

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GISELE DE SOUZA PEREIRA

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL AO NASCITURO

FLORIANÓPOLIS

2009

GISELE DE SOUZA PEREIRA

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL AO NASCITURO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Renata Raupp Gomes.

FLORIANÓPOLIS

2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida; pela graça de dormir todas as noites sob um teto seguro e acordar todas as manhãs tendo pão à mesa, quando tantos passam fome e não têm o que chamar de lar; pela bênção de nascer e crescer no seio de uma família unida e amorosa, quando tantos estão esquecidos e não conhecem o amor; e pelas vitórias até aqui alcançadas, rogando sempre para que me dê coragem e forças para alçar voos maiores.

Agradeço aos meus pais, Aldori e Maria Nilza, por me amarem desde o primeiro instante, pelo exemplo de vida, pela presença constante, pelo afeto, pelas conversas, pelos conselhos, pelo apoio e estímulo, pela confiança, pela educação de qualidade que me proporcionaram e por fazerem de mim tudo aquilo sou.

Agradeço à minha irmã Débora, amiga inseparável, pelo carinho, pela confiança, pela companhia sempre agradável, pela disciplina e determinação inspiradoras, pelos comentários espirituosos e pelas longas e divertidas conversas, geralmente interrompidas por gostosas e intermináveis gargalhadas, as quais desejo que não se esmoreçam com o passar dos anos.

Agradeço ao meu namorado Thiago, companheiro de todas as horas, pela paciência, pela compreensão, pelas palavras de incentivo, pela atenção, pelos gestos constantes de carinho e, sobretudo, pelo imenso amor que me dedica, ao qual espero corresponder com igual devoção.

Agradeço ao professor João Leonel Machado Pereira, exemplo de ética, comprometimento e amor pelo ensino e pela advocacia, que, com a solicitude, dedicação e carinho de um verdadeiro mestre, deu-me ânimo e ajudou-me a elaborar cada um dos capítulos desta monografia.

Agradeço às minhas queridas amigas Carolina, Jacqueline e Joice, pelos cinco anos de verdadeira e intensa amizade, pelos longos diálogos, pelas confidências compartilhadas, pelo carinho e pelos risos e olhares cheios de significação trocados a todo o momento, cujas lembranças guardarei para sempre na memória, com o desejo de que tornem a se repetir para sempre.

Agradeço à juíza Lucilene dos Santos, pela oportunidade, confiança e compreensão; pela amizade; pelas conversas e conhecimentos compartilhados diariamente, que me engrandecem como pessoa e enriquecem minha formação intelectual.

“Foste tu que criaste minhas entranhas e me teceste no seio de minha mãe. Eu te louvo porque me fizeste maravilhoso; são admiráveis as tuas obras; tu me conheces por inteiro. Não te eram ocultos os meus ossos quando eu estava sendo formado em segredo, e era tecido nas profundezas da terra. Ainda embrião, teus olhos me viram e tudo estava escrito no teu livro; meus dias estavam marcados antes que chegasse o primeiro”.

(Salmo 139, 13-16)

“Veio a mim a palavra do Senhor: ‘Antes de formar-te no seio de tua mãe, eu já te conhecia, antes de saíres do ventre, eu te consagrei e te fiz profeta para as nações’”.

(Jeremias 1, 4-5)

RESUMO

O artigo 2º do Código Civil preceitua que a personalidade jurídica tem início a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Deste modo, embora o nascituro, isto é, o ser humano concebido que ainda está por nascer, não seja considerado pessoa em sentido jurídico, tem assegurados e protegidos alguns direitos de caráter patrimonial e os direitos personalíssimos compatíveis com a sua condição especial de ser humano em desenvolvimento, que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, e são inerentes à natureza humana, existindo independentemente da personalidade ou da capacidade do indivíduo. Nesse sentido, a violação injusta dos direitos personalíssimos reconhecidos ao nascituro ou de sua dignidade como ser humano acarreta dano moral passível de indenização e confere ao concebido o direito de ter compensado o prejuízo moral que experimentou, ainda que não seja capaz de compreender o ato lesivo e suas consequências.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade jurídica. Direitos da personalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO	10
2.1 CONCEITO DE NASCITURO	10
2.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA	11
2.2.1 Teoria Natalista.....	14
2.2.2 Teoria da Personalidade Condicional	16
2.2.3 Teoria Concepcionista	18
2.3 DIREITOS DO NASCITURO	20
2.3.1 Direito à Filiação	21
2.3.2 Direito à Curatela.....	23
2.3.3 Direito de Receber Doação.....	24
2.3.4 Direito de Suceder	25
2.3.5 Direito a Alimentos	27
2.4 A CAPACIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO.....	28
3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	31
3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	31
3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE	33
3.2.1 Conceito e Características	33
3.2.2 Direitos da Personalidade em Espécie.....	36
3.2.2.1 <i>Direito à vida</i>	36
3.2.2.2 <i>Direito à integridade físico-psíquica</i>	37
3.2.2.3 <i>Direito à honra</i>	39
3.2.2.4 <i>Direito à imagem</i>	40
3.2.2.5 <i>Direito à intimidade</i>	42
3.2.2.6 <i>Direito ao nome</i>	43
3.2.3 A Proteção dos Direitos da Personalidade.....	46
3.3 O NASCITURO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	47
4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL AO NASCITURO	49
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E GENERALIDADES	49
4.2 DANO MORAL	54
4.2.1 Conceito e Amplitude	54

4.2.2 A Reparação do Dano Moral: Evolução Doutrinária, Natureza Jurídica e Arbitramento do <i>Quantum</i> Indenizatório	57
4.3 O NASCITURO E O DANO MORAL.....	60
4.4 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL AO NASCITURO: VISÃO JURISPRUDENCIAL	66
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

O nascituro é o ser humano concebido que está por nascer. Embora não lhe atribua personalidade jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro põe a salvo seus direitos desde a concepção. Assim, ainda que não seja considerado pessoa em sentido jurídico, o nascituro tem reconhecidos e tutelados, desde a fusão dos gametas, além de alguns direitos de cunho patrimonial, os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição especial de indivíduo concebido e ainda não nascido, em virtude da sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Os direitos da personalidade são inerentes à natureza humana e existem independentemente da personalidade ou da capacidade do indivíduo, porquanto fazem referência a valores fundamentais e a atributos indispensáveis ao desenvolvimento do homem em seus múltiplos aspectos, tais como a vida, a integridade físico-psíquica, a honra, a imagem, a intimidade e o nome.

Questiona-se, nesse sentido, se a lesão injusta perpetrada contra os direitos personalíssimos do nascituro é capaz de configurar dano moral passível de indenização, sobretudo porque, *a priori*, aquele ainda não tem consciência do mundo que o cerca e não é capaz, acredita-se, de sentir e de compreender o mal que lhe está sendo impingido.

Destarte, o objetivo geral desta monografia é verificar se o nascituro, a despeito de não ser dotado de personalidade jurídica, pode ser vítima de dano moral, observando e confrontando as opiniões sustentadas pelas três correntes doutrinárias que procuram demarcar o início da personalidade jurídica – teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista – e pela jurisprudência acerca do assunto.

Tem-se como objetivos específicos a serem atingidos ao longo dos três capítulos deste trabalho, portanto, os de analisar a condição jurídica do nascituro no direito brasileiro, bem como as teorias doutrinárias concernentes ao início da personalidade jurídica; de conceituar e caracterizar os direitos da personalidade e o dano moral; e, finalmente, de demonstrar, através de análise doutrinária e jurisprudencial, que o nascituro pode sofrer abalo moral passível de indenização e tem direito à reparação do dano experimentado.

Assim, o primeiro capítulo estará voltado para o exame da condição jurídica do indivíduo concebido perante o direito brasileiro, por meio da definição do significado e da abrangência do vocábulo *nascituro*, bem como da enumeração e explicação minuciosa dos direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico. Antes disso, porém, será

necessário definir o sentido jurídico da palavra *pessoa* e conceituar a personalidade jurídica, explicitando cada uma das três correntes doutrinárias que se ocupam da definição de seu marco inicial e as suas respectivas implicações para o nascituro.

No segundo capítulo, partindo-se de uma análise acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade serão conceituados e caracterizados. Após, apesar da impossibilidade de sua previsão taxativa, cada um dos direitos da personalidade comumente reconhecidos pela doutrina será apresentado em seus principais aspectos, de modo a ter sua importância e alcance claramente delineados. Ao final, depois de explicitadas as formas de proteção e tutela que o ordenamento jurídico confere aos direitos personalíssimos, examinar-se-á a relação entre estes e o nascituro.

A discussão sobre a possibilidade de reparação do dano moral ao nascituro, tema deste trabalho, com efeito, será objeto do terceiro capítulo, que também será dedicado ao estudo do instituto da responsabilidade civil e de seus pressupostos, bem como do dano moral e de sua reparação, inclusive no que toca ao arbitramento do *quantum* indenizatório. Finalmente, será apresentada, em linhas gerais, a visão dos tribunais brasileiros sobre o assunto, destacando-se alguns julgados relevantes que vão ao encontro da tese aqui sustentada e reconhecem que o nascituro pode ser sujeito passivo do dano moral e goza do direito de ter compensado o prejuízo moral de que foi vítima.

Por fim, cumpre observar que será utilizado o método indutivo de procedimento monográfico e que o estudo será desenvolvido por meio da técnica de documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema abordado.

2 A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 CONCEITO DE NASCITURO

Do latim *nasciturus*, a palavra *nascituro* designa o ser humano que deverá nascer, que está por nascer. O nascituro, portanto, “é justamente aquele que foi concebido e ainda não nasceu” (TARTUCE, 2007, p. 85).

Conforme William Artur Pussi:

O vocábulo nascituro, comumente usado como adjetivo, particípio do futuro de *nascor*, também pode ser substantivo masculino, ou adjetivo conforme a sua aplicação. Nos registros dos lexicógrafos de boa fama, indica exatamente o que está por nascer.

Ainda, pode ser entendido como o que há de vir ao mundo já estando concebido (*concpetus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris* ou das entranhas maternas, sendo aquele que deverá nascer, *nascere* do étimo latino (2008, p. 47).

Assim, tradicionalmente, entendia-se como nascituro a pessoa humana concebida por meio de fecundação *in anima nobile*, obtida naturalmente ou por meio de inseminação artificial, que tem existência no ventre materno e que, logicamente, é dotada de vida intrauterina.

Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo, o nascituro caracterizava-se como o “ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido” (2007, p. 36).

Modernamente, no entanto, com o desenvolvimento da biotecnologia e o avanço das técnicas de reprodução assistida, o conceito de nascituro ampliou-se e, para além do indivíduo concebido no ventre materno, designa também o embrião humano, decorrente de fertilização *in vitro*. Segundo Flávio Tartuce, “[...] entendemos que a expressão *nascituro* deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado” (2007, p. 88).

Como assevera Reinaldo Pereira e Silva:

É bem verdade que, tradicionalmente, o direito tem-se preocupado com a proteção do nascituro sob a ótica patrimonialista. No entanto, o moderno conceito de nascituro, a impor a igualdade de tratamento entre o conceito pré-implantatório e o conceito já implantado no útero da mulher, inspira-se numa lógica não patrimonialista: “primeiro ser, depois ter” (2002, p. 230).

Nas palavras de Silmara Juny Chinelato, “deve-se incluir no conceito lato de nascituro o embrião pré-implantatório, diferenciando-se a capacidade de cada um e não a personalidade” (2007, p. 77).

Ressalte-se, finalmente, que o nascituro distingue-se da prole eventual, na medida em que esta nem mesmo foi concebida e consiste no filho que, futuramente, será gerado por alguém.

Conforme a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dês que venha a ser concebido nos dois anos subseqüentes à morte do testador (art. 1.800, § 4º, CC) (2006, p. 184).

Da mesma forma, não se assemelham os conceitos de nascituro e natimorto, porque este identifica o ser humano que nasceu sem vida. De acordo com William Artur Pussi, “natimorto é composto de *natus* (nascido) e *mortis* (morto), sendo que tal palavra é empregada unicamente para distinguir ou designar a criança que nasceu sem vida ou mesmo aquela que, nascendo com sinais de vida, não logrou a respirar e morreu” (2008, p. 51).

2.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA

O vocábulo *pessoa*, em sentido jurídico, é sinônimo de sujeito de direito e quer significar todo “ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 96). Destarte, o termo abrange não só o ser humano, chamado de pessoa natural, mas também a pessoa jurídica ou moral, isto é, o agrupamento humano que se propõe a realizar uma determinada finalidade comum.

De acordo com Washington de Barros Monteiro:

Duas, por conseguinte, são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a *pessoa natural*, também chamada pessoa física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano), e a *pessoa jurídica*, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum) (2007, p. 62).

Com efeito, toda pessoa, enquanto sujeito de direitos e obrigações, é dotada de personalidade e, pode, por isso, titularizar relações jurídicas, adquirindo, exercitando, modificando, substituindo, extinguindo ou defendendo seus próprios interesses perante os

demais (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 98). Isto porque, segundo Maria Helena Diniz, a personalidade jurídica consiste na “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (2007b, p. 114).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a *aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações*, ou, em outras palavras, é o *atributo necessário para ser sujeito de direito*.

Adquirida a *personalidade*, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes (2006a, p. 88-89).

A ideia de personalidade, assim, está intimamente relacionada com a noção de pessoa, razão pela qual os animais, as coisas inanimadas e as entidades místicas ou espirituais, tais como deuses, almas e santos, não são reconhecidas como sujeitos de direito perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira:

Se a todo homem, e aos entes morais por ele criados, a ordem jurídica concede personalidade, não a confere, porém, a outros seres vivos. É certo que a lei protege as coisas inanimadas, porém em atenção ao homem que delas desfruta. Certo, também, que os *animais* são defendidos de maus-tratos, que a lei proíbe, como interdiz também a caça na época da cria. Mas não são, por isso, portadores de personalidade, nem têm um *direito* a tal ou qual tratamento, o qual lhes é dispensado em razão de sua utilidade para o homem, e ainda com o propósito de amenizar os costumes e impedir brutalidades inúteis (2004, p. 215).

No que diz respeito às pessoas naturais, a personalidade jurídica trata-se de atributo reconhecido a todos os seres humanos indistintamente, sem qualquer diferenciação quanto a sexo, raça, cor, idade, estado de saúde ou nacionalidade e independentemente da consciência ou da vontade do indivíduo, como preceitua o artigo 1º do Código Civil, *in verbis*: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Segundo a lição de Arnaldo Rizzardo:

O sentido de ‘toda pessoa’ é pessoa no aspecto físico, como todo ser humano dotado de inteligência, abrangendo homens e mulheres, independentemente de raça, cor, credo religioso, tendência política, nacionalidade e outras notas particularizadoras, normais ou não [...]. Não se faz qualquer distinção, exceto quanto aos estrangeiros, restritamente aos direitos políticos e algumas limitações no direito civil, como a aquisição de propriedade imóvel, e na participação em certas atividades industriais e societárias, especialmente as de natureza bélica (2008, p. 138-139).

E continua: “pela evolução do reconhecimento dos direitos humanos em todos os cantos da terra, a ninguém mais se subtrai a qualidade de sujeitos de direitos, o que representa uma ênfase da própria natureza humana” (RIZZARDO, 2008, p. 139).

A personalidade, portanto, não se confunde com a capacidade. Enquanto a primeira é atributo absoluto e necessário para ser sujeito de direito e consiste na faculdade

abstrata de ser titular de uma situação jurídica, a segunda é relativa, refere-se à aptidão para o uso e o exercício dos direitos pelo próprio sujeito e está subordinada a elementos relacionados com a idade e as condições mentais daquele.

De acordo com William Artur Pussi:

Personalidade e capacidade são institutos distintos, apesar de próximos. Assim, a personalidade é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e que acaba por materializar-se na capacidade.

Dessa forma, a personalidade encontra-se como a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas, ou seja, é o pressuposto básico dos direitos e deveres. Por outro lado, o ser dotado de personalidade pode ser capaz. Assim, a capacidade é um *plus* face à personalidade [...] (2008, p. 31-32).

Destarte, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica e está apto a ser titular de direitos e obrigações, na medida em que aquela é predicado indissociável de sua natureza. Por outro lado, nem toda pessoa é capaz e pode exercer seus direitos ou praticar atos jurídicos pessoalmente, porque padece de limitações orgânicas ou psicológicas. Em outras palavras, “para ser ‘pessoa’ basta que o homem exista e, para ser ‘capaz’, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica” (DINIZ, 2007b, p. 115).

Como assevera Caio Mário da Silva Pereira:

Não depende esta [a personalidade] da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável (2004, p. 214).

Por esta razão, a personalidade não pode ser negada ao indivíduo nem mesmo abdicada ou recusada por este, seja a título oneroso ou gratuito. Trata-se de um atributo inerente à condição humana e sua ausência implicaria, por óbvio, a inexistência da pessoa, o aniquilamento do ente físico suscetível de direitos e obrigações para o mundo jurídico.

A esse respeito, prelecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Conforme vem sendo exposto, na necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota na possibilidade de o titular ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana (2006, p. 98).

Para a pessoa natural, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, a personalidade jurídica tem início no nascimento com vida e acompanha o ser humano durante toda a sua existência até a morte, seja esta natural ou presumida. No entanto, a despeito do que dispõe a legislação, no direito brasileiro, três correntes doutrinárias ainda procuram definir e demarcar

o início da personalidade, e, por conseguinte, determinar a condição jurídica do nascituro, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

2.2.1 Teoria Natalista

De acordo com a teoria natalista, o nascituro não tem vida independente, nem mesmo existência própria. O feto nada mais é do que parte das vísceras maternas, haja vista que “na fase gravídica, a mãe e o filho nascituro chegam a manter um órgão comum a ambos, que é a placenta” (SEMIÃO, 2000, p. 42).

A personalidade jurídica, assim, tem como termo inicial o nascimento com vida e, durante o período compreendido entre este e a concepção, o feto é tido como mera *spes hominis*. Nas palavras de 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” (2004, p. 217).

