

Juliano Marcondes Paganini

NASCITURO: DA PERSONALIDADE JURÍDICA À REPARAÇÃO DE DANOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite.

Curso de Graduação em Direito

Direito das Relações Sociais

Curitiba, 2008

TERMO DE APROVAÇÃO

Juliano Marcondes Paganini

NASCITURO: DA PERSONALIDADE JURÍDICA À REPARAÇÃO DE DANOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

Orientador – 1º membro

Prof. Dr. Elimar Szaniawski

2º membro

Curitiba, 5 de novembro de 2008

Dedico este trabalho àqueles que sempre me deram
suporte irrestrito, com votos de imensa gratidão:

A Deus, pela minha vida;

Aos meus Pais, pelo exemplo;

Aos meus Mestres, pelo conhecimento;

À minha Samara, pelo carinho;

Aos meus Amigos, pela presença.

I. Sumário

Resumo.....	v
1. Apontamentos teóricos	1
2. O nascituro e o início da personalidade jurídica. Doutrina e legislação.	19
3. O nascituro e os direitos da personalidade.	44
4. Reparação de danos.....	59
5. Conclusões	92
6. Bibliografia.	95
7. Índice.....	98

II. Resumo

Este trabalho pretende ser uma contribuição ao debate acerca da condição jurídica do nascituro – ser humano em estágio embrionário. Primeiramente, propõe-se uma abordagem, acerca das teorias a respeito do início da vida (propostas pela Ciência, Igreja, e Direito), e em seguida, já adentrando na Ciência Jurídica, acerca das teorias que justificam a atribuição da Personalidade Jurídica do Nascituro. Delimitadas estas hipóteses, analisa-se a projeção dos Direitos de Personalidade na esfera do embrião, buscando-se esclarecer, *a priori*, quais seriam os direitos a ele garantidos expressamente (embora não enumerados) pelo artigo 2º. do Código Civil. Naturalmente, estes direitos podem sofrer violações das mais diversas naturezas (o que ocorre com grande frequência). Buscando uma reparação a tais violações, a parte final deste trabalho dedica-se à incidência Responsabilidade Civil configurada em Reparação de Danos ao Nascituro, como materialização de sua tutela. Após uma análise dos aspectos contemporâneos deste instituto, notadamente a adoção de critérios constitucionais de valoração do dano (tal como a cláusula geral de dignidade humana – art. 1º, III da Constituição Federal), busca-se as formas pelas quais são reparáveis os danos que, com maior frequência, são sofridos pelo nascituro.

1. Apontamentos teóricos

1.1. Teorias sobre o início da vida

A discussão a respeito do momento em que vida humana inicia sempre foi uma constante em todos os meios científico-filosóficos (e até mesmo religiosos) de todas as sociedades, em todos os tempos. Cada segmento busca esclarecer, segundo pressupostos próprios, o termo inicial da vida humana, ou seja, o momento específico a partir do qual estaria concebido um ser humano autônomo, vivo.

Os mais diversos ramos da ciência debruçam-se há tempos sobre esta temática, havendo conclusões das mais diversas.

Paralelamente, conforme será observado no decorrer deste trabalho, o momento do início da vida é essencial à ciência jurídica, uma vez que dele depende a exata verificação da existência de um sujeito, da atribuição de personalidade jurídica e capacidade para ser sujeito de direitos, merecendo proteção.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº. 3510-0/600) – ajuizada pelo então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, em face da Lei nº. 11/105/2005, a qual permite a realização de pesquisas com embriões humanos – realizou, em data de 20 de abril de 2007, audiência pública para colher as opiniões de estudiosos e pesquisadores a respeito do começo da vida, para fins de fixação de um parâmetro jurídico às pesquisas com os embriões.¹

Neste memorável evento, pronunciaram-se autoridades de renome de diversas vertentes da comunidade científica: professores, médicos, cientistas pesquisadores, biólogos, geneticistas, donde se colheram relevantes conclusões.

¹ “Segundo Fonteles, a proposição da ação no Supremo tem um objetivo básico: “garantir o direito à vida, que é inviolável, segundo a Constituição”.

O subprocurador acredita que a definição sobre o início da vida é algo que deva ser discutido. “Dizer que o direito à vida é inviolável e parar, não tem sentido. Porque a pergunta necessária é: então, quando começa a vida?”.

A partir daí eu propus esse debate ao Supremo Tribunal Federal. Propus, inclusive, que fosse feita essa audiência pública com os cientistas para provar que o direito não se basta a si mesmo”.

Fonteles ainda acrescentou que o útero é apenas um ninho e que o embrião já tem vida a partir da fecundação, pois ele se auto-define e se auto-dinamiza. “Não precisamos usar esses embriões. As células tronco adultas podem ser utilizadas com excelentes resultados para a ciência”.

“Eu defendo a vida humana e ela começa com a fecundação, isto é fundamental. Minha luta é pela vida humana. Vamos prosseguir com o que já é certo e não com o que ainda está no escuro”, concluiu”.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STE: Autor da ADI contra a Lei da Biossegurança, Fonteles fala sobre direito à vida. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229687&tip=UN¶m=>>. Acesso em 16/10/2007).

Em linhas gerais, segue o posicionamento manifestado pelas vertentes sociais que mais diretamente exercem influência sobre os rumos adotados pelo direito (doutrina e jurisprudência), quais sejam, a ciência (medicina, genética e biologia) e as religiões, colhidos, dentre outras fontes, de alguns dos pronunciamentos e palestras proferidas na referida audiência.

1.1.1. Ciência.

A atenção dos pesquisadores geralmente é verticalizada sobre a primeira semana a contar a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorrida em uma porção intermediária dilatada do tubo uterino denominada ampola.

Em apertada síntese, a concepção humana ocorre da seguinte maneira:

Somam-se os núcleos haplóides de cada um dos gametas (espermatozóide e óvulo), formando-se o zigoto, o qual “(...) *encerra uma nova combinação cromossômica, que contém uma carga genética própria, com algumas características herdadas dos pais, mas indiscutivelmente individualizada no todo*”.²

A ciência já considerou este processo como algo instantâneo, o que já foi desconstruído por pesquisas recentes, que demonstraram que, geralmente, a fecundação leva cerca de doze a vinte e quatro horas para se completar, sendo necessárias mais vinte e quatro horas para que se realize o encontro dos cromossomos de ambos os gametas.³

Após a fecundação, o zigoto sofre uma série de clivagens (divisões celulares), originando células menores denominadas blastômeros, dando origem à “mórula”, que percorre um caminho até o útero, lá penetrando após cerca de setenta e duas horas.

A mórula divide-se em duas porções denominadas “trofoblasto” (que originará a placenta e membranas embrionárias) e “embrioblasto” (constituirá o embrião). Em torno do quarto dia, a mórula converte-se em “blastocisto”, o qual liga-se ao endométrio no sexto dia, fenômeno denominado nidação ou implantação, caracterizado pelas transformações hormonais que indicam o estado de gravidez na mulher.⁴

Estes breves apontamentos são o ponto de partida às considerações dos estudiosos a respeito do início da vida neste processo.

Biologicamente, segundo GILBERT, o marco inicial da vida humana é, especificamente, o momento da fertilização do óvulo maduro pelo espermatozóide, ou seja, a **fecunda-**

² CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Tutela civil do nascituro, p. 110.

³ GILBERT, Scott. Biologia do desenvolvimento. Apud.: MUTO, Heloísa; NARLOCH, Leandro. Aborto é assassinato? Quando, afinal, começa a vida humana?, p. 60.

⁴ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 111.

ção.⁵ Conforme acrescenta VELOSO DE FRANÇA, a vida tem início no momento da fecundação, sendo a nidificação⁶ um passo subsequente do processo⁷ de desenvolvimento da vida em progressão. O professor aduz que “*mesmo que não haja aninhamento do ovo no útero, seu poder vital é tanto, que pode evoluir nas trompas, no peritônio, ou onde possa se desenvolver*”.⁸

Segundo Dalton Luiz de Paula RAMOS, a “biografia do indivíduo” se configura por meio do conjunto de suas evoluções, encadeadas sob um processo. Afirma que:

“Já o embrião, se a ele for oferecido condições de proteção, acolhida e alimentação, **ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo** (com um ponto de início e um ponto de fim), **coordenado** (autosuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e **progressivo** (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos)”.⁹

O biólogo BOTELLA LLUSIA sustenta, de forma incisiva, a autonomia do feto em relação aos pais, mencionando que, apesar de o concebido portar herança genética oriunda dos gametas de cada, sua estruturação cromossômica é própria, distinta da de seus pais, o que lhe permite denominar *pessoa*, enquanto dotado de “*personalidad*”.

⁵ GILBERT, Scott. Biography of the newborn. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 112.

⁶ “É pela implantação que o ovo adquire viabilidade; caso contrário, perecerá na cavidade uterina e será eliminado imperceptivelmente à época da menstruação (...)

Embora a vida comece com a fecundação (in anima nobile ou in vitro), é a implantação que garante a sobrevivência do concepto.

Não obstante a tentativa – que enseja perplexidades, inclusive do ponto de vista ético – de desenvolver seres humanos em laboratório, a denominada ectogênese –, a vida viável, no estágio atual da Ciência, inicia-se com a gravidez”. (CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 113)

⁷ A concepção de desenvolvimento nos moldes de um processo foi resgatada na audiência pública do STF, ocasião em que a Profª Cláudia Maria de Castro Batista “disse que a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo que começa a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide.

Afirmou ainda que uma constatação biológica e racional leva a encarar o zigoto como já sendo humano. “Uma vez que o óvulo é fecundado, forma-se a primeira célula do homo sapiens e todo um programa de fertilização é disparado.

O direito à vida e à integridade física desde o primeiro o momento da existência é o princípio de igualdade que deve ser respeitado”, afirmou”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Especialista da UFRJ defende autonomia do embrião humano. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229667&tip=UN¶m=>>. Acesso em 16/10/2007).

⁸ VELOSO DE FRANÇA, Genival. O direito médico. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 117. Acrescenta o autor:

“*A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, do ovo implantar-se no útero. A nidificação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas”.* (Idem, p. 117-118).

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Professor considera que células-tronco adultas já oferecem os resultados que a sociedade precisa. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229826&tip=UN¶m=>>. Acesso em 16/10/2007.

Este arranjo genético biológico que se verifica no ser ainda unicelular¹⁰ é o mesmo que perdurará até a fase adulta, ressaltando-se que “*a percepção da individualidade do embrião não pode ser calcada na aparência dele*”,¹¹ mas no fato de sua existência concreta e configuração genética autônoma.

