



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
EVELYN MANOEL CUSTÓDIO

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL CAUSADO
AO NASCITURO**

Tubarão,
2010

EVELYN MANOEL CUSTÓDIO

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL CAUSADO
AO NASCITURO**

Monografia apresentada no Curso de graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador (a): Prof.^a Maria Nilta Ricken Tenfen.

Tubarão,
2010

EVELYN MANOEL CUSTÓDIO

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL CAUSADO
AO NASCITURO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do
Título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma
final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de
Santa Catarina.

Tubarão, 25 de novembro de 2010.

Orientador (a): Prof.^a Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Amanda Pizzolo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Patrícia Muller, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico a meus pais, Edinete e Evivaldo, por todo amor, carinho e dedicação dispensados a mim. Ao meu namorado Kleper, companheiro fiel de todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que me deu forças para superar as dificuldades encontradas no caminho.

Aos meus pais, por não permitirem que eu desistisse dos meus sonhos. Amo vocês.

Ao meu namorado, Kleper Ferreira dos Santos, por todo amor dedicado a mim e pelas palavras de conforto e incentivo.

A minha orientadora, Professora Maria Nilta Ricken Tenfen, por ter acreditado neste trabalho, pela paciência e conhecimentos transmitidos.

A minha querida amiga, Rina Rostirola Chukster, pelo conhecimento transmitido e por sempre estar disposta a me ouvir, aconselhar e ajudar.

Aos amigos das Promotorias de Justiça da Comarca de Imbituba, pela companhia e apoio durante essa caminhada.

Aos queridos amigos de curso, Fracielli Inácio de Souza, Larissa dos Santos Hipólito, Bruna Neves, Débora Cataneo Zamparetti, Edite Kulkamp, Maria Eugênia Bento de Mello, Susana Novelli Tassi e Victor Matheus Constante, pelos momentos agradáveis de convívio e pelo companheirismo.

Por fim, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para mais esta conquista.

Se possuímos a liberdade de destruir a vida humana e negar-lhe a dignidade numa etapa, por que não em outras? Se, pelo contrário, a criança por nascer tem direitos pessoais ainda antes de ter nascido, e se estes direitos têm implicações pública, então o ser humano tem o direito à protecção ainda quando não possa proteger-se a si mesmo.[sic] (F. H. Henry, teólogo baptista dos E.U.A.).

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo geral analisar a possibilidade de reparação do dano moral causado ao nascituro, consoante os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito. Para tanto, como método de abordagem foi utilizado o dedutivo, uma vez que se partiu de uma proposição geral para atingir uma conclusão particular. O modelo de investigação utilizado foi o bibliográfico, utilizando-se como material de pesquisa leis, doutrinas e jurisprudências. A pesquisa possui como ponto de partida a análise da situação jurídica do nascituro no ordenamento jurídico pátrio e em normativos internacionais. Antes, porém, para uma melhor compreensão do tema, definir-se-á o conceito jurídico da palavra pessoa, bem como se conceituará a personalidade civil e apresentar-se-ão as correntes doutrinárias que buscam delimitar o seu início. Posteriormente, serão apresentados e analisados os direitos do nascituro contemplados em lei, incluídos nestes os direitos da personalidade, os quais pertencentes a todos os seres humanos. Finalmente, será estudada a possibilidade de o nascituro sofrer dano moral, iniciando-se pelo necessário estudo da responsabilidade civil e do dano moral. Assim, com base na pesquisa realizada evidenciou-se que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, possuidor de vários direitos expressos no ordenamento jurídico, desde a concepção, inclusive os direitos da personalidade, os quais inerentes a todos os seres humanos independentemente de sua condição. Logo, pode-se nitidamente concluir que é possível o nascituro sofrer dano moral, haja vista que, consoante moderna conceituação, o dano moral é a lesão aos direitos da personalidade, independentemente se tal lesão causou à vítima alteração no seu estado anímico, razão pela qual o fato de não poder afirmar, seguramente, se o nascituro é capaz de sentir dor, medo e angústia, não mais constitui óbice à configuração do dano moral.

Palavras-chave: Personalidade Civil. Nascituro. Direitos da Personalidade. Responsabilidade Civil. Dano Moral.

ABSTRACT

This search has as general objective analyze the possibility of moral damage reparation caused in unborn child, according to doctrine and jurisprudence comprehension about it. Therefore, the method of approach used was the deductive, since it started from a general proposition to reach a particular conclusion. The model of investigation utilized was bibliographic, using laws, doctrine and jurisprudence as material search. The search has as starting point analyzing the juridic situation of the unborn child at the paternal juridic ordainment and at the international normatives. But, before, for one better comprehension about the theme, it will define the legal concept of person, as well as will concept the civil personality and will present the doctrinal currents that is searching delimit the beginning. Posteriorly, it will be presents and analyze the rights of the unborn child contemplated in law, including the rights of personality belonging to all human. Finally, it will be study the possibility of the unborn child suffer the moral damage, starting with the necessary study of the civil responsibility and moral damage. Therefore, based on the search realized it showed that unborn child is a developing human owner of many expressed rights at juridic ordainment since the conception, inclusively the personality rights inherent of all human independent of his condition. Immediately, can be clearly to conclude that is possible to unborn child suffer moral damage, considering, according to modern conception the moral damage is a injury to the personality rights, independent if this injury caused to the victim changes on his mood, reason that it cannot being able to affirm with security, if the unborn child is able to feel pain, fear and anxiety, is no more obstacle to the configuration of material damage.

Keywords: Civil Personality. Unborn Child. Rights of Personality. Civil Responsibility. Moral Damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO	12
2.1 DA PESSOA NATURAL, PERSONALIDADE E CAPACIDADE.....	12
2.1.1 Da pessoa natural	12
2.1.2 Da personalidade e capacidade.....	13
2.2 O NASCITURO.....	16
2.2.1 Conceito de nascituro	16
2.3 AS TEORIAS A RESPEITO DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL.....	17
2.3.1 Teoria natalista.....	18
2.3.2 Teoria da personalidade condicionada	19
2.3.3 Teoria concepcionista.....	21
2.4 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL.....	24
2.5 A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO COMPARADO	28
3 PROTEÇÃO E DIREITOS DO NASCITURO	32
3.1 DIREITOS DO NASCITURO CONTEMPLADOS EM LEI.....	32
3.1.1 Direito à filiação	32
3.1.2 Do direito à curatela.....	34
3.1.3 Do direito à doação.....	35
3.1.4 Do direito à sucessão	36
3.1.5 Do direito aos alimentos	38
3.2 O NASCITURO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	39
3.2.1 Conceito e características.....	40
3.2.2 Direito à vida	45
3.2.3 Do direito à integridade física e psíquica.....	47
3.2.4 Direito à privacidade.....	48
3.2.5 Direito à integridade moral.....	49
4 DANO MORAL EM RELAÇÃO AO NASCITURO	54
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	54
4.1 Conceito	54
4.1.2 Pressupostos.....	55
4.1.3 Espécies de responsabilidade civil	57

4.1.4 Excludentes da responsabilidade civil	59
4.2 DANO MORAL.....	62
4.2.1 Conceito	65
4.2.2 Função e Arbitramento do <i>quantum indenizatório</i>.....	66
4.3 O DANO MORAL CAUSADO AO NASCITURO.....	68
5 CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise da possibilidade de indenização por dano moral causado ao nascituro, com base na legislação aplicável, bem como nos diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

O nascituro é o ser humano concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 2º, apesar de assegurar todos os direitos ao ser concebido, não lhe atribui personalidade civil. Diante dessa aparente contradição, surgiram três teorias com o fito de demarcar o início da personalidade civil do ser humano: a natalista, para a qual a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, a da personalidade condicionada, que afirma que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida e a concepcionista, que considera o início da personalidade civil a partir da concepção.

No entanto, ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, sujeito de direitos e obrigações, possui tutelados desde a concepção, uma gama de direitos, expressos na legislação, além dos direitos da personalidade, os quais compatíveis com a sua condição especial de ser humano em desenvolvimento e corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos valores mais importantes que o indivíduo pode ostentar.

Atualmente, o conceito de dano moral vem sendo atrelado diretamente à lesão a qualquer dos direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à integridade física e psíquica, honra, a imagem, a intimidade e o nome.

Desta forma, verificando-se que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, titular dos direitos da personalidade, duas perguntas fazem-se necessárias: o atentado injusto contra os direitos personalíssimos do nascituro possui o condão de acarretar abalo moral passível de indenização? O fato de não poder, seguramente, afirmar que este compreende a própria dor e o ato do ofensor excluem o dano moral?

A jurisprudência e a doutrina raramente abordam temas relativos a direitos do nascituro que não estejam expressos em lei e, quando isso ocorre, optam pela adoção da teoria natalista ou da personalidade condicionada, negando direitos ao nascituro, diante de sua ausência de personalidade.

A discussão acerca da responsabilidade civil por dano moral causado ao nascituro é consideravelmente nova nos tribunais pátrios existindo poucos julgados e opiniões de doutrinadores neste sentido, motivo pelo qual a pesquisa a este respeito mostra-se relevante.

Neste propósito, para a realização da presente pesquisa foram utilizadas, essencialmente, fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legais sobre o tema proposto.

Para melhor compreensão do tema, o trabalho, será estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, realizar-se-á um completo estudo sobre o tratamento dispensado ao nascituro pelo ordenamento jurídico nacional e por instrumentos normativos internacionais. Entretanto, primeiramente, para uma melhor compreensão do tema, definir-se-á o conceito jurídico da palavra pessoa, bem como se conceituará a personalidade civil e apresentar-se-ão as correntes doutrinárias que buscam delimitar o seu início.

No segundo capítulo, serão apresentados os direitos do nascituro contemplados em lei, bem como se abordarão os direitos da personalidade, direitos estes pertencentes a todos os seres humanos, inclusive ao nascituro, diante da sua inegável condição humana.

No terceiro capítulo, analisar-se-á o tema central deste trabalho, iniciando-se pelo estudo da responsabilidade civil, seus pressupostos caracterizadores, espécies e excludentes, para, posteriormente, apresentar um estudo acerca do dano moral, seu conceito, sua função e arbitramento do quantum indenizatório, finalizando com a análise da possibilidade do nascituro sofrer dano moral.

2 SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Para se compreender a situação jurídica atual do nascituro no Brasil, necessário se faz, primeiramente, conhecer a origem do termo “pessoa” adotada Código Civil brasileiro, pois somente a partir do momento em que o nascituro é considerado pessoa, é que ele terá a proteção integral de todos os seus direitos e interesses.

2.1 DA PESSOA NATURAL, PERSONALIDADE E CAPACIDADE

2.1.1 Da pessoa natural

O termo pessoa é oriundo do latim *persona* (*per* + *sonare*, cujo significado é ressoar), que era uma espécie de máscara que os antigos atores teatrais gregos e romanos utilizavam durante a representação, com a finalidade de que a sua voz ressoasse de um modo claro nos vastos anfiteatros.¹

Posteriormente, *persona* deixou de ser apenas sinônimo de máscara e passou a traduzir a própria atuação do papel representado pelo ator, e, ainda, em uma fase mais evoluída indicou o próprio homem que representava o papel.

A este respeito, leciona Monteiro:

Pessoa é oriundo do latim *persona*, que, adaptado a linguagem teatral, designava máscara. Isto é assim porque *persona* advinda do verbo *personare*, que significa ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais interessante, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde *persona* passou a exprimir a própria atuação do papel representado pelo ator, por fim, complementando esse círculo evolutivo a palavra pessoa passou a indicar o próprio homem que representava o papel.²

Tempos depois, mais precisamente na Idade Média, o vocábulo *persona* passou a ser utilizado no ramo do direito para designar o próprio ser humano.

Neste sentido, extrai-se da obra de Chaves:

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58

² MONTEIRO, loc.cit.

Servia aquele vocábulo, inicialmente, para designar a máscara usada pelos autores teatrais, graças à qual lhes era assegurado o aumento do volume da voz. Por analogia passou a palavra ser utilizada no direito para designar o ser humano, enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica. Isto se deu na idade média, pois, no direito romano, a idéia correspondente expressava pelo vocábulo “caput”.³

A palavra pessoa possui, ainda, três acepções, dentre elas a vulgar, filosófica e jurídica.

Vulgarmente pessoa é sinônimo de ente humano, porém essa acepção não se adapta à técnica jurídica. Isto porque, existem instituições que são reconhecidas como pessoas sem, no entanto, serem entes humanos, como, por exemplo, as pessoas jurídicas. Ademais disso, existiram entes humanos que outrora não eram pessoas, como os escravos, aos quais não eram reconhecidos direitos, sendo equiparados a coisas.⁴

Na acepção filosófica, “pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições.”⁵

Na acepção jurídica, pessoa “é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Deste modo, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.”⁶ Ou, ainda, nas lições de Farias e Rosenvald pessoa é o “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.”⁷

Neste sentido, é o que preceitua o artigo 1º do Código Civil, *in verbis*: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”⁸

Impende salientar, que no presente trabalho ao se fazer referência à pessoa na acepção jurídica, estar-se-á remetendo a todos os seres humanos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, indistintamente.

2.1.2 Da personalidade e capacidade

³ CHAVES, Benedita Inês Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000, p. 18.

⁴ MONTEIRO, 1996, p. 57.

⁵ MONTEIRO, loc. cit.

⁶ MONTEIRO, loc. cit.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 de ago. de 2010.

Como visto, pessoa na acepção jurídica, é sinônimo de sujeito de direito, logo, para ser pessoa basta existir.

A personalidade civil, por sua vez, é a aptidão genérica para se tornar sujeito de direitos e contrair obrigações.⁹

Nas palavras de Beviláqua, a personalidade civil é “uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.”¹⁰

Gagliano e Pamplona Filho a conceituam da seguinte maneira:

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.¹¹

Consoante se depreende, a idéia de personalidade está intimamente relacionada com a noção de pessoa, motivo pelo qual o ordenamento jurídico pátrio não considera como sujeitos de direitos os animais, as coisas inanimadas e as entidades místicas ou espirituais, tais como deuses, almas e santos.¹²

Sendo assim, a personalidade civil é o atributo reconhecido a uma pessoa para que esta seja reconhecida como sujeito de direitos.

Entretanto, a personalidade civil não pode ser somente atrelada ao conceito de sujeito de direito, uma vez que as entidades não personalizadas, a exemplo do condomínio edilício, da sociedade de fato ou da massa falida, podem ser titulares de relações jurídicas, conquanto não possuam personalidade.¹³ Destarte, a personalidade é muito mais do que a aptidão de possuir direitos e contrair obrigações, ela é uma característica individual da própria pessoa, ou seja, um atributo inerente à condição humana, sem a qual aquela não existe.

Segundo Diniz:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: RED, 1999, p. 81.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88-89.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.215.

¹³ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.104.

para aferir, adquirir e ordenar outros bens.¹⁴

Deste modo, conclui-se que a personalidade civil é imprescindível ao exercício de uma vida digna, pois uma vez o ser humano a possuindo é permitido a ele atuar no plano jurídico e reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade.

A personalidade civil também não se confunde com a capacidade. Aquela, como dito alhures, consiste na autorização genérica para a prática de atos jurídicos não proibidos, enquanto que esta é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, a qual se subdivide em capacidade de direito, definida como a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem, e capacidade de fato, conceituada como a aptidão para exercer por si só os atos da vida civil.¹⁵

Nesse sentido, preleciona Diniz:

Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, surge a noção de capacidade que é a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa, de modo que todo indivíduo possui aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, traduzindo-se na capacidade de gozo ou de direito. Quanto à capacidade de fato e de exercício, poderá haver restrições legais, porque, para tanto, é necessário haver discernimento, juízo e prudência, por parte da pessoa, ao exercer por si os atos da vida civil.¹⁶

Assim, tal subdivisão ocorre porque nem toda pessoa é capaz de exercer seus direitos ou praticar os atos jurídicos pessoalmente, por possuírem algumas limitações orgânicas ou psicológicas que as impedem. Neste caso, é permitido ao incapaz exercer seus direitos por meio de representantes.¹⁷

A este respeito, esclarece Gomes citado por Gagliano e Pamplona Filho:

[...] a capacidade de fato condiciona-se a capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.¹⁸

Desta maneira, a capacidade de direito, que toda pessoa possui, consiste em um atributo da personalidade civil, definida, por sua vez, como a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99-102.

