias se abraça no direito pátrio (legal e doutrinariamente) o tratamento de nascituro sem discriminação quanto a ser “nascituro anencefálico.”

O Direito civil germânico, sob influência de variadas fontes, especialmente a romana, foi também pavimentadora de legislações latinas, como reconhece René DAVID, (1973), podendo ser reconhecido no que diz respeito ao nascituro que optou pela consumação do nascimento para determinar a aquisição da personalidade civil, assunto clareado nos escólios de Harry WESTERMANN(1991: p.17) sintetizados em algumas passagens:

O princípio da capacidade de direito do homem é tão evidente no BGB que em parte alguma ele menciona expressamente, mas apenas determina no § 1º o começo da capacidade jurídica [...] o § 1º do BGB se decidiu pela consumação do nascimento como momento determinante. Isto tem antes de mas nada a vantagem de que este momento é mais fácil de se constatar do que outros. o ponto de vista puramente prático da facilidade probatória é que levou a demarcação do § 1º. sob este aspecto a lei não fixa uma medida de valoração: logo, dela não se pode tirar ilação de que o nascituro não gozo de proteção antes da consumação do nascimento”

Em relação ao direito português, Francisco dos Santos AMARAL NETO (1990: pág.79) informa que a partir da reformulação em 1966, foi abolida da esfera jurídica daquela nação a exigência, para início da personalidade civil, do nascimento com vida agregado ao requisito “da figura humana”. O diploma civil de Portugal que vige - Dec-lei 47.344, de 25.11.1996, sob o título “Começo da Personalidade” disciplina em seu art. 66º:

- 1- a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
- 2- Os direitos que a lei reconhece aos nascituros, dependem de seu nascimento

Podendo se constatar pelos itens acima a salvaguarda dos direitos do nascituro, sob uma ótica de personalidade, ainda que em potencial, tese de há muito apregoada e defendida com muita veemência por José TAVARES (1928: p.21) quando dizia:

Não é correto afirmar-se que, antes do nascimento, o indivíduo não tem personalidade. Correto é dizer-se que o embrião constituiu já uma certa personalidade, embora não tenha a plena capacidade jurídica a qual só se adquire pelo nascimento. Este conceito duma personalidade jurídica restrita ao feto, durante a vida intra-uterina, é o que melhor corresponde a realidade da vida, e é particularmente verdadeiro no sistema do nosso direito”

Na Itália, a despeito dos lances adversos e/ou contraditórios entre o Código Civil e a Constituição, apontados pelos autores, a exemplo de Pierangelo CATALANO (1988: p.10), também é o nascimento que indica a aquisição da personalidade (art. 1º do CC) prevendo que

1. Lá capacítá giuridica si acquista almomento della nascita .
2. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita⁹

O mesmo pensamento norteia diversos ordenamentos jurídicos¹⁰, como as legislações da Colômbia ao salvaguardar “o ser humano concebido” ou o como “o en el ventre” (arts.33 e 36); a do Paraguai cujo art. 28 defende que “La persona física tiene capacidad de derecho desde sua concepción [...] La adquisición está subordinada a la condición de que nazca com vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno; o acolhimento inovador da Constituição do Peru, de 1993, ao considerar o nascituro como “sujeito de direito em tudo quanto o favorece”, dominando, segundo Carlos Fernandez SASSARENGO(1986: p.26) o entendimento doutrinário de que o nascimento com vida “seria uma condição imposta unicamente para a concretização dos direitos patrimoniais [...] verdadeira condição resolutiva e não suspensiva”.

Ainda, com base no que afirma William Artur PUSSI (2007:p.127/128) o direito civil austríaco “adota por completo a chamada teoria da concepção, visto aceitar [...]que a personalidade inicia-se com a concepção”, o mesmo sendo afirmado em relação ao Código Civil Suíço ao estatuir que “a personalidade começa com a vida depois do nascimento completo[...] considera que antes do nascimento a criança é juridicamente capaz, desde que nasça viva.

Na Argentina, o art. 221 do Código Civil assegura que “Desde la concepción em el seno materno comienza la existencia de las personas[...], sendo a matéria envolvendo o “nascituro” considerada de larga aceção uma vez que, em consonância com a Constituição de 1994, e os tratados internacionais de que o país foi subscritor, o próprio embrião é considerado pessoa humana, por conseguinte dotada de personalidade jurídica.