Isto pode ser ilustrado pelo estudo da bióloga Lílian Piñero EÇA, em que se conclui que, entre duas e três horas após a fecundação, estabelece-se comunicações entre o zigoto e o corpo da mãe através de neurotransmissores (ao menos uma centena é emitida pelo embrião). Dada a comunicação, passam a ocorrer transformações hormonais, tais como, propensão ao repouso, sonolência, dentre outras.¹²

Na Primeira Conferência Internacional sobre Aborto realizada em outubro de 1967 em Washington, na qual se contou com representação proporcional de cada especialidade científica, grupo étnico e religião, chegou-se à seguinte conclusão:

“A maioria do nosso grupo (9 para 1) não pôde achar um ponto no tempo entre a união do espermatozóide e óvulo, ou, ao menos, o estágio de blastocisto (a última parte da fertilização onde ocorre a divisão em gêmeos) e o nascimento de uma criança, em cujo ponto nós pudéssemos dizer que ali não havia vida humana. As mudanças que ocorrem entre implantação, um embrião de seis semanas, um feto de seis meses, uma criança de uma semana, ou um adulto maduro, são meros estágios do desenvolvimento e amadurecimento. (Dodson, 241)”.¹³

Os fundamentos que ensejaram a conclusão dos estudiosos são os que seguem:

“Por causa da ciência moderna, nós sabemos um ótimo tanto sobre fertilização e o desenvolvimento primário da criança dentro do útero.

¹⁰ “*Hay algo que yo he visto al microscopio y se lo puedo mostrar a cualquiera que quiera verlo también, y es la composición cromosómica del código genético inscrito en la cromatina nuclear de estas pequeñas células recién formadas. Y lo que acabo de afirmar más arriba está comprobado y afirmado por la ciencia positiva, y nadie, sea partidario o no del aborto, tenga unas o otras ideas políticas, sociales, jurídicas o religiosas, puede atreverse a negarlo*”. (LLUSIA, José Botella. Prólogo de: ESTAL, Gabriel del. Derecho a la vida y institución familiar. Apud: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 119-120).

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Especialista em obstetrícia fala sobre o ser humano em getação. Disponível em < [http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp? CODIGO=229807&tip=UN¶m=>](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229807&tip=UN¶m=>) . Acesso em 16/10/2007.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Embrião humano dialoga com a mãe, diz especialista em biologia molecular. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229686&tip=UN¶m=>> . Acesso em 16/10/2007.

¹³ Tradução Livre de “*The majority of our group (19 to 1) could find no point in time between the union of sperm and egg, or at least the blastocyst stage (the last part of fertilization where twinning occurs), and the birth of an infant at which point we could say that this was not human life. The changes occurring between implantation, a six-weeks embryo, a six months fetus, a one week-old child, or a mature adult are merely stages of development and maturation. (Dodson 241)*”. (WYATT. Michael P. Abortion, p. 4-5. Disponível em <<http://www.kc-cocf.org/39th/Lectures/2000%20Manuscripts/Wyatt%20-%20Abortion.PDF>>. Acesso em 11/10/2007).

Quando o espermatozóide e o óvulo se unem, inicia-se uma nova humana. Ela não existia antes.

O esperma, carregado de código genético do pai, não tem vida ou função contínua além daquele único objetivo: fertilizar o óvulo.

O óvulo contém o código genético da mãe e parte de seu corpo. Não é uma nova vida, e não tem outra função além de ser fertilizado.

Se a fertilização (união de duas células) não se realizar, ambas as células morrerão.

As células são de seres humanos, mas não são seres humanos.¹⁴
(Grifamos)

Neste mesmo sentido, posiciona-se o Consiglio D'Europa, fazendo-o através de suas "Raccomandazioni":

"Rec. nº. 1100/1989, § 7. O embrião humano, desenvolvendo-se em fases sucessivas indicadas com diferentes definições (zigoto, mórula, blástula, embrião pré-implante, embrião, feto) manifesta, de todo modo, uma diferenciação progressiva de seu organismo, e, todavia, mantém, continuamente, a própria identidade biológica e genética.

Rec. nº. 1046/1986, § 5. Ao fim da fecundação do óvulo, a vida humana se desenvolve em um modo contínuo, de sorte que não se podem fazer distinções durante as primeiras fases do seu desenvolvimento e se revela, portanto, necessária uma definição do estatuto biológico do embrião humano".¹⁵

O entendimento acima exposto, conhecido como "Teoria da Fecundação" não é unânime, a ele opondo-se outras correntes de igual relevância.

Uma crítica contundente a esta teoria se funda na possibilidade de o embrião dar origem a dois ou mais embriões em até duas semanas após a fertilização, assim como, na estimativa de que mais da metade dos óvulos fecundados não completem o caminho até a fixação no endométrio (nidação). Com esse respaldo, há quem entenda que a vida humana tem origem na

¹⁴ Tradução livre de "Because of modern science, we know a great deal about fertilization and the early development of the child within the womb. When the sperm and egg unite, a new human life begins. It did not exist before. The sperm carried the genetic code of the father, and has no life or continuing function beyond that of one goal: to fertilize the egg. The ovum contains the genetic code of the mother and part of her body. It is not a new life, and has no other function than to be fertilized. If the fertilization (uniting of the two cells) does not take place, both cells will die. The cells are from human beings, but are not human beings" (Your Baby is a Human Being. Disponível em <<http://www.pathlights.com/abortion/abort03.htm>>. Acesso em 11/10/2007).

¹⁵ Tradução livre de "Racc. nº. 1100/1989, § 7. L'embrione umano, pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione pre-impianto, embrione, feto) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo, e tuttavia mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica" e "Racc. nº. 1046/1986, § 5. Fin dalla fecondazione dell'ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché non si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo e si rivela quindi necessaria una definizione dello statuto biologico dell'embrione umano". (CARBONE, Giorgio M. Quando inizia la vita umana? Dalla fecondazione, secondo la scienza. Disponível em <http://genova.mpv.org/news/Carbone_inizioVitaUmana.htm>. Acesso em 11/10/2007).

gastrulação (início da terceira semana), estágio no qual o embrião se encontra no útero da mãe e não mais se divide em novos seres.

Tal é o fundamento ético à utilização do método contraceptivo conhecido como “pílula do dia seguinte”, o qual provoca descamações uterinas que impedem a fixação do zigoto no endométrio.

Há quem entenda, ainda, que o início da vida deve ser um reflexo da concepção de morte, a qual, em boa parte dos países, é definida como a parada das ondas cerebrais, embora haja controvérsias. A vida iniciaria, assim, quando percebido o início da atividade cerebral.

Dentro desta corrente os cientistas se dividem, eis que alguns sugerem a 8ª (ante a presença de um circuito básico de três neurônios, o que viabiliza o pensamento racional), e outros a 20ª semana (ante a presença de movimentos do feto, possibilitados pelo desenvolvimento do tálamo, centro dos estímulos sensoriais) como o marco inicial da atividade cerebral do nascituro.

Nos termos da Resolução nº. 33/2006 da ANVISA, denomina-se “pré-embrião” o “*produto da fusão das células germinativas até 14 dias após a fertilização, in vivo ou in vitro, quando do início da formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso*”.

Segundo Luiz EUGÊNIO, este é o momento do início da vida, no qual se estabelecem os três folhetos embrionários e inicia-se a formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso do embrião.¹⁶

Esta mesma posição é reforçada por Mariana ZATZ, para quem, se a morte cerebral implica no reconhecimento do fim da vida, o mesmo parâmetro deve ser utilizado em relação ao seu início, o que implica reconhecê-lo no 14º dia a contar da fecundação, data em ocorre o início da formação das células nervosas.¹⁷

A esta corrente são formuladas críticas contundentes, em grande parte com suporte na concepção de *desenvolvimento como um processo*, dentre as quais merece destaque a formulada por Antônio José EÇA.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Professor de Fisiologia crê que doenças complexas exigem soluções também complexas. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229850&tip=UN¶m=>> . Acesso em 16/10/2007.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Professora de genética da USP defende a utilização de células-tronco embrionárias. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229806&tip=UN¶m=>> . Acesso em 16/10/2007. E acrescenta a pesquisadora, em relação à utilização das células-tronco embrionárias: “*Eu estou convencida de que a Igreja Católica, quando vir os primeiros resultados, quando vir pacientes que estão condenados se recuperarem, vai reverter a sua posição*”. (Ibidem)

Segundo o professor, a morte se revela por meio de um processo, compreendido pelos estágios de coma, ausência de reflexos, ausência de estímulos, fim da respiração, e, por fim, o silêncio encefalográfico posterior a seis horas.

Desta forma, o início da vida, que ocorre na fecundação, igualmente transcorre mediante um processo, sendo o desenvolvimento do tubo neural apenas um estágio do desenvolvimento do ser, uma fase do processo iniciado na concepção.¹⁸

No mesmo sentido, Lenise Aparecida Martins GARCIA afirma, com propriedade, que: “o indivíduo não precisa começar a manifestar sua sabedoria para ser considerado humano. O embrião humano já é da espécie *homo sapiens* mesmo que não possa ainda aprender”.¹⁹

A especificação deste termo inicial é de extrema relevância, disto dependendo, inclusive, a fixação dos limites à intervenção médica e à punibilidade do aborto, por exemplo. “Se a menor dessas previsões, a de 8 semanas, for a correta, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas”.²⁰

Em termos gerais, este é o “estado da arte” nas principais vertentes da ciência:

“Visão genética. A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

Visão embriológica. A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

Visão neurológica. O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

Visão ecológica. A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

Visão metabólica. Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.. Notícias STF: Médico legista afirma que não existe relação entre morte encefálica e o início da vida. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229766&tip=UN¶m=>>>. Acesso em 16/10/2007.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.. Notícias STF: Vida Humana Começa na Fecundação. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229650&tip=UN¶m=>>>. Acesso em 16/10/2007.

²⁰ MUTO, Heloísa; NARLOCH, Leandro. Aborto é assassinato? Quando, afinal, começa a vida humana?, p. 61.

vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural”.²¹

1.1.2. Religião

Sem o intuito de adentrar no contexto de cada religião – uma vez que o que se pretende é apenas indicar a posição geral de cada qual, para fins de verificar-se sua eventual preponderância, cumpre anotar um sumário acerca do posicionamento daquelas que, por sua grande difusão, influenciam com mais relevância a opinião pública e, conseqüentemente, refletem, até mesmo, nos limites impostos à atividade científica. Veja-se:

“5 respostas da religião.

Catolicismo. A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano."