¹⁵ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131-132.

¹⁶ DINIZ, 2007, p.115.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹⁸ *Ibid.*, p. 89.

Diante de todo o exposto, verificou-se que a personalidade civil é inerente ao ser humano, todavia, resta definir o momento em que ela é adquirida, fato este que constitui profunda dissensão entre doutrinadores, devido a incongruência entre as orações do art. 2º do Código Civil, conforme se verá de maneira mais aprofundada em momento próprio.

2.2 O NASCITURO

2.2.1 Conceito de nascituro

Consoante a etimologia do termo, nascituro de derivação latina *nasciturus*, consiste naquele que há de nascer, encontrando-se presente no ventre da mãe.¹⁹ Gagliano e Pamplona Filho definem o nascituro como um “ente concebido, embora ainda não nascido.”²⁰

Pussi o define da seguinte maneira:

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.²¹

Merece destaque, também, o conceito introduzido por 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 se 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.²²

Com base nos conceitos supracitados, verifica-se que o nascituro é o ser humano já concebido, ou seja, quando já ocorreu a fusão dos gametas (junção do óvulo ao espermatozóide), formando, assim, o zigoto ou embrião, nidado, o que significa dizer, implementado nas paredes do útero materno (vida intra-uterina).

¹⁹ ALMEIDA, 2000, p. 6.

²⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 88.

²¹ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

²² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.36.

Por fim, frise-se que, como o nascituro é o ente não nascido, mas já concebido, não se confunde com a denominada prole eventual, uma vez que esta representa o nascituro ainda não concebido, o qual poderá, até mesmo, não vir a ser concebido.²³

2.3 AS TEORIAS A RESPEITO DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL

A personalidade civil, conforme já se relatou neste trabalho, é essencial para o exercício de uma vida digna, pois uma vez o ser humano a possuindo é permitido a ele atuar no plano jurídico e reclamar a proteção dedicada pelos direitos da personalidade. Viu-se, ainda, que ela é um atributo inerente à condição humana.

No entanto, o momento em que ela é adquirida constitui a principal divergência entre doutrinadores, diante do disposto no artigo 2º do Código Civil Brasileiro que dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²⁴ Assim, ao mesmo tempo em que se nega ao nascituro a personalidade civil, assegura-lhe proteção desde a concepção o que gera profundas discussões entre os doutrinadores a respeito da real intenção do legislador ao proferir uma norma, aparentemente, contraditória.

Em virtude de tal discussão, a doutrina divide-se em: natalistas, concepcionistas e os que adotam a teoria da personalidade condicionada. A primeira corrente sustenta que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. A segunda considera que o início da personalidade civil se inicia com a concepção. A terceira afirma que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida.

2.3.1 Teoria natalista

Adotada por grande parte da doutrina e aparentemente acolhida pelo artigo 2º do Código Civil Brasileiro, estabelece essa teoria que a personalidade civil da pessoa começa do

²³ GODINHO, Adriano Marteleto apud PUSSI, 2008, p.49.

²⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. loc. cit.

nascimento com vida, possuindo o nascituro apenas expectativas de direitos desde a concepção.²⁵

Neste sentido, assevera Pontes de Miranda:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa). Todavia entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.²⁶

Trata-se de corrente majoritária na doutrina, chancelada por autores clássicos, dentre os quais se destacam Leonardo Espínola, Vicente Rao, Sílvio de Salvo Venosa e Sílvio Rodrigues. Para estes, a teoria natalista é a mais adequada, diante da interpretação literal do Código Civil.

Para esta teoria, a vida se inicia no instante em que o ser humano respira o que pode ser clinicamente verificado pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. Assim, uma vez comprovada a respiração, o indivíduo torna-se sujeito de direitos, mesmo que venha a falecer segundos após o nascimento.²⁷

Os adeptos desta teoria, afirmam, ainda, que o nascituro não possui vida independente, pelo fato de ser apenas parte das vísceras maternas. A este respeito, afirma Semião:

Para a escola natalista, então o nascituro não tem vida independente, é parte das vísceras maternas. Argumentam que, inclusive, na fase gravídica, a mãe e o filho nascituro chegam a manter um órgão comum a ambos, que é a placenta. Pode-se dizer que a placenta é um órgão misto, pois, é formada em parte por tecido do *infantus conceptus* e em parte do tecido materno. Nela os vasos sanguíneos do nascituro e da gestante ficam muito próximos, permitindo a entrada de alimentos e oxigênio para ele e a saída de uréia e gás carbônico para a mãe.²⁸

Desta forma, o nascituro seria uma expectativa de pessoa e, por este motivo, possuiria apenas expectativas de direitos, logo somente seria considerado pessoa a partir da concepção para aquilo que a lei expressamente prevê, como o direito à filiação, à curatela, de receber doação, de suceder e, finalmente, o direito a alimentos.

Nesta esteira, leciona Semião:

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

²⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdala. **Os direitos do nascituro:** aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.40.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000, p. 83.

²⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 81.

²⁸ SEMIÃO, 2000, p.42.

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.²⁹

Para os natalistas a existência destes direitos, não leva a conclusão de que o nascituro possui personalidade civil. Assim, sustenta Venosa:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, 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, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.³⁰

Do mesmo modo, afirmam que o Direito Penal não atribuiu personalidade ao nascituro ao protegê-lo contra a interrupção da vida intra-uterina, pois a vida deste não se encontra protegida de forma absoluta, uma vez que existem hipóteses em que a legislação penal não considera o aborto crime, como em casos de aborto terapêutico e sentimental, ocasiões em que os interesses da mãe sobrepõem ao direito à vida do concebido.³¹

Por fim, alegam que “a doutrina natalista é a que mais se adapta à ciência da biogenética e ao mundo moderno sem se contradizer”, uma vez que, “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.”³²

2.3.2 Teoria da personalidade condicionada

A teoria da personalidade condicionada é aquela que sustenta que a personalidade civil começa com a concepção, mas os direitos do nascituro ficam sujeitos a uma condição suspensiva de que ocorra o nascimento com vida.³³

Acerca do tema, ensina Monteiro:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes direitos se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento

²⁹ SEMIÃO, 2000, p.41.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.

³¹ SEMIÃO, op. cit., p. 45

³² PEREIRA, 2004, p.221.

³³ ALMEIDA, 2000, p. 155.

com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.³⁴

Como defensores desta corrente doutrinária, cita-se Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Arnaldo Wald.

Para estes, durante a vida intra-uterina o nascituro possui a proteção da lei, a qual lhe assegura certos direitos personalíssimos e patrimoniais, sujeitos a uma condição suspensiva.

Segundo a lição de 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.³⁵

Assim, ao nascituro somente é atribuída uma personalidade ficta, pois somente adquirirá todos seus direitos se nascer com vida, e, por outro lado, se nascer morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, haja vista que se trata de direitos eventuais, os quais a eficácia subordina-se ao evento futuro e incerto do nascimento.

Vale ressaltar, por oportuno, que a crítica a esta corrente é que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos à condição, ou seja, não existe direito de personalidade condicional. Nessa linha de intelecção, assevera Almeida:

Seria contraditório, por exemplo, admitir condicionalmente o direito à vida, subordinando à condição de nascer com vida. O mesmo se diga quanto ao direito à integridade física, reconhecendo-se cada vez mais ao nascituro, na atualidade, a indenização de danos pré-natais.³⁶

Ademais, tal teoria, segundo Tartuce “acaba reconhecendo que o nascituro não possui direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, expectativa de direitos”.³⁷ E, diante disso, prossegue concluindo que: “consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista.”³⁸

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

³⁵ 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. São Paulo: Método, 2007, p.89-90.

³⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Estatuto jurídico do nascituro: O Direito Brasileiro. In: *Ibid.*, p.55.

³⁷ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: *Ibid.*, p.90.

³⁸ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: *Ibid.*, p.99-100.

Assim, em síntese conclusiva, defende a teoria da personalidade condicionada que a personalidade jurídica se inicia com a concepção, estando os direitos do nascituro sujeitos à condição suspensiva do nascimento, o que significa dizer que uma vez o feto nascendo com vida é considerado pessoa desde o momento em que foi concebido.

2.3.3 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista defende a existência do ser humano a partir do momento da concepção e afirma ser o nascituro pessoa a ser protegida pela lei.

Isto porque, para os adeptos desta teoria, a exemplo de Teixeira de Freitas, Beviláqua, André Franco Montoro, Limongi França e Francisco dos Santos Amaral, a concepção é o momento em que se origina um novo ser humano, o qual possui existência própria e apresenta características biológicas distintas do organismo materno. Assim, assevera Almeida: “o embrião ou feto representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Por isso, não é exato ou certo afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe.”³⁹

No mesmo sentido, Alberton, aduz que: “a ciência ratifica o pensamento filosófico, segundo o qual o corpo formado pela união de espermatozóide e óvulo é um ser humano, já capaz de compartilhar como os demais homens, dos mesmos direitos.”⁴⁰

Destarte, por ser o nascituro, sob o prisma biológico, uma pessoa distinta de sua genitora, não constituindo simples parte de seu corpo e, do ponto de vista filosófico, uma pessoa que detém o germe de todas as características de ser racional, goza ele de direitos, não taxativos, fundamentais para lhe garantir desenvolvimento saudável e, conseqüentemente, lhe permitir o nascimento com vida.⁴¹

Para os defensores desta corrente “ao receber proteção jurídica, inclusive quanto à vida, o nascituro é sujeito de direitos e obrigações como pessoa, até porque esta é o centro

³⁹ ALMEIDA, 2000, p.183.

⁴⁰ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 25.

⁴¹ ALMEIDA, op. cit., p.163.

receptor daqueles. Inexistindo pessoa, incorre direito. O elemento subjetivo do fato jurídico é a pessoa.”⁴²

Assim, em conformidade com os fundamentos da teoria concepcionista, o nascituro é titular de direitos personalíssimos e patrimoniais, que lhe são amplamente assegurados desde a concepção, não se restringindo àqueles expressamente elencados pelo Código Civil.

Argumentam, ainda, que não há explicação para o fato do nascituro possuir direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico, na legislação civil e penal, sem que seja considerado pessoa. Nesse diapasão, preleciona Semião:

Arremata a doutrina concepcionista como argumento de que, em face do tratamento dispensado ao nascituro pelo Direito Penal e pelo Direito Civil, há que se reconhecer a sua personalidade civil, uma vez que essas legislações calculam a existência desde a concepção, para atribuir-lhe desde então, direito ao homem, sendo assim irrecusável, que a começar desse momento ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.⁴³

Por esta teoria, é refutada a alegação de que o nascituro possuiria expectativa de direitos, pois vários destes e, notadamente, os direitos da personalidade, não estariam condicionados ao nascimento, existem independentemente dele.⁴⁴

Cabe ressaltar, que o nascimento com vida, para os concepcionistas, seria uma condição resolutória apenas aplicável aos efeitos de alguns dos direitos patrimoniais que lhe são reconhecidos, como a herança, o legado e a doação⁴⁵. Nascendo sem vida, extinguem-se tais direitos patrimoniais, desaparecendo a sua eficácia.

A este respeito, leciona Diniz, citada por Gagliano e Pamplona Filho:

Poder-se-ia mesmo afirmar, que na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam 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.⁴⁶

Por fim, impende salientar que, não obstante a predominância da teoria natalista no direito brasileiro, os nossos tribunais, ainda que a passos lentos, vem reconhecendo que o

⁴² 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.56.

⁴³ SEMIÃO, 2000, p.40.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ FARIAS, 2006, p. 184.

⁴⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 83-84.

nascituro goza de personalidade civil desde a concepção. Neste sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SEGURO-OBIGATÓRIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO A PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O NASCITURO GOZA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DESDE A CONCEPÇÃO. O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS. APELAÇÃO A QUE SE DA PROVIMENTO. Passando já ao exame do fundo da causa, entendo que a personalidade da pessoa humana começa com a própria concepção no ventre materno e não somente a partir do nascimento com vida. Em verdade, como bem leciona Silmara J. A. Chinelato e Almeida (Direito do nascituro a alimentos – uma contribuição do direito romano. In: Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, outubro-dezembro de 1990, p. 52-60) “... 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. Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos em nossa tese de doutorado e em trabalhos posteriores que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional”. Já o grande Teixeira de Freitas, adotando posição muito à frente de seu tempo, afirmava que “pessoas por nascer existem, porque, suposto não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno” (Esboço do Código Civil, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1952, vol. I, nota ao art. 53), reconhecendo também o início da personalidade do nascituro desde a sua formação no ventre materno. Nessa linha de entendimento, Silmara Almeida, acentua que “... a análise da legislação, bem como dos diversos Projetos de Código Civil que antecedem o Código ora vigente, demonstram que a paridade entre pessoa nascida e nascitura foi observada, segundo a regra geral do direito romano, distinguindo-se claramente o nascituro ou concebido, da prole eventual”. Em verdade, o Código Civil, em seu art. 4º, quando trata do nascituro, apenas condicionou ao nascimento com vida alguns direitos patrimoniais, como, por exemplo, aqueles relativos à herança e à doação. Procede, pois, o pleito formulado pelos autores, visto que os filhos então concebidos já gozavam, mesmo no ventre da mãe, da condição de pessoas, protegidas pela ordem jurídica, condicionados apenas alguns direitos patrimoniais ao efetivo nascimento com vida.⁴⁷ (grifo do autor).

Destaque-se, ainda, por derradeiro, que o Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, adotou a teoria concepcionista 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.”⁴⁸ Logo, afirmam os concepcionistas que “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.”⁴⁹

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70002027910**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de março de 2001. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20 de ago. 2010.

⁴⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2010.

⁴⁹ 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; OLIVEIRA, (Coord.), 2007, p.58.

Apresentado o conceito de nascituro, bem como as correntes a respeito da aquisição da personalidade civil por este, analisar-se-á a seguir a evolução histórica do tratamento dispensado ao nascituro no direito comparado e no Brasil e, após, verificar sua situação atual no direito comparado.

2.4 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Desde a remota antiguidade o nascituro é alvo de profundas discussões e reflexões.

Primeiramente, na Grécia Antiga, os gregos atribuíam ao nascituro capacidade jurídica, o que pode se verificar através da leitura da história de Plutarco contida na obra *Vie des hommes illustres*, narrada por Almeida:

Segundo Plutarco, Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a rainha tivesse um filho, seria a ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de autor.⁵⁰

Os gregos protegiam também a vida e a integridade física do nascituro, haja vista que a prática do aborto era castigada de forma severa, notadamente em Tebas e em Mileto, sendo punida com reparação de danos causados à família. No entanto, o aborto era defendido por Platão e Aristóteles diante de necessidades demográficas, e também por Pior era defendido o aborto eugênico com a finalidade de se manter a pureza das raças.⁵¹

Importante destacar, que a incriminação do aborto na Grécia, segundo Pussi, somente ocorreria: “após a aquisição da alma pelo nascituro, o que ocorreria entre 40 dias após a concepção para o homem e aos três meses para mulher.”⁵²

No direito romano, segundo a doutrina, existiam inúmeras contradições a respeito da figura do nascituro, haja vista a existência de textos que reconheciam e posteriormente negavam a personalidade jurídica deste. Entre os textos destaca-se o que afirma ser o *infans conceptus* apenas parte do corpo da própria mãe e aquele que, em sentido contrário, afirma ser o nascituro um ser humano equiparado à criança já nascida.⁵³

⁵⁰ ALMEIDA, 2000, p.17.

⁵¹ PUSSI, 2008, p.53.