Segundo a lição de Benedita Inêz Lopes Chaves:

A primeira delas, a natalista, entende que, antes do nascimento, o feto não é considerado ser humano, não tendo, portanto, personalidade jurídica, existindo apenas uma expectativa de personalidade, razão pela qual se pune o aborto provocado, resguardando a lei os direitos do nascituro, para quando do nascimento com vida. Argumentam os seguidores desta corrente que a opinião dos adeptos da teoria concepcionista é insustentável, porque o ser humano, ainda não separado do ventre materno, não tem existência própria, fazendo parte das vísceras maternas e, se o nascituro fosse considerado pessoa, além de sujeito de direitos seria também sujeito passivo de obrigações (2000, p. 25).

Para os natalistas, portanto, o nascituro trata-se de mera expectativa de pessoa e, como tal, possui meras expectativas de direitos, razão pela qual apenas é considerado pessoa a partir da concepção para aquilo que a lei, taxativamente, considera ser-lhe juridicamente proveitoso.

Conforme Sérgio Abdalla Semião, adepto da teoria natalista:

Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro (2000, p. 41).

A proteção dispensada ao nascituro, com efeito, não implica o reconhecimento de personalidade jurídica ao não nascido. Como assevera William Artur Pussi, “não se trata de

salvaguardar os direitos naturais e reais, mas, de verdadeira expectativa, que em direitos subjetivos se transformará se o concebido vier a adquirir personalidade” (2008, p. 82).

Nas palavras de Silvio Rodrigues:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida ser nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus (2003, p. 36).

No mesmo sentido é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito (2004a, p. 162).

O nascimento com vida verifica-se, pois, “no instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006a, p. 89). Referido método médico-legal para a constatação da vida extrauterina baseia-se na diferença de peso específico existente entre o pulmão que respirou e aquele que não respirou, quando mergulhados em água.

De acordo com Sérgio Abdala Semião:

O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo.

Assim, consiste o processo em mergulhar os pulmões do recém-nascido em um recipiente cheio de água. Se sobrenadam, é porque contêm ar, provando que a criança respirou e constituiu-se em pessoa. Caso contrário, a ausência de ar demonstra a existência de um natimorto, já que não houve vida extra-uterina e nenhum efeito jurídico sobreveio (2000, p. 156).

Logo, ainda que a criança venha a falecer instantes depois do nascimento, uma vez apurada a ocorrência da respiração, tem-se o fenômeno da vida como consumado e a personalidade jurídica como adquirida.

Como preleciona Marco Aurelio da Silva Viana:

A vida da nova pessoa se dá com a *respiração*, pela presença de ar nos pulmões. Nenhuma outra indagação é feita. Se respirou, viveu; penetrou na cidadela do direito, teve começo a personalidade, ainda que morra instantes depois. Não é necessária a separação do cordão umbilical, nem a aptidão vital, porque o ar nos pulmões prescinde do rompimento do cordão umbilical. Não tem qualquer importância que a separação do corpo da mãe tenha-se procedido naturalmente ou com auxílio de arte cirúrgica. Não se reclama, outrossim, a forma humana, ou a viabilidade, nem influencia o fato de o parto ter-se dado a termo ou fora do tempo. O elemento determinante é a vida independente do feto, que se prova pela presença de ar nos pulmões. Se respirou, adquiriu a personalidade, pouco importado o tempo que essa vida conheceu (2004, p. 124).

Destarte, para a personalidade jurídica restar afirmada, não se fazem indagações quanto à viabilidade ou à forma humana da criança recém-nascida. O *status* de pessoa é conferido ao indivíduo em que se verificar a existência de ar nos pulmões, pura e simplesmente.

A lei civil pátria afastou questões relativas à viabilidade e forma humana. Se a criança nasceu com vida, tornou-se sujeito de direitos, ainda que a ciência a condene à morte pela precariedade de sua conformação. Viável ou não, o infante reveste-se de personalidade. [...] Não se requer, por igual, a figura humana, exigida pelo antigo Código Civil português. Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha de mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente, como o *monstrum vel prodigium* do direito romano (MONTEIRO, 2007, p. 65).

Outrossim, “subordinando a personalidade ao nascimento com vida, não cabe indagar de que maneira se processa a concepção: se por via de relações sexuais normais, se devido a inseminação artificial ou se mediante processos técnicos de concepção extra-uterina” (PEREIRA, 2004, p. 221).

Finalmente, cumpre observar que a teoria natalista, segundo grande parte da doutrina, foi acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, porquanto consta expressamente do artigo 2º do Código Civil que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Assim, perante o direito brasileiro, “nascendo com vida, a criança recobre-se de personalidade, torna-se sujeito de direitos, adquirindo-os e transferindo-os. Se é natimorto, não adquire personalidade, não recebendo nem transmitindo direitos” (VIANA, 2004, p. 125).

2.2.2 Teoria da Personalidade Condicional

Para os adeptos da teoria da personalidade condicional, o nascituro, desde a concepção, é dotado de direitos e personalidade jurídica, sobre os quais, entretanto, pende condição suspensiva, consistente no nascimento com vida.

Assim, embora a existência do ser humano seja admitida desde a concepção, o nascituro trata-se de uma pessoa virtual, na medida em que o efetivo reconhecimento de sua personalidade jurídica está necessariamente subordinado e vinculado ao eventual nascimento com vida. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “o nascituro é pessoa

condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida” (2007, p. 66).

Conforme Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo:

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena (2007, p. 39).

Destarte, durante a gestação, o nascituro, conquanto seja tutelado pela lei, tem personalidade jurídica condicional, eis que somente a proteção e o gozo dos direitos personalíssimos lhe são assegurados, porque absolutos, incondicionais e garantidos a todos os seres humanos desde a concepção. Os direitos de cunho patrimonial, por sua vez, apenas serão efetivamente adquiridos quando verificado o nascimento com vida ou, em outras palavras, quando implementada a condição suspensiva.

De acordo com Maria Helena Diniz:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá (2007b, p. 196).

A eficácia dos direitos patrimoniais eventualmente atribuídos ao nascituro ainda no ventre materno fica, pois, subordinada ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, momento em que a personalidade jurídica passa a existir em sua plenitude, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois.

Segundo a lição de Flávio Tartuce:

A teoria da *personalidade* condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido (2007, p. 89-90).

Em síntese, a teoria da personalidade condicional, como assevera William Artur Pussi, “sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. Ou seja, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção” (2008, p. 87).

2.2.3 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista, influenciada pelo direito francês, sustenta que a personalidade jurídica tem início com a concepção, momento em que se origina um novo ser humano, dotado de existência própria e biologicamente distinto do organismo materno. Como assevera Benedita Inêz Lopes Chaves, “[...] a criança concebida é um ser humano, capaz de sensações e sentimentos e o nascimento não é um começo, mas um passo” (2000, p. 32).

De acordo com Reinaldo Pereira e Silva:

Se são as pessoas em ato, enquanto realidade estruturante do direito, a razão de ser de sua dinâmica intersubjetiva, e se a pessoa humana, pela “natureza das coisas”, é o próprio ser humano, ao conceito, que não é objeto relacional em hipótese alguma, não se pode desconhecer o atributo da personalidade desde a concepção, ou seja, a aptidão jurídica para figurar como verdadeiro e atual sujeito de uma relação de direito. Mesmo porque, na perspectiva realista, quem é pessoa em sentido ontológico é também pessoa em sentido jurídico. Assim, o ser humano desde o início de sua existência é o fundamento natural do direito, e a juridicidade não é senão uma dimensão constitutiva de sua pessoa, já que o homem, também por natureza, tem sempre algo a reivindicar em termos de justiça (2002, p. 221-222).

Assim, para os concepcionistas, o nascituro possui personalidade jurídica e deve ser reconhecido como pessoa e sujeito de direito, porquanto não se pode atribuir direitos a quem não é pessoa.

Conforme a lição de Sérgio Abdalla Semião:

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.

Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. “Pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito (2000, p. 35).

Em outras palavras, “ao receber proteção jurídica, inclusive quanto à vida, o nascituro é sujeito de direitos e obrigações como pessoa, até porque esta é o centro receptor daqueles. Inexistindo pessoa, incoorre direito. O elemento subjetivo do fato jurídico é a pessoa” (MONTEIRO ROCHA, 2007, p. 56).

Com efeito, desde a concepção, o nascituro é titular de direitos personalíssimos e patrimoniais, que lhe são amplamente assegurados e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio e não se restringem àqueles expressamente enumerados pelo Código Civil.

Segundo William Artur Pussi:

Diante disso, emerge como certo que os direitos do nascituro não poderiam ser atribuídos como sendo, unicamente, restritos aos descritos no Código Civil. Isto, diante da grande diversidade de fatos e eventos sociais, assim como da evolução

médica, que venha a expandir a necessidade básica de proteção aos direitos fundamentais do nascituro (2008, p. 144).

Destarte, “não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 39).

Como preleciona Silmara Juny Chinelato,

A terceira corrente doutrinária é por mim denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da Teoria da Personalidade Condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos (2007, p. 56-57).

Não se discute, pois, a titularidade dos direitos conferidos ao nascituro durante a gestação, faltando a este tão somente capacidade para exercê-los por si só. Referida capacidade limitada, no entanto, não lhe retira a personalidade, que decorre naturalmente de sua condição humana, mas apenas o qualifica como absolutamente incapaz, nos termos do artigo 3º do Código Civil.

Não obstante o nascituro possa, desde a concepção, figurar como sujeito de direitos e obrigações, os efeitos de alguns dos direitos patrimoniais que lhe são reconhecidos, como a herança, o legado e a doação, dependem, necessariamente, do nascimento com vida (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 184).

A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do art. 2º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (e não expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não desde o nascimento com vida, mas desde a concepção (CHINELATO, 2007, p. 57).

O nascimento sem vida atua, portanto, como condição resolutive dos direitos patrimoniais materiais, extinguindo-os e fazendo desaparecer a sua eficácia, na qual está compreendida, inclusive, a sua transmissibilidade. Nas palavras de Silmara Juny Chinelato, “a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutive” (2007, p. 57).

Para os adeptos da teoria concepcionista, a aquisição da personalidade jurídica independe do modo como se dá a concepção, se no ventre materno, através de relações sexuais, ou *in vitro*, mediante técnicas de reprodução assistida. Isto porque, para Maria Helena Diniz, “embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá

com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher” (2009, p. 36).

Por fim, cumpre observar que a teoria concepcionista foi recepcionada pelo Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ao estatuir, em seu artigo 4º, I, que “toda pessoa tem 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”.

Com efeito, de acordo com parte da doutrina, conforme Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, “acolhido constitucionalmente o Pacto de São José pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, imprescindível é a sua aplicação sistêmica perante o art. 2º da novel codificação civil, interpretando-se que o nascituro adquire personalidade civil a partir da sua concepção” (2007, p. 58).

2.3 DIREITOS DO NASCITURO

O nascituro, embora não seja reconhecido como pessoa pelo ordenamento jurídico brasileiro, que adota a teoria natalista para determinar o início da personalidade, tem seus direitos ressaltados e tutelados desde a concepção. Assim, além dos direitos da personalidade, que lhe são inerentes e decorrem de sua natureza humana, asseguram-se ao nascituro outros direitos expressamente previstos em lei, nos quais se incluem o direito à filiação, à curatela, de receber doação, de suceder e, finalmente, o direito a alimentos.

Conforme asseveram Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles de Araújo:

Desta forma, independente [sic] da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, fazendo tanto no campo das relações civis (garantindo a ele uma série de direitos), quanto no âmbito penal (criminalizando e proibindo o aborto, ressalvadas as exceções legais) (2007, p. 40).

Os direitos do nascituro, segundo os natalistas, são taxativos e restringem-se àqueles que são especificamente previstos no sistema jurídico. Como já mencionado, o não nascido, enquanto mera expectativa de pessoa, “goza apenas da proteção previamente demarcada e expressamente especificada no texto da lei” (SEMIÃO, 2000, p. 70).

Diversamente, para os concepcionistas e, também, para os adeptos da teoria da personalidade condicional, o nascituro, porque tem personalidade desde a fusão dos gametas, possui a mesma condição jurídica do ser humano nascido e, por isso, desfruta de ampla proteção legal e tem reconhecido todo e qualquer direito, personalíssimo ou patrimonial, ainda que não previsto expressamente pela legislação.

De acordo com William Artur Pussi:

Ademais, [os natalistas] sustentam que aceitar a doutrina natalista importa reconhecer ao nascituro, como dito anteriormente, apenas expectativas de direito e restrita aos casos expressamente previstos pelo código.

Dessa forma, a aplicação da norma jurídica deve ser sempre restrita e, em decorrência, só haverá proteção ao nascituro nos casos expressamente previstos em lei como, por exemplo, a doação, sucessão testamentária e punição ao aborto.

De modo inverso, ao considerar o nascituro já como pessoa, impõe-se que a norma civilista seja estendida de modo amplo, como regra geral (2008, p. 88).

No mesmo sentido é a lição de Silmara Juny Chinelato: “da posição por nós assumida de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, advém a consequência de que outros direitos lhe podem ser atribuídos, *est modus in rebus*, além dos expressamente previstos pelo Código” (2000, p. 238).

De qualquer forma, seja por meio da interpretação restritiva da teoria natalista, seja através da não taxatividade perfilhada pelos adeptos das teorias da personalidade condicional e concepcionista, assegurar direitos desde o surgimento da vida intrauterina, “pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 41).

2.3.1 Direito à Filiação

O nascituro, desde a concepção, momento em que se estabelecem as relações de parentesco, goza do *status* de filho e, por conseguinte, dos direitos inerentes a esse estado. Assim, mesmo antes do nascimento com vida, o pai pode reconhecer voluntariamente o filho nascituro, conforme prescrevem os artigos 26, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.609, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*: “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Como assevera Silmara Juny Chinelato:

[...] a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento o temor do pai de morrer antes de nascer o filho, de achar-se por outro motivo (interdição, loucura etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento e a incerteza da mãe escapar com vida do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho (2000, p. 210).

O reconhecimento voluntário poderá ser feito através de escritura pública, testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz, uma vez que o outro meio enumerado na legislação é o reconhecimento no próprio registro do nascimento. Nas palavras de Fabrício Zamproga Matiello: “antes de o filho nascer, o reconhecimento acontece através de escritura pública ou de testamento, pois, por óbvio, não há como lavrar termo de um que ainda não se verificou” (2005, p. 1.050).

Da mesma forma, tem cabimento contra o pai ou, sendo este falecido, contra seus herdeiros e legatários, o reconhecimento forçado ou compulsório do nascituro, por meio da ação de investigação de paternidade, cuja legitimidade ativa cabe apenas ao filho, representado pela mãe gestante, haja vista que “o vínculo paternidade-filiação é de natureza personalíssima” (CHAVES, 2000, p. 86-87).

Segundo Silmara Juny Chinelato, partidária da teoria concepcionista:

A nosso ver, cabe o reconhecimento forçado, obtido por meio de investigação de paternidade [...]. A finalidade é impedir a variação do *status familiae* do concebido, bem como a prestação de alimentos, além de outros, como a vocação hereditária para a sucessão legítima.

Uma vez fixado que o nascituro é pessoa, desde a concepção, não há obstáculo legal para o ajuizamento da ação, pela mãe, representando o filho nascituro (2000, p. 213).

Não obstante, para os adeptos da teoria natalista, o direito ao reconhecimento da paternidade não é assegurado ao nascituro, mas, em verdade, a quem o reconhece, ante a ausência de previsão legal expressa em favor do não nascido.

De acordo com Sérgio Abdalla Semião:

Pensamos que o direito ao reconhecimento não é conferido propriamente ao nascituro, mas a quem o reconhece, ao pai principalmente. É que o pai, por questão de cautela e sentimento humano, tem o direito de reconhecer o filho antes que ele nasça. Assim, entende-se porque a lei civil não elenca o direito do nascituro de pleitear o reconhecimento da paternidade. [...] Disso, depreende-se que o direito é primeiramente do pai de reconhecer o próprio filho antes de nascer.

Assim, é possível a declaração do estado civil de filiação mediante reconhecimento que preceda o nascimento do filho, para atender a certas razões de ordem pessoal (2000, p. 74).

Por fim, “mesmo que o nascituro reconhecido nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, dando legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, o pátrio poder” (CHINELATO, 2000, p. 211).

2.3.2 Direito à Curatela

A despeito da controvérsia em torno da personalidade jurídica do nascituro, a doutrina é unânime em reconhecer que o concebido não tem capacidade e, por isso, não pode fazer valer seus interesses pessoalmente. Com efeito, os direitos que lhe são taxativa ou plenamente assegurados pelo ordenamento jurídico devem ser defendidos ou protegidos por seus pais ou, excepcionalmente, por um curador. Nas palavras de Benedita Inêz Lopes Chaves, “[...] sob o ponto de vista jurídico e físico, o nascituro não pode agir por si mesmo e, como a lei lhe concede direitos, os quais têm que ser defendidos, claro que terá que ter um representante legal para, em seu nome, agir” (2000, p. 93).

Destarte, assim como os filhos já nascidos, o nascituro está sujeito ao poder familiar dos pais, que são seus representantes legais e, desde a fusão dos gametas, têm o dever de resguardar os direitos do filho concebido. Contudo, na falta do pai e no impedimento da mãe, o nascituro será representado por um curador nomeado judicialmente, a quem incumbirá zelar por seus interesses, nos termos do artigo 1.779, *caput*, do Código Civil, *in verbis*: “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

Conforme Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Em caso de falecimento do pai e perda do poder familiar pela mulher grávida, deve-se nomear curador ao que está por nascer para a defesa de seus interesses (art. 1.779 do CC e arts. 877 e 878 do CPC) até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado tutor (art. 1.728 do CC). Se não houver perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados pelos seus representantes legais – seus pais (2007, p. 42).

Embora conste expressamente do dispositivo legal que o nascituro somente receberá curador na hipótese de falecimento do pai durante a gravidez de mulher que não tenha condições de exercer o poder familiar, de acordo com Ricardo Fiuza, Joel Dias Figueira Júnior e Regina Beatriz Tavares da Silva, “dar-se-á, também, curador ao nascituro quando: 1. pai desconhecido ou mãe interdita ou fora do poder familiar; 2. pai e mãe interditos; 3. pai e mãe fora do poder familiar (menores ou por decisão judicial, na forma do artigo 1.638)” (2008, p. 1.942).