Em relação ao Chile, pós as alterações de 1991(Lei 19.089) imbricam-se os art. 74, 75 e 77 do Código Civil e outras disposições legais, :

“Art. 74 - La existencia legal de toda persona principia al nascer, esto es, al separarse completamemnte de sua madre.La criatura que muere em el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o no haya sobrevivido a la separación um momento siquiera, se reputará no haver existido jamás.

Art.75 – La ley protege la vida del que está por nascer. El juez, en consecuencia, tomará , a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las

⁹: 1. A capacidade jurídica é adquirida no momento do nascimento.

2. Os direitos que a lei reconhece em favor do nascituro subordinam-se ao fato de seu nascimento (Em tradução livre da autora)

¹⁰ A respeito ver PUZZI (2007), CATALANO (1988) \SESSARENGO91986)

providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del nascido, siempre que cre de algún modo peligrá. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento

Art. 77 - Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, se hubiese nascido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si El nacimiento constituye un principio de existència,entrará El recién nascido em El goce de dichos derechos, como si hubiese existindo al tiempo em que se defirieron [...]"

expressando-se de forma bem mais radical e rigorosa a harmonia quanto a um disciplinamento assecuratório e defensivo do nascituro, como afirma Silmara J. A. Chinelato ALMEIDA (2000: p.91)

Registre-se, todavia, em um bloco mais distinto o direito francês, para o qual é insuficiente no tocante à questão da personalidade apenas *o nascer com vida*, pois além desse fato/ato é tido como imprescindível a *viabilidade* da vida do nascido. Nas palavras de Luis SÉBAG (1938: p.93) o status de sujeito de direito subordina-se a duas condições: *nascer com vida* e que seja *viável* essa vida, em outras palavras para esse autor, implica essa viabilidade como “A possibilidade de percorrer a carreira ordinária da vida”. Compreensão advinda da leitura dos arts. 318, 725 e 906 do Código Civil Francês¹¹ ancoradura da assertiva de Planiol e Ripert de que ” A criança que não é capaz de viver, quer devido ao nascimento prematuro, ou por causa de imperfeição no corpo, não deve ser considerado uma pessoa”¹²

¹¹ **Article 318** : Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable.

Article 725 : Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112.

Article 906 : Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable

¹² No original citado por Vicente Rao : L'enfant qui n'est pas capable de vivre, soit par suite d'une naissance avant terme, soit par la suite d'une imperfection des organes, ne doit pas être considéré comme une personne «

Na contra-mão da exegese predominante dos dispositivos supra da legalidade francesa, com veementes críticas, porta-se Gérard MÉMETAU (1990), sob parâmetros de confrontação do “infans conceptus”(regra clássica romana) com a regra a que nominou de “exaltação barroca” da vida do nascituro, para sustentar que através do método indutivo os arts. 725, 902, 906 do Código Civil Frances cabem ser interpretados em favor do nascituro desde a concepção.

De boa técnica ressaltar que a exigência da viabilidade (como a do direito francês) se fazia também presente no Código Civil da Espanha quanto complementava o art.29 com a literalidade do art. 30. Entretanto, a partir de julho de 2011, com a reforma advinda da Lei 20/2011 de 21 de julho do mesmo ano (BOE num.175, de 22.07.2011 pp.81468-81502¹³. foram abolidas da lei civil espanhola as exigência do nascer “sob figura humana” e uma expectativa de vida de pelo menos “24 horas”, harmonizando os arts. 29 e 30 da seguinte forma:

Artículo 29 - El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente

Artículo 30 - La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Essa vem sendo a compreensão internacional a orientar os ordenamentos internos nacionais, especialmente nos países (é o caso brasileiro), subscritores da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica ao dispor, com clareza meridiana, que

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O Brasil, ainda que ciente das divergências doutrinárias que promovem o desencontro da pessoa humana e a personalidade civil, ao seu modo, não veste integralmente a armadura de um ente jurídico a que é submetida por força da exigência da capacidade aludida no art. 1º do Código Civil em vigor, em que os direitos somente passam a *integrar a esfera jurídica de uma pessoa no momento em que esta adquire personalidade civil*, a capacidade expressando poderes dos quais resultam a personalidade cuja outorga legal categoriza o ser com identificação de pessoa. Despojando-se do hermetismo do que pode ser

forjado do supracitado artigo, possibilita o direito brasileiro que a abordagem que envolva o tema sob enfoque assente-se no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja semente se faz obrigatória por constituir fundamento do Estado, ex vi do inciso III do art. 1º da Carta Constitucional.