⁵² Ibid., p. 54.

⁵³ Ibid., p. 56.

Apesar das referidas contradições, que perduram até os dias atuais, predominava o entendimento de que o nascimento era requisito essencial para a aquisição da personalidade pelo nascituro, somado ao fato de estar completamente separado do ventre materno, apresentar forma humana e ser viável, ou seja, não se tratar de um aborto.⁵⁴ Neste sentido, afirma Semião:

Manifesta-se vacilante o Direito Romano quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante ao brocardo: *Nasciturus pro iam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*. Em outras, ainda considerava-se a criança não viável como despida de personalidade e, finalmente, às vezes, negava-se a personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana. Porém dizem os natalistas que não há dúvidas de que prevaleceu entre os juristas romanos o conceito de que o feto é apenas parte das víceras da mulher e não podia, portanto, ser considerado pessoa. O feto que ainda não foi dado a luz não se diz que seja um homem.⁵⁵

Todavia, para a defesa dos interesses do nascituro era permitido invocar a regra da antecipação presumida de nascimento, proclamando-se que “*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur.*”⁵⁶ Assim, apesar de parte da doutrina romanista não considerar o nascituro como pessoa, operava-se uma equiparação deste ao já nascido com o propósito de lhe garantir e assegurar direitos que, neste caso, independiam do nascimento com vida.

No Brasil Colônia, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, o nascituro era considerado como “o filho por nascer” sendo lhe atribuídos direitos, notadamente nas Ordenações Filipinas, nas quais se admitia que a mulher grávida pudesse possuir bens que pertenceriam ao nascituro quando necessário à garantia de sobrevivência e sustento deste.⁵⁷

Rompidos os laços com a Corte de Portugal, cogitou-se a elaboração de um Código Civil. Os trabalhos de codificação do Direito Brasileiro iniciaram com o Esboço Teixeira de Freitas, o qual, entre outras questões, observou que à Lei caberia conservar os direitos do nascituro para o tempo de seu nascimento e instituiu direitos como a sucessão e a posse em nome do ventre. O referido jurista defendia, ainda, que a existência das pessoas tem início com a concepção, adotando a denominada teoria concepcionista.⁵⁸

⁵⁴ PUSSI, loc. cit.

⁵⁵ SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 46.

⁵⁶ O nascituro é considerado como já nascido, toda vez que se trata de seu interesse. Cf.: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 216.

⁵⁷ ALMEIDA, 2000, p. 178.

⁵⁸ PUSSI, op. cit., p.128.

No entanto, sem que o esboço fosse concluído, o Governo rescindiu o contrato com Teixeira de Freitas, e incumbiu primeiramente ao Ministro Nabuco de Araújo, a apresentar um novo projeto, o qual, após a morte deste, foi finalizado por Joaquim Felício dos Santos. No novo projeto apresentado, o nascituro era considerado pessoa desde a concepção, era tratado como “a pessoa por nascer”, e estava incluído no rol dos incapazes.⁵⁹

Em 1890, Coelho Rodrigues foi escolhido para apresentar um novo projeto, sendo que este, a exemplo do anterior, não agradou ao legislativo. Neste projeto atribuiu-se ao nascituro à condição de filho desde a concepção, e ainda, nos dizeres de Pussi: “apresentava uma controvertida novidade em seu art. 2º, a exigência da forma humana como requisito da personalidade.”⁶⁰

Por fim, em 1899, foi apresentado o projeto de Clóvis Beviláqua, que previa que a personalidade civil do ser humano começaria a partir do momento da concepção, condicionada ao nascimento com vida, considerando o nascituro como absolutamente incapaz, porém sujeito de direitos, sendo protegido contra o aborto, possuindo o direito de receber doações e de ser herdeiro testamentário ou legatário.⁶¹

Entretanto, o referido projeto sofreu inúmeras críticas e alterações, notadamente em relação à figura do nascituro. Assim, consoante o projeto revisto e convertido na Lei 3.071 de 01.01.1916, a personalidade jurídica do ser humano começaria apenas a partir do nascimento com vida.⁶²

Ao se proceder à análise dos projetos apresentados antes do Código Civil de 1916, pode-se observar claramente a adoção da teoria concepcionista pelos seus autores, conforme aduz Pussi: “ Inicialmente, cumpre registrar que toda a tradição jurídica brasileira acerca dos “direitos do nascituro” referenda o reconhecimento do início da personalidade a partir do momento da concepção.”⁶³

O Código Civil de 1916, contrariamente ao projeto primitivo de Beviláqua, adepto da teoria concepcionista, buscou respaldo na teoria natalista ao dispor em seu artigo 4º: “A personalidade civil do homem começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”⁶⁴ Deste modo, o nascimento seria verificado por um

⁵⁹ PUSSI, 2008, p.134.

⁶⁰ PUSSI, loc. cit.

⁶¹ PUSSI, loc. cit.

⁶² Ibid., p. 136.

⁶³ Ibid., p.190.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 28 ago 2010.

exame denominado Docimasia Hidrostática de Galeno, que se trata de um procedimento utilizado para averiguar se a criança nasceu com vida.⁶⁵

A partir da redação do supracitado artigo surgiram diversas controvérsias sobre qual teoria da personalidade havia adotado o Código Civil de 1916.

Isto porque, diante da aparente divergência entre as orações, surgiram entendimentos de que as orações dos referidos artigos eram coordenadas e independentes que contemplavam duas diferentes situações: a primeira revelava a adoção da teoria natalista pela legislação civil brasileira, enquanto a segunda demonstrava que o Código protegia o nascituro apenas contra perigos iminentes ou eventuais, resguardando seus direitos apenas como expectativas sujeitas ao nascimento com vida. Assim, ao nascituro somente seriam assegurados os direitos expressos na legislação.⁶⁶ De tal entendimento pactuava Caio Mário da Silva Pereira.

Em sentido contrário, entendia-se que não havia contradição alguma entre as orações do aludido artigo 4º, porquanto, mesmo que a primeira oração consagrasse a teoria natalista quando isoladamente considerada, quando interpretada em conformidade com a segunda oração, a qual não assegurava somente expectativas, mas reais direitos ao nascituro, revelava-se a adoção da teoria concepcionista pela legislação civil de 1916. Tal entendimento era defendido por Almeida.⁶⁷

Com a promulgação do Código Civil de 2002 as controvérsias existentes entre natalistas e concepcionistas acerca do início da personalidade civil permaneceram, haja vista que o legislador preferiu manter o que previa a legislação civil de 1916 ao dispor em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Além das existentes correntes doutrinárias natalista e concepcionista, após a promulgação do Novo Código Civil, surgiu uma outra teoria a respeito do início da personalidade civil, a teoria da personalidade condicionada, defendida por Arnaldo Wald e Miguel Maria de Serpa Lopes, segundo a qual o nascituro possui direitos sob condição suspensiva.⁶⁸

Acerca de tais controvérsias, Fiúza aduz que:

[...] o legislador parece um tanto pleonástico [...] perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas

⁶⁵ DE MATTOS, Luzia Thereza Baptista apud PUSSI, 2008, p.139.

⁶⁶ SEMIÃO, 2000, p.68.

⁶⁷ ALMEIDA, 2000, p. 197.

⁶⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 83.

entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa com o nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro são postos a salvo. Direitos só detêm pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002.⁶⁹

Em que pese à profunda discussão doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação vigente, concorda a doutrina que independente do momento em que a personalidade civil se inicia, o nascituro goza de efetiva proteção legal de seus direitos desde a concepção, sendo-lhe assegurados os direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome, bem como os direitos previstos pela legislação, como os direitos a receber doação, à curatela, à prevenção ao aborto, ser beneficiado por legado e herança e aos alimentos.⁷⁰

2.5 A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO COMPARADO

O estudo do tratamento dispensado ao nascituro nos demais países, bem como a teoria da personalidade adotada por estes é de suma importância, pois proporciona melhor entendimento do tratamento a ele dispensado no ordenamento jurídico nacional.

Do direito latino-americano, verifica-se, inicialmente, que o Código Civil Argentino adotou a teoria concepcionista, uma vez que considera o nascituro como pessoa e lhe atribui direitos sem condicioná-los ao nascimento com vida, a exemplo dos direitos de ser representado, de receber doações e direito à herança.⁷¹

Cabe ressaltar, que a legislação argentina é uma das mais amplas em relação à proteção ao nascituro, haja vista que sua Constituição Federal de 1994 autoriza os tratados e acordos internacionais apresentem hierarquia superior a lei. Assim, a convenção dos direitos da criança – que considera criança todo ser humano menor de 18 anos de idade- é plenamente aceita pelo direito argentino. Além disso, a Constituição Federal portenha considera o

⁶⁹ FIÚZA, César. **Código Civil Anotado**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 24.

⁷⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.85.

⁷¹ ALMEIDA, 2000, p.85-88.

embrião como pessoa humana e, conseqüentemente, um ser dotado de personalidade jurídica.⁷²

Os Códigos Civis do Uruguai e México, por sua vez, prevêem que o indivíduo é protegido pela lei desde sua concepção, no entanto a personalidade somente é adquirida pelo nascimento, gozando o nascituro de direitos previstos expressamente pela legislação.⁷³

O Código Civil Chileno considera pessoa na acepção jurídica a partir do seu nascimento e a sua personalidade condicionada ao nascimento com vida. Assim os direitos do nascituro permanecem em uma condição suspensiva, e caso não ocorra a condição, que é o nascimento com vida, passam a outra pessoa. No entanto, são conferidos ao concebido alguns direitos incondicionais, a exemplo do direito à vida, à saúde e o direito de usufruir a mãe dos bens da herança do nascituro quando necessário à sua subsistência e à sobrevivência do feto, além do direito à tutela, à curatela, à representação e à herança⁷⁴.

O Código Civil Peruano de 1984 apesar de não considerar o nascituro pessoa, lhe assegura direitos como à vida, o de ser reconhecido para efeitos de filiação, à indenização por danos causados por terceiros, aos alimentos e os direitos de receber doações e herança, sendo estes últimos condicionados resolutivamente ao nascimento.⁷⁵

Do direito europeu, extrai-se, primeiramente, que na França a situação do nascituro constitui questão controvertida. Consoante o artigo 725 do Código Civil Francês, o nascituro é sujeito de direito contanto que nasça vivo e viável. Assim, para René Savatier a personalidade somente é concedida à criança desde que nasça viva e viável. Desta forma, se nascer morta não possui personalidade mesmo que tivesse possuído vida intra-uterina, mas se nascer viva e viável a personalidade retroage à época da concepção, trata-se da personalidade antecipada. Para Leon, Henri, Jean Mazeaud e Michel de Juglart o nascituro possui personalidade condicional, que depende da viabilidade e do nascimento com vida. Por fim, Gérard Mémetau defende ser o nascituro pessoa pelo fato de ser sujeito de direitos e aduz, ainda, que se existem leis que o defende, é porque, existe um princípio maior, uma regra geral que confere direitos ao nascituro.⁷⁶

O Código Civil Italiano, por sua vez, manifesta-se favorável à teoria natalista, dispondo em seu artigo 1º que a capacidade jurídica é adquirida no momento do nascimento com vida, não existindo o requisito da viabilidade, bem como determina expressamente que

⁷² PUSSI, 2008, p.117.

⁷³ SEMIÃO, 2000, p 54.

⁷⁴ PUSSI, op. cit., p. 114.

⁷⁵ Ibid., p.110.

⁷⁶ PUSSI, loc. cit.

os direitos atribuídos ao nascituro subordinam-se ao nascimento. Rescigno citado por Almeida, aduz que os direitos conferidos ao nascituro no ordenamento jurídico italiano são:

O art. 462, terceiro parágrafo, reconhece a capacidade do concebido para adquirir por testamento, enquanto o art. 784, primeiro parágrafo, reconhece-lhe também a capacidade para receber doações... também o art. 692 primeiro e segundo parágrafos, admite substituição fideicomissária a favor do nascituro não concebido. A aceitação da doação ao não concebido é feita pelos pais, conjuntamente, ou por aquele que teria o pátrio poder, nos termos do art. 320, primeiro parágrafo.⁷⁷

O Código Civil Alemão prevê que a aquisição da personalidade jurídica acontece com o nascimento com vida e dispõe expressamente situações em que os interesses do nascituro são protegidos pela lei desde a concepção, ainda que condicionados ao nascimento.⁷⁸

O Código Civil Português adota de maneira expressa a teoria da personalidade condicionada, visto que estabelece que a personalidade civil seja adquirida após o nascimento completo e com vida, não obstante goze o nascituro da proteção jurídica da lei desde a concepção. A legislação portuguesa contempla ao nascituro direitos como o de representação, à proteção contra o aborto e à sucessão.⁷⁹

O Código Civil da Áustria, ainda que de 1811, confere ampla proteção ao nascituro, uma vez que adotou a teoria concepcionista ao atribuir ao nascituro personalidade civil desde a concepção. Porém, ressalte-se, que o nascituro somente é considerado pessoa para atender aos seus interesses, e não aos interesses de terceiros.⁸⁰

Na Espanha, quanto ao nascituro, dispõe o art. 29 do Código Civil que o nascimento com vida determina o início da personalidade, mas o concebido possui todos direitos como se nascido fosse, os quais resguardados de maneira condicional. Saliente-se que somente se considera nascido o feto que apresentar figura humana e viver, no mínimo, vinte e quatro horas.⁸¹

Por fim, colhe-se do direito asiático que no Código Civil da China a personalidade de uma pessoa se inicia com o seu nascimento e termina com a morte, todavia, são protegidos os interesses e direitos da personalidade desde a concepção, assemelhando-se com o tratamento dispensado ao nascituro na legislação brasileira.⁸²

⁷⁷ ALMEIDA, 2000, p. 74.

⁷⁸ SEMIÃO, 2000, p. 54.

⁷⁹ PUSSI, 2008, p.94.

⁸⁰ Ibid., p.117.

⁸¹ Ibid., p. 119.

⁸² Ibid., p.121.

Devidamente apresentado o conceito de nascituro, as teorias a respeito da aquisição da personalidade civil por este, sua evolução histórica no direito grego e romano, bem como no ordenamento jurídico brasileiro, e, ainda, sua tutela jurídica no direito comparado, será analisado no capítulo subseqüente a proteção e os direitos conferidos ao nascituro no ordenamento jurídico pátrio.

3 PROTEÇÃO E DIREITOS DO NASCITURO

Consoante se verificou no capítulo anterior, a doutrina brasileira define o início da personalidade e, conseqüentemente, a proteção do nascituro, de acordo com os parâmetros da teoria adotada.

No entanto, independentemente da teoria adotada, concorda a doutrina que o nascituro é um ser humano que possui reconhecimento dos direitos necessários para que venha a nascer vivo desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, seja sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional, ou mediante uma expectativa de direito, consoante a natalista.

Assim, para Pamplona Filho e Araújo, “assegurar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina 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,”¹ razão pela qual, não há como lhe negar a proteção plena de todos os seus direitos.

De qualquer forma, detendo ou não personalidade civil, o nascituro possui direitos assegurados, e não apenas aqueles expressamente contemplados em lei, nos quais se incluem o direito à filiação, à curatela, de receber doação, de suceder e o direito a alimentos, mas sim todos os direitos relativos à personalidade, que lhe são inerentes e decorrem de sua natureza humana.

3.1 DIREITOS DO NASCITURO CONTEMPLADOS EM LEI

3.1.1 Direito à filiação

As relações de parentesco são estabelecidas no momento da concepção e não do nascimento. Assim, dispõe o artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

¹ 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.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.²

No mesmo sentido, prescreve o parágrafo único, do artigo 1609 do Código Civil, *in verbis*: “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”³

Desta forma, o nascituro poderá ser reconhecido como filho, ainda que esteja em desenvolvimento no útero. Para isto basta que seja feita uma declaração escrita, seja por meio de escritura pública, testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz.