A curatela tem caráter patrimonial e terá lugar quando apenas quando o nascituro receber algum bem, em virtude de herança, legado ou doação. O curador nomeado, no entanto, além de resguardar eventuais direitos patrimoniais do *infans conceptus*, tem como

dever, igualmente, “zelar para que [o nascituro] nasça com vida, impedindo que a gravidez seja interrompida” (PELUSO, 2008, p. 1.927).

O nascimento com vida põe fim à curatela especial do nascituro, momento em que, permanecendo a mãe impossibilitada de exercer o poder familiar, nomear-se-á um tutor à criança recém-nascida (DINIZ, 2009, p. 1.258).

Ressalte-se que, de acordo com parte da doutrina, a curatela do nascituro representa o acolhimento, pela legislação civil, da teoria concepcionista, na medida em que só a pessoa, porque dotada de personalidade jurídica, é passível de receber curador para os seus interesses.

[...] Esse reconhecimento da possibilidade de nomeação de um curador para o nascituro também acaba amparando a *teoria concepcionista*, ou seja, de que o nascituro é pessoa humana.

Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dá a ele o tratamento como absolutamente incapaz, enquadrado na hipótese do inc. I do art. 3º (menor de 16 anos). Em outras palavras, o nascituro é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros daquele. Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela (TARTUCE, 2007, p. 102).

Em sentido oposto, para a teoria natalista, não se pode representar pessoa que ainda não existe, razão pela qual incumbe aos pais ou ao curador tão somente defender, vigiar e proteger as expectativas de direitos expressamente conferidas por lei ao nascituro, para o caso de eventual nascimento com vida. Como assevera Sérgio Abdalla Semião, “[...] cabe ao curador ou mesmo aos pais que geraram o nascituro praticar apenas atos provisórios em prol de uma pessoa prestes a constituir-se e que a lógica deduz como futuro sujeito de direitos, no sentido jurídico do termo” (2000, p. 91).

2.3.3 Direito de Receber Doação

Entre os direitos expressamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico ao nascituro, insere-se o direito de receber doação, previsto no artigo 542 do Código Civil, que dispõe: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

A aceitação necessária para aperfeiçoar o contrato deve ser manifestada pelo representante legal do nascituro, isto é, por qualquer dos pais que tenha o poder familiar ou, no caso de impedimento destes, por curador, seja ou não especialmente nomeado para o ato.

Nas palavras de Cesar Peluso:

Ocorre que o direito eventual que lhe assiste [ao nascituro] para a aquisição de direitos patrimoniais (extensivo à transmissão *causa mortis*, art. 1.798 do CC) é suficiente para permitir a validade do negócio jurídico de doação em período anterior ao nascimento, mas posterior à concepção. [...] A menção à aceitação do representante legal significa que a anuência deste se insere no plano de validade. Ou seja, sem a concordância do curador [ou dos pais] do nascituro, mesmo que o nascimento se produza com vida, não haverá a doação pela falta da representação (2008, p. 521).

Igualmente, para a validade do negócio jurídico, no momento da lavratura do instrumento de doação, seja este público ou particular, o nascituro deve existir, estar concebido, porquanto “os pais não podem aceitar doação feito à prole eventual, a não ser sob a forma de fideicomisso convencional” (CHINELATO, 2000, p. 232).

Os efeitos da doação feita ao nascituro, no entanto, mesmo para os partidários da teoria concepcionista, ficam condicionados ao nascimento com vida. Assim, se o concebido nascer sem vida, embora aceite a doação, esta “será considerada inexistente, como se nunca tivesse ocorrido e o bem volta a incorporar o patrimônio do doador” (MATTOS, 2008, p. 112).

O entendimento é muito lógico: se a expectativa de pessoa não nasce com vida, a consequência óbvia é que a doação será considerada como se nunca tivesse sido conferida, já que o nascituro que não nasce com vida não pode ser sucedido hereditariamente, e, assim, o bem em vez de transferir-se para os seus *herdeiros*, voltará ao patrimônio do doador *ipso facto*, operando os mesmos efeitos, como se fora uma verdadeira “cláusula resolutiva expressa”, tudo por pura lógica jurídica (SEMIÃO, 2000, p. 93).

Não obstante seja negócio jurídico condicional, depois de aceita a doação, o representante legal do nascituro poderá entrar na posse do bem doado e perceber-lhe os frutos, guardando-os, mas sem poder usufruí-los. Caso o nascituro nasça sem vida, no entanto, de acordo com Sérgio Abdalla Semião, “os frutos e produtos dos bens a ele doados reverter-se-ão, *ipso facto*, ao doador, posto que tais bens nunca deixaram de ser dele e os pais – ou o curador do nascituro – foram meros guardiões, tanto do bem quanto de seus frutos e produtos” (2000, p. 102).

2.3.4 Direito de Suceder

A condição para herdar, seja na sucessão legítima ou na testamentária, é a existência do herdeiro ao tempo da morte do *de cuius*. Assim, somente as pessoas vivas ou já

concebidas no momento da abertura da sucessão podem ser herdeiras ou legatárias e, por isso, têm legitimidade para invocar a titularidade da herança, conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, *in verbis*: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

O nascituro, por conseguinte, pode ser chamado a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, desde que exista como ente concebido ao tempo da abertura da sucessão. Nas palavras de Silmara Juny Chinelato, para que o nascituro tenha direito sucessório, “[...] é necessário que, no momento da morte do *de cuius*, ele já viva e ainda viva. Aplica-se a regra geral da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro; deve este sobreviver àquele” (2000, p. 235).

A eficácia da vocação hereditária do nascituro, no entanto, está condicionada ao nascimento com vida, momento em que se aperfeiçoa o direito sucessório e a herança passa a integrar o patrimônio do recém-nascido, inclusive com seus frutos e rendimentos. De acordo com Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo “[...] o nascimento com vida é condição do direito à herança do nascituro. Em caso de natimorto, não há que se falar em direito sucessório por inexistência do implemento da condição” (2007, p. 42).

Destarte, nascendo sem vida o nascituro, não há aquisição de direitos e “o sucessor imediato herda a partir do falecimento do inventariado, *momento mortis*, e também o seu direito retrotrai” (CHINELATO, 2000, p. 235).

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Nascendo com vida, a existência do nascituro, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção, como já proclamava o Digesto (Livro I, Tít. V, frag. 7): “*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*” (o nascituro é tido como nascido no que se refere aos seus interesses). Os direitos que lhe são assegurados encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva. Para resguardá-los pode a mulher que o está gerando requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator ventris* (curador ao ventre).
 Todavia, se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe nem transmite direitos. Nesse caso, a herança ou quota hereditária será devolvida aos herdeiros legítimos do *de cuius*, ou ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão (2007, p. 51-52).

Assim como acontece na doação, o nascituro, através de seu representante legal, seja este qualquer dos pais ou curador, pode entrar na posse dos bens herdados, percebendo-lhes os frutos. O nascimento sem vida, no entanto, implica a devolução de todos os frutos e produtos percebidos aos herdeiros legítimos ou ao substituto testamentário, porque o direito sucessório do nascituro é condicional e, como assevera Benetida Inêz Lopes Chaves, “se o

concebido nascer morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa” (2000, p. 81).

2.3.5 Direito a Alimentos

O direito a alimentos, consagrado pelo artigo 1.694 do Código Civil, deriva das relações de parentesco e visa a garantir a subsistência daqueles que não dispõem de recursos para viver nem podem prover suas necessidades com seu próprio trabalho, abrangendo tudo aquilo que se mostra necessário para a garantia de uma existência com dignidade.

Assim, porque a vida humana deve ser preservada e promovida pela ordem jurídica desde a concepção, o nascituro, do mesmo modo que o ser humano já nascido, tem direito a alimentos, que lhe são devidos por qualquer um que o tenha concebido, a fim de atender às necessidades pré-natais (VENOSA, 2004a, p. 163).

Conforme preleciona Flávio Tartuce:

Os alimentos são prestações devidas a quem não pode provê-las pelo próprio trabalho, estando fundamentados em relação de parentesco, casamento ou união estável, nos termos do art. 1.694 do atual CC. O pagamento dos alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. Ao se reconhecer o pagamento de alimentos ao nascituro, temos a consagração de sua dignidade, o que é um caminho sem volta. Dessa forma, não temos dúvida de que o nascituro tem direito a esses alimentos [...] (2007, p. 100-101).

No mesmo sentido orienta-se o entendimento de William Artur Pussi: “indiscutível, mesmo para aqueles que defendem a teoria natalista, que o nascituro tem direito a alimentos. Afinal, é certo que, mesmo antes de nascer, existem despesas que são destinadas à própria sobrevivência do nascituro” (2008, p. 424).

O direito a alimentos, nesse sentido, tem por finalidade assegurar a manutenção e a sobrevivência do nascituro no ventre materno, possibilitando o desenvolvimento regular do feto, com vistas ao nascimento com vida. Em outras palavras, “[...] ao nascituro são devidos, *como direito próprio*, alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida” (CHINELATO, 2000, p. 243).

Com efeito, nos termos do artigo 2º da Lei n. 11.804/08, os alimentos devidos pelo futuro pai ao nascituro e percebidos pela gestante ao longo do período de gravidez, também chamados de alimentos gravídicos, devem compreender, na proporção dos recursos

de ambos os pais, todas as despesas decorrentes da gestação, desde a concepção até o 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”.

Da mesma forma, como assevera Silmara Juny Chinelato:

Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais freqüentes, alcançando, ainda, as despesas com o parto (2000, p. 243).

Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos convertem-se em pensão alimentícia em favor da criança recém-nascida, até que esta ou o pai solicite a sua revisão, conforme preceitua o artigo 6º, parágrafo único, da Lei n. 11.804/08.

Destarte, o pagamento de alimentos ao nascituro, em última análise, objetiva promover a solidariedade familiar e a paternidade responsável, pois, conforme a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “não é justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido” (2006a, p. 95).

2.4 A CAPACIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO

A capacidade processual, como assevera Humberto Theodoro Júnior, “consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio” (2007, p. 87). Assim, em regra, a capacidade de ser parte no processo pressupõe a personalidade jurídica e confunde-se com aquela exigida para a prática dos atos e negócios jurídicos de direito material. Os incapazes, portanto, devem ser representados ou assistidos em juízo por seus pais, tutores ou curadores, nos termos do artigo 8º do Código de Processo Civil.

No que diz respeito ao nascituro, a questão é bastante controvertida. Parcela da doutrina entende que o concebido, porque não é pessoa em sentido jurídico, não tem capacidade para ser parte no processo. Outros, por sua vez, afirmam que o nascituro somente pode figurar no pólo ativo da relação processual. Finalmente, há o entendimento de que o não nascido pode ser parte ativa e passiva no processo, uma vez que todo exercício de direito implica uma obrigação (MONTEIRO ROCHA, 2007, p. 58).

Como assevera William Artur Pussi:

Um dos problemas básicos enfrentados pelo nascituro no Processo Civil diz respeito a sua capacidade processual. Afinal, a postura da legislação civil em separar dois momentos distintos, a aquisição de direitos (concepção) e a aquisição da personalidade civil (nascimento), tem gerado, como seria de esperar, muita celeuma. Assim, nos termos do art. 2º do Código Civil, primeiro o nascituro adquire direitos e somente mais tarde adquire a personalidade civil. Surge a curiosa situação de possuir direitos, sem ter personalidade, no período compreendido entre a concepção e o nascimento.

Diante da peculiar situação apontada, surgiram dúvidas e discussões a respeito da capacidade processual do nascituro como parte no processo, ou seja, o nascituro pode ser parte ativa ou passiva num processo judicial?

Quem não consegue separar as figuras da capacidade e da personalidade entende que, não tendo o nascituro personalidade, também não pode ter capacidade de ser parte. Para outros o nascituro pode ser parte ativa e, ainda, para uma terceira corrente, pode ser parte ativa e passiva (2008, p. 162).

De acordo com a teoria natalista, o nascituro não tem capacidade processual, nem mesmo pode ser representado pelos pais ou pelo curador em juízo, porquanto a capacidade de ser parte no processo, assim como a personalidade jurídica, apenas tem início a partir do nascimento com vida.

Com efeito, ao longo da gestação, as medidas processuais que se fizerem necessárias para garantir e proteger as expectativas de direito reconhecidas ao nascituro serão promovidas, em nome próprio, pelos pais ou pelo curador nomeado ao concebido, uma vez que não se pode representar quem ainda não existe enquanto pessoa.

Nas palavras de Sérgio Abdalla Semião:

Destarte, para as pessoas físicas, a capacidade de ser parte no processo começa do nascimento com vida. As medidas processuais que os genitores ou o curador tomam em prol do nascituro têm o escopo de garantir e de defender, como corolário lógico, as expectativas eventuais de direitos que possa ter o *infans conceptus* e não representando-o [sic], como já foi demonstrado ao discorrermos sobre a curatela do nascituro. Aliás, na prática forense, nem se vislumbra uma forma do nascituro ser parte, encabeçando uma petição, mesmo representado, como ocorre com os incapazes e com o espólio, por exemplo, que verdadeiramente são as partes, e figuram na petição inicial ou na contestação, embora representados por quem de direito (2000, p. 110-111).

Os partidários das teorias concepcionista e da personalidade condicional, por sua vez, entendem que a ordem jurídica atribui ao nascituro personalidade civil e efetivos direitos desde a concepção, razão pela qual lhe confere também os meios necessários para a defesa desses direitos, mediante a aptidão para participar das relações processuais que lhe digam respeito.

Segundo Antonio do Rêgo Monteiro Rocha:

Porque o nascituro possui personalidade jurídica – detentor de direitos e obrigações – o código lhe reconhece capacidade. Tendo personalidade jurídica civil, o nascituro e o nascido devem receber tratamento igualitário, possuindo ambos a faculdade de estar nos pólos ativo e passivo da relação processual. [...] Enfim, em qualquer

relação processual atinente a seus direitos, o nascituro, como o nascido, têm legitimidade ativa e passiva *ad causam* (2007, p. 58-59).

Assim, embora não possa agir por si mesmo, porque carece de capacidade e sua existência está restrita ao ventre materno, o nascituro pode ser parte nas ações de seu interesse, exigindo-se tão somente que seja representado pelos genitores ou pelo curador que lhe foi nomeado, da mesma forma que o absolutamente incapaz.

Conforme a lição de Silmara Juny Chinelato:

Há ações para a tutela dos direitos – e não expectativas de direitos – do nascituro. Além da ação de alimentos, por direito próprio, da ação de investigação de paternidade, podem ser interpostas, ainda, medidas cautelares nominadas como o seqüestro dos bens dos quais é donatário ou herdeiro; medidas cautelares inominadas que visem, por exemplo, a impedir a venda de seu ascendente para outro descendente. [...] Importante ressaltar a legitimidade para ingressar com ação própria para pleitear reparação por danos patrimoniais e morais pela ofensa a seus direitos de personalidade, como a integridade física, a honra e a imagem [...] (2000, p. 284-285).

Ressalte-se, por fim, que a capacidade processual do nascituro não se restringe ao pólo ativo da relação processual. O concebido também poderá figurar como parte passiva no processo, sobretudo nas ações que versem sobre os eventuais direitos patrimoniais de que seja titular, como herdeiro ou donatário, na medida em que, de acordo com William Artur Pussi, “todo exercício de direito implica, por via oblíqua e em sentido oposto, uma obrigação” (2008, p. 165).

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade constitui-se em qualidade intrínseca de toda e qualquer pessoa, independentemente de merecimento pessoal ou social, sendo inerente à vida e à condição humana. Trata-se, pois, de atributo moral, intangível e irrenunciável do ser humano, que se traduz na prerrogativa de “[...] ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio” (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 474).

Nas palavras de Alexandre de Moraes,

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (2006, p. 16).

Destarte, a noção de dignidade humana implica, necessariamente, atribuir ao ser humano valor absoluto, incomensurável e superior aos demais seres, reconhecendo-o como um fim em si mesmo, de maneira a impedir sua degradação e coisificação.

A dignidade humana (*dignitas*) pode ser definida como a excelência, respeitabilidade, nobreza e consideração de toda pessoa, independentemente do sexo, raça, origem, crença religiosa. Reflete-se na possibilidade de que possua o homem uma existência e convivência digna (honrada), afastando-se dela todos os comportamentos que atentem contra a pessoa humana (PELEGRINI, 2004, p. 14).

Não obstante, embora sua origem remonte ao Cristianismo e seu sentido já constasse da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, somente depois da Segunda Guerra Mundial o primado da dignidade da pessoa humana consagrou-se como princípio constitucional e foi elevado ao *status* de valor supremo, limite e fundamento dos sistemas jurídicos de inspiração democrática (SOARES, 2008, p. 73).

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, *e.g.*, em suas novas Cartas; a Bélgica tratou do tema através de emenda à Constituição), juridicizando, *com estrutura constitucional*, o tema (BARCELLOS, 2002, p. 108-110).

O ser humano, portanto, passou a ser considerado como fundamento e finalidade das sociedades e dos ordenamentos jurídicos, de maneira que o respeito, a promoção e a proteção da dignidade humana transformaram-se em objetivo permanente da humanidade, do Estado e, sobretudo, do Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, foi a primeira a reconhecer expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, erigindo-o à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, de norma embasadora e postulado supremo de toda a ordem jurídica.

O conceito jurídico dignidade da pessoa humana (que acima de tudo é um conceito inaugurador de sentido) é o conceito fundamental da ciência jurídica. Na ordem do conhecimento jurídico é o conhecimento supremo. Não é possível, logicamente, remontar a um conceito mais alto no domínio jurídico. Nesse particular domínio, ele é único. Por ser o conceito supremo, não está coordenado a outros nem é derivado de outros. Por seu posto lógico, é o vértice da pirâmide jurídica conceitual. Sua amplitude de validez e legitimidade cobre todo o campo dos objetos jurídicos (NOGUEIRA, 2007, p. 109).

Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito fundamental do direito brasileiro, além de exercer a função de diretriz hermenêutica, orientando a aplicação e interpretação das regras e princípios, “exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio” (SOARES, 2008, p. 73-74).

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se “[...] como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, e, por conseqüência, como fundamento funcional da democracia, já que através dela se exercem os demais Direitos arrolados no texto constitucional (direitos individuais e sociais)” (PELEGRINI, 2004, p. 14).