É matéria pacificada, como dimensão ontológica e não qualidade inata, como fruto de um construído histórico-cultural, que a compreensão da dignidade humana vai além do patamar jurídico a que foi galgado, pois requerendo um apoio das outras áreas de conhecimento, que contribuíssem para a sua fundamentação como princípio moral e jurídico da proteção da pessoa humana. A dignidade, pois, transcende, e sua concepção conforma-se, acima de tudo, com o respeito pelo ser humano, como de forma bem simples orienta a Ministra Carmem Lúcia Antunes ROCHA (2004: 27) “viver dignamente pensando a dignidade como a que se pode encontrar na conduta respeitosa e confiança da pessoa em relação a si mesma e à outra”. Ao mesmo tempo sustentando a ilustre autora que “a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade”

Dessarte, o princípio da dignidade humana, pela noção que se estabeleceu “como consenso teórico universal, que une de modo notável os juristas, os cientistas e os pensadores de todas as famílias filosóficas”, nos escólios de MAURER (2005:61) é o suficiente para transmutar o feto anencefálico em pessoa, por sua potencialidade. A exposição de Carmem Lúcia Antunes ROCHA (2004: 33) ao tratar a questão é de muita lucidez :

Toda pessoa humana é digna. A humanidade tem uma dignidade contida na ética da espécie. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Quando se questiona, nestes chamados tempos modernos, se se há de permitir, ou não, o nascimento de um feto no qual se detecte a existência de anomalia a impossibilitá-lo para uma vida autônoma, está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza. A simples indagação traduz-se, pois, como injustiça contra os que não se apresentam em iguais condições psicofisiológicas, intelectuais etc. É a injustiça havida na indignidade revelada na desumanidade do tratamento dedicado ao outro. É a injustiça do utilitarismo que se serve do homem e o dota de preço segundo a sua condição peculiar; que se expressa numa forma em vez de se fazer valer pela essência humana de que se dota”

Tem-se por essa transcrição, sem dúvidas, a força argumentativa que enfeixa o assunto e lhe propicia o desiderato de inverter a posição dos valores aqui envolvidos. De verdade, o feto anencéfalo merece ser protegido na condição de nascituro pelo princípio fundamental da

¹³ Boletim Oficial Del Estado- Venres, 22 de xullo de 2011- Sec.I, Páx. 32. Disposición derogatoria – disposición derradeira terceira Reforma do Código Civil Disponível em http://www.boe.es/boe_gallego/dias/2011/07/22/pdfs/BOE-A-2011-12628-G.pdf

dignidade da pessoa humana, oferecendo um horizonte límpido para que o novo discurso que apregoa ser esse feto um ‘ser sem vida’ vislumbre-o sob luzes humanitárias.

Incontestemente, por tais fundamentos e pressupostos, que a lei brasileira diante da outorga que faz em relação à natureza jurídica do nascituro em geral, não pode contemplar de modo diverso o nascituro anencefálico, por merecer tanto um como o outro desfrutar, igualmente, de uma espécie de personalidade pré-natal. E como a única exigência da lei brasileira para a aquisição da personalidade é o fato do nascituro nascer com vida, ainda que precária seja a viabilidade da vida do anencefálico, nascendo com vida isto já é o bastante para tornar-se sujeito de direitos. Os efeitos jurídicos desse nascimento são, imediatamente gerados, assunto que sequencialmente se cuida, focado na meta desconstrutiva, já aludida, em que o direito curva-se diante do nascituro anencefálico como um ‘*ser vivo*’ e não como um ‘natimorto’.

3. AS DISSIMILAÇÕES NASCITURO/ NATIMORTO/ MORITURI ANTE A EXIGÊNCIA DO NASCER COM VIDA PARA OS DEVIDOS EFEITOS JURÍDICOS

O percurso da concepção ao nascimento como ocorrência normal da história da humanidade, em outras palavras, o nascer, o viver, o crescer, como um ciclo normal da vida, de um modo geral, não atrai, por si só, questões a serem deslindadas como de alta indagação no mundo jurídico. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto ao momento preciso do nascer para se cumprir a condição em que o feto/nascituro deixa de ter tal denominação para adquirir o status de pessoa para o direito civil: *nascer com vida*. Como o direito vai trabalhar a constatação do “nascer com vida”, esta, sim, se reveste de muitas implicações, e mais ainda, quando o nascituro tem o diagnóstico de anencefalia.