A paternidade do nascituro poderá ser reconhecida, ainda, de maneira forçada ou compulsória, mediante ação de investigação de paternidade, que poderá ser proposta contra o pai e, caso este seja falecido, contra seus herdeiros e legatários. Considerando que o vínculo de paternidade tem natureza personalíssima, a legitimidade ativa para propositura da ação é apenas do nascituro, o qual será representado pela sua genitora.⁴

Neste sentido, extrai-se do seguinte julgado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – ALIMENTOS – ILEGITIMIDADE DE PARTE DA MÃE – EXTINÇÃO DA AÇÃO – DIREITO DO NASCITURO – ART. 4º – ART. 338 – ART. 339 – ART. 458 – ART. 462 – ART. 384 – INC. V – ART. 385 – CC – ART. 26 – PARÁGRAFO ÚNICO – ART. 27 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Civil. Família. Processual. Filiação. Ação de Investigação de Paternidade de nascituro, ajuizada pela mãe, julgada extinta por ilegitimidade de parte. Possibilidade, no Direito Brasileiro, ante normas protetivas do interesse do nascituro (arts. 4º; 338 e 339; 458 e 462, c/c os arts. 384, V e 385, do Código Civil), de ser ajuizada a ação investigatória em seu nome, o que resta admitido pelo parágrafo único do art. 26 do ECA, ao permitir, como o antigo parágrafo do art. 357 do Código Civil, seu reconhecimento, sem distinção quanto à forma. Este consiste ainda, pelo art. 27 do ECA, em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Tutela do direito à vida na Constituição (arts. 5º e 227). Nascimento da criança após a sentença. Recurso provido para ter o feito seguimento, figurando ela, representada pela mãe, no pólo ativo. Remessa de peças à Corregedoria-Geral de Justiça por descumprimento do art. 2º da Lei nº 8.560/92.⁵

² BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

⁴ CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000, p. 86-87.

⁵ RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível n.º 0007741-29.1999.8.19.0000 (1999.001.01187)**. 7ª Câmara Cível. Relator. Des. Luiz Roldão F. Gomes. 04 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=199900101187&Consulta=&CNJ=0007741-29.1999.8.19.0000>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

A propósito, dissertando sobre a legitimidade para a propositura da ação investigatória, afirma Venosa:

São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade, como autoriza o art. 1.609, parágrafo único (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante do parágrafo único do art. 357 do Código Civil de 1.916).⁶

No entanto, cabe ressaltar que predomina entre os natalistas o entendimento de que o direito ao reconhecimento da paternidade não é assegurado ao nascituro, haja vista que “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.”⁷

Em que pesem os argumentos em sentido contrário, é certo que a melhor doutrina é aquela que adota a idéia de que não há obstáculo legal para que o nascituro proponha ação de investigação de paternidade, haja vista que, segundo Chinelato e Almeida, “a finalidade precípua desta ação 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.”⁸

Assim sendo, o nascituro poderá ter a sua filiação reconhecida, mesmo que ainda esteja em desenvolvimento no útero, de maneira voluntária ou forçosa.

3.1.2 Do direito à curatela

O direito à curatela encontra-se previsto no artigo 1.779 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.”⁹

Deste modo, não possuindo capacidade de agir, ou melhor, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, o nascituro, assim como os menores impúberes e as pessoas absolutamente incapazes, deverá sempre ser representado.

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família, 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 317.

⁷SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 74.

⁸ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiwa, 2000, p. 100.

⁹BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

Entretanto, quando interdita ou desprovida de poder familiar a mãe, ou quando falecido, desconhecido, interdito ou desprovido do poder familiar o pai, será dado ao nascituro curador, para que os interesses do concebido sejam resguardados de maneira adequada.¹⁰

Acerca do instituto da curatela, leciona Gonçalves: “O instituto da curatela completa, no Código Civil, o sistema assistencial dos que não podem, por si mesmos, reger sua pessoa e administrar seus bens.”¹¹

Assim, o curador terá o dever de zelar pelos interesses patrimoniais do nascituro quando este receber algum bem, em virtude de herança, legado ou doação, bem como, na lição de Peluso: “zelar para que nasça com vida, impedindo que a gravidez seja interrompida.”¹² Nascendo com vida, cessa a curatela e, sendo necessário, nomeia-se tutor ao nascituro.

Por fim, cabe salientar que a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro acaba dando amparo à teoria concepcionista. Isto porque, segundo os concepcionistas, notadamente Tartuce: “Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela” E prossegue afirmando que: “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).”¹³

3.1.3 Do direito à doação

O direito do nascituro de receber doações encontra-se previsto no artigo 542 do Código Civil que declara: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita por seu representante legal.”¹⁴

¹⁰ FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1942.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 609.

¹² PELUSO, Cesar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Monole, 2008, p. 1.927.

¹³ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil: parte geral**. São Paulo: Método, 2007. p.102.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

Desta forma, o nascituro possuirá o direito de receber bens por meio de doação, desde que seu representante legal manifeste aceitação e, ainda, que já esteja concebido no momento da liberalidade.

Uma vez o representante legal do nascituro aceitando a doação, este restará legitimado para entrar na posse dos bens doados. Em caso de não haver a necessária aceitação, a doação não existirá pela falta de representação, mesmo que venha a nascer com vida.¹⁵

Conforme já relatado no presente trabalho, os efeitos da doação, tanto para os concepcionistas quanto para os natalistas, ficam condicionados ao nascimento com vida. Logo, segundo Mattos: “se o concebido nascer sem vida, embora aceita a doação, esta será considerada inexistente, como se nunca tivesse ocorrido e o bem volta a incorporar o patrimônio do doador.”¹⁶

3.1.4 Do direito à sucessão

Ao nascituro são assegurados plenos direitos à herança, porém se estiver concebido no momento da abertura da sucessão. Assim, 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.”

Consoante se depreende da leitura do supramencionado artigo, é necessário que ao tempo da morte do autor da herança, o nascituro já esteja concebido. No entanto a eficácia da sucessão depende do seu nascimento com vida.

Segundo lição de Leite:

São capazes de herdar as pessoas nascidas ou já concebidas (nascituros) no momento da abertura da sucessão. Isto é, pelo novo artigo, ambas as categorias – nascidos e nascituros - podem ser chamadas à sucessão, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento.¹⁷

¹⁵ ALMEIDA, 2000, p. 233.

¹⁶ MATOS, Karina Denari Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 366, p. 105-113, abr. 2008.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

Deste modo, caso o nascituro nasça morto, não adquirirá a herança nem poderá transmiti-la. Esta 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.¹⁸

A este respeito, leciona Almeida:

Com o nascimento, o direito não somente se consolida, mas também retrotrai, em favor do neonato, cabendo-lhe o espólio e os seus frutos e rendimentos. Se vem à luz morto, o sucessor imediato herda a partir do falecimento do inventariado, *momento mortis*, e também o seu direito retrotrai.¹⁹

Por fim, insta salientar, que os representantes legais do nascituro poderão, desde a abertura da sucessão, postular a imissão na posse dos bens herdados por este, os quais, conforme já exposto, estão condicionados ao seu nascimento com vida. (artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil).²⁰

3.1.5 Do direito aos alimentos

Juridicamente, alimentos significa aquilo que é necessário para garantir a subsistência humana. Hodiernamente, por subsistência humana entende-se não somente a alimentação propriamente dita, mas também gastos com vestuário, educação, assistência médica e lazer.

Nesse sentido, leciona Dias:

A expressão ‘alimentos’ vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar seu valor.²¹

O direito aos alimentos encontra-se previsto no artigo 1.694 do Código Civil, *in verbis*: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua *condição* social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”²²

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007, p.51-52.

¹⁹ ALMEIDA, 2000, p. 235.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 407

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

Desta forma, pode-se afirmar que o direito do nascituro aos alimentos decorre do poder familiar e visa suprir as suas necessidades pré-natais para um desenvolvimento intra-uterino saudável.

Assim, leciona Alberton:

Consequentemente, partindo do entendimento de que o nascituro deve ser considerado como filho desde o momento da concepção, ou seja, deva ter o status de filho desde a concepção, lhe devem ser reconhecidos os mesmos direitos normalmente concedidos aos filhos, dentre os quais, o direito a alimentos. No caso, a obrigação alimentar dos pais em relação ao nascituro e aos filhos, enquanto menores, é decorrente do dever de sustento que tem como causa do pátrio poder dos pais sobre os filhos, nascidos ou não.²³

O direito do nascituro aos alimentos é fundamentado, ainda, no direito à vida e baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o seu fornecimento proporciona ao concebido a sua sobrevivência, assegurando o fornecimento de cuidados médicos, assistência pré e perinatal, medicamentos, cuidados com alimentação e preparativos para o parto.²⁴

A respeito dos alimentos ao nascituro, vale trazer à baila o ensinamento de Pereira:

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no direito à própria vida e estar seria comprometida se à mão necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre.[...] Na hipótese de reconhecimento anterior ao nascimento autorizada pelo parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, não se pode excluir a legitimidade do nascituro para a ação de alimentos.²⁵

Após a promulgação da Lei n. 11.804/08, o direito do nascituro ao recebimento ou não de alimentos tornou-se indiscutível. Assim, “existindo indícios de paternidade o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.”²⁶

Para Lomeu: “Os alimentos gravídicos podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez.”²⁷

²³ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 87.

²⁴ Ibid., p. 75-77.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 517-519.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 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/111804.htm>. Acesso em: 27 de ago. de 2010.

²⁷ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos Avoengos. **IBDFAM**. 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

Confirmando o já exposto, para a nova lei, os alimentos devidos ao nascituro deverão compreender:

[...] os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a 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.²⁸

Ressalte-se que, em que pese constar na referida lei que está sendo disciplinado o direito de alimentos da mulher gestante, verifica-se que na realidade trata-se de direito tendente a assegurar a subsistência e a integridade física do nascituro, portanto, tal lei destina-se a proteção deste.

A este respeito, leciona Dall'Oglio e Copetti: “malgrado se mostre inequívoca a redação do dispositivo (art. 1º), temos que os alimentos previstos em lei são de titularidade do nascituro, como forma de resguardar o seu direito à vida, e não de sua genitora.”²⁹

Ademais, há tempos que a jurisprudência vem reconhecendo que, por ser um direito personalíssimo, o nascituro é parte legítima para pleitear alimentos:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, **e também o nascituro, representado pela mãe gestante.**³⁰ (grifo nosso)

Por fim, tal entendimento, é reforçado pelo fato dos alimentos gravídicos serem, conforme parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/08³¹, automaticamente, convertidos em prestação alimentícia após o nascimento, o que demonstra claramente que a intenção maior do legislador foi proteger a vida do ser em desenvolvimento.

3.2 O NASCITURO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

²⁸ BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, loc. cit.

²⁹ DALL'OGGIO; Adilto Luiz; COPETTI; Sávio Ricardo Cantadori. Alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais. ANADEP. Brasília, DF, 15 maio 2009. Disponível em < <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=5967> >. Acesso em: 30 ago. 2010.

³⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 1.0024.04.377309-2/001**. 8º Câmara Cível. Relator: Des. Duarte de Paula. Belo Horizonte, 10 de junho de 2005. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=377309&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> >. Acesso em: 16 de ago de 2010.

³¹ BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, loc. cit.

Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho: “Não há a menor dúvida que o ser humano é o titular por excelência dos direitos da personalidade.”³²

Desta forma, sendo o nascituro um ser humano em desenvolvimento, não há como lhe negar a proteção dos direitos da personalidade, os quais derivados da própria dignidade ínsita ao ser humano.³³

A este respeito lecionam Farias e 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.³⁴

Ademais, o reconhecimento que o nascituro possui tutelados desde a concepção os direitos da personalidade, consoante Pamplona Filho e Meirelles, “[...] 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.”³⁵

Para melhor compreensão acerca dos direitos da personalidade e a importância deste estudo para o presente trabalho monográfico, serão apresentados nos itens subsequentes seu conceito e características e os direitos da personalidade em espécie.

3.2.1 Conceito e características

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes ao ser humano, os quais se encontram ligados a este de maneira perpétua e permanente. Para Amaral, tratam-se de “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.”³⁶

Para Bittar os direitos da personalidade são:

[...] os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.142.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.185.

³⁵ PAMPLONA; ARAÚJO, loc. cit.

³⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.³⁷

Assim, consoante Farias e Rosenvald “são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular,”³⁸ motivo pelo qual não podem ser destacados da pessoa de seu titular, logo, não há quem não os titularize.

A este respeito, leciona Rodrigues:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular, pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constitui um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e, portanto a ele ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade.³⁹

Para Diniz, os direitos da personalidade consistem no:

[...] primeiro bem da pessoa, pertencendo-lhe como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. Assim, são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, partes separadas do corpo); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária) e sua integridade moral (honra, segredo pessoal, profissional, doméstico, imagem, identidade pessoal, social e familiar).⁴⁰

Tais direitos são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se torna, nas lições de Ulhoa, “um dos mais importantes valores que a pessoa humana ostenta.”⁴¹

Sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, leciona 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.⁴²

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 7.

³⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.101-102.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 99-102.

⁴¹ COELHO, 2003, p. 181.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16

Cabe salientar, que pelo fato dos direitos da personalidade serem inerentes ao ser humano, não há qualquer condição, requisito ou pressuposto para sua aquisição. Conforme Pussi: “referir-se da inerência desta classe de direitos é falar a respeito de algo que nasce com o ser humano, a ele se imanta no recôndito de sua alma.”⁴³

São, ainda, direitos inatos ao homem, anteriores a ele mesmo, que apenas continuam na personalidade humana. Desta forma, ao Estado caberia apenas reconhecê-los e sancioná-los, não tachá-los ou limitá-los. Nesta esteira, leciona 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.⁴⁴

No entanto, a idéia supracitada pertence a corrente dos jusnaturalistas, não podendo deixar de mencionar a corrente positivista, para a qual não existem direitos inatos à condição humana, uma vez que os direitos da personalidade devem ser apenas aqueles reconhecidos pelo Estado.⁴⁵ Para Tepedino:

[...] os direitos do homem, para ter uma efetiva tutela jurídica, devem encontrar o fundamento na norma positiva. O direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade; a ética, a religião, a história, a política, a ideologia, são apenas aspectos de uma idêntica realidade [...] a norma é, também ela, noção histórica.⁴⁶

Sendo assim, independentemente da corrente adotada, o essencial é, consoante Gagliano e Pamplona Filho, “compreender que a dimensão cultural do direito, como criação do homem para o homem, deve sempre conservar o conteúdo mínimo de atributos que preservem essa própria condição humana como uma valor a ser tutelado”⁴⁷.

Os direitos da personalidade diante de sua importância no cenário jurídico possuem, ainda, certas características que lhes são peculiares, que os destacam dos demais direitos privados.⁴⁸

Assim, os direitos da personalidade podem ser classificados como: absolutos, vitalícios, imprescritíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais e indisponíveis.

⁴³ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 7.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

⁴⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.138.

⁴⁸ *Ibid.*, p.144.

São absolutos, oponíveis *erga omnes*, pois permitem ao seu titular defendê-los contra qualquer pessoa, o que impõe a todos os indivíduos o dever de respeitá-los.

Neste sentido, leciona Ulhoa:

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.⁴⁹

Desta forma, diante desta característica, o seu titular pode demandar proteção jurisdicional contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido os direitos da personalidade.⁵⁰

Além de absolutos, são vitalícios, o que significa dizer, consoante Gagliano e Pamplona Filho que: “são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde o seu nascimento até sua morte. Sendo inerentes à pessoa, extinguem-se, em regra, com o seu desaparecimento.”⁵¹

No entanto, cabe salientar, que alguns destes direitos se refletem mesmo após a morte da pessoa, é o caso do direito ao corpo morto, além do direito à indenização em casos de lesão à honra do indivíduo após a sua morte.