Judaísmo. "A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana", diz o rabino Shamaï, de São Paulo. "Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio." Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

Islamismo. O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

Budismo. A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe - nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

Hinduísmo. Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe”.²²

1.2. Teorias a respeito do nascituro

Como visto, não há unanimidade a respeito do início da vida dos seres humanos, divergindo-se, em larga escala, as correntes de pensamento no tocante à fixação do termo inicial

²¹ MUTO, Heloísa; NARLOCH, Leandro. Idem, p. 59.

²² MUTO, Heloísa; NARLOCH, Leandro. Idem, p. 61.

da vida, momento a partir do qual se estaria tratando de um ser humano verdadeiro, quer no estágio embrionário, quer já concebido – a depender da posição adotada.

Igualmente relevante se apresenta a investigação acerca das teorias a respeito do nascituro – ser humano no estágio embrionário intra-uterino –, espaço onde se encontram semelhantes divergências doutrinárias.

Vale dizer, a adoção preliminar de qualquer destas concepções é determinante à delimitação do alcance da tutela jurídica a lhe ser posteriormente dispensada, assim como, dos parâmetros a serem utilizados pelo intérprete na hermenêutica de quaisquer casos que lhe envolvam:

“O que fazer em relação ao embrião? Como protegê-lo? Como devemos nos comportar em relação a ele? Como definir, neste terreno, os limites entre o justo e o injusto, entre o bem e o mal?

Questões graves. Questões difíceis, porque, como se sabe, as respostas apresentadas dependerão diretamente das posições que adotarmos em relação ao estatuto do embrião humano. Ou melhor, **revelar-se-ão como consequência natural das posturas, inicialmente, assumidas**”.²³ (Grifamos)

Deve-se atentar ainda, que não se trata de concepções estanques, mas de conceitos ideológica e socialmente variáveis (no tempo e espaço), eis que se está diante de questões diretamente influenciadas pela religião e cultura predominantes em cada localidade em cada tempo, o que, de forma alguma, pode passar despercebidas pelo legislador e intérprete.

Conforme acima disposto, faz-se necessária a adoção prévia de determinada corrente para fins de delimitação de seu tratamento posterior, o que está vinculado, de certa forma, ao contexto social em que se promove a análise. Merecem destaque três correntes principais, a saber:

1.2.1. Nascituro como pessoa humana.

Ponto de partida dos filiados à doutrina concepcionista, esta corrente entende que a vida humana tem início no momento da concepção, de modo que o embrião é, desde então, pessoa humana inteira, distinta da mãe, dotada de autonomia genético-biológica essencialmente imutável até a idade avançada, o que permite sua inserção na categoria de “pessoa”, tal como qualquer outra.²⁴

Seus reflexos no direito são nítidos. Não admitindo interpretações diversas, a concepção é radical e determinante na valoração dos atos e fatos que envolvam o nascituro, trazendo

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade?, p. 23.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 24.

soluções definitivas (muitas vezes apressadas e carentes de maior fundamentação, pois descontextualizadas da realidade de muitos casos concretos): afirma-se que a interrupção de sua vida é crime, assim como, são reprovadas todas as formas de fecundação artificial (as quais seriam atentórias à dignidade humana do embrião).²⁵

Seu caráter intransigente é, contudo, insuficiente à resolução de todas as questões concretas, donde se extraem duas críticas principais, a saber:

A primeira, de ordem científica, questiona se, o fato de as células embrionárias já possuírem patrimônio genético humano é suficiente à conclusão de que elas já constituem uma “pessoa” em sentido amplo. Ainda, é de se questionar se são levadas em consideração a autoconsciência e o seu desenvolvimento (o eminente “tornar-se pessoa”). A segunda, de ordem ético-jurídica, destaca a ocorrência de conflitos entre os interesses da mãe, da família e do embrião, restando os primeiros freqüentemente negligenciados em face da atenção voltada, de modo intransigente, ao nascituro.²⁶

Tais elementos são relevantes em demasia, e sua desconsideração por parte da corrente em análise peca contra sua credibilidade científica.

1.2.2. Nascituro como amontoado de células

De cunho semelhantemente extremista, esta corrente filia-se a “teoria genético-desenvolvimentista”, a qual proclama que a evolução do ser humano, enquanto nascituro, se processa mediante a passagem por três fases, quais sejam: pré-embrião, embrião e feto, de modo que, na primeira delas, o ser não pode ser considerado pessoa, mas apenas mero amontoado de células (humanas como qualquer outra, mas insuficientes à existência como pessoa). A propósito:

“Nesse sentido nos encontramos aqui, em posição diametralmente oposta à precedente, pois, enquanto naquela há uma lógica de identificação máxima (já que a realidade da criança que vai nascer é projetada, por antecipação sobre a realidade embrionária inicial) nesta ocorre uma lógica de diferenciação máxima entre o embrião e a criança que daí, eventualmente surgirá. Enquanto na primeira, visualiza-se a criança, o ser, através do embrião, nesta o embrião é “coisificado”, porque ainda não se tornou uma pessoa”.²⁷

²⁵ ““Dignidade” porque as práticas reduzem o embrião a nível de objeto de uma tecnologia científica, expondo-o a situações inadmissíveis tais como “ser congelado e conservado no frio”, “ser utilizado a fins científicos ou terapêuticos”, ou “ser destruído”. Todas as possibilidades invocadas atingiriam frontalmente os direitos fundamentais da pessoa humana”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 24).

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 25.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ibidem*.

Desta feita, haveria um marco temporal a partir do qual se operaria a aquisição da dignidade e dos demais direitos pelo embrião, antes de quando, não se poderia considerá-lo titular de qualquer direito ou posição jurídica, eis que coisa, amontoado de células,²⁸ e não pessoa.

Segundo os desenvolvimentistas, haveria sucessivamente o zigoto (óvulo fecundado por espermatozóide) a mórula (amontoado de células oriundas das segmentações do zigoto), o embrião (do surgimento do “botão embrionário” até o surgimento de todas as demais partes do corpo, o que perduraria até o final do segundo mês) e feto (período que compreenderia o 2º ao 9º mês).

Há que se ressaltar que não há total desconsideração dos direitos do nascituro, ainda que sejam lidos pelo viés da ética. Seus adeptos compreendem a existência do “direito da criança a nascer”, o que importa na vedação aos atos que, praticados durante a gravidez, possam implicar em prejuízo ao nascimento.

Pelo mesmo fundamento, admitem-se intervenções embrionárias para fins de se assegurar o nascimento, bem como, impedir-se a gestação de uma criança que não apresente o mínimo necessário ao nascimento, sobrevivência e desenvolvimento normais. *“Nesta ótica, uma vez assegurados os direitos da criança a nascer, as diferentes práticas possíveis, relativas ao embrião, sobre o plano ético, são perfeitamente aceitáveis”*.²⁹ Tal conotação é amplamente adotada pela comunidade médica, em geral.

Não há, contudo, critério suficientemente objetivo a apontar, com exatidão, o referido marco temporal a partir do qual o nascituro deixaria de ser coisa (mero amontoado celular) e passaria a ser considerado pessoa, dotada de direitos e demais prerrogativas jurídicas,³⁰ consideração esta, que é objeto da crítica contundente oferecida por ROLLIN à corrente em análise.³¹

²⁸ “O biólogo e doutor [Rogério Pazetti] sintetizou os conceitos mais utilizados na área e, no início da exposição, afirmou que o embrião não é apenas um amontoado de células. Ele fez analogia a um time de futebol. “No time há um treinador e cada jogador tem a sua função dentro daquele conjunto. Eles trocam sinais, informações e todos dirigidos para o mesmo fim, portanto não há um amontoado de jogadores”, exemplificou. Assim, concluiu que o embrião humano são células ligadas umas as outras com informações precisas desde a primeira divisão”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Para Rogério Pazetti, o embrião não é apenas um amontoado de células. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229846&tip=UN¶m=>>. Acesso em 16/10/2007.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 26.

³⁰ Uma tentativa de delimitação destes parâmetros foi realizada pela comissão de Warnock, onde se considerou “(...) embrião o ser que se desenvolve da data da fecundação até o 14º dia, ou seja, duas semanas. Este prazo, certamente, foi fixado em função de certos imperativos de pesquisa e temendo que as experiências se tornassem impossíveis, se não se admitisse um prazo durante o qual se pudesse agir. Logo, tem uma conotação eminentemente médica” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ibidem*).

³¹ ROLLIN, Francis. *Présentation des questions*. Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 27.

De modo semelhante ao que ocorre em relação à doutrina anterior, muitas questões concretas restam sem explicação, especialmente em virtude da referida ausência de critério de discernimento.

1.2.3. Nascituro como potencialidade de pessoa

Em virtude das concepções anteriormente apresentadas, formulou-se uma terceira via de pensamento, no sentido de se considerar o nascituro como uma categoria própria, diferente de pessoa e de amontoado de células. Sem considerá-lo propriamente como “pessoa”, tampouco se lhe negando a natureza de “humano”, esta corrente sustenta o considera como “potencialidade de pessoa” ou “ser humano em estado potencial”, e defende seu tratamento por meio de um estatuto próprio.

Por meio da valorização da vida intra-uterina – sem incorrer no equívoco de se lhe atribuir um caráter irrestrito (primeira corrente) ou totalmente utilitarista (segunda corrente) – compreende-se o ser em uma dimensão “(...) *que só sendo potencialmente viável, não é a ainda inteiramente o que vai se tornar*”.³²

Daí que decorre a responsabilização de ambos os pais no desenvolvimento do embrião, uma vez que deles depende, diretamente, sua concepção, desenvolvimento, e sobrevivência intra-uterinas,³³ o que se estende, ainda, para depois do nascimento, colocando-se, os pais, na posição de verdadeiros garantes do atendimento de suas necessidades primárias.

Assim, o aperfeiçoamento desta provisória dimensão potencial do embrião, e o culminar deste ser em pessoa humana definitiva, está diretamente ligado à atuação dos pais em seu trato, grifando-se a imensurável relevância do papel por ambos exercido.

“Um papel, reafirme-se, que, independentemente de ser um simples instrumento da natureza, **revela-se na plenitude de sua dimensão “procriadora”, envolvendo pai e mãe quer no aspecto espiritual quanto no corporal.**

Papel e responsabilidade “procriadora” no sentido mais intenso da palavra, que não se esgota na mera concepção (como que a corrente concepcionista), nem na gênese biológica deste novo ser humano (como pretendem os desenvolvimentistas), **mas que se aperfeiçoa no direito e no dever de “gerar” o embrião de forma autenticamente responsável**”.³⁴ (Grifamos)

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 27.