Tendo como aporte que o reconhecimento da personalidade jurídica não é a viabilidade, mas, sim, fixada no ‘nascimento com vida’, considerando-se que o estudo em tela trata da especificidade do anencefálico, um questionamento torna-se obrigatória: a comprovação, pós parto dessa vida diante da perspectiva que a difere do ciclo normal atribuída aos demais fetos. Em outras palavras, no pós parto do anencefálico, como todo o rigor é imperioso atestar a existência da vida, se o mesmo efetivamente viveu, para, somente nesta hipótese, fazer-se alvo dos efeitos jurídicos desse fato/ato, quando da confirmação *do nascer com vida* que o Direito vai receber da área médica, momento em que finca-se o marco distintivo em relação a serem positivos ou negativos os mencionados efeitos.

Entretanto, antes de tal configuração médico-legal, considerando que o presente trabalho pretender deitar em ruínas a tese cada vez mais difundida de recusar ao anencefálico, pelo fato só de sua anomalia, a condição de *ser vivo*, necessário que se aponte as dissimilações efetivamente existentes em cada contexto de nascimento, pois o espargir do direito depende de uma concretude – nasceu com vida ou veio ao mundo sem vida -, portanto é a vida & a morte o nó a ser desatado na espécie.

Dáí não ser suficiente buscar-se apenas a etimologia dos termos concernentes, como se fará. De maior valia, entretanto, são as considerações no sentido de compreendê-los por seu anteparo doutrinário, ressaltando-se que há nesta apreciação a delimitação do sentido do nascituro que remonta à idéia romana de “conceptus”¹⁴, ser já concebido, evitando deslindes respeitantes aos contornos que possam operar acepções confusas das garantias do **nascituro** e as da **prole eventual** (art.1718, parte final do Código Civil em vigor), pois é matéria que diz respeito a ente ainda não concebido mas que poder vir a sê-lo.

Sobre o **nascituro**, o verbete constante em Francisco da Silva BUENO(1960: p.168) diz que “nasciturus” significa o “*que deverá nascer, que está por nascer*. Quanto ao termo **morituro** é disseminado por De Plácido e SILVA (1984:228) como derivado do latim, mas explicando que “*Nascituro tem morituro como antítese.*”, dessa forma, a lógica manda concluir apreendendo a condição do morituro como aquela de *quem é moribundo, que está prestes a morrer*, e não estando morto, ipso facto, trata-se de pessoa ainda com vida. Diversa é a situação do **natimorto**, junção latina de natus (nascido) e mortis (morto)¹⁵, pois esta corresponde, para o direito, o ser que já veio ao mundo sem vida, ou porque morreu dentro do útero materno ou por complicações quando do nascimento. Cabendo aqui, um pequeno acréscimo para introduzir outra expressão cunhada pelos doutrinadores, a exemplo de Carlos Roberto GONÇALVES (2007) que é a de **neomorto**, significando aquele que sai do útero com vida mas morre logo em seguida. De posse dessas breves noções, os argumentos passam a ser desenvolvidos com o fito do desmoronamento proposto. É que o Direito, e no recorte destes escritos, o direito brasileiro, acata o entendimento de existência de vida através do *ato de respirar*, inclusive sendo bastante utilizada em procedimentos judiciais a máxima de que “respirou, logo nasceu com vida”.¹⁶A escolha dessa diretriz advém do disciplinamento

¹⁴ Novíssimo dicionário latino-portugues de F.R.dos Santos Saraiva

¹⁵ Verbetes constantes do Dicionário Aurélio

¹⁶ Um exemplo: Apelação cível nº 1.0024.06.199818-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des.Nilo Lacerda

da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 sobre os registros públicos, e que dá outras providência, infra:

Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. (Renumerado do art. 54, com nova redação, pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Todas as ocorrências cujas nomenclaturas foram acima aludidas, são comprováveis na seara médica, através do exame cognominado de Docimasia Respiratória, explicado por Carlos Roberto GONÇALVES (2007: p.78) na transcrição ora feita:

“Essa contestação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de Galeno. Baseia - se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do copo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.”