São imprescritíveis, pois não existe um prazo para o seu exercício, não se extinguindo pelo não-uso.⁵² Ainda, nas lições de Farias e Rosendal, a imprescritibilidade: “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.”⁵³

Cabe ressaltar que a imprescritibilidade dos direitos da personalidade, refere-se, nas lições de Gagliano e Pamplona Filho “aos efeitos do tempo para aquisição e extinção de direitos,”⁵⁴ ou seja, eles nascem com o ser humano e somente desaparecem com a morte deste, não se extinguindo, porém, pelo não-uso. E prosseguem afirmando que não se confundem, todavia:

[...] com a prescritebilidade da pretensão de reparação por eventual violação a um direito da personalidade. Se há uma violação, consistente em ato único, nasce nesse momento, obviamente, para o titular do direito, a pretensão correspondente, que se extinguirá pela prescrição, genericamente, no prazo de três anos.⁵⁵

Caracterizam-se também pela extrapatrimonialidade, o que significa dizer que são insuscetíveis de avaliação pecuniária.

⁴⁹ COELHO, 2003, p. 182.

⁵⁰ COELHO, loc. cit.

⁵¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2009, p. 149.

⁵² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

⁵³ FARIAS, 2006. p. 106.

⁵⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.149.

⁵⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p 149.

Entretanto, quanto os direitos da personalidade são lesados, a vítima terá direito a indenização, a qual não se equipara a remuneração ou contraprestação, uma vez que não há como precificar de maneira exata o desconforto sofrido.⁵⁶

Há, ainda, casos em que alguns direitos da personalidade possuem caráter patrimonial, a exemplo do direito à imagem, notadamente o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.⁵⁷ Neste sentido, extrai-se das lições de Coelho:

Mas, se a quase-totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, dependendo do titular, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação em massa.⁵⁸

Os direitos da personalidade caracterizam-se, também, como indisponíveis, diante da inexistência de meios juridicamente válidos e eficazes para aliená-los, pois, nos dizeres de Venosa, “em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato.”⁵⁹

Nas palavras de Gagliano e Pamplona filho: “A indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, os que faz com que os direitos da personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentro dos direitos privados.”⁶⁰

Assim, em decorrência de tal característica são direitos intransmissíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis.

São irrenunciáveis, pois não podem ser abdicados. A ninguém é dado o direito de dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem. Desta forma, ainda que o titular manifeste por escrito a vontade expressa de renunciar algum direito da personalidade, tal ato não é válido, devido a sua indisponibilidade.

Os direitos da personalidade são, ainda, intransmissíveis, ou seja, não se transmitem, seja por ato entre vivos ou em virtude de sucessão por morte. Acerca desta característica, cabe transcrever lições de Monteiro:

Realmente, 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

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 173.

⁵⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 146.

⁵⁸ COELHO, 2003, p 182.

⁵⁹ VENOSA, loc. cit

⁶⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 147.

fixadas. Assim, nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício.⁶¹

Ocorre que existem direitos da personalidade que, devido a sua natureza, admitem a transmissão, a exemplo dos direitos autorais e o relativo à imagem. Na verdade, notadamente nos casos dos direitos à imagem, não há a transferência destes direitos, mas uma cessão de uso, a qual deverá respeitar a vontade e seu titular, não podendo ser utilizada para finalidade diversa da contratada.

Nesta esteira, extrai-se dos ensinamentos de Venosa:

Na busca de audiência e sensacionalismo, já vimos exemplos de programas televisivos nos quais pessoas autorizam que seu comportamento seja monitorado e divulgado permanentemente; que sua liberdade seja cercada e sua integridade física seja colocada em situações de extremo limite de resistência etc. Ora, não resta dúvida de que, nesses casos, os envolvidos renunciam negocialmente a direitos em tese irrenunciáveis. A situação retratada é meramente contratual, nada tendo a ver com cessão de direitos da personalidade, tal como é conceituado. Cuida-se de uma representação cênica, teatral ou artística, nada mais que isso [...] cumpre ao legislador regulamentar situações semelhantes, no intuito de evitar abusos que ordinariamente podem ocorrer nesse campo, uma vez que ele próprio previu, no art. 11 do vigente Código, a exceção dos casos previstos em lei”. Evidentemente, porém, que nunca haverá de se admitir invasão da privacidade de alguém, utilização de sua imagem ou de seu nome sem sua expressa autorização.⁶²

Em relação a impenhorabilidade, há de ressaltar, novamente, que há alguns direitos da personalidade que se manifestam patrimonialmente, como os direitos autorais. Desta forma, os créditos decorrentes de tais direitos poderão vir a ser penhorados. Diferentemente dos demais direitos da personalidade, a exemplo da honra, do nome e da integridade física, os quais não poderão ser objetos de alienação judicial para satisfação do credor.⁶³

Assim, devidamente apresentada a conceituação dos direitos da personalidade e apresentadas suas características principais, passa-se agora à análise dos direitos da personalidade em espécie.

3.2.2 Direito à vida

⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.98.

⁶² VENOSA, 2006, p. 174.

⁶³ COELHO, 2003, p. 183.

O direito à vida é o primeiro e mais importante direito que o ser humano possui, está previsto nos artigos 5º⁶⁴ e 227⁶⁵ da Constituição Federal e, ainda, no artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Trata-se de um direito condicionante, uma vez que dele originam-se e dependem os demais direitos. Desta forma, não há como assegurar direitos como a liberdade e a intimidade, se não existir o direito à vida.⁶⁶

Assim, leciona Diniz:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes* [...].⁶⁷

A inviolabilidade do direito à vida é assegurada a todos os seres humanos, indistintamente e não está vinculada a qualquer limite de idade. Para Bittar: “[...] 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”.⁶⁸

Saliente-se que o direito à vida, possui duas acepções, assegurar o direito de viver, ou seja, de permanecer vivo e garantir que a pessoa viva com dignidade. Nesta esteira, leciona Moraes:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.⁶⁹

Desta forma, pode-se afirmar que, assim como os demais direitos da personalidade, o direito à vida possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa

⁶⁴ Artigo 5º, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” Cf.: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2010.

⁶⁵ Artigo 227, CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Cf.: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 197

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22-24.

⁶⁸ BITTAR, 2006, p. 70.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.62.

humana, razão pela qual não basta o ser humano ter assegurado o direito de permanecer vivo, é necessário que a sua existência seja digna.

Diante da importância de tal direito, o ordenamento jurídico pátrio assegura inviolabilidade da vida humana, antes mesmo do nascimento, segundo Gagliano e Pamplona Filho “punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro”⁷⁰, considerando como crime o homicídio, a instigação ou auxílio ao suicídio, além do direito aos alimentos ao nascido e ao concebido.

3.2.3 Do direito à integridade física e psíquica

Tratam-se de direitos correlatos à vida e buscam, sobretudo, a higidez do ser humano, visando manter a sua incolumidade corpórea, intelectual e psíquica.⁷¹ Desta forma, todas e quaisquer lesões causadas ao funcionamento normal do ser humano são repelidas.

O direito à integridade física compreende o direito sobre o corpo vivo e suas partes integrantes. A este respeito, leciona Ulhoa: “Não há pessoa física sem corpo humano. A noção de direito sobre o corpo, aliás, é particularmente ilustrativa da grande proximidade entre sujeito e objeto, no campo dos direitos da personalidade.”⁷²

Assim, para que o direito ao corpo, ou melhor, para que o direito à integridade deste seja mantida, a lei restringe a vontade das pessoas sobre ele. Razão pela qual, é proibida a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, somente se admitindo que se disponha gratuitamente de órgãos e tecidos para fins científicos e altruísticos, consoante prevê o artigo 13 do Código Civil.⁷³

Além do direito ao corpo vivo, a integridade física, abrange, ainda, o direito à inviolabilidade do corpo morto, uma vez que mesmo a personalidade jurídica terminando com a morte, entende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida além da vida.⁷⁴

Neste sentido, cabe transcrever as lições de Szaniawski:

⁷⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.151.

⁷¹ Ibid., p. 155.

⁷² COELHO, 2003, p. 197-198.

⁷³ Artigo 13, CC/2002: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

⁷⁴ GAGLIANO, op. cit., p. 182.

O direito do cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados contra o corpo do morto mesmo que o indivíduo nada tenha cometido em vida ou como ato de última vontade, e que não vêm a se constituir em violação ao respeito à memória do morto, nem injúria contra seus parentes que lhe sobreviveram. Enquadram-se, nesta espécie, as hipóteses em que necessário é o estudo e o exame de certos órgãos atingidos por doenças, buscando o legislador as causas que provocaram a degeneração e a morte do indivíduo.⁷⁵

Assim, a violação do cadáver somente é admitida em casos previstos em lei, a exemplo da situação prevista no artigo 14 do Código Civil⁷⁶, nas hipóteses do direito à prova, na forma do artigo 162 do Código de Processo Penal⁷⁷, e em casos de necessidade para benefício da ciência e em conformidade com a lei.⁷⁸

Em relação à integridade psíquica, cabe afirmar que, verificando-se que o ser humano é um ser dotado de inteligência ou sentimento, devem seus direitos psíquicos serem resguardados, como forma de manter a incolumidade da mente humana.⁷⁹

Em razão disso, Gagliano e Pamplona Filho, defendem que se incluem entre os direitos psíquicos das pessoas “o direito à liberdade, inclusive de pensamento, à intimidade, à privacidade, ao segredo, além do direito referente a criação intelectual, consectário da própria liberdade humana”. E finalizam, dizendo que “o direito à integridade mental é o direito base, de onde surgem todos os demais. Por isso, a legislação pune com rigor a tortura psicológica.”⁸⁰

Sendo assim, o direito à integridade física e psíquica consiste na proteção dos direitos materiais e morais do ser humano no tocante ao seu próprio corpo, saúde e psique.

3.2.4 Direito à privacidade

⁷⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 303.

⁷⁶ Artigo 14, CC/2002: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

⁷⁷ Artigo 162, CP: “A autópsia será feita pelo menos 6 (seis) horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.” Cf.: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 de set. 2010.

⁷⁸ Artigo 4º Lei n. 10.211/01: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Cf. BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 20 de set. 2010.

⁷⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.165.

⁸⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit.

O direito à privacidade encontra-se incluído no rol dos direitos à integridade físico-psíquica. Entretanto, diante de sua importância, cabe analisá-lo em tópico separado.

Dentre as informações existentes sobre as pessoas, verifica-se que umas são públicas, acessíveis a todos, a exemplo do nome dos pais, avós, data e local de nascimento, além de outras informações constantes em registro civil público, e outras são particulares, em razão de contrato ou faculdade legal expressa, como o salário da pessoa e seus demais rendimentos.⁸¹

Desta forma, o direito à privacidade, nas lições de Ulhoa, consiste no “conjunto de informações não públicas sobre determinadas pessoas, as quais esta deseja não ver divulgadas a ninguém.”⁸²

Trata-se de direito previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X, XI, XII e LX⁸³, respectivamente, além de ser assegurado no artigo 21 do Código Civil, *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.”⁸⁴

Assim, aquele que tiver lesada a sua privacidade, poderá acionar ao judiciário, para que tal violação seja coibida, através da suspensão da divulgação indevida ou/e na condenação do agente violador a perdas e danos.

Por fim, ressalte-se que o direito à privacidade não pode ser argüido como fundamento para desobediência de ordem legal ou com a finalidade de sonegar tributos. É proibido, ainda, utilizar deste direito em casos de imperativo de segurança da sociedade ou repressão penal.

3.2.5 Direito à integridade moral

⁸¹ COELHO, 2003, p.192.

⁸² *Ibid.*, p.193.

⁸³ Artigo 5º, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Cf.: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

Dentre os direitos que buscam tutelar a esfera moral da pessoa, encontram-se o direito à honra, à imagem e ao nome.

A honra pode ser conceituada como um valor moral ou íntimo do homem. São os conceitos positivos que cada um formula de si mesmo e que, uma vez reconhecidos socialmente, conferem à pessoa uma boa reputação.⁸⁵

A honra é classificada sob duas formas. A primeira é a objetiva e refere-se à reputação da pessoa no seu meio social, ou seja, o seu bom nome a sua boa-fama. A segunda é a subjetiva e corresponde, consoante Gagliano e Pamplona Filho “ao sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade.”⁸⁶

Assim, ambas as formas de honra são tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico, não sendo permitido a ninguém atribuir a algum indivíduo características que lhe agrida a auto-estima ou reputação.

O direito à imagem, por sua vez, assim como o direito à honra, encontra-se subscrito no já citado inciso X do artigo 5º da Constituição Federal e, ainda, está expresso no artigo 20 do Código Civil, que dispõe:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.⁸⁷

A imagem pode ser definida nas lições de Moraes como "toda sorte de representação de uma pessoa".⁸⁸ Durval, por sua vez, a conceitua da seguinte maneira: "Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior".⁸⁹

Desta forma, o direito à imagem tutela não somente a imagem relacionada ao semblante da pessoa, ou seja, seu aspecto físico, mas, também, a maneira como o indivíduo é visto socialmente.

Em razão dessa divisão, a doutrina conceitua a imagem de duas formas: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Neste sentido, lecionam Farias e Rosenvald:

⁸⁵ COELHO, 2003, p.211.

⁸⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.173.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, loc. cit.

⁸⁸ MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo. Saraiva, 1977, p.742

⁸⁹ DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.105

[...] 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).⁹⁰

A proteção da imagem é de suma importância, uma vez que esta serve não apenas para identificar o ser humano, como também para proceder a sua individualização. Motivo pelo qual, qualquer exposição indevida da imagem do indivíduo, seja pela ausência de autorização ou quando os limites desta são extrapolados, é reprimida pelo ordenamento jurídico.

Assim, o indivíduo que tiver seu direito à imagem violado, possui a prerrogativa de requerer que cesse o abuso ou a utilização indevida da imagem, e, ainda, em virtude disto, exigir indenização pelo dano moral e patrimonial causados.

Ressalte-se, por fim, que tal proteção não se verifica quando a exposição da imagem for imprescindível à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.⁹¹

Toda pessoa possui o direito ao nome, assim é a redação do artigo 16 do Código Civil, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”⁹²

Desta maneira, o nome é a identificação da pessoa natural e consiste na individuação desta. Para Coelho: “[...] é a base para construção da personalidade.”⁹³ Para Venosa o nome é, afinal:

[...] o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue 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.⁹⁴

Portanto, o direito ao nome civil possui natureza extrapatrimonial, assim ninguém poderá dele dispor, uma vez que, por estar no rol dos direitos da personalidade, é intransmissível e irrenunciável.

Conforme se infere do supracitado artigo 16 do Código Civil, o nome da pessoa compreende duas definições: o prenome, o primeiro nome, simples ou composto, e o patronímico, coloquialmente conhecido como o sobrenome, que se refere ao nome da família.

⁹⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.132-133.

⁹¹ COELHO, 2003, p. 207.

⁹² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

⁹³ COELHO, op. cit., p.184.

⁹⁴ VENOSA, 2006, p. 185.

Assim, segundo Ulhoa: “O prenome é livremente escolhido pelos pais e o sobrenome é composto por estes com o aproveitamento de uma ou mais expressões de seus sobrenomes.”⁹⁵ No entanto, em que pese os pais possuírem liberdade de escolha em relação ao prenome de seus filhos, é vedado aqueles suscetíveis de expor a pessoa ao ridículo, consoante deflui da interpretação do parágrafo único, artigo 55 da Lei nº 6.015/73.⁹⁶

Além dos elementos supramencionados, existe um outro denominado de agnome, o qual, nas lições de Farias e Rosenvald: “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.”⁹⁷

Cabe ressaltar que a escolha do prenome e composição do patronímico da pessoa, em princípio, são imutáveis, por uma questão de ordem pública, haja vista que mantê-los em caráter definitivo constitui garantia segura e eficaz das relações de direitos e obrigações correlatas.

No entanto, há a possibilidade de alteração do nome em casos especiais. Casos estes que apenas serão apontados, sem maiores aprofundamentos, uma vez que desnecessários ao deslinde do presente trabalho.