³³ “(...) *esta corrente minoriza os aspectos meramente biológicos da evolução e “responsabiliza” igualmente a mãe (num primeiro momento) e o pai (logo em seguida) pelas chamadas “prestações múltiplas” que, tanto quanto as biológicas, garantem a plena evolução do embrião.*

Estas “prestações múltiplas” que serão fornecidas pela mãe, durante os nove meses de gestação, garantem que a existência do embrião só se desenvolverá sob a condição de ser inteiramente “inscrita” e “envolvida” na própria existência da mãe, “incluída” nela e “carregada” por ela”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Ibidem).

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 28.

Um possível estatuto jurídico do nascituro como potencialidade de pessoa deveria ter por objetivo, a um tempo, sua proteção enquanto dotado vida humana concreta (ainda que não se lhe possa denominar pessoa), mas somente seria suficiente enquanto se aprofundasse em questões excepcionais, tais como a aludida responsabilidade parental, a viabilidade da vida que está por vir; correlatamente, o poder de disposição dos pais sobre esta em caso de evidente impedimento ao nascer ou sobreviver, dentre outras questões.

Tal como ocorre em relação às duas outras concepções, igualmente se fazem perceber certos questionamentos em relação aos seus limites, pois de tudo depende o estabelecimento dos parâmetros entre “coisa” e “pessoa” no que se refere à tutela jurídica a ser dispensada ao nascituro.³⁵

No campo da medicina, elaborou-se o relatório Warnock, publicado em 1984 no Reino Unido, no qual é admitida toda sorte de utilização para fins de pesquisa envolvendo embriões até o 14º dia a contar da concepção, a partir de quando estaria vedada qualquer intervenção.

Em busca da fixação do limite, os estudiosos entenderam que, embora haja certa identidade genética, até o 14º dia não haveria um indivíduo (logo, não haveria pessoa), mas tão-somente um aglomerado de células. Todavia, de suas conclusões, extrai-se a seguinte consideração:

“Uma vez que o [o processo de desenvolvimeto] é iniciado, não há um estágio particular do processo que seja mais importante que outro: todas as fases são partes de um processo contínuo. Por isto, de um ponto de vista biológico, não se pode identificar um estágio singular no desenvolvimento do embrião a partir do qual o embrião *in vitro* não deveria ser mantido vivo”.³⁶

Com efeito, está-se distante de qualquer unanimidade, merecendo ser transcrita a opinião de Umberto ECO, que se mostra condizente com boa parte das anteriores em relação ao exato “limiar” do início da vida:

³⁵ “Assim, como conceituar um estatuto que se situaria a meio caminho do “objeto” e da “pessoa”? A relativa flexibilidade das decisões e dos comportamentos aos quais a posição pode conduzir não corre o risco de abrir brechas nas quais poderiam se lançar os menos bem intencionados provocando toda sorte de abusos graves?” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 30).

³⁶ Tradução livre de “Una volta che [il processo di sviluppo] è iniziato, non c'è uno stadio particolare del processo che sia più importante di un altro: tutte le fasi sono parti di un processo continuo [...] Perciò, da un punto di vista biologico, non si può identificare un singolo stadio nello sviluppo dell'embrione al di là del quale l'embrione *in vitro* non dovrebbe essere mantenuto in vita” (CARBONE, Giorgio M. Quando inizia la vita umana? Dalla fecondazione, secondo la scienza. Disponível em <http://genova.mpv.org/news/Carbone_inizioVitaUmana.htm>. Acesso em 11/10/2007).

“Não me sinto em condições de fazer qualquer afirmação sensata sobre este liminar, se é que de fato, existe um. Não há uma teoria matemática das catástrofes capaz de nos dizer se existe um ponto de guinada, de explosão súbita: talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido”.³⁷

1.2.4. Considerações em busca de um conceito de nascituro.

No contexto da teoria desenvolvimentista – especificamente no tocante às intervenções médicas no embrião com o intuito de obstar a gravidez de criança inviável – que se insere a aclamada problemática acerca dos fetos anencéfalos,³⁸ em que se encontram em conflito, por um lado, o direito à vida e dignidade do embrião, e, por outro, a manifesta ausência de qualquer viabilidade à sobrevivência pós nascimento, bem como, a dignidade da mãe que, no caso, tem plena consciência da morte certa e imediata do embrião que porta, logo após o nascimento.

Em termos gerais, a questão conflui na possibilidade de a mãe dispor acerca da vida da criança em seu ventre, determinando seu abortamento a partir de quando constatada a patologia. Aprofundam-se os estudiosos, ainda, no tocante aos diferentes graus da patologia, assim como, nas sucessivas fases do desenvolvimento embrionário, de modo a buscar parâmetros com base, especialmente, na existência ou não de alguma forma de consciência por parte do nascituro.

Como visto, todo cuidado é pouco no tocante à precisão metodológica ao abordarmos o tema, haja vista sua influência direta pela ética, religião e demais instituições sociais, estando em foco dois dos princípios basilares do nosso ordenamento: a vida e a dignidade da pessoa humana. Conforme destaca Rodolfo Acataussú NUNES:

³⁷ ECO, Umberto. Em que crêem os que não crêem. Apud.: TEPEDINO, Gustavo (et. al.). Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, p. 7.

³⁸ A questão está em andamento no Supremo Tribunal Federal, donde se colhem o seguinte pronunciamento proferido pelo Colegiado Pleno:

“ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF 0054-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg.: 27/04/2005).

“Não seria respeitoso com a dignidade humana utilizar classificações didáticas para remanejar o marco inicial da vida de um ser humano e, a partir daí, passar a executar lesões físicas à sua estrutura, com a justificativa de que abaixo do período arbitrado já não haveria vida quando todas as evidências mostram o contrário. (...)

Essa aparente confusão atrapalha na transmissão do zelo pela vida humana (...)

Não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso e da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que irá inviabilizar a sua vida, ainda que o seu prognóstico seja incerto, pois mesmo que o seu prognóstico seja incerto, não temos essa autoridade”.³⁹

Dos conceitos adotados, o que se mostra mais viável a uma adequada tutela jurídica do nascituro é o do “nascituro como pessoa”, devidamente oxigenado pelas considerações dos teóricos que o inserem na categoria de “potencialidade de pessoa”.

Deste modo, por um lado reconhece-se a existência de um ser vivo geneticamente autônomo, distinto dos pais, dotado de vida (porquanto merecedor de tutela), e sediado no curso de um processo biológico de desenvolvimento que, após transcorridas as devidas fases, culminará no nascimento de uma pessoa.

Por outro lado, reconhecendo-se que este processo de desenvolvimento depende diretamente da atuação dos genitores, adota-se a suporte apresentado pela terceira teoria, no tocante à responsabilização direta dos pais pelo devido acompanhamento e assistência do curso deste *iter*, o que implica na atribuição de deveres de observância irrestrita aos pais, a terceiros, e, até mesmo, ao Estado.

Vale dizer, a individualidade da pessoa do nascituro (decorrente da já referida autonomia genética em relação aos pais) não obsta a compreensão de sua dependência direta daqueles que o geraram, cujo papel se estende para muito além do momento no qual se compreende o início da vida do embrião, qual seja, a fecundação do óvulo feminino.

Embora formulada em termos diversos, esta concepção preliminar parece servir de suporte ao conceito de nascituro formulado por boa parte dos doutrinadores jurídicos, os quais não destoam muito do reconhecimento do embrião como um ser vivo, desde a concepção, merecedor de tutela jurídica durante todo o período da gestação.

O vocábulo nascituro advém do latim “*nasciturus*” e significa “*aquele que há de nascer*”, ou o “*o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo*”.⁴⁰

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mestre e doutor em cirurgia geral pela UFRJ fala sobre o início da vida humana e prática médica. Notícias STF. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229827&tip=UN¶m=> >. Acesso em 16/10/2007.

⁴⁰ DICIONÁRIO AURÉLIO, CD Rom.

Nos termos de Paulo Carneiro MAIA, o nascituro é:

“O que há de vir ao mundo; **está concebido (*conceptus*)**, mas cujo **nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris* ou das entranhas maternas**; aquele que deverá nascer, *nascere* de étimo latino. Quer designar, com expressividade, **o embrião (*venter, embrio, foetus*)**, que **vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (*vitalis*)**, na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (*pars viscerum matris*), no ventre materno (*in uterus*), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por parto natural ou artificial, concretizando-se o nascimento com vida, existência independente e *extra-uterina* para a aquisição do atributo jurídico de pessoa”.⁴¹ (Grifamos)

No mesmo sentido, Limongi FRANÇA, para quem o nascituro é a “*pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno*”.⁴² A este conceito, CHINELATO E ALMEIDA faz algumas considerações, a saber:

a) “*É a pessoa*”: implica reconhecer que o nascituro tem personalidade desde a concepção, posição adotada pela autora em seus estudos;

b) “*que está por nascer*”: importa em uma específica diferenciação em relação às pessoas já nascidas, no tocante à capacidade jurídica;

c) “*já concebida*”: o que põe a salvo qualquer confusão do nascituro com a prole eventual, categoria distinta que não pressupõe a verificação do ser já concebido;

d) “*no ventre materno*”: em que pese haver sido formulado a um tempo em que as técnicas da inseminação artificial e da fecundação *in vitro* não haviam se desenvolvido, a expressão recebe amparo no contexto atual, uma vez que corretamente exclui do conceito de nascituro aqueles óvulos fecundados e ainda não implantados no útero materno, restringindo à categoria de nascituro aqueles zigotos que se encontrem, natural (por meio de relação sexual) ou artificialmente (inseminação artificial ou fecundação *in vitro*), implantados no útero, o que configura o estado de gestação.

Isto porque é assente o entendimento de que não há qualquer viabilidade de desenvolvimento do ovo se não for implantado no útero feminino dentro de 48 a 72 horas a contar do momento da fecundação extra-uterina.⁴³

⁴¹ MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In: FRANÇA. R. Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 54, p. 38-39.

⁴² FRANÇA, Limongi. Manual de Direito Civil. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 7.

⁴³ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Idem, p. 9-11. Acrescenta a autora: “*É obvio que durante esse período de desenvolvimento extra-corpóreo do ovo, a mulher não pode ser considerada grávida; tampouco o ovo terá condições de se desenvolver caso não seja transferido para o útero da futura mãe (...) não se poderá falar em “nascituro” quanto o ovo (óvulo fertilizado in vitro) não tiver sido implantado na futura mãe, impon-*

Assim, no caso de fertilização *in vitro*, o zigoto fecundado passa a pertencer à categoria de nascituro se houver sido, e apenas a partir de quando for, implantado no útero da mãe (nidação), configurando-se o estado de gravidez, sede indispensável do processo de desenvolvimento de qualquer embrião.