Com efeito, é a partir do que for dito, atestado pelo laudo médico, que são originadas as repercussões para *no/do* e *para* direito, enfim para a ordem jurídica nacional, conforme seja declarada a presença de vida – o exigido nascer com vida, o respirar, do ser anencefálico que acaba de emergir do ventre materno ou, em caso contrário, for identificada a sua morte. Esse o momento crucial, após o qual resultarão díspares as conseqüências para aquisição ou não dos direitos resguardados até àquele instante, situações que entende-se sujeitarem-se aos seguintes enquadramentos:

a) **se respirou**: nasceu com vida, a personalidade jurídica se achega ao **nascituro anencefálico** para beneficiá-lo, promovendo-se normalmente o assentamento de seu ‘registro civil’ sem conjecturar sobre a inviabilidade da vida com base na iminência da morte em meras projeções: uma semana, um mês, um dia;

b) **se respirou**: nasceu com vida, em circunstâncias geradoras da assertiva de que está moribundo, prestes a morrer, a personalidade jurídica se achega ao **mortituro anencefálico**

também promovendo-se o assentamento normal de seu registro civil para gerar efeitos, sendo irrelevante também acenar sob a incerteza quanto à duração dessa vida;

c) **se respirou**, nasceu com vida mas a morte lhe sobreveio logo no parto, se está diante do **anencefálico neomorto**, cujos efeitos também são gerados, tanto que a § 2º da Lei 6.015/73, alterada pela Lei 6216/75, determina os dois assentamento, o do nascimento e o do óbito, regra que se transcreve novamente (*§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).*

d) **não respirou**: não há vida, este é o **anencefálico natimorto**, em que a condição exigida (o respirar) não se perfez, razão pela qual não adquire personalidade civil no ordenamento jurídico pátrio e pelo pensamento majoritário da doutrina, embora se lhe seja reconhecido certos direitos elementares, a exemplo do nome, da paternidade etc..no assentamento civil de natimorto . A respeito desses restritos efeitos já despontam correntes discordantes.¹⁷

Diante das hipóteses suso, inegável os direitos que são resguardados para o nascituro anencefálico sob a égide civilista brasileira, não apenas os direitos mais pessoais e/ou personalismos, mas, inúmeros de ordem patrimonial, tendo como porto seguro a esfera constitucional e/ou infra constitucional (a.ex. Código Civil, Lei 6015/73, o ECA) , e ou da decorrente dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na comunidade internacional(a. ex.Convenção Européia e Americana dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica). Em face do envoltório protetivo que desfruta, há de se considerar irracional e violadora da própria ordem constitucional interna a tese que equipara o *nascituro anencefálico* ao *natimorto*, porque evidenciadas estão as dissimilações de contextos que fazem com que o primeiro, pelo simples fato de sair do ventre materno e respirar, (independente da projeção que se queira fazer sobre a duração de sua vida) adquirem direito, transmitem direitos, sucedem em direitos, oportuniza que lhe sucedam em direitos, o mesmo não se podendo afirmar quanto ao segundo (o natimorto).

O nascituro, através do foi examinado perante o direito brasileiro e alhures, desmente a afirmação de Alberto Silva FRANCO (2005) quando tem por *correta a afirmação de que o feto anencéfalo é um projeto embriológico falido*, quando diz que a gestação nas circunstâncias da amenceflia *não é um processo de vida, mas um processo de morte*, e quando conclui que a respeito do anencéfalo *Não se está diante de um nascituro; antes, de um*

¹⁷ Sobre o novo pensar, Silmara J.A.Chinelato Almeida

morituro.". É que mesmo neste caso de ser um *morituro*, pelo só fato de ter sido separado das vísceras maternas e ter respirado ao nascer, não é reificado pelo direito, sequer se constitui “massa falida” parodiando o autor, muito pelo contrário, faz-se pessoa com personalidade com reflexos jurídicos em várias ordens.

Tutelado constitucional e civilmente (a tutela penal aqui não é objeto de estudo), são inúmeros os efeitos jurídicos que podem emanar para o nascituro anencefálico em seu prol ou mesmo o de seus familiares. O elenco, que não se esgota no Código Civil, permeia outros aparatos. Desse modo a indicação dos aspectos legais será feita em espartilhada síntese, pois incapaz de ser exaurido ante o entrelaçamento das várias esferas legislativas. E ainda por conta mudanças ocorrentes na área biomédica/biotecnológica, em que além das questões persistentes outras eclodem emergenciais, muitas delas a repercutir na esfera da proteção do nascituro de um modo geral.