Desta maneira, a mudança do nome poderá ocorrer em casos de: erro gráfico evidente; no primeiro ano após a maioridade; nomes vergonhosos e ridículos; o uso prolongado e constante de um nome diverso do registrado na certidão de nascimento; inclusão de alcunha ou apelido notório; substituição do prenome de testemunha de crime; adição ao nome do sobrenome do cônjuge e adoção.

O nome por ser uma emanção do direito da personalidade, goza de proteção no ordenamento jurídico pátrio. Tal proteção estende-se, também, ao pseudônimo e ao apelido notório.⁹⁸

Assim, segundo o artigo 17 do Código Civil⁹⁹, o nome não pode ser utilizado por terceiros, em publicações ou representações, que possam expor a pessoa nomeada ao desprezo

⁹⁵ COELHO, 2003, p.184.

⁹⁶ Parágrafo único, do artigo 55, da Lei 6.015/73: [...] ; “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.” Cf.: BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2010.

⁹⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.160.

⁹⁸ COELHO, op. cit., p.189.

⁹⁹ Artigo 17, CC/2002. “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.” Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

público. Da mesma forma, não pode ser utilizado em propaganda comercial sem autorização do seu titular, conforme redação do artigo 18 do Código Civil.¹⁰⁰

Sendo assim, caso o nome civil da pessoa seja utilizado com a finalidade de difamá-la, atingindo assim sua boa reputação moral e profissional, expondo-a a situações vexatórias ou ao desprezo público, possui ela o direito de obstar tal exposição e exigir reparação, em regra, pecuniária pela ofensa.

Devidamente explicitada a proteção e os direitos do nascituro, analisar-se-á no capítulo seguinte, o dano moral, que consoante se verá, trata-se da lesão causada aos direitos da personalidade, bem como a hipótese de o nascituro sofrê-lo, iniciando-se pelo necessário estudo da responsabilidade civil.

¹⁰⁰ Artigo 18, CC/2002: “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.” Cf.: BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, loc. cit.

4 DANO MORAL EM RELAÇÃO AO NASCITURO

Em que pese a existência de posicionamentos em sentido contrário, para a maioria dos doutrinadores, a exemplo de André Gustavo de Andrade, Maria Celina Bodin de Moraes, Salomão Resedá, entre outros, o dano moral nada mais é que a ofensa causada aos direitos da personalidade de uma pessoa.

Neste sentido, para Gagliano e Pamplona filho, o dano moral é definido como “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.”¹

O artigo 12 do Código Civil dispõe que: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e **reclamar perdas e danos**, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”² (grifo nosso).

Desta forma, verifica-se que um dos mecanismos de proteção dos direitos da personalidade seria a possibilidade de postular indenização pelos atos que desrespeitem, ou melhor, que lesionem a integridade físico-psíquica, moral e intelectual do ser humano.

Assim sendo, é salutar antes de abordar o tema específico deste trabalho, discorrer acerca do referido mecanismo de proteção, iniciando-se pelo estudo da responsabilidade civil, haja vista que o dano é um dos pressupostos de existência desta e, posteriormente, abordar o dano moral, sua conceituação e características principais e, por fim, relacioná-lo com a figura do nascituro.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1.1 Conceito

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.55.

² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 1 out. 2010.

O termo responsabilidade deriva do latim *respondere* que significa responder a algo. Assim, responde civilmente pelos atos praticados, aquele que, de forma comissiva ou omissa, causar prejuízo a outrem de ordem material ou moral.

Desta forma, a responsabilidade civil, segundo Stoco, é “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado a outrem, por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.”³

Logo, não basta à existência do prejuízo, é necessário que este seja causado mediante a violação de algum dever legal.

Diniz, por sua vez, acrescenta que a responsabilidade civil é “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”⁴

Assim, é responsável civilmente aquele que pratica o dano de maneira direta ou indireta, devendo, obrigatoriamente, reparar os prejuízos causados, mediante indenização quase sempre pecuniária.⁵

4.1.2 Pressupostos

Da leitura do artigo 186 do Código Civil⁶, verifica-se que quatro são os elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

O primeiro dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil é a ação ou omissão do agente. Assim, para que exista o dever de reparar o dano causado a terceiro, é essencial que o ato do agente seja comissivo ou omissivo. Será comissivo quando existir culpa do agente e será omissivo quando este deixar de praticar e observar algo a que era obrigado por lei ou por contrato.

³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao novo Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

⁵ STOCO, op. cit., p. 119.

⁶ 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.” Cf. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

Saliente-se que a responsabilidade civil poderá decorrer de ato próprio, quando este é imputado ao agente ou ato de terceiros, coisa ou animal que estejam sob sua guarda e responsabilidade.

A este respeito, leciona Diniz:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁷

O segundo pressuposto é a culpa do agente. Desta maneira, fica responsável a reparar o dano causado aquele que, voluntariamente, age com o intuito de causá-lo ou aquele que, por negligência, imprudência ou imperícia, inobserva um dever que deveria conhecer e observar e causa prejuízos a terceiros.

Assim, segundo Gonçalves, o conceito de culpa engloba tanto: "o dolo que consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico."⁸

O terceiro pressuposto diz respeito ao dano experimentado pela vítima, pois de nada adianta a prática do ato ilícito, mediante ação ou omissão voluntária, sem que tenha ocorrido efetivamente algum tipo de dano.

Neste sentido, leciona Diniz: "Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão."⁹

Cabe ressaltar que o dano, nas lições de Gonçalves, pode ser: "[...] material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido."¹⁰

Desta forma, o dano moral, que logo mais se verá, é aquele prejuízo que, segundo Venosa: "afeta ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima."¹¹ O dano patrimonial, por sua vez, consoante os ensinamentos de Diniz: "compreende [...] o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar."¹²

Assim sendo, inexistindo a prova do dano, o qual poderá ser material ou moral, não há como responsabilizar civilmente alguém.

⁷ DINIZ, 2006, p.43-44.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

⁹ DINIZ, op. cit., p.45.

¹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 35.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.35.

¹² DINIZ, op. cit., p.65.

O quarto pressuposto a ser analisado é o nexu causal. Logo, para que exista a responsabilidade civil é necessário que haja uma relação de causalidade entre a conduta do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima. Venosa conceitua o nexu causal como “o liame que une a conduta do agente ao dano.”¹³

Neste sentido, Rodrigues leciona que:

[...] para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.¹⁴

Portanto, de nada adianta a ocorrência de todos os outros elementos caracterizadores da responsabilidade civil, já citados, sem que ocorra, nas lições de Stoco “[...] uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado.”¹⁵

À vista do exposto, para que ocorra a responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar, devem estar presentes, conjuntamente, os quatro pressupostos já expostos, quais sejam: ação ou omissão do agente, culpa deste, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. Saliente-se que a existência de culpa somente é indispensável na responsabilidade subjetiva, consoante se verá logo adiante.

4.1.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil encontra-se dividida em responsabilidade objetiva e subjetiva.

A responsabilidade subjetiva é aquela baseada na teoria da culpa em sentido *latu*. Assim, segundo esta teoria, o agente somente responderá pelos danos que causar, quando agir com o intuito de causá-lo, neste caso observa-se dolo, ou se agir com imprudência, negligência e imperícia, evidenciando-se assim a culpa.

Para Rodrigues:

Dentro da concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do

¹³ VENOSA, 2005, p.53.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil** - De acordo com o novo Código Civil (Lei nº10.406, de 10.1.2002). 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.17.

¹⁵ STOCO, 2004, p. 146.

agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.¹⁶

A responsabilidade subjetiva é utilizada como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se infere da leitura do artigo 927 “caput” do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”¹⁷ Tal regra também era utilizada pelo Código Civil de 1916.

No entanto, diante da insatisfação com a teoria da responsabilidade civil subjetiva, haja vista a existência de casos em que era impossível a vítima produzir provas a respeito da culpa do agente, criou-se a responsabilidade civil objetiva, ou independente de culpa.¹⁸ Esta se encontra inserida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que assim dispõe: “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.”¹⁹

Assim, a existência de culpa somente é imprescindível na responsabilidade subjetiva. Na responsabilidade civil objetiva, destaca Diniz “[...] é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.”²⁰

Desta forma, a responsabilidade objetiva se verifica quando a lei determina a certas pessoas e em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Neste caso, a vítima não precisa fazer provas em relação a culpa do agente, bastando que comprove a conduta deste (comissiva ou omissiva), o dano a ser ressarcido e o nexo causal entre a ação e o dano.²¹

Do mesmo modo, será objetiva a responsabilidade quando o agente desenvolve alguma atividade que pode causar danos a terceiros. É a conhecida teoria do risco. Nesse sentido, leciona Diniz:

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não se resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento

¹⁶ RODRIGUES, 2007, p.11.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

¹⁸ SILVA, Gustavo Passarelli da. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>>. Acesso em: 10 de out. 2010.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

²⁰ DINIZ, 2006, p. 128.

²¹ GONÇALVES, 2007, p. 22.

do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.²²

Assim sendo, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro, coexistem duas espécies de responsabilidade civil: a objetiva, que dispensa comprovação de culpa, e a subjetiva, que exige a demonstração da culpa do agente.

4.1.4 Excludentes da responsabilidade civil

As causas excludentes de responsabilidade civil fazem com que o nexo causal seja rompido, logo, o dever de ressarcir se extingue ou é atenuado. São excludentes de responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, são cláusulas excludentes de ilicitude previstas no artigo 188 do Código Civil, as quais, por óbvio, também isentam o agente de responsabilidade.

A culpa exclusiva da vítima é uma construção doutrinária e jurisprudencial. O Código Civil apenas faz menção a culpa concorrente da vítima, e em seu artigo 945, que dispõe que se a vítima concorrer para o evento danoso, a “indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”²³ Neste caso, não desaparece o liame de causalidade.

No entanto, há o rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, é elidido o dever de indenizar, quando o evento danoso ocorre por culpa exclusiva da vítima.²⁴ A este respeito, cabe transcrever as lições de Gonçalves: “Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima.”²⁵

Não há, ainda, dever de indenizar quando o fato ocorrer por culpa exclusiva de terceiro, desde que o causador do dano consiga comprovar a conduta inevitável e imprevisível deste. Para Dias, terceiro é “qualquer pessoa além da vítima ou do responsável.”²⁶

Consoante Venosa:

²² DINIZ, 2006, p.34.

²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, loc. cit.

²⁴ VENOSA, 2005, p.46.

²⁵ GONÇALVES, 2007, p.75.

²⁶ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 84.

No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexos causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexos causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível.²⁷

Desta forma, exclui-se a responsabilidade civil do agente quando o terceiro for o verdadeiro e exclusivo autor do evento danoso.

O caso fortuito e a força maior também são causas excludentes do nexos causal. Tratam-se de figuras distintas, apesar de a lei não tê-las diferenciado, consoante prevê o artigo 393 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.²⁸

A doutrina, a exemplo de Gonçalves, diferencia tais fenômenos da seguinte forma: “O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto.”²⁹

Todavia, ressalte-se que em se tratando de responsabilidade civil, pouco importa a diferenciação entre os referidos fenômenos. É necessária, apenas, a comprovação de que não houve culpa do agente e da vítima pela ocorrência do evento danoso, pois o fenômeno (caso fortuito ou força maior) que o ocasionou partiu de fatos estranhos à vontade dos envolvidos.³⁰

A cláusula de não indenizar é uma excludente de responsabilidade verificada na seara contratual. Para Venosa:

Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.³¹

Insta salientar, que a aceitação da referida cláusula não é pacífica na doutrina. Isto porque, para alguns doutrinadores, a exemplo de Dias, a cláusula de não indenizar é imoral e contrária ao interesse social.³² Outros doutrinadores, como Rodrigues, admitem a cláusula,

²⁷ VENOSA, 2005, p.54.

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²⁹ GONÇALVES, 2007, p. 447.

³⁰ VENOSA, op. cit., p.58.

³¹ Ibid., p.67-68.

³² DIAS, 1980, p. 240.

baseando-se no “princípio da autonomia da vontade, segundo o qual, sendo as partes capazes e não sendo ilícito seu objeto, podem ajustar-se sobre tudo aquilo que lhes aprouver.”³³

As excludentes de ilicitude, por sua vez, também, em regra, excluem a responsabilidade civil. Elas estão previstas no artigo 188 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.³⁴

O estado de necessidade está previsto no inciso II. Assim, ocorre o estado de necessidade quando o agente, com o intuito de livrar-se de perigo iminente, que não deu causa e que, ainda, não poderia prever, destrói ou deteriora coisa alheia.

Neste sentido, leciona Gagliano e Pamplona Filho “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.”³⁵

Saliente-se que o ato em si seria ilícito, no entanto a lei reconhece que há uma excludente.

Todavia, existem casos em que mesmo o causador do dano agindo em estado de necessidade terá de indenizar o terceiro prejudicado, quando este não for o causador da situação de perigo. A este respeito, explica Gagliano e Pamplona Filho:

Note-se, entretanto, que, se o terceiro atingido não for o causador da situação de perigo, poderá exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade, cabendo a este ação regressiva contra o verdadeiro culpado (o pai do bebê que o deixou sozinho, por exemplo) (arts. 929 e 930 do NCC e arts. 1.519 e 1.520 do CC-16).³⁶

No entanto, não subsistirá o dever de indenizar se o causador do dano agir em estado de necessidade por culpa de terceiro.

A legítima defesa está inserida na primeira parte do inciso I do artigo 188 do Código Civil.

³³ RODRIGUES, 2007, p. 180

³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

³⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 112.

³⁶ Ibid., p.103.

Segundo conceitua Venosa “a legítima defesa constitui justificativa para a conduta. São os meios necessários utilizados pelo homem para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens.”³⁷

Para Gagliano e Pamplona Filho “diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar.”³⁸ No entanto, caso o indivíduo ao repelir injusta agressão cometer excessos responderá por ele.

Por fim, o supracitado artigo 188 do Código Civil, traz no seu inciso I, primeira parte, a exclusão de ilicitude nos atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Desta forma, segundo Gagliano e Pamplona Filho: “se alguém atua escudado pelo direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito.”³⁹ Assim como na legítima defesa, os excessos e abuso do direito serão punidos.

Destarte, há exercício regular do direito quando a lei permite ou obriga o indivíduo a agir de determinado modo. Para Venosa, subentende-se dentro dessa mesma excludente de ilicitude “o *estrito cumprimento do dever legal*, porque atua no exercício regular de um direito reconhecido quem pratica ato no estrito cumprimento do dever legal.”⁴⁰ (grifo do autor). Ou melhor, aquele que causa um dano pelo fato de estar cumprindo um dever, previamente definido em lei, não pratica, em regra, nenhum ilícito.

Apresentado o instituto da responsabilidade civil, passa-se agora a análise do dano moral.

4.2 DANO MORAL

A possibilidade de reparação do dano moral no direito brasileiro apresentou por muito tempo controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que se discutia se haveria um preço para dor ou, ainda, se seria moral atribuir-lhe valor monetário, entre outros argumentos contrários.

Nas palavras de Gonçalves:

³⁷ VENOSA, 2005, p.50.

³⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 104.

³⁹ Ibid., p.106

⁴⁰ VENOSA, op. cit., p.62.

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.⁴¹

Posteriormente, admitiu-se o dano moral, desde que acompanhado de um dano material. Desta forma, o dano moral puro, ainda, não era admitido, apesar de previsões em algumas legislações extravagantes no direito brasileiro, tais como o Código Brasileiro de Telecomunicações⁴², a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais.⁴³

Assim, foi após a Constituição Federal de 1988, que as controvérsias foram superadas e o dano moral puro foi reconhecido, haja vista que esta previu, expressamente, o dano moral e a sua reparação, em seu artigo 5º, V e X, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁴⁴

Desta forma, a Carta Magna elevou o dano moral ao *status* de constitucional e o transformou em um dos mecanismos de proteção dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa, haja vista que, segundo Araújo e Pamplona Filho “o princípio fundamental da dignidade é a consubstanciação desses direitos e o reconhecimento dos valores humanos.”⁴⁵

A respeito do *status* constitucional da reparação do dano moral, leciona 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.⁴⁶

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 571.