Imperioso reconhecer, assim, o ser humano como núcleo e alicerce de todo o sistema jurídico brasileiro, no sentido de que as normas são editadas em função da pessoa, objetivando a realização existencial desta e a garantia de direitos fundamentais mínimos, que sejam capazes de lhe proporcionar uma vida com dignidade.

Como asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal,

Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade (2006, p. 92).

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, apresenta-se como fonte dos direitos da personalidade e confere-lhes unidade e coerência, porquanto estes configuram a essência da própria condição humana e representam as dimensões mais importantes da existência. Conforme preleciona Eduardo Vera-Cruz Pinto, “os direitos da personalidade são

um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade” (2004, p. 71).

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.2.1 Conceito e Características

Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e estão ligados ao indivíduo de maneira perpétua e permanente, porque decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e expressam o valor absoluto e imensurável atribuído a esta.

São direitos que dizem respeito à própria qualidade de ser humano e “têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006a, p. 152). Tratam-se, assim, de “[...] bens cuja tutela implica na própria sobrevivência da nossa individualidade, que nos põe em pé de igualdade diante dos outros membros da sociedade, como resposta ao conjunto dos atributos humanos” (VIANA, 2004, p. 167).

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (2006, p. 1).

A cada direito da personalidade, portanto, corresponde um valor fundamental, um atributo essencial à formação da personalidade humana, que todo homem possui como razão de ser de sua própria existência (REALE, 2004, p. 18-19).

Como assevera Nagib Slaibi Filho,

Os direitos da personalidade são, assim, aqueles que apresentam conteúdo tão variado quanto complexa é a natureza humana, pois caracterizam o indivíduo, compreendendo as faculdades ou poderes atinentes à vida, à liberdade, à segurança e a todos os direitos delas decorrentes como a intimidade, a privacidade, a imagem e outros. A dimensão dos direitos da personalidade está, assim, na dimensão do que existe em cada indivíduo (2004, p. 228).

Os direitos da personalidade, assim, estão intimamente relacionados ao desenvolvimento da pessoa em seus múltiplos aspectos, devendo ser tutelados e preservados

de quaisquer violações, a fim de assegurar ao ser humano o mínimo indispensável à sua sobrevivência.

Em outras palavras, os direitos da personalidade “são essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o Estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano” (RIZZARDO, 2008, p. 151).

No mesmo sentido é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Sendo a personalidade um conjunto de características pessoais, são direitos subjetivos, os que dizem respeito à própria condição de pessoa. [...] Consideram-se, assim, *direitos da personalidade* aqueles *direitos* subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe prestar segura e avançada tutela jurídica (2006, p. 101-102).

Consistem, pois, em última análise, no direito subjetivo da pessoa de defender aquilo que lhe é próprio, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a imagem, a intimidade e a identidade, exigindo um comportamento negativo dos demais, visando à proteção de bens essenciais que lhe são inatos, em virtude de sua natureza humana.

Destarte, por serem ínsitos ao ser humano e decorrerem de sua existência, os direitos da personalidade, segundo Paulo Nader, “constituem expressão do Direito Natural, porque são *a-históricos*, derivam da *ordem natural das coisas* e são revelados pela participação conjunta da razão e experiência” (2008, p. 166).

De acordo com Carlos Alberto Bittar:

Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos [...], cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária – e, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares (2006, p. 7).

E continua:

Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos – muito dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “liberdades públicas” – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações (BITTAR, 2006, p. 8)

Caracterizam-se, pois, como direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e indisponíveis, embora apenas estas três últimas características constem expressamente do artigo 11 do Código Civil, *in verbis*:

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

Assim sendo, os direitos da personalidade, em razão de seu caráter absoluto, são oponíveis *erga omnes* e impõem um dever geral de abstenção dirigido a toda a coletividade. Com efeito, a ninguém é dado violar a individualidade de cada um e todos os membros do grupo social têm o dever de respeitar os direitos personalíssimos de cada pessoa.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Os direitos da personalidade são *absolutos*, oponíveis *erga omnes*, ou seja, o titular pode escudar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com quem o titular não tenha tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta (2006, p. 183).

A extrapatrimonialidade, por sua vez, quer significar que os direitos da personalidade não dispõem de conteúdo econômico direto e nem mesmo são objetivamente suscetíveis de aferição monetária, muito embora sua violação seja capaz de produzir consequências de caráter patrimonial.

Não obstante, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

Isso não impede que as manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico. [...] Assim, é correto dizer que, em princípio, os direitos da personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principalmente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados (2006a, p. 164).

Os direitos da personalidade, da mesma forma, caracterizam-se pela intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, porque são inseparáveis da pessoa e deles não se pode dispor ou abdicar. Destarte, nem por vontade própria do indivíduo tais direitos podem ser desprendidos de sua personalidade, mudar de titular ou sofrer limitações, haja vista que isto implicaria a própria desnaturação do ser humano e o esvaziamento de sua dignidade.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

Realmente, [os direitos da personalidade] não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode renunciar, nem estabelecer limites voluntários. Se houver limitações, somente por lei poderão ser fixadas. Assim, nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício (2007, p. 98).

Finalmente, os direitos da personalidade são imprescritíveis e ilimitados no tempo, na medida em que não se perdem pela inércia do titular em defendê-los e nem mesmo se extinguem pelo não uso. A imprescritibilidade, portanto, “impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 106).

3.2.2 Direitos da Personalidade em Espécie

Consequência lógica da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, os direitos da personalidade estão previstos nos artigos 11 a 22 do Código Civil e, igualmente, na Constituição Federal.

Referem-se, basicamente, à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome, muito embora constituam uma categoria elástica e insuscetível de previsão taxativa, razão pela qual, segundo Washington de Barros Monteiro, “o fato de não estar[em] mencionado[s] na Constituição e no Código Civil não significa que não exista[m], ou que não goze[m] de proteção legal” (2007, p. 97).

3.2.2.1 Direito à vida

O direito à vida, indubitavelmente, é o mais importante e precioso dos direitos da personalidade, do qual decorrem a existência e o sentido de todos os outros. Sem ele, nada existe, razão pela qual a garantia de sua inviolabilidade representa, em última análise, a existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, com o propósito de impedir a limitação e o esgotamento dos demais direitos a ela inerentes.

Como assevera Carlos Alberto Bittar:

Dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam (embora constituídos ou adquiridos durante o seu curso, como o direito à honra, o à imagem e o direito moral de autor, a desafiar o vetusto axioma “*mors omnia solvi*”) (2006, p. 70).

Com efeito, embora não esteja previsto expressamente entre os direitos da personalidade elencados no Código Civil, o direito à vida é proclamado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e “decorre do ordenamento jurídico como um todo, e dos princípios mais elementares de tutela do ser humano, repousando naquilo que denominamos direito natural” (VIANA, 2004, p. 174). A vida humana, portanto, não se trata de concessão jurídico-estatal, mas de um bem anterior ao Direito e ao Estado, dotado de valor inestimável, que, como tal, deve ser respeitado e assegurado pela ordem jurídica.

Destarte, o direito à vida é protegido antes mesmo do nascimento e “[...] estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição de ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico” (BITTAR, 2006, p. 70).

A inviolabilidade da vida humana manifesta-se, pois, na punição do aborto, do homicídio e do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; na proteção conferida aos direitos do nascituro; no direito a alimentos e, inclusive, no reconhecimento constitucional da importância do planejamento familiar.

Segundo a lição de Marco Aurelio da Silva Viana:

Por isso não se admite o suicídio, pune-se o homicídio, disciplina-se os alimentos, e se admite o pagamento do equivalente pecuniário aos sucessores do falecido. Protege-se o nascituro desde o nascimento, não se permite a doação de bens sem reserva do necessário à sobrevivência do doador, não se admite o aborto senão em situações peculiares, o que evidencia a existência do direito à vida. Até mesmo o planejamento familiar se insere nesse universo (2004, p. 174).

O direito à vida não se trata, assim, de direito da pessoa sobre si mesma, mas sim de direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos os componentes da coletividade, conferindo-lhes a prerrogativa de exigirem comportamentos negativos uns dos outros, a fim de proteger um bem que lhes é essencial e indisponível.

Finalmente, ressalte-se que não se garante ao indivíduo tão somente o direito de existir. O direito à vida, do modo como consagrado na ordem jurídica brasileira, está subordinado ao princípio da dignidade humana, devendo ser assegurada a todo ser humano uma existência digna e de qualidade, com o mínimo de recursos indispensável à sua sobrevivência.

3.2.2.2 Direito à integridade físico-psíquica

Dotado de grande relevância e expressão para a pessoa humana, o direito à integridade físico-psíquica tem por objetivo a manutenção da higidez física e mental do indivíduo, protegendo-a contra quaisquer danos decorrentes de atos ou fatos alheios, sejam eles perpetrados por particulares ou pelo Estado.

Segundo Carlos Alberto Bittar, “condenam-se atentados ao físico, à saúde e à mente, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas à normalidade funcional do corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental” (2006, p. 77).

O direito à integridade físico-psíquica destina-se, assim, à proteção dos interesses materiais e morais do ser humano em relação ao seu próprio corpo, saúde e psique, conferindo-lhe a prerrogativa de fazer cessar os atos que atentarem contra a sua incolumidade corpórea ou intelectual.

Trata-se, portanto, de direito absoluto e essencial, porquanto “a integridade psicofísica não só constitui a pessoa, fazendo parte de sua personalidade, mas também constitui-se num pressuposto que, presente, permite à mesma desenvolver-se e realizar-se” (SZANIAWSKI, 2005, p. 474).

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo:

O direito à integridade física tem por objeto a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa humana. Não se admite a agressão física e psicológica, nem se permite a mutilação do próprio corpo, salvo o que é renovável, como se dá com o corte dos cabelos e das unhas e da doação de sangue, ou de transplante de órgãos duplos ou de partes de órgãos, sem prejuízo das funções vitais. A proteção estende-se ao corpo morto, pois o transplante, ainda que para fins altruísticos, deverá ser consentido (2001, p. 11).

No que diz respeito ao corpo humano, o direito à integridade físico-psíquica abrange a tutela do corpo vivo e do corpo morto, assim como os tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização. Não obstante, cumpre observar que “as normas jurídicas atinentes à matéria não asseguram ampla liberdade para cada homem ou mulher decidir sobre o que fazer com o seu próprio corpo; ao contrário, restringem-na enormemente” (COELHO, 2006, p. 199).

Nas palavras de Marco Aurelio da Silva Viana:

Ao nos referirmos ao direito ao corpo não estamos dizendo que a pessoa humana tem ampla disposição do próprio corpo. Ela não é titular de um direito subjetivo ao próprio corpo. O que se assegura é uma tutela da integridade corpórea. Por isso não se admite que dele se disponha, negociando-o, permitindo mutilações, por exemplo. Tanto isso é verdade, que no Direito Penal vamos encontrar sanções para reprimir lesões contra o corpo e a saúde. O ser humano tem um valor social, por isso a tutela se faz visando preservá-lo em sua integridade corpórea (2004, p. 171).

Assim, nos termos do artigo 13 do Código Civil, o corpo humano é inalienável e a disposição de suas partes integrantes, quando implicar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, somente é admitida em caso de exigência médica ou para fins de transplante, na forma da lei especial e sem intuito de lucro.

Em relação ao corpo morto, os atos de disposição são permitidos e revogáveis a qualquer tempo, mas estão condicionados à existência de desígnios científicos ou altruísticos, bem como à ausência de finalidade lucrativa, conforme dispõe o artigo 14 do Código Civil, *in verbis*:

Art.14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

O artigo 15 do Código Civil, por sua vez, assegura à pessoa humana a prerrogativa de não se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica perigosa, que lhe acarrete risco de vida, se assim entender melhor. Segundo Maria Helena Diniz, “é direito do paciente a recusa de algum tratamento ou não aceitação de continuidade terapêutica nos casos incuráveis ou de sofrimento atroz ou, ainda, que possa trazer risco de vida” (2007b, p. 128).

Por fim, ressalte-se que o direito à integridade físico-psíquica revela-se também no repúdio à tortura, às penas cruéis e ao tratamento desumano ou degradante, na forma do artigo 5º, III, da Constituição Federal, bem como na tipificação, como crime, de condutas capazes de causar lesões corporais – ainda que leves e transitórias – ou situações que configurem perigo à saúde, como, por exemplo, exposição ou transmissão de doença, risco para a vida ou a saúde, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro ou de cuidados necessários e maus-tratos (MONTEIRO, 2007, p. 101).

3.2.2.3 Direito à honra

Elemento de cunho moral imprescindível à compreensão da personalidade, o direito à honra está intimamente ligado à natureza humana e acompanha a pessoa desde o nascimento, até depois da morte.

Trata-se de direito que diz respeito aos conceitos positivos que cada indivíduo atribui a si próprio ou que lhe são reconhecidos pela coletividade, impedindo que opiniões desabonadoras e prejudiciais sobre qualquer pessoa sejam manifestadas publicamente.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

A ordem jurídica trata de impedir o trânsito de opiniões negativas sobre quem quer que seja, abstraindo os seus fundamentos. Só podem ter curso, para proveito de todos, as opiniões positivas que temos cada um em relação aos demais. [...] A opinião representa um conceito que se tem de alguém, uma adjetivação. Ela só deve ser expressada quando puder contribuir para o aumento da estima ou da reputação da pessoa sobre quem se fala. Se não for o caso, desinteressa à convivência harmônica em sociedade sua difusão (2006, p. 212).

Assim, protege-se o direito à honra porque toda pessoa, por mais que se conduza de modo não-ético, deseja e necessita, em maior ou menor grau, a depender de seu comportamento moral, colocar-se bem socialmente e desfrutar de bom conceito social e autoestima, para a consecução de sua dignidade.

Conforme a lição de Carlos Alberto Bittar:

A necessidade de proteção decorre, principalmente, do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas, ou desagradáveis, sobre as pessoas, cuidando o sistema jurídico de preservar o valor em tela, de um lado, para satisfação pessoal do interessado, mas, especialmente, para possibilitar-lhe a progressão natural e integral, em todos os setores da vida na sociedade (social, econômico, profissional, político) (2006, p. 134-135).

O direito à honra desdobra-se, pois, em duas dimensões, referindo-se ora à reputação, ao respeito e à boa fama que o ser humano desfruta em suas relações sociais, o que se chama de honra objetiva, ora ao valor moral íntimo e à consciência de dignidade que cada um tem de si mesmo, o que se conhece como honra subjetiva. Tutela-se, portanto, não só o conceito externo, isto é, a consideração de que a pessoa goza na vida em sociedade, mas também o sentimento pessoal de estima que aquela nutre a seu próprio respeito.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Disso deflui que a honra encerra dois diferentes aspectos: a *honra objetiva* e a *honra subjetiva*. Aquela (a objetiva) diz respeito à reputação que terceiros (a coletividade) dedicam a alguém. É a chamada reputação. Esta (subjetiva) tangencia o próprio juízo valorativo que determinada pessoa faz de si mesma. É a auto-estima, o sentimento de valorização pessoal, que toca a cada um (2006, p. 141).

O direito à honra, portanto, é inerente ao ordenamento jurídico e recebe “amparo em nível internacional e interno, e, neste, desde as Constituições ao plano privado” (BITTAR, 2006, p. 135). No Brasil, referido direito da personalidade foi erigido à condição de liberdade pública, sendo expressamente reconhecido entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, X, da Constituição Federal, e tutelado nos âmbitos civil e penal, em que a proteção dá-se por meio da tipificação dos crimes de calúnia, difamação e injúria (artigos 138 a 140 do Código Penal), além dos crimes de imprensa, descritos na Lei n. 5.250/67.

3.2.2.4 Direito à imagem

A imagem corresponde à emanção da personalidade, constituindo a “*expressão exterior sensível da individualidade humana*, digna de proteção jurídica” (GAGLIANO;

PAMPLONA FILHO, 2006a, p. 196). Diz respeito, portanto, à forma plástica e às características fisionômicas do indivíduo, assim como às suas características comportamentais, que permitem a sua individualização e identificação no meio social.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a *imagem-retrato* (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no seu aspecto estático – uma pintura – quanto no dinâmico – um filme – art. 5º, X, CF); a *imagem-atributo* (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral) e a *imagem-voz* (caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para a identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencie menos na voz que nas características fisionômicas) (2006, p. 132-133).

Com efeito, o direito à imagem consiste na prerrogativa “de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consento e de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação” (DINIZ, 2007b, p. 129). Protege-se, pois, o interesse que toda pessoa tem de impedir a divulgação e a reprodução de sua expressão externa, sem prévio e expresso consentimento.

De acordo com Washington de Barros Monteiro:

Incluído no texto constitucional, esse direito [direito à imagem] pode ser visto como a obrigação que todos têm de respeitar a imagem física e moral de outrem, preservando seu aspecto físico, seja belo, feio, normal, anormal, sadio ou deficiente. Não se admitem risadas ou chacotas, motes, caricaturas depreciativas, nem a reprodução não consentida da imagem sob a forma de fotografia, filme, Internet, televisão ou qualquer outro meio. Exceções costumam ser apontadas no caso de pessoas notoriamente conhecidas, ou da pessoa em cena comum de rua, de lugar público, na multidão, desde que as imagens não sejam exploradas comercialmente e não constituam invasão de privacidade (2007, p. 100).

Assim, o artigo 20 do Código Civil preserva a imagem contra qualquer atentado que lhe seja feito, inclusive depois da morte, por meio de sua publicação, exposição ou utilização, quando esta macular a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa retratada, bem como destinar-se a fins comerciais. Tal proteção cessa, no entanto, quando a exposição da imagem for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Não há óbice à divulgação da imagem, igualmente, quando o titular, valendo-se do caráter disponível desse direito da personalidade, objetivando tirar proveito econômico, permite expressamente o “uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado” (BITTAR, 2006, p. 95).

Conforme a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A despeito, portanto, de a natureza do próprio direito admitir a *sua cessão de uso*, a autorização do titular há de ser expressa, não se admitindo interpretação ampliada das cláusulas contratuais para se estender a autorização a situações não previstas (2006a, p. 198).

Destarte, não só a utilização indevida ou não autorizada da imagem, mas também o desvio de finalidade do uso autorizado caracterizam violação ao direito à imagem, implicando a responsabilização civil do infrator.