Quando da elaboração do projeto do Código Civil de 2002, os doutos encarregados de desse encargo justificaram os princípios embasadores do novo documento civilista, quais sejam: o da *Eticidade*, o da *Socialidade* e o da *Operacionalidade* (Exposição de Motivos). A invocação dessa principiologia é farol para o trabalho de qualquer operador do direito que queira compreender o sentido da normas insertas nesse documento jurídico. Quando se faz uma leitura do art. 2º do Código Civil de 2002 que enuncia que “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”, é possível se detectar nessa norma, de certa forma, embutidos os mencionados princípios. A menção aos “direitos do nascituro” é feito sem reservas, como lembra Wiliam Artur PUSSI (2007), em que expressões do tipo excludentes: “só, apenas, unicamente ou outra análoga” não foram introduzidas, depreendendo-se dessa orientação um grande alargamento de direitos em favor do nascituro. Melhor explicitando, todo e qualquer direito de que se faz merecedor a pessoa portadora de personalidade encontra-se resguardados para outorga ao nascituro, sem anomalia ou anencefálico, dependendo apenas que o mesmo respire ao desgarrar-se do ventre materno.

Sem esquecer escopo do reconhecimento de direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal e Tratados Internacionais, ainda que portador de anomalia, o nascituro anencefálico não poder ver-se despido desses direitos, a serem defendidos por representação (pela ausência efetiva da capacidade postulatória, é óbvio).

Como importantes direitos assegurados ao nascituro anencefálico pelo ordenamento civil pátrio identificam-se:

1.Os direitos inerentes á personalidade, ainda como nascituro:

Art. 11. CC. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária

Art. 12. CC. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

2.Os direitos provenientes do parentesco, pela leitura dos arts. 1.596/1597 do CC:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

3. Os direitos para fins de receber doações, ser donatário:

Art. 552, (CC), “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”..

4. Os direitos necessários para ser Curatelado e beneficiário em testamento:

Art. 1.779, CC, “ Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.”

Art. 1.799, CC. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art. 1.800.CC No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

5. Os direitos em relação à paternidade:

Art. 1.609, Parágrafo Único, CC, “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”.

6. Os direitos referentes à sucessão amalgamados ao princípio do saisine:

Em relação ao direito sucessório, o Brasil adota o princípio de “saisine, que se caracteriza pela transmissão imediata dos bens do “de cujus”, o que significa dizer que a sucessão, a transmissão do direito, se opera no momento da morte, cuja entrega e posse é apenas formalizada posteriormente através do inventário/arrolamento/partilha.

Influenciado por esse princípio, sem a necessidade de um atuar formal dos herdeiros, em razão do mesmo, ocorre a passagem de todo os bens do autor da herança para seus sucessores, estejam eles já nascidos ou estejam apenas concebidos. Decorre do droit de saisine dos franceses o reconhecimento para o nascituro anencefálico do seu direito a suceder, pelas regras claras do Código Civil que se transcreve:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão

Art. 1.784 - Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

7. Os direitos oriundos em leis extravagantes em sua proteção:

Em âmbito de outras codificações e de leis extravagantes, essa mesma tutela se revela, como se extrai da leitura dos arts. 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) com medidas que, a despeito de serem direcionadas para a gestante objetiva tutelar o nascituro seja ele ou não um anencefálico:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Com a mesma posição protecionista se porta as legislação trabalhista e previdenciária voltando-se, também, para o período gestacional, como a licença maternidade e paternidade

que, direta e/ou indiretamente, proporcionam bem estar ao nascituro sem excluir se for este portador de anencefalia, de conformidades com as regras dos arts. 391 a 400 da CLT associados às diversas normas da Previdência Social.