⁴² BRASIL. **Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm> Acesso em: 22 out. de 2010.

⁴³ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 104

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 de out. de 2010.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p.1.680.

Do mesmo modo, em conformidade com o que prevê a Carta Magna, o Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe no artigo 186 a possibilidade de indenização por dano moral, que assim dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁴⁷

Assim como o Código Civil Brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁸, o Código de Defesa do Consumidor⁴⁹, também seguiram a orientação constitucional, e reconheceram, expressamente, a reparabilidade do dano moral.

Sendo assim, atualmente, não existe mais espaço para discussão a respeito da possibilidade ou não de reparação por danos morais. Entretanto, cabe salientar, que as discussões existentes a respeito do dano moral consistem na fixação do *quantum* indenizatório e na verificação de seu alcance.

4.2.1 Conceito

Primeiramente, em relação a conceituação do dano moral, impende salientar que esta não é pacífica, haja vista a existência de diferentes correntes doutrinárias que buscam conceituá-lo. Dentre as correntes destacam-se: a que apresenta um conceito excludente ou negativo de dano moral, a que conceitua dano moral como modificação do estado anímico e, por fim, a que define o dano moral como lesão/ofensa aos direitos da personalidade.

A primeira corrente, que apresenta uma definição negativa e excludente do dano moral, aduz, nas lições de Dias, que: “quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”⁵⁰ Desta forma, para os adeptos desta teoria, a exemplo de Pontes de Miranda, o dano moral é conceituado por exclusão, logo, se não repercute diretamente na esfera patrimonial da vítima, é dano moral. Assim, o dano moral encontra-se em contraposição ao dano material.⁵¹

⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, loc. cit.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 out. 2010.

⁴⁹ BRASIL. **Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 22 out. 2010.

⁵⁰ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 992.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 30

No entanto, tal teoria é a que menos possui aceitação na doutrina, uma vez que, segundo 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.”⁵² (grifo do autor).

Diante da insatisfação pela corrente supracitada, buscou-se uma outra conceituação para o dano moral. Alguns doutrinadores, a exemplo de Silvio Rodrigues, passaram a conceituar o dano moral como alterações negativas no estado anímico, psicológico ou espiritual da vítima.

Desta forma, para esta corrente existirá dano moral quando ocorrer alteração no estado anímico do indivíduo, ou seja, quando o ato ilícito lhe causar angústia, aflição, tristeza, sofrimento, vergonha, humilhação, enfim sentimentos negativos.⁵³ Ainda, para os adeptos desta teoria: “O que determina o dano moral indenizável é a consequência, o resultado que do ato dinama. Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca.”⁵⁴ Logo, o objeto de análise desta teoria seria o sofrimento experimentado pela vítima, ou seja, os efeitos negativos que o dano lhe causou.

Referida teoria também se mostrou insatisfatória para alguns doutrinadores, haja vista que, nas palavras de Lôbo “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 consequência, não é o direito violado.”⁵⁵

Assim, para os doutrinadores contrários a mencionada teoria, preocupar-se em analisar apenas o sofrimento experimentado seria temerário, uma vez que poderiam existir casos passíveis de indenização, em que a alteração no estado anímico da vítima seria impossível de ser detectada, como por exemplo, quando a agressão é cometida contra pessoas que possuem discernimento mental reduzido e contra nascituros.

Destarte, o descontentamento mencionado fez com que surgisse uma nova definição do dano moral. Para os defensores desta teoria, a exemplo de André Gustavo de Andrade, Maria Celina Bodin de Moraes, Pablo Stole Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para que existisse o dano moral deveria ser identificado, primeiramente, o direito que fora ofendido pela agressão e, posteriormente, verificar se o direito violado está incluído no rol dos direitos da personalidade. Assim o dano moral, segundo conceito formulado por Stoco, seria

⁵² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 92.

⁵³ Ibid., p. 97.

⁵⁴ Ibid., p.93.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 284, 2001, p. 17.

“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.”⁵⁶

Saliente-se que tal posicionamento ganhou força na doutrina, sendo hoje, predominante, sem excluir, entretanto, os outros conceitos de dano moral citados.

Assim sendo, podemos conceituar o dano moral como aquele que ofende a dignidade da pessoa humana, haja vista que os direitos da personalidade decorrem desta.

Cabe ressaltar que o dano moral, para esta corrente, ocorrerá ainda que o direito violado não esteja expressamente inserido no rol dos direitos da personalidade, haja vista que estes não são *numerus clausus*, logo, utilizando os ensinamentos de Cavalieri Filho:

[...] 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 [...] ⁵⁷(grifo do autor).

Desta forma, o dano moral não é apenas aquele que causa sofrimento ou dor, mas sim aquele que ofende a dignidade do ser humano, haja vista que “pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento.”⁵⁸ Logo, apenas a verificação do estado anímico para considerar o dano moral, pode deixar, nas lições de Andrade, “descoberto várias possíveis lesões de direitos da personalidade, as quais podem não gerar processos psicológicos dessa natureza.”⁵⁹

4.2.2 Função e Arbitramento do *quantum indenizatório*

Consoante se relatou, o dano moral é proveniente da lesão a um bem que não possui cunho patrimonial e que não pode ser avaliado economicamente. Nesses casos, é salutar que a indenização tenha uma dupla função: uma função compensatória para o sujeito lesado e uma função punitiva para o autor do dano.

⁵⁶ STOCO, 2007, p. 128.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.102.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 375, p. 3-26, set. 2004.

Deverá ter uma função compensatória, pois esta buscará com a indenização uma forma de compensar à vítima pelo abalo sofrido, ainda que impossível a reconstituição da integridade psíquica e moral violada.

Haverá, ainda, de ter uma a função punitiva, pois esta, além de penalizar o causador do dano, impedirá que este prossiga com conduta danosa e irá desestimular a prática de atos idênticos por outros membros da sociedade. Neste sentido, leciona Bittar: “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo.”⁶⁰

A este respeito da função da reparação por dano moral, lecionam Barros e Borgholm:

[...] o intérprete, ao proferir sua decisão, deve fixar um valor indenizatório de modo a reparar o atentado à reputação sofrida pelo ofendido, como também servir de desestímulo a novas agressões por parte do ofensor. Apesar dessa função punitiva da reparação por dano moral, cabe ao julgador levar em consideração o grau de potencialidade econômica do autor do fato, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, considerando que a real intenção é o justo equilíbrio entre reparação e punição, atendendo mais a uma função educativa baseada na vida em comunidade, o respeito mútuo e construção social. O cunho sócio-educativo assumido pela indenização por dano moral deve predominar em detrimento do fator pecuniário que envolve essas reparações.⁶¹

Diante da falta de critérios estabelecidos em lei para a fixação do quantum indenizatório do dano moral, incumbirá ao magistrado, com base em regras da experiência e em entendimentos jurisprudenciais, fixá-lo com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, verificando, se, se trata de um dano, ou de mero aborrecimento.

A respeito do mero aborrecimento, extrai-se leciona Resedá:

Isso implica dizer que, para bater as portas do Estado, suscitando a prestação jurisdicional envolvendo o dano moral, é necessário que o ofendido tenha seu direito da personalidade ofendido. Em outras palavras, pode-se dizer que ele deve ser sujeito passivo de uma agressão que, diante dos olhos da sociedade, seja censurada, pois se assim não o for, considerar-se-á como tolerada, adequando-a ao universo do “mero aborrecimento”, não se configurando, portanto, um dano moral.⁶²

Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, por sua vez, segundo Barros e Borgholm, “estão intimamente ligados à quantificação do valor atribuído ao dano moral,

⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 233.

⁶¹ BARROS, Lorena Pinheiro; BORGHOLM, Danielle. O princípio da razoabilidade como parâmetro de mensuração do dano moral. **LFG**. 11 maio 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090505153557272>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁶² RESEDÁ, 2009, p. 149-150.

visto serem princípios norteadores do ordenamento jurídico que determinam um justo equilíbrio entre o dano experimentado pela vítima e o prejuízo causado pelo autor do dano.”⁶³

Desta forma, a indenização a ser fixada deverá procurar reparar de alguma forma o mal sofrido e, ao mesmo tempo, desestimular novas agressões por parte do ofensor, cabendo ao juiz, segundo Cavalieri Filho, avaliar “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.”⁶⁴

Feitas as explicações necessárias a respeito do dano moral, analisar-se-á adiante o tema central do presente trabalho, qual seja a possibilidade de indenização por dano moral causado ao nascituro.

4.3 O DANO MORAL CAUSADO AO NASCITURO

Conforme visto neste trabalho, o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, com vida intra-uterina, que possui todos os seus direitos assegurados desde o momento da concepção, de acordo com o que prevê o artigo 2º do Código Civil. No entanto, a exegese deste mesmo artigo condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida.

Consoante também já relatado, somente a partir do momento em que o ser humano adquire personalidade civil é que se permite a ele atuar no plano jurídico e reclamar a proteção de todos os seus direitos. Deste modo, diante dessa contradição apresentada, surgiram questionamentos a respeito da situação jurídica do nascituro, se ele possuiria ou não personalidade civil.

É cediço, que a personalidade civil é inerente ao ser humano, inclusive àquele que possui vida intra-uterina. Para Pereira, “A personalidade como atributo da pessoa humana, está a ela indissolivelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade”.⁶⁵

Desta forma, não há como dissociar a personalidade civil do ser humano.

⁶³ BARROS; BORGHOLM, loc. cit

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, 2005, p.116.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.144.

Do mesmo modo, são inerentes ao ser humano os direitos da personalidade, os quais, segundo Almeida, “[...] não começam com o nascimento nem terminam com a morte. Iniciam-se desde a concepção e ultrapassam a morte.”⁶⁶

Assim, torna-se imperioso concluir que ao nascituro são conferidos, além dos direitos expressamente consagrados em lei, os direitos da personalidade, os quais são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, uma vez verificada a ocorrência de lesão dos direitos da personalidade do nascituro, abre-se a possibilidade deste postular indenização pelos danos causados, mesmo que seja difícil verificar a dor e o abalo experimentados.

No entanto, a possibilidade de indenização por danos morais causados àquele que está por nascer, não é pacífica entre os doutrinadores, existindo poucos julgados neste sentido, diante da discrepância apresentada entre as orações do referido artigo 2º do Código Civil.

Desta forma, para que se verifique a possibilidade de dano moral em relação ao nascituro deve-se adotar uma das teses quanto à sua personalidade.

Caso a teoria natalista seja adotada, haverá a impossibilidade do nascituro receber qualquer indenização se vier a ter sua dignidade lesada, uma vez que este não detém personalidade civil, ou seja, não é titular de direitos ou obrigações. Para esta teoria, a indenização de eventuais danos causados ao nascituro poderá ser alcançada reflexamente, por meio de indenização postulada por seus genitores.

Segundo Pussi:

[...] o dano a ele causado dificilmente seria indenizado, já que à época do *eventus damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser intentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa e, seguramente de menor valor pecuniário.⁶⁷

Para a teoria da personalidade condicional, a possibilidade de reparação do dano moral também está condicionada à existência de personalidade. Assim, somente haverá reparação dos danos causados ao nascituro se este nascer com vida. Caso nasça morto, não há possibilidade de indenização pelo dano moral causado, uma vez que a condição – nascer com vida – não se implementou.

Assim como na hipótese anterior, os danos causados ao natimorto poderão ser reparados pela via reflexa, ou seja, a indenização poderá ser requerida pelos seus genitores.

Neste sentido, leciona Araújo e Pamplona Filho:

⁶⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 321.

⁶⁷ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.421.

Como na teoria natalista, em caso de dano ao nascituro, haveria possibilidade de reparação a ser pleiteada pelos ascendentes, mas não com o 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.⁶⁸

Adotada a teoria concepcionista, o nascituro será considerado pessoa em sua plenitude. Logo, ele obterá o mesmo tratamento jurídico dado aos indivíduos já nascidos.

Desta forma, uma vez sofrendo violação em seus direitos personalíssimos, o ser que está por nascer, poderá exigir a devida reparação dos prejuízos experimentados.

Saliente-se que a demanda deverá ser proposta pelo próprio nascituro, uma vez que possui personalidade civil e capacidade de direito, devendo, assim como qualquer menor absolutamente incapaz, ser representado em juízo por um dos genitores ou, na incapacidade destes, por um curador ao ventre.

Neste sentido, cabe transcrever os ensinamentos de Araújo e Pamplona Filho:

Para a teoria concepcionista, é plena a possibilidade de indenização por danos morais causados ao nascituro. A reparação devida ocorre com fulcro no dano moral causado a pessoa, sujeito de direitos em sua plenitude. A indenização seria equiparada à devida em caso de dano ao filho menor. Ao atribuir personalidade civil ao nascituro desde a sua concepção, a teoria confere a ele o *status* de pessoa, o que termina por modificar o significado e a extensão do *quantum* indenizatório.⁶⁹

Uma vez adotada a corrente concepcionista, caberá analisar se o nascituro, devido a sua condição especial, poderá ou não sofrer o dano moral.

De acordo com o exposto neste trabalho, verificou-se que o dano moral não é apenas aquele que causa dor, vexame ou sofrimento, mas aquele que ofende os direitos da personalidade, os quais são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de que tais reações negativas, na maioria dos casos, sempre acompanhem o evento danoso.

Isto porque, as alterações negativas no estado anímico da vítima, não constituem, efetivamente, o dano, mas apenas o resultado ou repercussão deste. Além disso, apenas a referência à dor, acaba deixando o julgador sem parâmetros seguros para fixar a indenização por dano moral.

No entanto, o motivo mais relevante, é que existem casos, em que a ofensa à dignidade da pessoa humana torna-se evidente, porém há a impossibilidade de verificar a dor experimentada e a sua extensão. É o caso do nascituro, que devido a sua condição especial, ou seja, por possuir vida intra-uterina, a avaliação do abalo que este sofreu torna-se tarefa árdua para o julgador, porque não há, ainda, como afirmar, seguramente, se este compreende a

⁶⁸ PAMPLONA FILHO, 2007, p. 45-46.

⁶⁹ PAMPLONA FILHO, loc. cit.

própria dor e o ato do ofensor, ou, ainda, se devido a essa condição especial os abalos fora do útero são capaz de atingi-lo.

Desta forma, Santos, afirma que “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 empeco à existência do dano moral.”⁷⁰

No mesmo sentido, afirma 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.⁷¹

Logo, mostra-se possível a indenização por dano moral causado ao nascituro, haja vista que este é um ser humano em desenvolvimento, que possui a proteção de todos os direitos da personalidade – notadamente, proteção do direito à vida, ou seja, direito de desenvolver-se naturalmente e dignamente no útero materno – os quais inerentes a todos os seres humanos e corolários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Tartuce defende a possibilidade de indenização por dano moral causados ao nascituro, pela violação dos seus direitos da personalidade:

[...] 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.⁷²

Entretanto, saliente-se que a ciência, aos longos dos anos vem avançando a ponto de afirmar que o nascituro sente as vibrações externas ao ventre materno, e pode, efetivamente, sofrer abalo moral, tristeza, dor e até mesmo estresse. Neste sentido, extrai-se das lições de Volpi:

O útero é o primeiro meio ambiente do bebê. Durante muitos anos, foi tido como sendo um local absolutamente silencioso, impenetrável e inacessível, totalmente isolado e sem contato algum com o meio externo. Hoje em dia essa crença já está ultrapassada. Sabe-se que o feto sofre constantemente com as interferências do meio ambiente, respondendo, portanto, aos estímulos tácteis, de pressão, sinestésicos,

⁷⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 127.

⁷¹ 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. 162.