A mesma consideração se faz em relação aos embriões congelados, não se lhes podendo denominar nascituro enquanto não se verifique a implantação no útero materno.⁴⁴

Conclui-se que a expressão “*já concebida no ventre materno*” deve, portanto, ser entendida no sinônimo de gravidez ou gestação, haja vista as atuais possibilidades de concepção extra-uterina em cujo procedimento existem etapas nas quais não se pode denominar o zigoto como nascituro.

Contudo, impende ressaltar que se está diante do conceito de nascituro em sentido estrito, sendo aplicáveis as considerações acima transcritas ao seu caso específico, uma vez que o sistema jurídico de sua tutela se estrutura a partir do momento de que se verifique a gravidez, conforme acima disposto.

Esta observação é importante em virtude das acirradas discussões travadas na ciência, inclusive na dogmática jurídica, a respeito dos embriões fecundados e ainda não implantados no útero materno. Como visto, não há como denominá-los nascituros, mas, ao mesmo tempo, há uma forte tendência a lhes reconhecer como seres vivos, porquanto merecedores de alguma consideração. A propósito:

“Os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do ato criador de onde ela tira sua força.

Se nós aceitássemos a idéia que um Estado pudesse dizer hoje que o embrião é um ser humano, sujeito de Direito, forçosamente teríamos que aceitar que outro Estado pudesse dizer amanhã, que ele não é mais um ser humano, e assim inversamente. E constitucionalmente, nada é menos evidente; humanamente falando, nada é mais temerário, pois à lógica das definições alternativas do embrião, se juntaria aquela das definições alternativas também do homem em estado vegetativo, do homem deficiente, daquele que se precisa e daquele do qual não mais se tem necessidade”.⁴⁵

do-se, pois, o conceito de nascituro sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação in anima nobile (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação in vitro”. (Ibidem)

Em sentido contrário, Willian Arthur PUSSI afirma que a maioria dos autores brasileiros atribui, indistintamente, o caráter de pessoa aos concebidos *in útero* e *in vitro*, não se restringindo o conceito de nascituro apenas àquele que se encontra em gestação. (Personalidade Jurídica do Nascituro, p. 191).

⁴⁴ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Tutela civil do nascituro, p. 11.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 39.

Tal é o objeto da discussão a respeito da Lei de Biossegurança (ADIn nº. 3510-0/600, tramitando no STF em face da Lei nº. 11/105/2005), estando em pauta a questão a respeito do sacrifício de embriões já fecundados com o intuito da utilização de suas células tronco.⁴⁶

De todo modo, em vista da enorme complexidade desta temática (a qual demandaria uma pesquisa autônoma, tal como é o caso dos anencéfalos), e para fins metodológicos, restringe-se o objeto de análise deste trabalho ao nascituro conforme o conceito acima disposto, qual seja, o **ser humano já concebido (por meio da fecundação de um óvulo por um espermatozóide), e ainda não nascido, que se encontre em processo de gestação no ventre materno.**

⁴⁶ **Lei 11/105/2005. Art. 5º** É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

2. O nascituro e o início da personalidade jurídica. Doutrina e legislação.

Desde a Grécia antiga, registra-se a atenção dos juristas e legisladores à condição jurídica do nascituro, especialmente no tocante à atribuição (ou reconhecimento) de sua personalidade jurídica, bem como aos efeitos desta sobre a aquisição, a titularidade e a tutela judicial de seus direitos e interesses.

Durante este período, foram se reunindo os juristas em diversas correntes, cada qual ofertando relevantes contribuições à análise das questões sobre a sua personalidade. Especialmente no tocante ao seu termo inicial, há quem sustente: a personalidade existiria desde a concepção; iniciaria se verificado o nascimento com vida e viabilidade (em certos ordenamentos); haveria antecipação condicionada ao nascimento com vida; a proteção dos interesses do nascituro independeria de personalidade, o que tornaria dispensável todas estas considerações; dentre outras, concepções igualmente relevantes em termos metodológicos.

Conforme se observou supra, as noções de personalidade jurídica e capacidade de direito influenciam diretamente a temática do “ser sujeito” de direitos e interesses juridicamente tuteláveis. Neste contexto, busca-se esclarecer o suporte teórico da sua tutela prevista nos textos legais (em especial no caso do Código Civil brasileiro, que, a uma primeira leitura apresenta-se contraditório ao admitir o nascituro como titular de direitos, embora sem personalidade), bem como ofertar alguma contribuição à jurisprudência pela apresentação de fundamentos necessários à consolidação de uma tutela justa e efetiva.

Analiseemos, portanto, as teorias construídas pelos juristas estrangeiros – em especial os germânicos, cujas contribuições ao tema são notáveis – para, após, observarmos seus reflexos no ordenamento pátrio.

2.1. Direito Estrangeiro

2.1.1. Alemanha

A codificação civil alemã prevê o início da capacidade jurídica dos seres no nascimento,⁴⁷ contudo, em diversas outras disposições, dispensa proteção jurídica ao nascituro, o que faz concluir uma “certa antecipação da personalidade”, observada pelo teor dos dispositivos

⁴⁷ **Código Civil Alemão (BGB): “§ 1º (Capacidade). A capacidade jurídica do homem começa com o nascimento”.** (DINIZ, Souza. Código civil alemão traduzido, p. 1).

atinentes à lesão de direito e reparação,⁴⁸ nos quais se trata do nascituro como o “homem que está por vir”.⁴⁹

PONTES DE MIRANDA realiza pertinente apanhado das teorias acerca da personalidade jurídica do nascituro desenvolvida pelos doutrinadores alemães, e, como se poderá perceber, nelas se inspiraram os juristas pátrios na formulação de suas correntes de pensamento. Observe-se:

Os adeptos da *Teoria da Ficção* (trazida por SAVIGNY,⁵⁰ dentre outros) sustentam a proteção do nascituro, construindo sua figura sob a ficção da “pessoa fingida”, ou seja, sob a ficção de já haver nascido.⁵¹ A esta corrente opôs-se a *Teoria dos Direitos sem Sujeito*, (tratada por WINDSCHEID)⁵², para a qual poderia haver direitos não titularizados por qualquer sujeito, o que é prontamente criticado pelo jurista organizador.

A *Teoria da Hereditas Iacens*⁵³ tem por objeto a herança, entendendo-a sem dono até que se verifique o nascimento, o que se torna insustentável por não explicar a própria tutela do nascituro. Após a *Teoria dos direitos futuros* (prevendo uma aquisição *ex tunc*),⁵⁴ seguiram-se as teorias da condição:

A *Teoria da aparência da condição*⁵⁵ entendia-o como se apenas o exercício do direito estivesse condicionado; para a *Teoria da condição (em sentido próprio)*,⁵⁶ a capacidade tam-

⁴⁸ **Código Civil Alemão (BGB): “§ 844 (Pretensão de indenização de terceiros).** (...) A obrigação de indenização tem também lugar quando o terceiro, ao tempo da transgressão, estava gerado, porém ainda não nascido” (DINIZ, Souza. Idem, p. 141).

“§ 1912 (Curador para o nascituro). Um nascituro recebe, para a proteção dos seus futuros direitos, sempre que necessitem eles de providências, um curador. As providências, contudo, cabem aos pais se o filho, caso já tivesse nascido, havia de estar sob o pátrio poder”. (DINIZ, Souza. Idem, p. 277).

“§ 1923 (Capacidade para a herança). (...) Quem, ao tempo da abertura da sucessão, ainda não vivia, porém já estava concebido, considera-se como nascido antes da abertura da sucessão” (DINIZ, Souza. Idem, p. 278):

⁴⁹ Citando Harry WESTERMANN: PUSSY, Willian Arthur. Obra citada, p. 134-135.

⁵⁰ SAVIGNY E. Von, System, II, 2 5. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo 1, p. 167.

⁵¹ “Contra isso, insurgiram-se L. Enneccerus (*Lehrbuch*, 1, 3º ed., 190)i e F. Les (*Vergleichende Darstellung*, 1, 28), para quem se protege, sem se fingir qualquer coisa; e E. Hólder (*Alígemeiner Teil*, 71s.), invocando a Ulpiano, na L. 30, § 1, D., de *adquirenda vel omittenda hereditate*, 29, 2, pensou em eficácia negativa (do direito de outrem) da concepção, até que, mais tarde (Na *túrliche und juristische Personen*, 328), pensou em patrimônio intermístico, em que o curador figura ativamente nas relações jurídicas (semelhantemente, J. Biermann, *Bürgerliches Recht*, 1, 429, que pensou em direitos sem deveres; contra isso, O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1, 255, E. R. Bierling, *Prinzipienlehre*, 1, 169 s., e diretamente contra J. Biermann, G. A. Seehuber, *Das Problem des Embryos*, 42 s.)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p. 167).

⁵² WINDSCHEID, *Lehrbuch B*, 1, 9º ed., 231s., cf. 7º ed., 125 s. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Ibidem*.

⁵³ Cf. KIPP, Th., em WINDSCHEID. *Lehrbuch*, III, 9º ed., 200; LEONHARD R. *Der Alígemeine Teil*, 110; HELLWIG K. *Die Vertrdge aaf Leistung an Dritte*, 244; ENDEMANN E. *Einführung*, 37. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Ibidem*.

⁵⁴ ROSENTHAL, H. *Das Bürgerliches Gesetzbuch*, 5º ed, 12; HAIDLEN, O. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1, 9; HELLMANN, Fr., *Vorträge*, 4; PLANCK, G. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1, 3º ed., 58, ZITELMANN, E. *Alígemeiner Teil*, 43; NEUMANN, H. *Handsaasgabe*, 1, 5º ed., 15. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p. 168.

⁵⁵ ECK, E. *Vorträge*, 1, 35 s. Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Ibidem*.

bém estaria condicionada, mas os direitos seriam incondicionados, não se observando a condição de “futuro homem” existente na idéia do nascituro; e, ainda, a *Teoria do análogo à condição*,⁵⁷ para a qual o nascituro não possui direitos enquanto tal, só vindo a adquiri-los (“de quem?”, indaga o autor) se nascer com vida.

A *Teoria da personalidade jurídica strictu sensu*,⁵⁸ prevê a criação da personalidade jurídica do nascituro, anteriormente à consolidação da personalidade física do homem. A seu turno, a *Teoria da Representação*⁵⁹ atribui ao curador o dever de representar o nascituro, deixando de observar o problema da existência ou não do representado.