E, por derradeiro, a inovação que agraciou o cenário jurídico brasileiro com a Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008 disciplinando em prol da gestante, e por conseqüência, do feto nascituro, o direito a “alimentos gravídicos”, a se constituir um grande avanço, pois suprimindo uma lacuna a nível de legalidade no sentido de firmar a responsabilidade parental. Através da mãe gestante, são conferidos meios de provimento alimentar digno para fins de, em assim ocorrendo, corroborar para que possa o nascituro sobreviver intra-uterinamente em respeito ao seu direito à vida, à saúde, como se depreende dos dispositivos pertinentes:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Não há dúvidas quanto à capacidade que tem o nascituro anencefálico de ser sujeito susceptível de relações jurídicas, da mesma maneira que indubitável é o fato de os direitos concedidos ao anencefálico como nascituro, após o seu nascer com vida, se reverterem, no que for cabível e aplicável, em efeitos jurídicos aos que ao anencefálico se vinculam na ordem sucessória estabelecida na lei civil brasileira.

Essa tendência, que ganha corpo a ritmo acelerado, de negar vida ao feto anencefálico só se explica se provindo do grave e irreparável equívoco: considerar, entender, recepcionar o nascituro anencefálico dentro da complexidade que é o desfecho vida/morte da Medicina ante seus dois processos que evidenciam a morte da pessoa: *morte clínica* ou morte biológica e a *morte cerebral*, em que se dá a parada total e irreversível das funções encefálicas, e, por esse viés, igualar o feto anencefálico ao *morto cerebral*, desprezando todas as cautelas de que se revestem os parâmetros médico/legal para atestar a morte encefálica.

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ao longo da presente exposição, com ênfase ao esteio teórico, cuidou-se de enfrentar as questões problematizadas que circundam o feto anencefálico relacionadas com a sua identificação do nascituro mesmo com a anomalia que apresenta, a natureza e existência de vida, os aportes da legislação brasileira e estrangeira, bem como as dissimilações nascituro/natimorto/ morituri ante a exigência do nascer com vida para os devidos efeitos jurídicos. Isto porque, em suma, através de uma opaca lente, o feto anencefálico é implacavelmente tido como um *natimorto coisificado*, negligenciando os sectários de tal concepção o fato de ainda se constituir terreno fértil a divergências e inseguranças nas ciências médicas a questão da anencefalia, como também os dissensos se fazem presentemente sustentáveis em teorias jurídicas no que diz respeito à aquisição da personalidade.

. Dos estudos efetivados resultou constatado que o Código Civil de 2002, não só por sua tradição mas por conta mesmo do estágio em que o Estado brasileiro é concebido por seus fundamentos (art.1º, CF) , há um acolhimento de que todos os homens são pessoas, a capacidade do ser humano se constituindo pressuposto da ordem jurídica, sem que para tanto necessite de expreso reconhecimento. Em sendo todos iguais, a personalidade acompanha todos os seres humanos em qualquer condição e estágio de sua vida. Por conseguinte, o feto anencefálico é pessoa humana, tem natureza jurídica de nascituro e os direitos que lhe são reservados o são dependendo apenas da condição exigida para todo e qualquer nascituro – nascer com vida, o que significa - respirar ao ser separado do corpo da mãe. E em completando, incontestável é para o direito que essa comprovação da existência gerará efeitos diversos aos familiares do anencefálico, com mais destaque para os patrimoniais , não podendo ser comparado a um natimorto, por analogia ao morto encefálica. Até porque, torna-se fácil derrubar esse raciocínio analógico, tendo em vista que a medicina não diagnostica a morte encefálica se também não estiverem mortos o cerebelo e o tronco encefálico, e enquanto o feto anencefálico mantiver a respiração significa que aquelas partes do seu encéfalo ainda estão em atividade. Destaque-se, ainda, que como ser humano, vivo, desfruta na ordem internacional e interna de todas as garantias e proteção como nascituro anencefálico que o é, se fazendo merecedor de proteção e cuidados. Portanto, a visão do direito civil brasileiro (CC e leis da mesma natureza) sobre o nascituro anencefálico é harmônico com a Constituição Federal de 1988 e com a orientação internacional advindas dessa instância

REFERÊNCIAS

ALDUNATE, Eduardo Novoa. **El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica**. Santiago: Ed. Jurídica do Chile.Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociales. 1969

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. O nascituro no Direito Civil brasileiro. Contribuição do Direito português. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Forense,1990

ALMEIDA, Silmara J A Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo:Saraiva, 2000, p.135-144

_____. Direito Fo nascituro r alimentos – uma contribuição do Direito Romano. **Revista de Direito Civil, RT, v.54, p.57**.

AURELIO. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, Verbete. p. 644

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v.9 jan/mar/2002

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade Antropologia e ética das biotecnologias**. Trad. Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 11ª ed. 1956.