Observe-se que, nesses casos, o próprio indivíduo tem o direito de reprimir o abuso ou a utilização indevida da imagem, requerendo a sua proibição e exigindo indenização pelo dano moral e patrimonial causados. No caso de morte ou declaração de ausência do titular, nos termos do artigo 20, parágrafo único, do Código Civil, a legitimidade para requerer a tutela do direito à imagem transfere-se ao cônjuge, ascendentes e descendentes, na qualidade de lesados indiretos (DINIZ, 2007b, p. 132).

3.2.2.5 *Direito à intimidade*

O direito à intimidade, também chamado de direito à privacidade, consiste na “proteção contra injeções [sic], intromissões ou interferências na vida pessoal do indivíduo e de sua família, sem qualquer relação com o interesse público ou social” (RIZZARDO, 2008, p. 169). Trata-se, pois, da prerrogativa conferida ao indivíduo de, querendo, ficar só, a salvo da importunação, curiosidade ou indiscrição alheias e impedir a invasão de sua esfera íntima, em seus aspectos pessoal, familiar e negocial.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

O ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São esses elementos: a vida privada; o lar; a família; a correspondência, cuja inviolabilidade se encontra apregoada, no mundo jurídico, desde os textos das Declarações Universais às Constituições e, ainda, em muitos pontos da legislação ordinária (2006, p. 111).

Assim, sob o manto do direito à intimidade, são resguardados da curiosidade pública, dentre outros, as confidências, os dados e as recordações pessoais, as memórias, a saúde física e mental, as preferências artísticas, gastronômicas e sexuais, as relações familiares, as amizades, os costumes domésticos e as atividades negociais de cada pessoa.

A proteção da intimidade ou da vida privada, portanto, enquanto bem jurídico que integra a personalidade humana, tem como fundamento o “legítimo interesse de salvaguardar do conhecimento alheio (e da curiosidade indevida) tudo o que diz respeito à esfera íntima de uma pessoa” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 139).

De acordo com Marco Aurelio da Silva Viana:

É direito de qualquer pessoa ficar a cavaleiro da curiosidade, da indiscrição de terceiros, dispondo de espaço para estar consigo mesmo, do repouso essencial à existência física. A vida da pessoa humana apresenta fatos que só a ele, ou à sua família, dizem respeito. Como ser imperfeito, cada indivíduo apresenta falhas ou desvios de comportamento, que não lhe afetam a estrutura da personalidade, mas que não podem ficar sujeitos aos olhares de terceiros, de observações e críticas, da maledicência (2004, p. 175-176).

Na Constituição Federal, o direito à intimidade manifesta-se, de maneira direta, na garantia da inviolabilidade da vida privada, do domicílio, do sigilo de correspondência e comunicação telefônica, bem como na restrição excepcional da publicidade dos atos processuais, previstas no artigo 5º, X, XI, XII e LX, respectivamente.

Na esfera penal, a proteção ao direito à intimidade ganha forma com a tipificação, nos artigos 150 a 154 do Código Penal, dos delitos de violação de domicílio, violação de correspondência, sonegação ou destruição de correspondência, violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, violação de correspondência comercial, divulgação de segredo e violação do segredo profissional.

O direito à intimidade, igualmente, é assegurado no artigo 21 do Código Civil, que dispõe, *in verbis*: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Com efeito, sentindo-se lesado em sua intimidade, o indivíduo poderá recorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as ingerências alheias sobre sua privacidade e exigir indenização pelo dano moral ou material correspondente.

Por fim, observe-se que o direito à intimidade não é ilimitado, mas cede “diante de imperativos de segurança da sociedade ou repressão penal” (COELHO, 2006, p. 195).

3.2.2.6 *Direito ao nome*

Emanação da personalidade humana, o nome é o elemento designativo da pessoa, que a individualiza e a identifica na família e na sociedade. Constitui-se, assim, num direito

absoluto e inerente a todo ser humano, porque integra a personalidade, particulariza o indivíduo e indica a sua procedência familiar (PEREIRA, 2004, p. 243).

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que destingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a destingue das demais, juntamente com outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade (2004a, p. 209).

Assim, enquanto direito da personalidade, o nome trata-se de atributo obrigatório, indisponível, inalienável e imprescritível da pessoa humana, o qual não é suscetível de valoração econômica nem é dotado de exclusividade, haja vista que “a riqueza onomástica não é tão farta que se permita a adoção de um nome para casa pessoa” (PEREIRA, 2004, p. 245).

De acordo com o artigo 16 do Código Civil, o nome compõe-se, necessariamente, por dois elementos, o prenome, que individualiza o ser humano e o identifica dentro do núcleo familiar, e o sobrenome, que identifica a família da qual aquele provém. É possível, ainda, que o nome seja integrado por um terceiro elemento, chamado agnome, “que é um sinal distintivo que se acrescenta ao nome completo para diferenciá-lo de parentes próximos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006a, p. 125).

Conforme a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O *prenome* é o primeiro elemento componente do nome, servindo para a designação individual de cada pessoa. Pode ser *simples* (Felipe) ou *composto* (João Gabriel e Pedro Henrique), devendo ser escolhido livremente pelos pais, no momento do registro civil da pessoa natural. [...] O *sobrenome*, também chamado de *nome patronímico* ou *nome de família*, é o indicativo da origem ancestral, da procedência familiar. Igualmente, o patronímico pode ser simples (Almeida) ou composto (Vilas Boas). Serve como elemento identificador da estirpe da pessoa, sendo adquirido *ipso iure* com o simples nascimento. [...] É possível, ainda, a existência de um terceiro elemento componente do nome. É o chamado *agnome*, que é destinado a servir de complemento ao nome, indicando o grau de parentesco ou o grau de geração, como nos conhecidos exemplos de *Filho*, *Júnior* e *Neto* (2006, p. 160).

Cumpra observar que, regra geral, o nome é definitivo e apenas admite alterações em hipóteses excepcionais, previstas em lei. Isto porque, conforme asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a idéia que deve reger a disciplina legal do nome é que este é marca indelével do indivíduo, como um atributo de sua personalidade, pelo que suas alterações somente podem justificar-se por um motivo realmente relevante” (2006a, p. 126).

Destarte, além da retificação, nos casos de erro de grafia, que pode ser feita a qualquer tempo, a mudança do nome somente é possível por vontade do titular, no primeiro

ano após a maioridade civil; por decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificável para a alteração, como exposição ao ridículo, situação vexatória e homonímia; pela inclusão de apelido público notório e pelo casamento ou pela adoção (COELHO, 2006, p. 186).

O ordenamento jurídico, de forma expressa, protege o nome contra a utilização indevida ou abusiva por parte de qualquer pessoa, responsabilizando-a penal e civilmente, ainda que não haja a intenção difamatória. O portador do nome, assim, “[...] tem o direito à cessação do fato lesivo de terceiro que consista na infundada contestação ou na prejudicial usurpação do nome, o que desemboca no ressarcimento de perdas e danos de natureza material ou moral” (VIANA, 2004, p. 181).

De acordo com Maria Helena Diniz:

Reprime-se o abuso cometido por alguém que o exponha [o nome] inclusive em publicações ou representações [...]; ao desprezo público ou ao ridículo, violando a respeitabilidade de seu titular, mesmo que não haja intenção de difamar, por atingir sua boa reputação, moral e profissional, no seio da coletividade (honra objetiva), acarretando dano moral ou patrimonial, mediante supressão do uso impróprio ou indevido do nome ou indenização pecuniária (2007b, p. 128).

Assim sendo, o artigo 17 do Código Civil proíbe que o nome civil seja utilizado por terceiros, mesmo sem intuito difamatório, em publicações ou representações capazes de expor a pessoa nomeada a situações vexatórias ou ao desprezo público.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Se, por qualquer meio de comunicação ao qual possam ter acesso pessoas indistintas (livros, páginas na internet, jornais, revistas, programas de TV, obras artísticas etc.), o nome de um homem ou mulher é empregado de tal modo que possa despertar sentimentos de desprezo em face do seu portador, tem ele direito de impedir o prosseguimento da exposição e exigir indenização por perdas e danos. Esse direito independe do intuito difamatório ou não de quem fez o uso ilegítimo do nome (2006, p. 189).

Da mesma forma, o emprego do nome, sem prévia autorização do titular, em propaganda comercial, é vedado pelo artigo 18 do Código Civil, porquanto a utilização econômica do nome apenas pode ser feita pelo titular. Para Caio Mário da Silva Pereira, “embora o artigo se refira apenas à propaganda comercial, deve abranger a de qualquer outra espécie, como a industrial, artística, eleitoral, sujeita esta a normas especiais e com efeitos ou consequências outras” (2004, p. 247).

Finalmente, ressalte-se que, nos termos do artigo 19 do Código Civil, o pseudônimo, isto é, “o nome escolhido pelo próprio indivíduo para o exercício de uma atividade específica, como é muito comum no meio artístico e literário” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006a, p. 126), recebe a mesma proteção jurídica conferida ao nome.

3.2.3 A Proteção dos Direitos da Personalidade

A tutela dos direitos da personalidade humana efetiva-se por diversos meios e em diferentes campos do ordenamento jurídico pátrio, de maneira a permitir a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados pela pessoa lesada (BITTAR, 2006, p. 52-53).

No âmbito civil, além da autotutela da personalidade, inerente a todo ser humano, que se materializa através dos institutos da legítima defesa e do exercício regular de direito, o artigo 12 do Código Civil estabelece ampla proteção aos direitos da personalidade, reconhecendo “a possibilidade de tutela repressiva e preventiva, autorizando a concessão de provimentos judiciais reparatórios (repressivos) e inibitórios (preventivos)” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 149).

Conforme assevera Elimar Szaniawski:

Embora a lei ofereça todo um sistema de tutela judicial de direito de personalidade, admite, todavia, excepcionalmente, quando houver perigo iminente de lesão e não for possível devido à urgência de recorrer-se à via judicial, o princípio da autotutela deste direito, que autoriza o ofendido a repelir pessoalmente a agressão, desde que não exceda o indispensável à defesa do direito que está sendo atacado. [...] Além da autodefesa da personalidade, que todos possuímos, o art. 12 do Código Civil tutela amplamente o direito geral de personalidade, outorgando os meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito de personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos (2005, p. 247).

Deste modo, a tutela preventiva destina-se a fazer cessar a ameaça de lesão a direito da personalidade e deverá ser exercida antes da ocorrência efetiva da violação ou do completo exaurimento dos atos que atentem contra aquele. Referida modalidade de proteção opera-se, principalmente, por meio da “ação inibitória antecipada, da ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares típicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas” (SZANIAWSKI, 2005, p. 248).

Por outro lado, quando a violação do direito da personalidade concretizou-se e, por isso, não se mostra mais possível evitar ou impedir os efeitos danosos do ato lesivo, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de reparação do prejuízo, seja este moral ou patrimonial, sofrido pelo titular do direito personalíssimo violado.

Nas palavras de Silvio Rodrigues:

Quando, em virtude da violação do direito da personalidade, o dano já foi causado e não se podem mais impedir os efeitos funestos do ato lesivo, não resta outro remédio senão o de reparar o prejuízo. E de fato o art. 12 do Código Civil, acima transcrito, confere à vítima a prerrogativa de reclamar perdas e danos. Aliás pode ocorrer a

hipótese de cumulação de pedidos, ou seja, o de que cesse a violação do direito e, simultaneamente, o de reparação do dano causado até o momento da cessação (2003a, p. 66).

Observe-se que, em quaisquer de suas modalidades, a tutela civil dos direitos da personalidade cuja eficácia prolonga-se para depois da morte é exercida pelo cônjuge sobrevivente ou por qualquer parente em linha reta ou colateral, este até o quarto grau, conforme prescreve expressamente o artigo 12, parágrafo único, do Código Civil.

Outrossim, não se pode olvidar que os direitos da personalidade são igualmente tutelados na esfera penal, mediante a tipificação de condutas que, sob vários aspectos, representam atentados contra bens jurídicos inerentes à condição humana, como, por exemplo, a vida, a saúde e a honra.

3.3 O NASCITURO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, como visto, são inatos e intrínsecos à condição humana e estão relacionados com o desenvolvimento da pessoa em seus múltiplos aspectos. Por esta razão, a titularidade e a proteção dos direitos personalíssimos são asseguradas a todos os seres humanos indistintamente, pouco importando raça, sexo, idade, crenças, condições financeiras ou capacidade intelectual.

Assim sendo, independentemente da teoria adotada para definir e demarcar o início da personalidade jurídica, o fato é que o nascituro, desde a concepção, é um ser vivo independente, distinto da mãe e dotado de autonomia genético-biológica, tratando-se, pois, de um ser humano, ainda que em desenvolvimento.

De acordo com Elimar Szaniawski:

Desta maneira, não encontramos dificuldade em afirmar que o embrião e o nascituro, desde a concepção, constituem-se em um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônoma, possuindo existência distinta da de sua mãe, constituindo-se em uma *spes personae* (2005, p. 66).

Forçoso reconhecer, portanto, que o nascituro, enquanto ser humano, é dotado dos atributos e do valor incomensurável conferidos à espécie, razão pela qual tem assegurados, além de outros direitos previstos pela legislação pátria, os direitos da personalidade “compatíveis com a sua condição especial de estar concebido, no ventre materno, e ainda não ter sido dado à luz” (CHINELATO, 2000, p. 292), porque necessários para que venha a nascer com vida e saudável.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Sem dúvida, a partir da concepção há proteção à personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento jurídico brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude (2006, p. 185).

E continuam:

Não há dúvida, por conseguinte, quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, essa proteção dedicada aos direitos da personalidade alcança, inclusive, o natimorto, que somente não poderá adquirir direitos de cunho patrimonial (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 187-188).

No mesmo sentido orienta-se a doutrina de Euclides Benedito de Oliveira, para quem “de qualquer forma, seja considerado como ‘pessoa’ desde a concepção, seja como *spes homini*, pessoa em formação, o certo é que o nascituro tem assegurados todos os direitos fundamentais da personalidade, na sua mais larga acepção” (2003, p. 161).

Com efeito, o nascituro, desde a concepção, tem reconhecidos e tutelados o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome. Da mesma forma, são assegurados ao concebido, ainda, “o direito a reclamar alimentos, ao reconhecimento de sua filiação, à assistência pré-natal, à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem [...] ou de sua honra” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 186).

Tais direitos decorrem, inequivocamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo respeito, promoção e proteção também devem ser garantidos ao nascituro, por se tratar de norma embasadora e postulado supremo de toda ordem jurídica e, sobretudo, de atributo moral e qualidade inerente à natureza humana.

Destarte, conforme asseveram Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo, o reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade do nascituro “[...] acaba por superar qualquer indicação em relação à teoria adotada para a sua explicação, uma vez que isso implica na necessidade da tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento básico do sistema constitucional brasileiro” (2007, p. 47).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL AO NASCITURO

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E GENERALIDADES

Diante das exigências naturais da vida em sociedade, organizada e regada pelo Direito, a ninguém é permitido lesar outra pessoa sem a consequência da imposição de uma sanção, seja esta de natureza civil ou penal. A noção jurídica de responsabilidade, nesse sentido, decorre da máxima *neminem laedere* de Ulpiano, limite objetivo da liberdade individual na sociedade civilizada, e caracteriza-se como aspecto inseparável da realidade social.

Como assevera Rui Stoco:

[...] a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. O sistema do Direito positivo repugna tanto a ofensa ou agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral. A primeira visa à pacificação social e à defesa da sociedade, a segunda tem caráter individual ou unitário e tem por escopo a proteção da pessoa (2007, p. 114).

Assim, quando uma ação ou omissão humana causa lesão a um interesse material ou moral de outrem, impõe-se a necessidade de reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado, de maneira a retratar o conflito que se instaurou e restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico violado pelo dano.

Restaurar essa ordem pessoal e social desfeita é, pois, o fundamento da responsabilidade civil, que “[...] traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei” (STOCO, 2007, p. 116).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).
Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a *responsabilidade civil* deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas (2006b, p. 9).

A responsabilidade civil, com efeito, tem a dupla função de garantir a segurança da vítima lesada pelo agente causador do dano e “servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos” (DINIZ, 2007a, p. 9).

De acordo com a natureza da norma jurídica violada pelo autor do dano, a responsabilidade civil classifica-se em contratual e extracontratual ou aquiliana. Esta verifica-se quando o prejuízo decorre diretamente da infração a um mandamento legal, isto é, a um dever geral imposto pelo Direito ou pela lei. Aquela, por sua vez, tem lugar quando o dano decorre do descumprimento de uma obrigação contratual previamente pactuada entre as partes.

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito (2005, p. 26).

A despeito dessa classificação bipartida, a configuração da responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual, implica, necessariamente, a coexistência de três pressupostos fundamentais, a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta do agente, como se depreende do artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ressalte-se que, embora conste expressamente do referido dispositivo legal, a culpa em sentido amplo não se trata de requisito indispensável para o surgimento da obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem, mas sim de elemento accidental, uma vez que “poderá haver responsabilidade civil independentemente de sua aferição, em hipóteses especiais previstas de forma expressa em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano importar em risco para os direitos de outrem” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006b, p. 17).

Conforme prescreve o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se, pois, da responsabilidade civil objetiva, que prescinde da caracterização da culpa *lato sensu* e funda-se tão somente no risco da atividade desenvolvida pelo agente, diferenciando-se, por isso, da concepção tradicional de responsabilidade civil, também chamada de responsabilidade civil subjetiva, na qual o dever de reparar decorre da conduta dolosa ou culposa do causador do dano.

De acordo com Silvio Rodrigues:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele (2003b, p. 11).

Em qualquer dos casos, no entanto, o comportamento humano voluntário é o primeiro pressuposto indispensável para a configuração da responsabilidade civil, razão pela qual somente o ser humano, por si próprio ou por meio das pessoas jurídicas que constitui, poderá ser compelido a reparar o dano causado a outrem.

Como prelecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, *da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado, seguido do dano e do nexo de causalidade (2006b, p. 27).

Assim sendo, a conduta humana geradora da responsabilidade civil, nas palavras de Maria Helena Diniz, consiste no ato “comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (2007a, p. 38-39).