Por fim, a *Teoria do sujeito indeterminado*⁶⁰, atendeu à indeterminação objetiva do sujeito, entendendo que o ser que ainda não nasceu já é um ser humano, embora não se possa saber quem o é. Vale dizer, o que é indeterminado é o sujeito, e não o direito, já existente desde então. Esta última concepção aproxima-se da verdade, no dizer de PONTES MIRANDA, que aduz:

“A transmissão do direito deu-se, mas ainda não surte efeitos quanto ao sujeito, porque ainda não se sabe quem é, – se o nascituro, se outrem. Pode bem ser que haja dois ou mais nascituros, só um dos quais possa vir a ser reconhecido como titular. A alternativa pode ser entre nascituros e pessoas vivas, ou entre nascituros, pessoas físicas e pessoas jurídicas, ou só entre nascituro. A ignorância – nossa – é quanto a fatos presentes (se está em situação de nascer com vida). A antinomia é entre o mundo fático, no tempo, e o alcance da nossa inteligência e meios de ciência e investigação. Para o mundo do direito, que é obra do espírito, não há indeterminação”.⁶¹

2.1.2. França

Considerando que o Código Civil francês adota a posição natalista (*infra*, 2.2.1), conferindo personalidade sob a condição do nascimento com *vida e viabilidade* (maturidade fetal mínima e aptidão para viver)⁶² – admitindo-se, todavia, a sucessão⁶³ a doação em seu favor⁶⁴

⁵⁶ HEYMANN, E. Die Grundzüge, 56 s.; GIERKE O. von. Deutsches Privatrecht, 1, 357 Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem.

⁵⁷ OERTMANN, R. Allgemeiner Teil, 2ª ed., 5 s. Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem.

⁵⁸ RUDORFF, A. E, em PUCHTA, G. E. Pandekten, 3. ed., 178 s., 10ª ed., 176; cf. WINDSCHEID, E. Lehrbuch, 1, 9º ed., 231 s. Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem. Acrescenta o autor: “*Contra J. Kohler (Lehrbuch, 1, 354, e Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 44), que tentou ressuscitá-la, argumentou-se que admitir-se a pessoa jurídica, antes da pessoa física, seria fingir, sem se confessar a ficção*”. (Ibidem).

⁵⁹ HÓLDER, E. Natürliche and jaristische Personen, 128; BINDER, J. Das Problem der jaristischen Persönlichkeit, 54. Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem.

⁶⁰ STAMMLER, R. *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, 17 e 21. Apud: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p. 169.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem.

⁶² PUSSI, Willian.Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*, p. 115.

⁶³ **Art. 725.** Para suceder, [o filho] deve existir no instante da abertura da sucessão ou, já tendo sido concebido, nascer viável. Pode suceder aquele cuja ausência é presumida segundo o artigo 112. (Tradução livre de “*Pour*

(de modo semelhante àquela em favor de filho menor)⁶⁵ bem como sua posição de beneficiário em estipulações em favor de terceiros, como ocorre com o seguro de vida⁶⁶ – a maior parte de seus doutrinadores filia-se a corrente que sustenta a existência da personalidade desde a concepção, contudo condicionada ao nascimento com vida e viabilidade, o que se entende por “personalidade condicional” (infra, 2.2.2), conforme enunciam LEÓN, MAZEUD e JUGLART.⁶⁷

Este Aspecto é destacado por SAVATIER para quem o natimorto não tem personalidade (em que pese tenha havido vida intra-uterina), do mesmo modo que ocorre com os prematuros ou mal-formados (incapazes de viver), tendo em vista a ausência dos elementos “vida” e “viabilidade” a serem verificados no momento do nascimento.⁶⁸

JOSSERAND sustenta que, anteriormente ao nascimento, o concebido já desfruta de certa personalidade, embora não se possa classificá-lo como concepcionista;⁶⁹ do mesmo modo, BONNECASE sustenta a existência da personalidade desde o momento da concepção, sob

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

Art. 906. Para ser capaz de receber [doação] entre vivos, é suficiente estar concebido ao momento da doação. Para ser capaz de receber por testamento, é suficiente ter sido concebido à época da morte do testador. Não obstante, a doação ou o testamento não terão efeito até que o filho seja nascido viável. (Tradução livre de “*Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable*”).

⁶⁴ **Art. 1.082.** Os pais, os outros ascendentes, os parentes colaterais dos cônjuges e mesmo os estranhos, podem, por contrato de casamento, dispor do todo ou de parte dos bens que deixarão no dia de seu falecimento, tanto em benefício dos ditos cônjuges, quanto em benefício dos filhos a nascerem de seu casamento, caso o doador sobreviva ao cônjuge donatário. Similar doação, enquanto feita somente em benefício dos cônjuges ou de um deles, será sempre, no dito caso de sobrevivência do doador, presumida feita em benefício dos filhos e dos descendentes a nascer do casamento. (Tradução livre de “*Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage*”).

⁶⁵ **Art. 935.** A doação feita a um menor não emancipado ou a um maior sob tutela deverá ser aceita pelo tutor, conforme o artigo 463 do título “Da menoridade, da tutela e da emancipação”. Não obstante, os pais do menor não emancipado, ou os outros ascendentes, mesmo os que vivem dos pais, ainda que não sejam tutores do menor, poderão aceitar por ele. (Tradução livre de “*La donation faite à un mineur non émancipé ou à un majeur en tutelle devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'article 463, au titre "De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation". Néanmoins, les père et mère du mineur non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs du mineur, pourront accepter pour lui*”).

⁶⁶ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 57.

⁶⁷ In: Leçons De Droit Civil. Apud.: PUSSI, Willian Arthur. Obra Citada, p. 115.

⁶⁸ SAVATIER. René. Etat et capacite. Apud.: PUSSI, Willian Arthur. Idem, p. 116.

⁶⁹ Conforme adverte CHINELATO E ALMEIDA, Silmara.Juni Abreu. Tutela civil do nascituro, p. 140.

a condição do nascimento com vida e viabilidade,⁷⁰ bem como AUBRY e RAU, para os quais existe uma capacidade jurídica provisória e subordinada ao nascimento com vida.⁷¹

SÉBAG considera que, por um lado, o ordenamento jurídico deve conceder ao nascituro o primeiro de seus direitos, qual seja, o direito à vida (tutelável mediante imposição de sanção penal à sua violação), e, por outro, considera que o nascituro é um “*sujet de droit*” à condição de que nasça vivo e viável.⁷² Em oposição a esta notável contradição pode-se dizer: “*Data vênia, entendemos incoerente tal teoria, que atribui ao nascituro uma personalidade subordinada ao nascimento com vida, pois o autor reconhece-lhe um direito à própria vida, por isso mesmo não subordinado àquela condição*”.⁷³

Por fim, CAPITANT nega a titularidade de qualquer direito por aqueles que ainda não tenham personalidade, cujo termo inicial seria a separação completa do corpo da mãe e do nascido no momento do parto.⁷⁴

Cumpre anotar a observação tecida por CHINELATO E ALMEIDA:

“A afirmação de não se poder ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto – conforme faz o Comitê Nacional de Ética da França – induz o reconhecimento de ser o nascituro sujeito de direitos. O art. 314 do Código Civil confirma esta tese, admitindo que a qualidade de filho legítimo remonta à concepção. Se não houver sujeito de direitos, a quem atribuir esta qualidade?”⁷⁵

2.1.3. Itália.

Em seu artigo 1º, o Código Civil Italiano de 1942 prevê a aquisição da capacidade jurídica no momento do nascimento, subordinando-se os direitos que a lei reconhece em favor do nascituro àquele evento,⁷⁶ dispensando-se o elemento da viabilidade presente no direito francês.⁷⁷

Este dispositivo legal sofre severas críticas pelos doutrinadores italianos, dentre os quais CASINI, que destaca que a vocação do conteúdo desta regra é estritamente comercial, dissociando o homem da pessoa e da personalidade, pois tal dispositivo se aplica corretamente

⁷⁰ BONNECASE, Julien. *Traité théorique et pratique de droit civil*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Idem, p. 140.

⁷¹ AUBRY e RAU. *Cours de droit français*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Juni Abreu. Ibidem.

⁷² SÉBAG, Louis. *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Juni Abreu. Idem, p. 141.

⁷³ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Juni Abreu. Ibidem.

⁷⁴ CAPITANT, Henry. *Introduction à l'étude du Droit Civil*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Juni Abreu. Idem, p. 142.

⁷⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Juni Abreu. Idem, p. 63.

⁷⁶ **Art. 1. Capacidade jurídica.** A capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento do nascimento (462, 687, 715, 784). (§ 3º abrogado). (Tradução livre de “*Capacità giuridica. La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784). (3º comma abrogato)*”).

⁷⁷ RESCIGNO, Pietro. *Nascita*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni abreu. Obra Citada, p. 65.

apenas aos direitos patrimoniais, não sendo suficiente aos demais. Neste contexto, apresenta o autor – fundamentando-se no direito à igualdade, no reconhecimento do nascituro como sujeito e, conseqüentemente, titular de direito à vida (sentença n.º. 25/1975 da *Corte Costituzionale*) – a iniciativa popular de lei, assinada por 197.277 pessoas (dentre as quais 400 professores universitários, sendo 16 reitores de universidade), que prevê alteração no referido dispositivo, o qual passaria a ser assim transcrito:

“O artigo 1 do Código Civil é assim modificado:

Capacidade jurídica.

1. Todo ser humano tem capacidade jurídica desde o momento da concepção.
2. Os direitos patrimoniais que a lei reconhece em favor do concebido estão subordinados ao evento do nascimento”.⁷⁸ (Tradução Livre)

De modo semelhante ao que se verifica no ordenamento francês, admite-se a doação em favor do nascituro,⁷⁹ bem como a capacidade de sucessão hereditária,⁸⁰ atribuindo-se aos pais (ou àquele que for detentor do pátrio poder) a representação e administração dos bens do concebido (art. 320).

⁷⁸ CASINI, Carlo. L’embrione umano: un soggetto verso una riforma dell’ art. 1 CC. Apud: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Idem, p. 137-138. Ao nosso ver, esta proposta encontraria sede idêntica em nosso ordenamento, no qual, ao que se percebe, igualmente versa o conteúdo do artigo 2º. do Código Civil sobre uma “personalidade jurídica” atinente apenas à titularidade de direitos patrimoniais. Tendo em vista o inegável reconhecimento de direitos extrapatrimoniais, cuja titularidade, logicamente, pressupõe personalidade jurídica, deveria estar expresso no teor do próprio artigo que prevê a proteção dos “direitos do nascituro” a antecipação de personalidade jurídica. Esta temática será objeto de análise em momento oportuno.