BRASIL: Legislação. Decreto-lei5.452/1943 01/05/1943 – CLT (com alterações posteriores)

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973(com alterações da Lei nº 6.21675. Registros Públicos. _

_____. Lei 28.069 de 33 de julho Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil Brasileiro

_____. Lei 11.804, de 05/11/2008 disciplina o direito a “alimentos gravídicos”,

BUENO, Francisco da Silva. **Grande Dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1960, v.6, p.168.

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano. Trad. de Eduardo César Silveira Vita Marchi **In Revista do Direito Civil.v.45, São Paulo, RT: 1988, pág.10**

_____. **Derecho de las Personas-exposición de motivos e comentários al libro primeiro Del Código Civil peruano**. Lima:Libreria Studium Editores, 1986 pág.26 e SS.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporeneos**. Madri: Aguilar, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENGELHARDT, H. Tristam Los fundamentos de la bioética, Barcelona, Paidós, 1995

FONTELES, Cláudio. Parecer de 18.08.2004 In **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>. Acesso em 12.08.2007

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais **Revista dos Tribunais**, vol.833. Março 2005. Disponível em http://www.usp.br/nemge/textos_relações_jurídicas/anencefalia_silvafranco.pdf

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito de família. 6 ed..São Paulo:Saraiva, 2009, vol.V I

HASLAN, R. H. A. Anomalias congênitas do sistema nervosa central. In BEHRMAN, R.E;

ITALIA. Governo da Itália. Estudo Minucioso feito pelo Comitê Nacional para a Bioética da Presidência do Conselho de Ministros da República da Itália. **O Recém-Nascido Anencefálico e a Doação de Órgãos**.Itália 1996 Acessível no site <http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/210696.html>. Tradução para o português. Disponível em: www.providafamilia.org.br. Acesso em 12.0006.2007

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 1998. p. 19-106.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema contra. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87

MÉMETAU, Gérard La situation juridique de l'enfant conçu – de la rigueur a l'exaltation baroque. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.4. Paris: Sirey. A.89,out.dez. 1990.p;611-812. In Simara J.A. Chinelato e Almeida. *Tutela civil do nascituro*, obra citada.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Investigações acerca da Constitucionalidade do "aborto sentimental" no Direito positivo brasileiro*. Araraquara, SP. Elaborado em jul. 2007. Disponível em: <<http://www.savonitti.com.br/cursos/doutrina/aborto.asp>>

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, Parte Geral, Tomo I, 51, nº 4

MOORE, Keith L. **Embriologia Clínica**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança** de 20 de novembro de 1989

_____ **Convenção Européia de Direitos Humanos**

_____ **Pacto de São José da Costa Rica**

PETTERSEN, Heverton Neves. Médico da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal em audiência pública Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. . Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/anencefalia/audiencia_publica.pdf>

PLESS, José Pindaro P. Malformações do sistema nervoso e seus envoltórios. In VAZ, F. A. C. **Monografias Médicas**: Série Pediatria. Rio de Janeiro: Savier, 1983, XXIV, v. 399.

- PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: Direito, Ética e Ciência. In **O Direito à vida digna**. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2004, págs. 11-174
- SADLER T. W, 2005. Embryology of Neural Tube Development. American Journal of Medical Genetics Part C 135C:2-8
- SANTOS, Washington dos Santos Dicionário Jurídico Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2001 .
- SÉBAG, Louis. La condition juridique des personnes physiques et des prsonnes morale savant leur naissance. Pais : Sirey, 1938.
- SASSARENGO, Carlos Fernandes. Derecho de lãs Personas-exposición de motivos e comentários al libro primeiro Del Código Civil peruano. Lima: Librferia Studium Editores, 1986, p.26 e SS. In: Pierangelo Catalano. Os Nasciturods entre o Direito Romano e o Direito Latino Americano. Revista de Direito civil, v.45, p.10, 1988 São Paulo:RT, 1988
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1995.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TAVARES, José. Os princípios fundamentais do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 1928(v.2, pág.21)
- TAVARES, José. Os princípios fundamentais do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 1928(v.2, pág.21)
- WESTERMANN, Harry. Código Civil Alemão. Parte Geral. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991,
- XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. In **Bioética**. 2000: vol.8, nº 2, p.217-228 Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v8/simpo2.pdf>. Acesso em 29.08.2007