⁷² TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**: parte geral. São Paulo: Método, 2007, p.96.

térmicos, vestibulares, gustativos e dolorosos. Essas são respostas providas dos órgãos dos sentidos, que já estão em atividade mesmo durante a gestação.

E prossegue afirmando que:

Todos os estímulos do meio ambiente, quando adotam características adversas e/ou punitivas, podem ser estressantes [...] Sabe-se que fumo, álcool, drogas e qualquer outro tipo de substância injetada ou ingerida pela mãe atingem o feto. O mesmo se pode dizer da emoção e do estresse, que fazem com que a mãe descarregue em seu corpo hormônios que irão atravessar a placenta e alterar o ambiente em que o bebê está sendo formado, provocando vários problemas, tanto físicos, quanto psicológicos [...].⁷³

No mesmo sentido, afirma Mussen:

O estado emocional da mãe pode influenciar as reações e o desenvolvimento do feto. Isso ocorre porque emoções como ira, medo e ansiedade põem em ação o sistema nervoso autônomo da mãe, liberando certas substâncias químicas na corrente sanguínea [...]. Essas mudanças podem ser perturbadoras para o feto. Um estudo constatou que os movimentos corporais dos fetos aumentam diversas centenas por cento enquanto suas mães estão submetidas a stress emocional [...]. O stress emocional prolongado durante a gravidez pode ter conseqüências duradouras para a criança. Os bebês nascidos de mães de mães deprimidas, infelizes, têm mais probabilidade de nascer prematuros ou ter pesos mais baixos ao nascer; de ser hiperativos, irritáveis, e ainda de manifestar dificuldades, tais como : alimentação irregular evacuação excessiva, gases, distúrbios do sono, choro excessivo e necessidades incomuns de ficar no colo.⁷⁴

Caiali também não destoia e admite que o nascituro poderá sofrer abalos psicológicos, passíveis de indenização por dano moral, mesmo no ventre materno. Assim, leciona o referido doutrinador:

[...] 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 graduação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa.⁷⁵

Além de a doutrina minoritária admitir tal possibilidade, a jurisprudência, ainda que a passos lentos, vem caminhando no sentido de reconhecer a indenização por danos morais causados ao nascituro, mas, na maioria das vezes, consoante se verá, não se manifesta a respeito do fato de o nascituro possuir ou não personalidade civil e as questões decididas

⁷³ VOLPI, José Henrique. **O meio ambiente estressante comprometendo o desenvolvimento neuropsicofisiológico da criança**. Curitiba: Centro Reichiano, 2004. Disponível em: < <http://www.centroreichiano.com.br/artigos/Artigos/VOLPI,%20José%20Henrique%20-%20O%20meio%20ambiente%20estressante%20comprometendo%20o%20desenvolvimento%20neuropsicofisiológico%20da%20criança.pdf> >. Disponível em: 26 de out. de 2010.

⁷⁴ MUSSEN Paul Henry. **Desenvolvimento e personalidade da criança**. 3 ed. Editora Habra, São Paulo 1995, p. 59.

⁷⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 166-167.

versam sobre situações em que o dano moral é presumido, tais como a dor da perda de um pai e situações em que causem algum tipo de deformação física no nascituro.

Assim, extrai-se de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que se reconheceu indenização por danos morais ao nascituro, pelo fato da perda de seu genitor:

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.⁷⁶

Interessante notar neste caso, que o fato de o nascituro não ter conhecido o seu pai não excluiria a responsabilidade civil, mas tal situação deveria ser considerada na fixação do *quantum* indenizatório.

No entanto, em semelhante julgado, também ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, o qual, novamente, concedeu ao nascituro indenização por dano moral e material em virtude da morte de seu genitor, entendeu-se que:

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.⁷⁷

Desta forma, não se levou em consideração a dor experimentada, mas, sim as conseqüências do ato danoso, uma vez que aquela é impossível de ser quantificada. Neste sentido, cabe transcrever o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi neste caso:

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

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 399.028/SP**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF 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. 2010.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 931.556/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF 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. 2010.

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.⁷⁸

Além das lesões que possam vir a comprometer apenas a sua psique, é suscetível de indenização por dano moral qualquer lesão que os nascituros venham a sofrer, tais como, nas lições de Diniz “deformações, traumatismos, toxiinfecções, intoxicações etc”, ou seja, que efetivamente lesionem ou que comprometam a sua integridade física.⁷⁹

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência caso em que a negligência, imprudência ou imperícia médica causou danos físicos irreversíveis ao nascituro, e que o lesante foi condenado a ressarcir os prejuízos ocasionados à vítima antes do seu nascimento com vida:

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 CONSEQUÊNCIAS 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.⁸⁰(grifo nosso)

Colhe-se, ainda, da jurisprudência, caso em que, diferentemente dos demais julgados transcritos, adotou-se expressamente a teoria concepcionista e condenou-se o réu, Estado de Goiás, pelo ato de seus agentes, policiais militares que cometeram excessos ao abordar a autora que estava grávida, colocando em risco a vida desta e do nascituro, também autor na ação. Assim, manifestou-se o Tribunal de Justiça de Goiás:

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 931.556/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF 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

⁷⁹ DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192.

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70003566577**. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio Grande do Sul, 15 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 30 out. 2010.

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 VÍTIMAS. 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 OBRIGACÃO DO ESTADO EM RESSARCÍ-LOS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM CULPA EXCLUSIVA DAS VÍTIMAS 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 APRECIACÃO 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.**⁸¹ (grifo nosso).

Impende salientar que, neste caso, a criança nasceu aparentemente sem nenhuma seqüela do dano que lhe foi causado enquanto nascituro. O que neste caso buscou-se foi punir o evento danoso e garantir a proteção integral do ser humano que está por nascer. A este respeito, cabe transcrever um trecho do posicionamento do relator, Rogério Arédio Ferreira, no caso em apreço:

É cediço que, desde a concepção, o nascituro evidencia os seus direitos à vida, à conservação, à liberdade, à defesa, devendo ser a ele assegurado o direito de vir ao mundo de forma sadia, sem traumas, sem deformações, quer físicas, psíquicas ou provocadas, na maioria das vezes, pelas violências que a mãe sofre durante o período de gestação, eis que ele absorve para si, todas as angústias, abalos, dores, crises nervosas e outras anormalidades vivenciadas pela mãe. E o direito, amparado na lei deve dar a proteção real ao ser humano que está por vir.⁸²

Além da indenização por dano moral causado ao nascituro diante das hipóteses acima elencadas, quais sejam lesão aos direitos físico-psíquicos e demais direitos reflexos

⁸¹ GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 12394-4/195**. Relator: Des. Rogério Arédio Ferreira. Goiás, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_123944195_20070925_20071023_094927.PDF>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁸² GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível n. 12394-4/195**, loc. cit.

destes, a doutrina aventava, ainda, a hipótese de que, nas lições de Capelo de Souza citado por Pussi, “são civilmente indenizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido”⁸³, bem como ofensa aos direitos à imagem e à honra deste. Segundo Oliveira: “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.”⁸⁴

Apesar da grande polêmica existente acerca da personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de reparação dos danos morais a ele causados, verifica-se que este tema não é abordado com muita frequência na doutrina ou mesmo nos tribunais brasileiros.

As discussões a respeito da situação jurídica do nascituro versam, na maioria dos casos, sobre questões de herança, doações e alimentos, apesar da grande gama de interesses que envolvem o nascituro.⁸⁵

Saliente-se que, quando a questão nascituro é colocada à apreciação judicial ou trazida à tona por qualquer motivo, prevalece à adoção da teoria natalista ou da personalidade condicionada.

A este respeito, extrai-se da jurisprudência catarinense:

CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). ACIDENTE DE VEÍCULO. AUTORA QUE EM DECORRÊNCIA DO SINISTRO SOFRE ABORTO. GESTAÇÃO NO SEXTO MÊS. **NASCITURO QUE SOMENTE COM O NASCIMENTO COM VIDA IRIA ADQUIRIR PERSONALIDADE JURÍDICA**. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE ENQUADRA NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 3º DA LEI 6.194/74 (MORTE DE PESSOA DECORRENTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.⁸⁶

São raros os posicionamentos, doutrinários e jurisprudenciais, favoráveis a adoção da teoria concepcionista, apesar de o ordenamento jurídico pátrio conferir ao nascituro a proteção de vários direitos, independentemente do seu nascimento com vida, tais como direito a alimentos, direito à vida, direito a um curador especial que zele pelos seus interesses no caso de incapacidade de seus genitores, direito de receber herança, direito de ser contemplado com doação, direito de ser reconhecido como filho antes mesmo do nascimento. Além dos direitos da personalidade, os quais inerentes e ligados de maneira perpétua e permanente ao ser humano, decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸³ SOUZA, Rabinfranath V. A. Capelo, apud, PUSSI, 2008, p. 424.

⁸⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito. Indenização por danos morais ao nascituro. In: DINIZ, 2003, p.163.

⁸⁵ PUSSI, op. cit., p.422.

⁸⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2005.039028-9. Relator:** Des. Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 29 de junho de 2006. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.todas=nascituro+natalista+personalidade¶metros.rowid=AAARYkaALaABjYVAAD>>. Acesso em: 04 de Nov. 2010.

Dessa forma, diante da pesquisa realizada, conclui-se que assegurar o direito à reparação de danos ao nascituro é, nas lições de Araújo e Pamplona Filho, “evolução normal de um caminho que já vem sendo traçado quando a lei resolve pôr a salvo seus direitos e penaliza aquele que atente contra a sua vida”⁸⁷, razão pela qual a adoção da teoria concepcionista mostra-se a mais adequada, vez que promove a proteção integral da vida humana desde a sua concepção.

Sendo assim, verifica-se que é plenamente possível reconhecer ao nascituro, ser humano em desenvolvimento, a capacidade de sofrer dano moral, quando este sofrer violação em alguns dos seus direitos da personalidade, haja vista que a indenização do dano moral não está condicionada a que a pessoa possa compreender o mal que lhe está sendo feito.

⁸⁷ PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 47.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho foi analisada a possibilidade de reparação do dano moral causado ao nascituro, ou seja, se este poderia de alguma forma sofrer abalo moral.

Na pesquisa, buscou-se demonstrar que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento que, apesar de o Código Civil não lhe assegurar, possui personalidade jurídica formal e, conseqüentemente, é titular de todos os direitos conferidos aos já nascidos, desde a concepção, inclusive o direito à reparação pelo abalo moral sofrido. Para alcançar este objetivo, restou necessária a divisão da pesquisa em três capítulos.

No primeiro, tratou-se de analisar a situação jurídica do nascituro no ordenamento jurídico pátrio e no direito comparado, além de conceituar a personalidade civil e apresentar as correntes que buscam delimitar o início desta. Verificou-se neste capítulo, que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, portanto detentor de personalidade civil formal, a qual pertencente a todos os indivíduos desde o momento da concepção. O nascimento com vida, seria apenas uma condição resolutória aos efeitos de alguns dos direitos patrimoniais que lhe são reconhecidos, como a herança, o legado e a doação.

No segundo, estudou-se a proteção e os direitos do nascituro contemplados em lei, e verificou-se uma ampla gama de direitos expressos na legislação com o intuito de protegê-lo, além dos direitos da personalidade, dos quais também é titular, vez que são inerentes a todos os seres humanos independentemente de sua condição.

E, por fim, no terceiro capítulo, analisou-se a possibilidade de reparação do dano moral causado ao nascituro. No entanto, primeiramente, fez-se necessário o estudo da responsabilidade civil, bem como do dano moral. Constatou-se neste capítulo, que o dano moral pode ser conceituado como a lesão dos direitos da personalidade do ser humano, e que, para ser configurado, não necessita da alteração no estado anímico do ser lesado, ou seja, não há necessidade de se comprovar a dor experimentada, razão pela qual restou configurada a hipótese do nascituro ser vítima de dano moral.

Assim, através do desenvolvimento da pesquisa, pode-se nitidamente concluir que é possível o nascituro sofrer dano moral, haja vista a moderna conceituação deste, atrelada ao fato do nascituro ser titular dos direitos da personalidade, diante de sua inegável condição humana. Logo, o fato de não poder afirmar, seguramente, se o nascituro é capaz de sentir dor, medo e angústia, não mais constitui óbice à configuração do dano moral. Saliente-se que tal possibilidade subsiste mesmo para aqueles que defendem a alteração no estado

anímico para configurar o dano moral, diante da existência de estudos científicos que atestam que nascituro possui a capacidade de sentir as vibrações negativas exteriores ao ventre materno.

Desta forma, diante do estudo feito, pode-se concluir, ainda, que a teoria mais acertada é a concepcionista, a qual afirma ser o nascituro incondicionalmente titular de todos os seus direitos desde a concepção, independentemente do nascimento com vida, haja vista todos os direitos contemplados em lei com o intuito de protegê-lo, notadamente os direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e processo:** estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos.** Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

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

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. _____. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BARROS, Lorena Pinheiro; BORGHOLM, Danielle. O princípio da razoabilidade como parâmetro de mensuração do dano moral. **LFG**. 11 maio 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090505153557272>. Acesso em: 26 out. 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** São Paulo: RED, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. _____. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2010.

_____. **Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2010.

_____. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 de set. 2010.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 28 ago 2010.

_____. **Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm> Acesso em: 22 out. de 2010.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2010.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 22 out. 2010.

_____. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento." Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 20 de set. 2010.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 de ago. de 2010.

_____. **Lei nº 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/111804.htm>. Acesso em: 27 de ago. de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 399.028/SP.** Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF 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. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 931.556/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF 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. 2010.

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

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

CHAVES, Benedita Inês Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALL'OGGIO; Adilto Luiz; COPETTI; Sávio Ricardo Cantadori. Alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais. **ANADep**. Brasília, DF, 15 maio 2009. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=5967>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil: parte geral**. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. _____. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. _____. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.

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

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

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

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 12394-4/195**. Relator: Des. Rogério Arédio Ferreira. Goiás, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_123944195_20070925_20071023_094927.PDF>. Acesso em: 30 out. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. _____. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 284, 2001.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos Avoengos. **IBDFAM**. 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 1.0024.04.377309-2/001**. 8º Câmara Cível. Relator: Des. Duarte de Paula. Belo Horizonte, 10 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=377309&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 16 de ago de 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito civil**: parte geral. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo. Saraiva, 1977.

MUSSEN Paul Henry. **Desenvolvimento e personalidade da criança**. 3 ed. Editora Habra, São Paulo 1995.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. **Indenização por danos morais ao nascituro**. In: DINIZ, 2003.

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.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. _____. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

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

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIO DE JANEIRO. **Apelação cível n.º 0007741-29.1999.8.19.0000 (1999.001.01187)**. 7ª Câmara Cível. Relator. Des. Luiz Roldão F. Gomes. 04 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=199900101187&Consulta=&CNJ=0007741-29.1999.8.19.0000>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70003566577**. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio Grande do Sul, 15 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 30 out. 2010.

_____. _____. **Apelação Cível nº 70002027910**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de março de 2001. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20 de ago. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. **Responsabilidade civil** - De acordo com o novo Código Civil (Lei nº10.406, de 10.1.2002). 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.17.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2005.039028-9. Relator:** Des. Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 29 de junho de 2006. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.todas=nascituro+natalista+personalidade¶metros.rowid=AAARykAALAABjYVAAD>>. Acesso em: 04 de Nov. 2010.

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

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. _____. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Gustavo Passarelli da. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>>. Acesso em: 10 de out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao novo Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família, 4. ed. São Paulo: Atlas.

_____. **Direito civil:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VOLPI, José Henrique. **O meio ambiente estressante comprometendo o desenvolvimento neuropsicofisiológico da criança.** Curitiba: Centro Reichiano, 2004. Disponível em: <
<http://www.centroreichiano.com.br/artigos/Artigos/VOLPI,%20José%20Henrique%20-%20O%20meio%20ambiente%20estressante%20comprometendo%20o%20desenvolvimento%20neuropsicofisiologico%20da%20criança.pdf>>. Disponível em: 26 de out. de 2010.