⁷⁹ **Art. 784. Doação a nascituros.** A doação pode ser feita também a favor de quem é apenas concebido, ou seja, a favor dos filhos de uma determinada pessoa viva ao tempo da doação, embora ainda não concebidos (462). A aceitação da doação a favor dos nascituros, embora não concebidos, é regulada pelas disposições dos artigos 320 e 321. Salvo disposição diversa do doador, a administração dos bens doados compete ao doador e aos seus herdeiros, os quais podem ser obrigados a prestar garantia idônea (1179). Os frutos (820) madurados antes do nascimento são reservados ao donatário se a doação é feita em favor de um nascituro já concebido. Se é feita em favor de um não concebido, os frutos são reservados ao doador até o momento do nascimento do donatário. (Tradução livre de “*Donazione a nascituri. La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione benché non ancora concepiti (462). L’accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepiti, è regolata dalle disposizioni degli artt. 320 e 321. Salvo diversa disposizione del donante, l’amministrazione dei beni donati spetta al donante o ai suoi eredi, i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia (1179). I frutti (820) maturati prima della nascita sono riservati al donatario se la donazione è fatta a favore di un nascituro già concepito. Se è fatta a favore di un non concepito, i frutti sono riservati al donante fino al momento della nascita del donatario*”).

⁸⁰ **Art. 462. Capacidade das pessoas físicas.** São capazes de suceder todos aqueles que são nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão (Cod. Civ. 1, 594 e seguintes, 600, 784). Salvo prova contrária, presume-se concebido ao tempo da abertura da sucessão quem é nascido dentre os trezentos dias [seguintes] à morte da pessoa de cuja sucessão se trata. (Cod. Civ. 232). Podem, além disso, receber por testamento os filhos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador, embora não ainda concebidos (Cod. Civ. 643, 715, 784). (Tradução livre de “*Capacità delle persone fisiche. Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell’apertura della successione (Cod. Civ. 1, 594 e seguenti, 600, 784). Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell’apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta (Cod. Civ. 232). Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti (Cod. Civ. 643, 715, 784)*”).

Também se observou na Itália o surgimento de correntes doutrinárias a respeito da personalidade jurídica e do momento inicial de sua atribuição / reconhecimento, dentre as quais, destaca-se o pensamento dos seguintes autores:

CHIRONI considera a atribuição ficta de personalidade no nascimento, cujos efeitos se subordinam ao nascimento com vida; MANTELLINI, FILOMUSI-GUELFY e APPIANI tratam da temática da herança jacente, chegando a considerá-la espécie de pessoa jurídica;⁸¹ a seu turno, PIETRO RESCIGNO aduz que os direitos do nascituro não implicam qualquer espécie de antecipação de personalidade ou capacidade ao nascimento, embora reconhecendo que, no Direito Italiano, não são todos os direitos tutelados que estão submetidos ao nascimento com vida;⁸² por fim, CARNELUTTI sustenta que o nascituro é sujeito possível, embora não existente.⁸³

Em geral, os juristas italianos filiam-se às correntes natalista e da personalidade condicional, pois enfatizam o nascimento como condição ao implemento dos direitos.⁸⁴

2.1.4. Portugal

O Código Civil português de 1867, hoje revogado, previa como requisitos para o início da personalidade o nascimento com vida e a concretização da “figura humana” do nascido.⁸⁵ A codificação atual (Decreto-Lei n° 47.344 de 25/11/1966) dispõe que a personalidade tem início no nascimento com vida, impondo a exigência da completude do novo ser. Acrescenta, ainda, que os direitos reconhecidos por lei ao nascituro dependem do implemento do nascimento,⁸⁶ o que caracteriza opção pela teoria da personalidade condicional.

Considerando a vertente adotada pelo Código Civil Português, desperta interesse a análise de TAVARES, para quem, sem prejuízo das exigências previstas pela codificação anterior, mais correto seria a consideração da concepção como termo inicial da personalidade: *“Não hesitaríamos até em atribuir à concepção, em vez do nascimento, a origem da persona-*

⁸¹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 137-138.

⁸² RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 138.

⁸³ CARNELUTTI. *Nuovo profilo dell'istituzioni dei nascituri*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu, *Ibidem*.

⁸⁴ A propósito: SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, p. 10; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato* p. 68; e, TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, p. 67.

⁸⁵ Artigo 6°

⁸⁶ Art 66°. (Começo da personalidade):

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

lidade humana”.⁸⁷ Acrescenta o jurista que, tendo em vista a proteção dispensada pela lei ao nascituro, é forçoso considerar sua personalidade desde a concepção, visto ser aquela um pressuposto à garantia dos seus legítimos interesses:

“Não é correto afirmar-se que, antes do nascimento, o indivíduo não tem personalidade. Correto é dizer-se que o embrião constitui já uma certa personalidade, embora não tenha a plena capacidade jurídica, a qual só se adquire pelo nascimento”.⁸⁸

Para ele, o motivo pelo qual a tradição consolidou o entendimento pelo início da personalidade somente no momento do nascimento com vida reside no fato de ser aquela o “*produto e condição da organização jurídica relações sociais*”, nas quais é imprescindível a existência própria e autônoma, que só se verifica nos nascidos. No entender de CHINELATO E ALMEIDA, é um verdadeiro concepcionista.⁸⁹

Por sua vez, MOTA PINTO ensina que, embora não se antecipe a personalidade (a ser adquirida apenas no momento do nascimento com vida), o ordenamento confere, ao concebido, direitos condicionados àquele evento. Sustenta ainda, que, sequer na hipótese do ressarcimento de danos causados ao nascituro configura-se a personalidade jurídica antecipada, pois, apenas se vier a nascer com vida, os danos se consumarão, do contrário, não terá direito a qualquer indenização.⁹⁰

2.1.5. Espanha

Cumprir observar que o Código Civil Espanhol promulgado em 1889 não acompanhou a origem romana comum que serviu de base à consolidação dos demais ordenamentos jurídicos europeus do sistema romano-germânico, tendo em vista haver sido mantida a orientação presente em sua legislação extravagante.⁹¹

Em relação ao nascituro, o legislador do Código Civil espanhol adotou posição inovadora:

⁸⁷ TAVARES, José. Os princípios fundamentais do Direito Civil. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 142.

⁸⁸ TAVARES, José. *Idem*. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 79.

⁸⁹ Em análise de seu pensamento, pondera a autora citada: “*Esta mesma explicação é, porém, ainda insuficiente, porque levaria logicamente a concluir que a personalidade do homem só deveria ser reconhecida no momento em que ele efetivamente atinge as condições de capacidade natural para entrar na vida das relações sociais*”. (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 143).

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 203. Desta posição discordamos, pois inclusive o dano que gere a morte do nascituro pode gerar o dever de indenizar, conforme será abordado adiante.

⁹¹ RAÓ, Vicente. O Direito e a vida dos direitos. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra citada*, p. 75.

Art. 29. O nascimento determina a personalidade; mas o concebido se tem por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis, sempre que nasça com as condições que expressa o artigo seguinte.

Art. 30. Para os efeitos civis, só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno.⁹²

Algumas peculiaridades aqui se observam. Primeiramente, o fato de se estabelecer como requisitos ao aperfeiçoamento dos efeitos civis do nascimento a figura humana e a sobrevivência pelas vinte e quatro horas subsequentes à separação dos corpos.

Ademais, a consideração do nascituro como um “nascido” no tocante aos efeitos jurídicos que lhe sejam favoráveis, sem que, contudo, se lhe atribua antecipadamente personalidade jurídica, a ser verificada no momento do nascimento. Conforme expõe ESTÉLLES:

“Se o nascituro é considerado como nascido para tudo aquilo que lhe possa favorecer, o mais importante a ele é o reconhecimento do direito à vida, e, portanto, do direito de nascer; porque, **se o direito à vida é o mais essencial de todos os direitos que possam favorecer a pessoa, verdadeiro fundamento de todos os demais, não há sentido em negá-lo ao nascituro e, ao mesmo tempo, reconhecer em seu favor os direitos patrimoniais**”.⁹³ (Gri-famos).

De modo semelhante aos demais ordenamentos já citados, na Espanha também são atribuídos direitos patrimoniais ao nascituro, tais como o de receber doação,⁹⁴ bem como capacidade sucessória.⁹⁵

Uma breve análise destes dispositivos legais e teorias, engendradas nas correntes doutrinárias formuladas até então, é suficiente a demonstrar a complexidade da temática acerca

⁹² Tradução livre de “Art. 29. *El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*” e “Art. 30. *Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”).

⁹³ ESTÉLLES, Pillar. La persona del concebido. Apud.: SILVA, Reinaldo. Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida, p. 203.

⁹⁴ Art. 627. As doações feitas aos concebidos e não nascidos poderão ser aceitas pelas pessoas que legitimamente os representariam, se já se houvesse verificado seu nascimento. (Tradução livre de “Art. 627. *Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento*”).

⁹⁵ Art. 745. São incapazes de suceder: 1º As criaturas abortivas, entendendo-se como tais as que reúnam as circunstâncias (características) expressas no artigo 30. (Tradução livre de “Art. 745. *Son incapaces de suceder: 1º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30*”) Consoante destaca CHINELATO E ALMEIDA, “a capacidade sucessória é deduzida *contrario sensu*”, pois se entende por “abortivas” as criaturas que não reúnam os requisitos presentes no artigo 30. (Obra citada, p. 76).

do início da personalidade jurídica do nascituro, o que recebe tratamento particular em cada ordenamento jurídico. Conforme resume Washington de Barros MONTEIRO:

“Diversificam as legislações contemporâneas quanto a esse termo inicial. Reportam-se umas ao fato do nascimento, como o Código Alemão (artigo 1º), o português (art. 66) e o italiano (art. 1º). Outras, porém, tomam a concepção, isto é, o princípio da vida intra-uterina, como marco inicial da personalidade. É o sistema do Código argentino (artigo 70). Terceira corrente acolhe solução eclética: se a criança nasce com vida sua capacidade remontará à concepção (Cód. Civil francês). O Direito Romano se atinha à regra de Paulo: *Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*. É o sistema do Código Holandês (art. 3º)”.⁹⁶

Esta rica diversidade de concepções formuladas ao longo de décadas irradiou efeitos sobre o pensamento jurídico nacional, no qual se detiveram juristas de renome ao esclarecimento do tema.

2.2. Direito Brasileiro.

Analisemos, de igual modo no direito pátrio, a temática do nascituro dando ênfase à questão do início de sua personalidade jurídica, tendo em vista ser este o principal assunto sobre o qual se debruçaram os doutrinadores e a pertinência às conclusões almejadas por este trabalho.