A voluntariedade, portanto, caracteriza-se como elemento essencial do comportamento humano que gera o resultado danoso. Sem ação ou omissão humana voluntária, não há que se falar em responsabilidade civil, nem mesmo na reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado.

Note-se, porém, que essa voluntariedade não se manifesta na intenção de causar o dano, mas sim no desígnio de realizar a conduta, “que resulta exatamente da liberdade de

escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006b, p. 27).

Conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves:

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem (2005, p. 36).

A conduta humana ensejadora da responsabilidade civil, com efeito, pode ser comissiva ou omissiva. A comissão ou ação consiste na prática de um comportamento positivo, que não deveria efetivar-se, porque expressamente proibido pela lei ou pelo contrato. A omissão, por sua vez, traduz-se numa atuação negativa, decorrente da inobservância de um dever legal ou contratual de agir. Em outras palavras, a omissão “surge porque alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo. A sua essência está propriamente em não ter agido de determinada forma” (STOCO, 2007, p. 130).

Convém observar, ainda, que a antijuridicidade do comportamento humano, embora acompanhe, como regra geral, o dever de indenizar, não é indispensável para a configuração da responsabilidade civil. A obrigação de reparar o dano, em hipóteses excepcionais e previstas expressamente em lei, pode decorrer de uma atuação lícita do agente, que procede em conformidade com a lei, a exemplo do ato praticado em estado de necessidade (artigos 929 e 930 do Código Civil).

O segundo pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil é, pois, o dano causado pelo agente. Sem prejuízo, não há responsabilidade, porque nada existe para ser reparado. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização” (2004b, p. 34).

De acordo com a lição de Maria Helena Diniz:

O *dano* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar. [...] Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão (2007a, p. 59).

O dano consiste na lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006b, p. 36). A noção de dano, portanto, abrange não só a diminuição ocorrida no patrimônio economicamente aferível de alguém, mas também a agressão aos direitos da personalidade,

que embora não tenham expressão pecuniária imediata, são inerentes à condição humana e suscetíveis de proteção pela ordem jurídica.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Essa opinião sintetiza bem o assunto, pois, enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma “diminuição do patrimônio”, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção (2005, p. 545).

Assim sendo, o prejuízo experimentado pelo lesado pode ser de duas naturezas: material ou patrimonial, quando afeta os bens materiais e os valores econômicos que compõem o patrimônio da vítima, e moral, quando atinge “bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade” (STOCO, 2007, p. 128).

Para ser indenizável, o dano deve decorrer da violação de interesse patrimonial ou moral tutelado pelo Direito e que pertença a uma pessoa natural ou jurídica, bem como preencher os requisitos de certeza e atualidade. Não se reparam os prejuízos abstratos, hipotéticos ou eventuais, nem mesmo aqueles que não existam ou já tenham sido reparados pelo agente no momento da propositura da ação de responsabilidade.

O nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso é o terceiro pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se da relação de causa e efeito existente entre a ação ou omissão perpetrada pelo lesante e o prejuízo patrimonial ou moral suportado pela vítima.

Conforme a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida (2004b, p. 45).

Destarte, o agente é responsável pela reparação de todos os danos que resultarem imediata e diretamente de seu comportamento comissivo ou omissivo, de modo que “não haverá nexo de causalidade se houver interferência de terceiros, da vítima, ou de força maior ou de caso fortuito” (DINIZ, 2007a, p. 108).

Por fim, não obstante possa haver responsabilidade civil sem culpa *lato sensu*, cumpre observar que esta decorre da violação voluntária de um dever de cuidado e compreende tanto a culpa em sentido estrito quanto o dolo. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a culpa em sentido amplo tem como fundamento a “inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção

à paz social. Se esta violação é proposital, atua o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito” (2006b, p. 124).

4.2 DANO MORAL

4.2.1 Conceito e Amplitude

O dano, como mencionado, é pressuposto indispensável para a configuração da responsabilidade civil e, em sentido amplo, consiste na “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2007a, p. 62).

São duas, portanto, as espécies de dano comumente reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro: o dano material ou patrimonial, que atinge os bens e direitos economicamente apreciáveis da vítima, e o dano moral, também chamado de imaterial ou extrapatrimonial.

Tradicionalmente, a caracterização do dano moral tem sido deduzida na doutrina sob a forma negativa, em contraposição ao dano material (CAHALI, 2005, p. 21). Conceitua-se, pois, o dano moral por exclusão, como sendo aquele que não implica repercussão patrimonial ou aquele que não atinge nem diminui o patrimônio do lesado. Nas palavras de José Aguiar Dias: “quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral” (2006, p. 992).

Essa definição negativa e excludente do dano moral, no entanto, mostra-se insatisfatória, na medida em que “nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma correta compreensão do fenômeno” (ANDRADE, 2004, p. 5-6).

Como assevera Antonio Jeová Santos:

Afirmar que *dano moral* é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica, indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido. A utilização de vocábulos em sentido contrário não ajuda na formação da concepção do que se pretende conceituar ou definir. Por isso, a insuficiência dessa doutrina, tão agregada no direito brasileiro (2003, p. 92).

Assim, parte da doutrina, entendendo ser mais razoável caracterizar o dano moral por seus próprios elementos, procura identificá-lo com alterações negativas no estado

anímico, psicológico ou espiritual do lesado. A existência do dano moral, nesse sentido, exige alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo, de maneira a causar-lhe angústia, aflição, tristeza, sofrimento, vergonha, humilhação, dentre outros sentimentos igualmente negativos (SANTOS, 2003, p. 97).

O dano moral, com efeito, mantém estreita ligação com a dor na sua mais ampla acepção, seja esta física, quando agride o organismo humano, ou moral, quando fere os sentimentos e a alma do ser humano, na medida em que “há um estado interior que atinge o corpo ou espírito, isto é, fazendo a pessoa sofrer porque sente dores no corpo, ou porque fica triste, ofendida, magoada, deprimida” (RIZZARDO, 2007, p. 19).

De acordo com Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (2005, p. 22-23).

Ocorre que esse conceito de dano moral também não se mostra satisfatório. As alterações negativas havidas no estado anímico ou psicológico da vítima não constituem o dano propriamente dito, mas tão somente o resultado ou a repercussão do evento danoso. A violação de um direito ou interesse patrimonial também pode infligir injustamente dor, sofrimento, angústia, humilhação, enfim, todo tipo de perturbação psíquica ao indivíduo lesado.

Nas palavras de André Gustavo C. de Andrade:

O equívoco dessa conceituação é percebido com a constatação de que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento. O devedor que deixa de pagar a sua dívida pode, com isso, trazer angústia e preocupação ao credor, que contava com a quantia que lhe era devida. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar, *a priori*, a existência de um dano moral. Pelo menos não de acordo com o senso médio (2004, p. 7).

No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem “a referência freqüente à ‘dor’ moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma conseqüência, não é o direito violado” (2001, p. 17).

Destarte, à luz da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, limite e fundamento do Estado

Democrático de Direito, bem como preceito fundamental e embasador de toda a ordem jurídica, o conceito de dano moral ampliou-se e ganhou nova feição, passando a designar a violação dos direitos da personalidade e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana.

Segundo a lição de Sergio Cavalieri Filho:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o *dano moral* por dois aspectos distintos. Em *sentido estrito*, dano moral é *violação do direito à dignidade*. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do *direito à dignidade* que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral [...] (2005, p. 101).

E continua:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 102).

Assim sendo, o dano moral consiste na agressão a direitos e valores imateriais ligados à personalidade humana, cujo conteúdo, *a priori*, não pode ser expresso economicamente, nem mesmo reduzido a dinheiro. Em outras palavras, “o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006b, p. 53).

De acordo com Rui Stoco:

[...] a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados todos aqueles que são a expressão imaterial do sujeito, seu patrimônio subjetivo, como os sentimentos d’alma, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exige reparação. Até mesmo a dor moral – como a angústia, a aflição e a tristeza – faz parte do patrimônio subjetivo da pessoa, embora de natureza negativa, mas que deve ser respeitada. O escárnio e zombaria dessas manifestações anímicas pode causar dano moral (2007, p. 1.683).

Nesse sentido, o dano moral não está necessariamente relacionado com alguma alteração psicológica ou perturbação espiritual da vítima, embora o sofrimento, o desconforto, a humilhação e outras reações negativas geralmente acompanhem o evento danoso e sejam o principal motivo para a reação contra as agressões perpetradas em face dos direitos da personalidade.

Conforme a lição de André Gustavo C. de Andrade:

A necessária associação do dano moral a sensações de dor ou sofrimento, ou a sentimentos tais como tristeza, mágoa vexame, vergonha, deixa a descoberto várias possíveis lesões de direitos da personalidade, as quais podem não gerar processos psicológicos dessa natureza. Mas nem por isso tais lesões devem ser toleradas ou estar isentas de sanção (2004, p. 16).

O dano moral, portanto, é a violação, em si, de qualquer um dos direitos da personalidade, ainda que em seus aspectos mais íntimos, mas não a lágrima derramada pela vítima ou o detrimento anímico decorrente do evento danoso (ANDRADE, 2004, p. 19). Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas” (2005, p. 101).

Deve-se, pois, ter em conta que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade são atributos reconhecidos a todos os seres humanos tão somente em virtude de sua existência e de sua natureza, sem qualquer distinção quanto a sexo, raça, cor, idade, estado de saúde ou condição social e independentemente da consciência ou da vontade do indivíduo.

Com isso, mostra-se possível o reconhecimento do dano moral em situações nas quais há ofensa a algum direito da personalidade e a vítima é incapaz de compreender o ato lesivo ou não possa sofrer alteração perceptível em seu estado anímico, como ocorre com os doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, as crianças de tenra idade e o nascituro.

4.2.2 A Reparação do Dano Moral: Evolução Doutrinária, Natureza Jurídica e Arbitramento do *Quantum* Indenizatório

Durante muito tempo, a questão da reparabilidade do dano moral mostrou-se bastante controversa na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A divergência somente pacificou-se com a Constituição Federal de 1988, que admitiu expressamente a indenização por dano moral e erigiu-a ao *status* de direito fundamental.

Assim, num primeiro momento, negou-se qualquer possibilidade de reparação do dano moral, ao argumento de que era impossível quantificá-lo adequadamente em dinheiro e

determinar com precisão o número de indivíduos lesados, “pois a lesão atingiria não só a vítima, mas também seus parentes, amigos, noivo, namorado, cônjuge e até mesmo amante” (DINIZ, 2007a, p. 94). A dificuldade de identificar a efetiva ocorrência do dano, a efemeridade de seus efeitos e a imoralidade da fixação de um *pretium doloris* também figuravam entre as objeções comumente levantadas contra a reparação do dano moral, que era considerada juridicamente impossível perante o ordenamento jurídico brasileiro, ante a inexistência de previsão expressa no Código Civil de 1916.

Conforme a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Muitas são as objeções que se levantaram contra a reparação do dano puramente moral. Argumentava-se, principalmente, que seria imoral procurar dar valor monetário à dor, ou que seria impossível determinar o número de pessoas atingidas (pais, irmãos, noivas etc.), bem como mensurar a dor (2005, p. 571).

Esses argumentos, no entanto, foram superados pouco a pouco. Compreendeu-se que a reparação do dano moral não significa mensurar economicamente o sofrimento ou atribuir um preço para a dor, mas consiste em “simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 102). O pagamento de indenização a título de reparação do dano moral, portanto, não tem a função de equivalência ou ressarcimento, como ocorre no dano material, mas sim compensatória e punitiva.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recaí, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o *pretium doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as conseqüências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como conseqüência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma *compensação* material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, de outras funções acessórias da reparação civil (2006b, p. 77).

Passou-se, então, num segundo momento, a admitir como possível a reparação do dano moral, desde que seus reflexos atingissem o patrimônio material da vítima do evento danoso. Em outras palavras, para ser indenizável, o dano moral deveria ser causa indireta de um dano patrimonial (CAHALI, 2005, p. 28).

De acordo com Felipe P. Braga Netto:

Em passado recente, no Brasil, o dano moral não era indenizável. Evoluiu-se, depois, para aceitar sua reparação, desde que acompanhado de um dano material. Contudo, certos julgados, ainda antes da Constituição de 1988, admitiam o dano moral puro (desacompanhado de um dano material), mas no cálculo da indenização, como adiante veremos, revelava-se, claramente, que se estava indenizando prejuízos materiais, e não morais. Tal posição era bem reveladora da opção, então reinante, de prestigiar o patrimônio em detrimento da pessoa (2008, p. 22).

Embora em algumas leis extravagantes já constassem dispositivos específicos sobre a reparação do dano extrapatrimonial desde a década de 1960, somente a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe ampla reparabilidade. Em seu artigo 5º, V e X, a Carta Magna previu expressamente a indenização autônoma do dano moral, consagrando-a, inclusive, como direito e garantia fundamental.

Nas palavras de Rui Stoco:

A declaração expressa no sentido de proteção e resguardo dos valores morais pela Constituição Federal não é propriamente um direito novo, mas apenas nova roupagem constitucional vestindo o velho e discutido direito.

E a Lei Magna fê-lo de forma restrita e abrangente.

Fez mais. Alçou esse direito à categoria de garantia fundamental (CF/88, art. 5º, V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Carta Magna (2007, p. 1.680).

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o Código Civil vigente, seguindo a orientação constitucional, reconheceram, de maneira expressa, a reparabilidade do dano puramente moral.

Essa compensação do dano moral dá-se por meio de indenização pecuniária, uma vez que a reparação natural da lesão experimentada pela vítima não se mostra possível, porquanto a dignidade da pessoa humana ou o direito da personalidade violado jamais poderia ser restituído ao *status quo ante* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006b, p. 76).

Nesse sentido, porque a reparação do dano moral não se presta a repor o estado anterior das coisas, mas apenas serve de compensação e consolo ao lesado, a fixação do *quantum* indenizatório é feita por arbitramento judicial. Cabe, pois, ao juiz, em cada caso concreto, de acordo com seu prudente arbítrio, as regras da experiência e os parâmetros jurisprudenciais, determinar o montante devido a título de indenização por dano moral.

Como asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O Juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com a sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de “justiça no caso concreto” (2006b, p. 354).

Ao valorar o dano moral, portanto, o magistrado deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade e arbitrar a indenização em quantia que, segundo sua prudência e bom senso, mostre-se compatível “com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 116).

Em síntese, quer-se dizer que o *quantum* indenizatório deve ser suficiente para compensar dano moral experimentado pela vítima, punir o ofensor e inibir novos comportamentos lesivos e antissociais do causador do dano ou de qualquer outro membro da sociedade, mas não pode representar fonte de lucro nem implicar o enriquecimento sem causa do indivíduo lesado.

4.3 O NASCITURO E O DANO MORAL

O artigo 2º do Código Civil, adotando expressamente a teoria natalista, estabelece como marco inicial da personalidade jurídica o nascimento com vida e nega ao nascituro o *status* de pessoa natural. A proteção assegurada ao concebido desde a fusão dos gametas, nesse sentido, tem caráter bastante restrito e, antes de representar uma preocupação com o desenvolvimento saudável do feto, visa a resguardar seus eventuais direitos patrimoniais e a preservar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas em que estes figuram como objeto.

Por certo que essa perspectiva essencialmente patrimonialista não se coaduna com os ditames da Constituição Federal, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e reconheceu o ser humano como núcleo e alicerce da sociedade e da ordem jurídica brasileira. Não há dúvidas de que a teoria concepcionista apresenta-se como a mais adequada ao espírito personalista abraçado pelo texto constitucional, porque identifica o nascituro como sujeito de direito desde a concepção e, deste modo, afirma a proteção integral da pessoa humana em seus múltiplos aspectos.

Não obstante, a despeito da teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio para demarcar o início da personalidade civil, não se pode olvidar que o nascituro, a partir da concepção, “passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe” (DINIZ, 2007a, p. 190). O concebido, portanto, é um ser humano em desenvolvimento e o nascimento não é o começo da vida, mas apenas a continuidade de um ciclo que teve início com a fecundação.

Nas palavras de Silmara Juny Chinelato:

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto –, representa apenas um *continuum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas

posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto (2000, p. 300).

No mesmo sentido é o entendimento de William Artur Pussi, para quem “[...] o embrião é desde a fecundação algo distinto da mãe e com autonomia genético-biológica, que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta” (2008, p. 188).

Assim sendo, porque existe como ser humano desde a união dos gametas, o nascituro tem reconhecidos os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição especial de indivíduo concebido e ainda não nascido, necessários para que tenha um desenvolvimento intrauterino sadio e nasça com vida, em perfeitas condições físicas e mentais.

Convém lembrar que os direitos da personalidade são inerentes à natureza humana e constituem expressão do Direito Natural, razão pela qual precedem o Direito Positivo e existem independentemente da personalidade ou da capacidade do indivíduo. Conforme a lição de Silmara Juny Chinelato, “[...] os direitos da personalidade não começam com o nascimento nem terminam com a morte. Iniciam-se *desde a concepção* e ultrapassam a morte” (2000, p. 321).

Ademais, como visto, os direitos da personalidade são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo respeito, proteção e promoção também são assegurados ao nascituro, como reconhecimento de sua condição humana e no intuito de impedir sua degradação e coisificação, porquanto a ele atribui-se o mesmo valor absoluto e incomensurável do ser humano nascido.

Destarte, uma vez concluído que o nascituro é titular dos direitos da personalidade e tem resguardada a sua dignidade como pessoa humana, imperioso admitir que a lesão a esses direitos constitui dano moral, na medida em que viola interesses imateriais que estão ligados aos atributos físicos, psíquicos e morais do indivíduo de maneira perpétua e permanente.

Nesse sentido, qualquer atentado injusto contra a vida, a integridade físico-psíquica, a honra, a imagem, a intimidade ou o nome do nascituro pode acarretar abalo moral passível de indenização e “ser objeto de reparação judicial, com base na teoria da responsabilidade civil, o que já encontra guarida em diversos julgados nacionais” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 43).

De acordo com Flávio Tartuce:

[...] o nascituro tem direito à reparação por danos morais suportados. Como se sabe, os danos morais podem ser conceituados como aqueles que atingem os direitos da

personalidade e, no caso da pessoa humana, a sua dignidade. Como se reconhecem direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos, concluindo-se pela possibilidade de o nascituro pleitear a correspondente indenização por danos imateriais (2007, p. 96).

Da mesma forma, segundo Benedita Inêz Lopes Chaves:

Portanto, encontramos proteção aos direitos do nascituro na legislação civil, que resguarda seus interesses e estabelece formas de defesa, caso haja necessidade e, na legislação penal, por envolver diretamente a questão da vida, punindo-se o aborto. Há ainda de ser considerada a responsabilidade por danos morais causados a ele [nascituro] que, como ser humano, tem seus direitos assegurados pela Constituição Federal, ficando demonstrado que não se valoriza somente o plano material mas, também, a moral e os bons costumes (2000, p. 125).

Parte da doutrina, no entanto, tem entendido que o nascituro não pode, de maneira irrestrita e absoluta, ser vítima de dano moral e que a existência do evento danoso depende das circunstâncias do caso concreto, “pois a equação que se apresenta não é de apenas aceitar ou repudiar a tese, mas de examinar sua aplicação quando preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos que informam o instituto” (STOCO, 2007, p. 1.807).

Com efeito, para Arnaldo Rizzardo, não repercutiriam na esfera personalíssima do nascituro “alguns fatos que se erigem em causas de dano moral em relação a outras pessoas, como a falsa acusação, a ofensa injuriosa, a publicação de notícia desabonatória, dada a falta de percepção” (2007, p. 264-265).

No mesmo sentido orienta-se a lição de Antonio Jeová Santos:

Surge a questão do nascituro. O art. 2º do novo Código Civil é específico ao mencionar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se aquele que está por vir à luz sofrer alguma lesão, vista, evidentemente, depois do nascimento, existe o dever de reparar. Aqui, há de ser feita uma distinção. Eventual doesto ou afetação à honra lançada contra o nascituro, não causará *dano moral*. Enquanto o ser encontra-se no claustro materno, não poderá sofrer esse tipo de dano. Porém, com os avanços da ciência que estuda a *psique* do indivíduo e as razões de certos comportamentos, retornando ao passado longínquo da pessoa, não será impossível que o reflexo do *dano moral*, surgido quando a criança ainda estava no ventre da mãe, somente se manifeste anos depois; provado o dano e o nexo de causalidade existirá a indenizabilidade do *dano moral* (2003, p. 129).

Esse entendimento, contudo, não se mostra razoável. Para a configuração do dano moral, é irrelevante o fato de que o nascituro não tenha consciência do mundo que o cerca e não seja capaz, acredita-se, de sentir e de compreender o mal que lhe está sendo impingido. Como antes mencionado, “a falta de compreensão da própria dor, ou até mesmo do ato do ofensor e do caráter axiológico que reveste o ilícito que causou a mortificação espiritual, não pode, de forma alguma, servir como empecilho à existência do *dano moral*” (SANTOS, 2003, p. 127).

Conforme preleciona Euclides Benedito de Oliveira:

Da mesma forma que merece proteção jurídica o amental, a criança ainda na primeira fase de vida ou aquele que esteja em vida comatosa, quando se lhes acarrete dano à personalidade, também enseja atenção o nascituro, em face do resguardo de seus direitos desde a concepção. Não é porque lhe faltem sentimentos, ou capacidade para expressá-los, que possa vir a ser ofendido em sua honra ou em outros aspectos de seu patrimônio pessoal (2003, p. 162).

E continua:

Nesse contexto, impõe-se a conclusão de que ao nascituro assiste direito de ser indenizado, tanto material quanto moralmente, de violações a quaisquer desses direitos. Com respeito ao primeiro, que decorre do próprio Direito Natural, não teria sentido a disposição do art. 2º do novo Código Civil se não houvesse proteção integral àquela expectativa do “nascimento com vida”; nem se justificaria a punição legal do aborto (arts. 124 a 126 do Código Penal). A integridade corporal se insere no mesmo princípio, pois sua violação implica evidente risco à sobrevivência do feto ou ao seu pleno desenvolvimento como ser humano. Os demais direitos se colocam como naturais reflexos dos anteriores. Hipótese de ofensa ao direito de imagem estaria na utilização inautorizada de captação havida por ultrassonografia. E constituiria violação à honra, por exemplo, a imputação de bastardia ao nascituro (2003, p. 163).

Assim, a doutrina tem admitido, sem grande desacordo, que o nascituro pode ser indenizado pelo dano moral decorrente de lesões sofridas ainda no ventre materno e que ocasionem defeitos físicos, marcas, doenças congênitas, problemas neurológicos ou limitação da capacidade dos membros, porque provocam a perda da aptidão do concebido para sentir e conhecer as situações prazerosas da vida, ferindo sua dignidade como ser humano. Ademais, “o afastamento da possibilidade de que a pessoa desenvolva os seus recursos intelectuais, semelhante à existente em pessoas normais, faz surgir uma anormalidade espiritual, quebrantadora do equilíbrio necessário para o viver em harmonia com outros seres humanos” (SANTOS, 2003, p. 130).

De acordo com Maria Helena Diniz:

Na vida intra-uterina [sic], até mesmo em caso de fertilização assistida *in vitro*, dever-se-á ter o mais absoluto respeito pela vida e *integridade física e mental* (CC, art. 949) dos embriões pré-implantatórios ou dos nascituros, sendo suscetível de indenização por dano moral qualquer lesão que venham a sofrer, como deformações, traumatismos, toxiinfecções, intoxicações etc. [...] (2007a, p. 192).

Igualmente, para André Gustavo C. de Andrade, diante do reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro, não se pode negar-lhe a possibilidade de pleitear indenização “[...] por deformações ou problemas físicos permanentes resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exames ou prescrição errada de medicamento em exame pré-natal” (2004, p. 17-18).

Do mesmo modo, a doutrina costuma reconhecer ao nascituro o direito de ser indenizado pelo dano moral decorrente da morte de seu pai, quando esta é provocada por ação

alheia derivada de dolo ou culpa. Isto porque a ausência da figura paterna, ainda que não sentida durante a existência intrauterina, repercute no normal crescimento de qualquer pessoa e implica uma redução dos valores e proveitos necessários ao pleno desenvolvimento do nascituro como ser humano.

Nas palavras de Yussef Said Cahali:

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é muito menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado (2005, p. 166-167).

Conquanto o nascituro seja titular dos direitos da personalidade desde a concepção e possa vir a tê-los lesionados ainda durante a gestação, a possibilidade de indenização do dano moral experimentado pelo concebido, como direito patrimonial que é, depende, necessariamente, da teoria que se adota para definir o início da personalidade jurídica.

Com efeito, segundo os adeptos da teoria natalista, a compensação do dano moral experimentado pelo nascituro no período de existência intrauterina somente é possível depois do nascimento com vida, porque antes disso falta-lhe personalidade jurídica e capacidade processual para exigir judicialmente seus direitos em nome próprio. A reparação do prejuízo resultante da lesão a algum dos direitos personalíssimos do nascituro, contudo, pode ser obtida por via reflexa, mediante indenização pleiteada por seus genitores.

Como assevera William Artur Pussi:

[...] a saída seria uma “*reparação reflexa*”, exigível por seus ascendentes. Embora o natimorto não pudesse de forma alguma postular a reparação em nome próprio, vale ressaltar que o *quantum debeatur* certamente não será o mesmo. A indenização por um filho morto seguramente seria maior que pela morte de um feto que jamais teve o *status* de ser humano (2008, p. 421).

Para a teoria da personalidade condicional, da mesma forma, a possibilidade de reparação do dano moral suportado pelo nascituro está condicionada ao nascimento com vida. Em caso de natimorto, portanto, o dano moral causado ao concebido ainda no ventre materno não seria passível de indenização, porque a condição não se implementou e a personalidade jurídica não chegou a ser adquirida.

Conforme a lição de Américo Luís Martins da Silva:

Todavia, antes do nascimento com vida entendemos ser cabível apenas a reparação natural, com o fim exclusivo de impedir a ocorrência do dano moral futuro. Por exemplo, vimos que tóxicos consumidos pelos pais, mesmo para fins terapêuticos,

poderão afetar o nascituro em seu desenvolvimento psíquico (instintos, sensibilidade, caráter), intelectual (percepção, memória) e físico (perturbações motoras) etc. Em tais casos, um ato ilícito do presente certamente causará dano moral à criança no futuro. Daí, desde a fecundação, o nascituro terá direito à reparação moral impeditiva de dano moral futuro. Nessa hipótese tal reparação poderá consistir, por exemplo, no recolhimento de sua mãe a um local de desintoxicação e tratamento psicológico, bem como acompanhamento e tratamento específico da criança durante a gravidez. No entanto, somente terá direito à reparação de dano material e à reparação pecuniária de dano moral quando tiver *personalidade jurídica material*, ou seja, após o seu nascimento com vida (2005, p. 420).

Não obstante, como na teoria natalista, antes do nascimento ou na hipótese de nascimento sem vida, “[...] haveria a possibilidade de reparação a ser pleiteada pelos ascendentes, mas não com fulcro em dano causado a pessoa (caso do filho já nascido), pois, para a referida teoria, o nascituro só adquire o *status* de pessoa quando nasce com vida” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 45-46).

A teoria concepcionista, por sua vez, reconhece a plena possibilidade de indenização do dano moral causado ao nascituro, conferindo-lhe a mesma proteção assegurada pelo ordenamento jurídico aos indivíduos nascidos. Assim, se lesado em sua dignidade como ser humano ou em seus direitos personalíssimos, o nascituro, porque tem personalidade jurídica e capacidade processual desde a concepção, pode exigir em juízo a compensação do prejuízo moral experimentado, mesmo antes do nascimento.

Nas palavras de William Artur Pussi:

Se, de forma oposta, o nascituro for considerado pessoa em sua plenitude (teoria *concepcionista* – à qual nos filiamos desde o início deste trabalho), pode ele ser indenizado por danos morais e patrimoniais, ou, caso tenha falecido, seus ascendentes podem exigir a dita reparação.

Nessa última hipótese, considerar-se-ia que o dano foi causado a filho menor, ampliando as possibilidades de indenização e, ainda que de forma indireta, do *quantum* indenizatório (2008, p. 421-422).

E prossegue: “nestes casos, o fundamento legal da responsabilidade, seja ela contratual ou extracontratual, seria exatamente o mesmo usado para os já nascidos” (PUSSI, 2008, p. 422).

O nascimento com vida, por conseguinte, não é pressuposto para o ajuizamento de ação condenatória objetivando a compensação do dano moral que o nascituro sofreu ainda no ventre materno. O direito de reparação do dano extapatrimonial pode ser reclamado durante a gestação, bastando que o nascituro seja representado em juízo por qualquer um de seus genitores ou pelo curador que lhe foi nomeado, assim como o absolutamente incapaz.

Da mesma forma, no caso de nascimento sem vida, a compensação do dano moral experimentado pelo nascituro por ocasião da gestação poderá ser exigida judicialmente por seus sucessores, porque se trata de direito patrimonial e, nos termos do artigo 943 do Código

Civil, transmite-se aos herdeiros do concebido, desde que o direito de ação tenha sido exercido durante a vida intrauterina daquele, que é pessoa e titular de efetivos direito desde a fusão dos gametas.

Nesse sentido, não há dúvidas de que a teoria concepcionista apresenta-se como a mais adequada ao espírito personalista adotado pela Constituição Federal, porquanto promove o respeito e a proteção integral da vida humana em todos os seus diversos aspectos e estágios de existência. Assegurar ao nascituro o direito à indenização pelo dano moral havido antes do nascimento significa, portanto, corroborar a salvaguarda dos direitos da personalidade que lhe são reconhecidos incondicionalmente desde a concepção, bem como afirmar a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo e fundamento básico da ordem jurídica brasileira.

4.4 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL AO NASCITURO: VISÃO JURISPRUDENCIAL

Embora com timidez, a jurisprudência brasileira tem admitido a possibilidade de reparação do dano moral ao nascituro, demonstrando que “a atribuição de personalidade [ao concebido] é a evolução normal de um caminho que já vem sendo traçado quando a lei resolve por a salvo seus direitos e penaliza aquele que atente contra a sua vida” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 46).

Em regra, as poucas causas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, referem-se, como na doutrina, ao prejuízo moral decorrente da morte do genitor do nascituro ou de lesões sofridas ainda no ventre materno e que ocasionam defeitos físicos, problemas neurológicos ou limitação da capacidade de membros, órgãos ou sentidos. O direito de receber indenização, no entanto, sempre foi reclamado após o nascimento com vida, não havendo notícias de ações ajuizadas ainda durante a gestação.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 339.028/SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, em 26 de fevereiro de 2002, reconheceu ao filho nascido dois meses depois do falecimento do pai o direito de ser indenizado pelo dano moral decorrente da perda do genitor, em acórdão assim ementado:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO

QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.

No caso, três filhos adultos pleiteavam a compensação do dano moral causado pela morte de seu pai, atropelado numa via férrea em outubro de 1975, quando um dos autores ainda era nascituro e os outros dois eram crianças de tenra idade. Em primeira e segunda instâncias, o pedido foi julgado improcedente, porque se entendeu que a existência da dor contemporânea ao fato lesivo é pressuposto da reparabilidade do dano moral e que o sofrimento dos autores teria desaparecido depois de decorridos mais de vinte anos do falecimento de seu genitor, eis que o tempo tudo apaga.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, entendeu que, enquanto não consumada a prescrição, o direito de reparação do dano moral não desaparece com o decurso do tempo, mas este fato deve ser considerado na fixação do *quantum* indenizatório. Reconheceu, ainda, que o nascituro deve ser compensado pelo dano moral decorrente da morte de seu genitor, ainda que não o tenha conhecido. A circunstância de ter nascido somente depois do falecimento do pai, contudo, deve ser sopesada no arbitramento do valor da indenização.

Tempos depois, em julgamento ocorrido no dia 17 de junho de 2008, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 931.556/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, novamente concedeu ao filho ainda não nascido quando da morte do pai indenização pelo dano moral e material dela decorrente, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. *DIES A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO.

PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

- *Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.*

- *Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.*

- *É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.*

- *Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes*

- *É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.*

- *A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes.*

Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.
Recurso especial da ré não conhecido.

A esposa e os filhos, um deles nascituro à época dos fatos, requeriam indenização pelo dano material e moral gerado pelo falecimento do marido e pai respectivamente, causado por acidente de trabalho havido em razão de culpa da empregadora, que exigiu do empregado tarefa não condizente com a sua função de mecânico e não lhe forneceu os equipamentos de segurança e o treinamento necessário para o desempenho da nova atividade.

Na primeira e segunda instâncias, o pedido dos autores foi julgado parcialmente procedente. Condenou-se a empregadora ao pagamento de pensionamento mensal e indenização a título de dano moral à viúva e aos três filhos menores de idade do empregado falecido. No Superior Tribunal de Justiça, a discussão cingiu-se ao momento da incidência da correção monetária e dos juros de mora relativos ao dano moral e ao *quantum* indenizatório, que foi fixado em montante igual para o filho nascituro e aqueles já nascidos quando do evento danoso.

Quanto a este último aspecto, o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi foi explícito ao afirmar que, na compensação do dano moral, não se fazem perquirições a respeito do tamanho do sofrimento íntimo experimentado pela vítima, porque a dor não é o dano em si, mas apenas a consequência deste. A valoração do dano moral dá-se através de critérios jurisprudenciais objetivos, que não levam em conta a intensidade do abalo psicológico sofrido pelo lesado, porque esta não é monetariamente quantificável.

Ademais, como consta do texto do acórdão, se a mensuração do sofrimento provocado pela ausência do pai fosse possível, a dor experimentada pelo nascituro, provavelmente, seria maior do que aquela suportada pelo filho já nascido por ocasião do falecimento, porquanto aquele foi privado do direito natural de ter o genitor presente em sua vida, notadamente nos primeiros anos, acompanhando o seu crescimento:

No mais, se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do

genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.

No que diz respeito aos danos físicos e psíquicos experimentados pelo concebido antes do nascimento com vida, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70003566577, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgada em 15 de maio de 2002, concedeu ao nascituro indenização pelo dano material e moral decorrente de lesões cerebrais causadas por erro médico durante o parto e que lhe condenaram à vida vegetativa, em estado de completa alienação mental, conforme a ementa que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AGE COM CULPA, POR IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA, MÉDICO OBSTETRA QUE DEIXA DE CONSTATAR O SOFRIMENTO FETAL, MANTENDO O PROCEDIMENTO DE PARTO NORMAL SEM APLICAÇÃO DE TÉCNICAS AUXILIARES À EXPULSÃO DO NASCITURO, E, NO MOMENTO CRÍTICO DO PARTO, ENTREGA A PARTURIENTE AOS CUIDADOS EXCLUSIVOS DA ENFERMEIRA ASSISTENTE, SAINDO DA SALA CIRÚRGICA, VINDO A NASCER O BEBÊ COM GRAVES LESÕES NEURAIS DECORRENTES DE ANÓXIA, QUE O CONDENA A UMA VIDA VEGETATIVA. DANOS MATERIAIS DECORRENTES DAS DESPESAS COM PERMANENTE TRATAMENTO MÉDICO, VENCIDAS E VINCENDAS, A SEREM APURADAS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PENSIONAMENTO VITALÍCIO MENSAL À CRIANÇA AMPARADO NAS CONSEQÜÊNCIAS DO DANO. PENSIONAMENTO AOS PAIS, PELO PERÍODO CORRELATO À IDADE ENTRE 14 E 25 ANOS. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL ASSECURATÓRIO, NOS TERMOS DO ART. 602 DO CPC, POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR CAUÇÃO IDÔNEA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DE PARÂMETROS ADEQUADOS À CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. APELAÇÃO DESPROVIDA, COM EXPLICITAÇÕES.

Do corpo do acórdão extrai-se que os pais e o filho menor de idade pugnavam pela reparação do dano material e moral que sofreram em virtude da deficiência mental aguda, conhecida como Síndrome de West, que acometeu a criança em virtude da omissão e negligência do médico obstetra na condução do processo de parto do nascituro, porque se retirou do centro cirúrgico em momento crítico e insistiu indevidamente na realização do parto normal.

O pleito foi julgado procedente na primeira instância e, a despeito do apelo do profissional requerido, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu que a conduta desidiosa do médico foi determinante para a falta de oxigenação havida no cérebro do feto, bem como para as conseqüentes lesões neurais irreversíveis que afetaram o concebido antes mesmo do nascimento com vida.

O direito do nascituro à reparação dos prejuízos materiais e morais decorrentes do evento danoso foi reconhecido em ambas as instâncias e o médico obstetra foi condenado ao pagamento das despesas com o tratamento médico e pensão mensal vitalícia à criança, assim

como de indenização pelo dano moral proveniente da completa frustração do projeto de vida do nascituro, compelido a viver como alienado mental e em estado vegetativo, sem qualquer espécie de movimento voluntário nem perspectiva de melhora.

Da mesma forma, em situação de menor gravidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 147.460.4/6-00, de relatoria do Desembargador Testa Marchi, julgada em 4 de outubro de 2005, reconheceu ao nascituro o direito de ser indenizado pelo dano material e moral provocado pela paralisia permanente de seu membro superior direito, havida em razão de erro médico na realização de seu parto, em acórdão assim ementado:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM RAZÃO DE SEQÜELAS QUE OCASIONARAM DANOS FÍSICOS NO NASCITURO, DURANTE O PROCEDIMENTO DE PARTO. IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DO MÉDICO E DO HOSPITAL DEMONSTRADAS POR FALTA DE ATENDIMENTO E PROCEDIMENTO ADEQUADOS PARA EVITAR A LESÃO. RESPONSABILIDADE POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ERRO MÉDICO, COM SEQÜELAS IRREVERSÍVEIS. CABIMENTO. APELO PROVIDO PARA DAR PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DA ACÇÃO.

No caso, os pais e o filho menor de idade pleiteavam indenização pelo dano material e moral decorrente de seqüela física permanente – paralisia do plexo braquial à direita – apresentada pela criança e causada pela negligência e imperícia do médico, que realizou o parto por via vaginal e a fórceps, quando o quadro clínico da genitora indicava a necessidade de cesariana.

A sentença prolatada em primeira instância julgou improcedentes os pedidos dos autores, porquanto não verificou a existência denexo de causalidade entre o defeito físico havido no braço direito da criança e as condutas do médico e do hospital em que o parto foi realizado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, lastreado na prova pericial produzida no feito, entendeu que o profissional médico e o hospital não tomaram todas as providências cabíveis para assegurar que o nascituro nascesse perfeito e saudável e deu provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais. Os requeridos foram condenados ao pagamento de pensão mensal e indenização a título do dano moral gerado pela perda permanente da mobilidade do braço direito da criança, ocorrida antes de perfectibilizado o nascimento com vida, quando aquela ainda era um nascituro.

Observe-se que, em nenhuma das decisões acima transcritas, discutiu-se a atribuição ou não de personalidade civil ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, fato que se repete em outras causas semelhantes também julgadas pelos tribunais pátrios. Isso porque, em todos os casos, o ajuizamento da ação deu-se em virtude de situações nas quais a

ocorrência do dano moral é presumida e não depende de prova, como a morte de um familiar e a existência de defeito ou deformidade física, e depois do nascimento com vida, quando, diante do que prescreve o artigo 2º do Código Civil, a existência da personalidade jurídica e do direito de receber indenização são incontestáveis.

Diferente, no entanto, mostra-se a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível n. 12394-4/195, de relatoria do Desembargador Rogério Arédio Ferreira, julgada em 25 de setembro de 2007, que adotou expressamente a teoria concepcionista para demarcar o início da personalidade jurídica e reconheceu ao nascituro a possibilidade de ser indenizado pelo atentado contra seu direito à vida e à integridade físico-psíquica, que não trouxe repercussões negativas visíveis para o concebido, conforme a seguinte ementa:

DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO. DUPLO APELO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM INDEVIDA DE POLICIAIS MILITARES. CARACTERIZAÇÃO DE DANO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CULPA EXCLUSIVA DAS VITIMAS. INOCORRÊNCIA. NASCITURO. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RAZOABILIDADE. 1 - DEVE SER EXCLUÍDA A INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM FAVOR DA MÃE MENOR QUE NÃO ENCONTRAVA-SE NO MOMENTO DA ABORDAGEM POLICIAL, FIGURANDO NOS AUTOS APENAS NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE LEGAL DE SUA FILHA. 2 - RESTANDO COMPROVADA A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS - POLICIAIS MILITARES, O DANO MORAL EXPERIMENTADO PELOS AUTORES E O NEXO DE CAUSALIDADE, CARACTERIZADA ESTA A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM RESSARCÍ-LOS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM CULPA EXCLUSIVA DAS VITIMAS E NEM EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. 3 - CONFORME ENTENDIMENTO DA TEORIA CONCEPCIONISTA E BASEADO NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, O NASCITURO É CONSIDERADO PESSOA DESDE A CONCEPÇÃO, DEVENDO SER RESGUARDADA SUA VIDA, INTEGRIDADE FÍSICA E SAÚDE, PODENDO SER INDENIZADO SE OCORRER ALGUM ATO ILÍCITO QUE LHE PREJUDIQUE OU COLOQUE EM RISCO SUA VIDA, NO PERÍODO DA GESTAÇÃO DE SUA MÃE. 4 - NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, ADVINDA DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL, A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE INCIDIR A PARTIR DO ATO JUDICIAL QUE FIXOU O MONTANTE DA CONDENAÇÃO. 5 - OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FORAM FIXADOS CONSOANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ, ATENDIDAS AS DISPOSIÇÕES DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 6 - DEVE-SE MANTER O QUANTUM A SER INDENIZADO QUANDO O JUIZ MONOCRÁTICO FIXA DO VALOR COM MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE. PRIMEIRA APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. REMESSA E SEGUNDA APELAÇÃO CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.

Do que consta do acórdão, depreende-se que os autores, dentre eles uma menina ainda não nascida à época dos fatos, pretendiam ser indenizados pelo dano moral decorrente de abordagem ilegal realizada por policiais militares em dezembro de 2001, quando foram alvos de tiros disparados pelos milicianos, bem como tratados de forma vexatória, algemados e encaminhados indevidamente à delegacia de polícia.

No primeiro grau de jurisdição, a sentença foi-lhes procedente, mas houve interposição de recurso por ambas as partes. Em seu apelo, os autores pleiteavam a majoração do *quantum* indenizatório. O Estado de Goiás, por sua vez, dentre outras razões, insurgiu-se contra a fixação de indenização em favor da autora que se encontrava no ventre materno por ocasião do incidente, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista e o dano suportado pelo nascituro não pode ser reparado.

Neste aspecto, contudo, o Tribunal de Justiça de Goiás manteve a sentença e negou provimento ao recurso da Administração Pública, adotando expressamente a teoria concepcionista e reconhecendo ao nascituro o direito de ser indenizado pelo dano moral decorrente do atentado contra a sua vida e integridade físico-psíquica, uma vez que a ordem jurídica assegura-lhe, desde a concepção, o direito de desenvolver-se naturalmente e vir ao mundo de forma sadia, sem traumas ou deformações.

No caso, a abordagem policial abusiva e ilegal não acarretou ao nascituro qualquer seqüela física ou psicológica perceptível durante a gestação ou depois do nascimento, mas apenas colocou em risco seu direito à vida e à integridade físico-psíquica, já que o nervosismo e o estresse emocional certamente enfrentados pela mãe naquela oportunidade poderiam ter afetado as reações e o desenvolvimento do feto de maneira duradoura e, até mesmo, permanente.

Note-se que, embora o tema da reparação do dano moral ao nascituro não seja abordado com muita frequência na jurisprudência brasileira, os tribunais têm entendido que compensação do prejuízo moral é devida ao concebido, ainda que em situações bastante restritas e apenas quando a ação é ajuizada após o nascimento com vida.

Tal fato, não há dúvidas, denota o início de uma adequação, ao menos na práxis, da legislação civil brasileira concernente ao início da personalidade jurídica à visão personalista delineada pela Constituição Federal e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que tende a alargar-se e a ganhar força, até que o nascituro seja efetivamente reconhecido como pessoa e uma cultura jurídica voltada para a proteção integral e concreta da vida humana, em qualquer de seus estágios, seja incutida no espírito dos operadores jurídicos brasileiros.

5 CONCLUSÃO

Por nascituro entende-se o ser humano que foi concebido, mas ainda não nasceu. Assim, em virtude do desenvolvimento da biotecnologia e do avanço das técnicas de reprodução assistida, o termo designa não só o ente resultante de fecundação *in anima nobile*, obtida naturalmente ou por meio de inseminação artificial, mas também o embrião humano decorrente de fertilização *in vitro*, mesmo que se encontre crioconservado.

Embora tenha natureza humana, o nascituro não é reconhecido como pessoa perante o ordenamento jurídico brasileiro, que não lhe atribui personalidade jurídica, mas ressalva e tutela seus direitos desde a concepção. Por este motivo, conquanto o artigo 2º do Código Civil preceitue expressamente que a pessoa natural apenas dispõe de aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações a partir do nascimento com vida, três correntes doutrinárias ainda procuram demarcar o início da personalidade jurídica e, por conseguinte, determinar a condição jurídica do nascituro no direito brasileiro, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

De acordo com a teoria natalista, a personalidade jurídica tem como termo inicial o nascimento com vida e, durante o período compreendido entre este e a concepção, o feto é tido apenas como *spes hominis*. O nascituro, portanto, trata-se de mera expectativa de pessoa e, como tal, possui meras expectativas de direitos, razão pela qual somente é considerado pessoa a partir da concepção para aquilo que a lei, taxativamente, considera ser-lhe juridicamente proveitoso e relevante.

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhece que o nascituro, desde a concepção, é dotado de direitos e personalidade jurídica, sobre os quais, no entanto, pende condição suspensiva, consistente no nascimento com vida. Durante a gestação, o concebido tem personalidade jurídica condicional e somente o gozo pleno dos direitos personalíssimos lhe é assegurado. A eficácia dos direitos patrimoniais que lhe são atribuídos ainda no ventre materno fica, pois, subordinada ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, quando a personalidade jurídica passa a existir em sua plenitude, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois.

Para os adeptos da teoria concepcionista, a personalidade jurídica tem início com a concepção, motivo pelo qual o nascituro possui personalidade jurídica e é titular de direitos personalíssimos e patrimoniais, que lhe são amplamente assegurados e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio e não se restringem àqueles expressamente enumerados pelo

Código Civil. Cumpre observar, porém, que os efeitos de alguns dos direitos patrimoniais que lhe são reconhecidos, como a herança, o legado e a doação, dependem, necessariamente, do nascimento com vida. Nesses casos, o nascimento sem vida atua como condição resolutiva, extinguindo os direitos patrimoniais materiais e fazendo desaparecer a sua eficácia.

A despeito da teoria adotada para demarcar o início da personalidade jurídica, deve-se ter em conta que o nascituro, desde a concepção, é um ser vivo independente, distinto da mãe e dotado de autonomia genético-biológica. O concebido trata-se, pois, de um ser humano em desenvolvimento e o nascimento não é o começo da vida, mas apenas a continuidade de um ciclo que teve início com a fecundação.

Com efeito, porque existe como ser humano desde a união dos gametas, o nascituro tem reconhecidos os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição especial de indivíduo concebido e ainda não nascido, necessários para que tenha um desenvolvimento intrauterino sadio e nasça com vida, em perfeitas condições físicas e psíquicas.

Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e estão ligados ao indivíduo de maneira perpétua e permanente, na medida em que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo, limite e fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, e estão relacionados com o desenvolvimento da pessoa em seus múltiplos aspectos.

São direitos que dizem respeito à própria qualidade de ser humano e têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa considerada em si mesma e em suas projeções sociais. A cada direito da personalidade, portanto, corresponde um valor fundamental, um atributo indispensável para a formação do indivíduo, que todos os seres humanos possuem como implicação de sua existência.

Tratam-se, pois, de direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e indisponíveis, que constituem expressão do Direito Natural e precedem o Direito Positivo, existindo independentemente da personalidade ou da capacidade do indivíduo, desde a concepção até depois da morte. Referem-se, fundamentalmente, à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome, muito embora constituam uma categoria elástica, que não é passível de previsão taxativa.

À luz da Constituição Federal de 1988, a violação desses direitos e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana acarreta abalo moral passível de indenização e pode ser objeto de reparação judicial. O dano moral, nesse sentido, consiste na

agressão a direitos e valores imateriais ligados à personalidade do ser humano, cujo conteúdo imediato não pode ser expresso economicamente nem mesmo reduzido a dinheiro.

Destarte, considerando que o nascituro é titular dos direitos da personalidade e tem resguardada a sua dignidade como pessoa humana, impõe-se admitir que a lesão a esses direitos constitui dano moral, sendo irrelevante o fato de que o concebido não tenha consciência do mundo que o cerca e não seja capaz de sentir e de compreender o mal que lhe está sendo impingido. Isto porque, como visto, o dano moral prescinde de qualquer alteração psicológica ou perturbação espiritual da vítima, que não consiste no dano em si, mas em mera consequência deste.

Malgrado o nascituro seja titular dos direitos da personalidade desde a concepção e possa tê-los lesionados durante a gestação, a possibilidade de reparação do dano moral experimentado pelo concebido, enquanto direito patrimonial, depende, necessariamente, da teoria que se adota para definir o início da personalidade jurídica.

Nesse sentido, de acordo com os adeptos da teoria natalista e da personalidade condicional, a compensação do dano moral experimentado pelo nascituro no ventre materno somente é possível depois do nascimento com vida. Antes disso ou na hipótese de nascimento sem vida, a reparação do prejuízo resultante da lesão a algum dos direitos personalíssimos do nascituro somente pode ser obtida por via reflexa, mediante indenização pleiteada por seus genitores.

A teoria concepcionista, por sua vez, reconhece a plena possibilidade de indenização do dano moral causado ao nascituro, conferindo-lhe a mesma proteção assegurada pelo ordenamento jurídico aos indivíduos nascidos. Assim, se lesado em sua dignidade como ser humano ou em seus direitos personalíssimos, o nascituro, mesmo antes do nascimento, pode exigir em juízo a compensação do prejuízo moral experimentado, eis que tem personalidade jurídica e capacidade processual desde a concepção.

Assim sendo, não há dúvidas de que a teoria concepcionista apresenta-se como a mais adequada ao espírito personalista adotado pela Constituição Federal, porquanto promove o respeito e a proteção integral da vida humana em todos os seus múltiplos aspectos e estágios de existência. Assegurar ao nascituro o direito à indenização pelo dano moral havido antes do nascimento significa, nesse contexto, corroborar a salvaguarda dos direitos da personalidade que lhe são reconhecidos incondicionalmente desde a concepção, bem como afirmar a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do ser humano como núcleo e alicerce da sociedade e da ordem jurídica brasileira.

Por fim, ressalte-se que, embora o tema da reparação do dano moral ao nascituro seja abordado com pouca frequência pelos tribunais brasileiros, o acolhimento da tese favorável por grande parte dos julgados demonstra que, certamente, a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro é o destino inevitável de um caminho que começou a ser percorrido no momento em que se pôs a salvo os direitos do concebido, porquanto não se pode negar ao ser humano em seu mais frágil e soturno estágio de vida plenos amparo e cuidado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 375, p. 3-26, set. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 335 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. 164 p.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18-57.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 set. 2009.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 7 out. 2009.

_____. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 set. 2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2009.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 8 out. 2009.

_____. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação de pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 18 set. 2009.

_____. Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 8 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 399.028/SP. Recorrente Antônio Nival Leônidas e outros e Recorrido Companhia Brasileira de Trens Urbanos. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=399028&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 30 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931.556/RS. Recorrentes Luciana Maria Bueno Rodrigues e outros e Rodocar Sul Implementos Rodoviários Ltda. e Recorridos Rodocar Sul Implementos Rodoviários Ltda. e Luciana Maria Bueno Rodrigues e outros. Relatora Ministra Nancy Andrichi. 17 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=931556&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 30 out. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005. 832 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101-133.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000. 142 p.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil: parte geral**. v. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 43-81.

_____. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. 380 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137-155, 181-213.

COSTA RICA. Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoeconstituicao/documentos/pactodesaojosedacostarica.htm>>. Acesso em: 2 out. 2009.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1429 p.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v. 7. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007a. 682 p.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** v. 1. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007b. p. 113-227.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral.** 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90-188.

FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 2321 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** v. 1. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006a. p. 87-202.

_____. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** v. 3. 4. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006b. 378 p.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n. 12394-4/195. Apelantes Antônio Ramos Papile e outros e Estado de Goiás e Apelados Estado de Goiás e Antônio Ramos Papile e outros. Relator Desembargador Rogério Arédio Ferreira. 25 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoess&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50-68.

_____. **Responsabilidade civil.** 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 966 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 284, p. 5-20, jun. 2001.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. 1382 p.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 366, p. 105-113, abr. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61-105.

MONTEIRO ROCHA, Antonio do Rêgo. O nascituro e sua personalidade civil à luz dos arts. 2º do CC e 5º, § 3º, da CF/1988. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 51-59.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16-17.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 59-63.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143-175.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 777, p. 472-484, jul. 2000.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 17, p. 97-128, abr./jun. 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Indenização por danos morais ao nascituro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145-166.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

PELUSO, Cesar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Monole, 2008. 2289 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. v. 1. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 211-259.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade. **Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 25, p. 70-73, jun. 2004.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 447 p.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. **Justilex**, Brasília, n. 27, p. 18-19, mar. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70003566577. Apelante Bartholomeu Petry e Apelados João Carlos Souza da Silva e outros. Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 15 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 31 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137-180.

_____. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 953 p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. v. 1. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 33-75.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. 4. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003b. 274 p.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003. 554 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 147.460.4/6-00. Apelantes Almir Adão e Silva e outros e Apelados Irmandade da Santa Casa de Misericórdia e Vicente Dias Peres. Relator Desembargador Testa Marchi. 4 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 31 out. 2009.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 223 p.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. 444 p.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. 391 p.

SLAIBI FILHO, Nagib. Dos direitos da personalidade. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, n. 106, p. 227-249, abr. 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo: Direito Público**, n. 94, p. 71-78, dez. 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. 1949 p.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 575 p.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controversas no novo código civil**: parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 83-104.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 46. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 83-92.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004a. p. 147-163.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. 4. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004b. 295 p.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 121-131, 159-184.