2.2.1. Evolução legislativa

Um breve apanhado histórico, realizado por MAIA, conduz à conclusão de que nas Ordenações Filipinas fixava-se o início da personalidade no momento da concepção, entendimento que vigeu até o advento do Diploma do Casamento Civil (Decreto nº. 181 de 1890, de autoria de Coelho Rodrigues) por meio do qual passou-se a admitir o início da personalidade no nascimento, deixando-se de exigir os requisitos da vida e a viabilidade.⁹⁷

Posteriormente, Coelho Rodrigues elaborou projeto de Código Civil, apresentado ao governo em 1893, no qual dispôs a exigência do nascimento com vida e forma humana para que se considerasse o ser como pessoa, bem como fixou o início da capacidade civil no nas-

⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: Parte geral, p. 64.

⁹⁷ MAIA, Paulo Carneiro. Obra citada, p. 47. O termo “viável” é sustentado por Clóvis Beviláqua em excerto transcrito pelo autor: “O Decreto n. 181, de 24-1-1890, art. 4º, desviando-se da tradição do nosso direito, fazia retroagir os efeitos do casamento, em relação aos filhos comuns, à data do nascimento, se nascessem viáveis. Nesse caso, a personalidade teria como pressupostos o nascimento e a viabilidade”. (Idem, p. 50).

cimento, assegurando que a lei o considera existente desde a concepção para lhe conservar direitos adquiridos, além de *status* de filho legítimo.⁹⁸

Como é sabido, o Projeto de Clóvis Beviláqua originalmente formulado sofreu uma revisão colegiada após a primeira apresentação, recebendo algumas alterações. Na primeira das versões, estabelecia-se que “*A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida*” (artigo 3º). Como se percebe, para o autor, o nascituro, enquanto pessoa, é sujeito de direitos.⁹⁹

Já na versão revista do projeto, estatuiu-se, no artigo 4º, que “*A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas, desde a concepção a lei garante os direitos eventuaes do nascituro*”. Nestes termos, percebe-se a atribuição do caráter de eventualidade, ou condicionalidade aos direitos atribuídos ao nascituro, sem que se esclareça até que ponto é possível a titularidade de direitos por “alguém” sem personalidade.

Todavia, uma interpretação sistemática dos dois projetos leva a concluir que, em ambos os casos, adotou-se a orientação concepcionista, conquanto haja sido prevista a titularidade de direitos pelo concebido, observada a ressalva acima tecida, o que leva CHINELATO E ALMEIDA a concluir que, no contexto dos projetos legislativos que antecederam o Código Civil de 1916, preponderou a paridade entre o nascituro e o nascido, segundo a regra geral do Direito Romano.¹⁰⁰

A seu turno, o Código Civil de 1916 fixou o marco inicial da personalidade jurídica do homem no nascimento com vida, ressaltando que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 4º), dispositivo originado no projeto revisto de Beviláqua. Ressalte-se que o Código não recepciona de outros ordenamentos o requisito da viabilidade, bastando, tão-somente, a manifestação de sinais inequívocos de vida.

O atual Código Penal, publicado em 1941, tutela os interesses do nascituro por meio da tipificação do aborto, modalidade de homicídio praticada contra o nascituro (o sujeito passivo do tipo objetivo “matar” recai sobre o ser concebido e ainda não nascido) configurada pela “*interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período*

⁹⁸ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 187. No entendimento da autora, sendo o *status* um dos atributos da personalidade, “*não há como negar personalidade ao nascituro no Projeto de Coelho Rodrigues, que, segundo entendemos, apenas aparentemente não a reconhece no citado art. 3º.*” (Ibidem).

⁹⁹ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Idem, p. 189.

¹⁰⁰ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Idem, p. 193. Conforme esclarece a professora, àquela época ainda não era difundida a teoria dos direitos da personalidade (o que viria a ser implantado no Brasil pela obra de Adriano de Cupis em 1950), o que não pode ser olvidado na leitura dos ensinamentos de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua (Idem, p. 192).

compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina”,¹⁰¹ prescrevendo:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

No âmbito do direito internacional, merece destaque a disciplina do Pacto de São José da Costa Rica (1969) – ao qual aderiu o Brasil por meio do Decreto n.º. 678/1992 – o qual, expressamente, prevê a proteção à pessoa¹⁰² desde o momento de sua concepção:

Art. 4º. Direito à Vida

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

¹⁰¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, p. 437. Em análise dos dispositivos legais citados, acrescenta o autor: “**O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. (...)**

Apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege: relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intra-uterina, ou seja, desde a concepção até momentos antes do início do parto. (...)

Sujeito passivo, no auto-aborto e no aborto consentido (art. 124), é o feto ou, genericamente falando, o produto da concepção, que engloba óvulo, embrião e feto (há divergência doutrinária). Feto, segundo Manzini, é, pelo menos, uma pessoa em formação. Nessa espécie de aborto, concordamos com Heleno Fragoso, a gestante não é ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo, não havendo crime na autolesão. Ela é somente sujeito ativo do crime”. (Idem, p. 436). (Grifou-se).

¹⁰² **Art. 3º.** Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica.

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Art. 5º Direito à Integridade Pessoal.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

No mesmo caminho, a Declaração dos Direitos da Criança (1959) reconheceu como devida a proteção à criança mesmo antes do nascimento, o que conduz a uma certa equiparação do nascituro à criança já nascida.¹⁰³

No direito processual civil, particularmente no que toca à participação ativa do nascituro como integrante da relação processual, surge um problema: a rigor, a capacidade para ser parte está atrelada à noção de personalidade, a qual é negada pela maioria, consubstanciada em uma interpretação gramatical e isolada do texto do art. 2º do Código Civil.

Contudo, parte da doutrina e da jurisprudência atribuem ao nascituro capacidade para figurar como parte (ativa ou passiva) no processo,¹⁰⁴ obviamente, representado (ante a ausência de capacidade jurídica) pela mãe, pelo pai ou por um curador, os quais permanecerão na “posse”¹⁰⁵ dos seus direitos, o que vem previsto expressamente pelo Código de Processo Civil.¹⁰⁶

Neste sentido, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NASCITURO. CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, ate então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando- se, prosseguir na demanda. inaplicabilidade da regra do art 1621 do Código Civil”.¹⁰⁷

¹⁰³ **Preâmbulo:** (...) VISTO que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Princípio 4º. A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteções especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

¹⁰⁴ PUSSI, Willian Arthur. Obra citada, p. 173-174.

¹⁰⁵ Citando PONTES DE MIRANDA, menciona CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu: “*Adverte, ainda, que a palavra “posse” aí está em sentido lato, que não corresponde só ao de posse, nas ações possessórias. A missio in possessionem mittendo é a respeito de quaisquer direitos, pretensões, ações, execuções*” (Obra citada, p. 277).

¹⁰⁶ **Art. 877.** A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação. (...)

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL - Apelação Cível nº 583052204. 1ª Câmara Cível. Rel.: Des. Athos Gusmão Carneiro. Julg.: 24/04/1984.

A seu turno, a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, traz uma série de direitos e garantias extensíveis ao nascituro, dentre os quais, pode-se destacar: a disposição acerca da igualdade de todos perante a lei, bem como a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º, *caput*); a manutenção da instituição do tribunal do Júri para os casos de crimes dolosos contra a vida – dentre os quais, o aborto – (art. 5º, inc. XXXVIII); a garantia de licença à gestante, bem como da preservação do trabalho e salário, com duração de 120 dias (art. 7º, inc. XVII).

Em relação à disciplina constitucional do aborto, extrai-se das lições de José Afonso da SILVA:

“É outro tema controvertido, que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida *desde a concepção*, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo *nascimento* com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vetando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós, parece que, no feto, já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intra-uterina que não se evitou”.¹⁰⁸

Do mesmo modo, uma leitura constitucionalmente orientada (lembrando-se, ainda, dos termos dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, os quais prevêm proteção ao ser desde a sua concepção) reclama considerar estendidos os direitos e garantias previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/1990) ao nascituro, pois, em seu artigo 2º,¹⁰⁹ fala-se apenas em “pessoa”, não se subordinando sua tutela ao conceito de personalidade jurídica previsto pela lei civil. O texto do artigo fixa apenas os termos finais dos conceitos de criança (12 anos incompletos) e adolescente (entre 12 e 18 anos de idade), o torna perfeitamente possível a inclusão do nascituro (enquanto pessoa e sujeito de direitos) dentre o rol dos tutelados por este regime especial de proteção.¹¹⁰ Neste diploma, aliás, é assegurado à

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 186.

¹⁰⁹ **Art. 2º.** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹¹⁰ Dentre outros, o **Art. 3º** prevê: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

gestante a prestação de atendimento pré e perinatal pelo serviço público de saúde (art. 8º), que guarda direta pertinência com a condição do nascituro.

Merece destaque, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990 (Decreto nº. 99.710/1990), em cujos termos de proteção é possível incluir a figura do nascituro, até mesmo com respaldo em suas considerações preliminares, que dispõe acerca da necessária proteção pré-natal.¹¹¹

O Código Civil de 2002 é o diploma legal brasileiro em que se encontra o maior número de disposições a respeito do nascituro, dentre as quais: a cláusula geral de outorga de personalidade jurídica que fixa o seu termo inicial no momento do nascimento com vida mas, ao mesmo tempo, garante proteção aos direitos titularizados pelos nascituros;¹¹² o direito à curatela¹¹³ e à representação;¹¹⁴ o direito à receber doação;¹¹⁵ o direito à sucessão testamentária (especificamente no caso da prole eventual, contudo, doutrina e jurisprudência estendem esta possibilidade ao nascituro);¹¹⁶ o direito ao reconhecimento de paternidade¹¹⁷ e ao recebimento de alimentos (arts. 1.694 e seguintes).

No Processo civil, especificamente em relação à Investigação de Paternidade, cumpre tecer observação acerca da possibilidade de realização de exame de DNA por meio da coleta de material genético da placenta da mãe, durante a gestação, tendo em vista que tal procedimento não acarreta danos, quer à mãe, quer ao feto. A “investigação de paternidade “intra-útero” é realizada mediante coleta de amostra do “vilo corial” (procedimento de rotina para

¹¹¹ **Preâmbulo.** (...) Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”;

Parte 1. Art. 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

¹¹² **Artigo 2º.**: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹¹³ **Art. 1.779.** Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

¹¹⁴ **Art. 1.690.** Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. (...) (O que é ratificado pelos arts.1.634, inc. V 542).

¹¹⁵ **Art. 542.** A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

¹¹⁶ PUSSE, Willian Arthur. Obra citada, p. 154

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

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

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

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

¹¹⁷ **Art. 1.609.** (...) Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

diagnóstico de patologias e anomalias genéticas), que é o componente fetal da placenta da mãe, com estrutura celular idêntica à do feto. Desta sorte, a coleta do material genético não “importuna” o nascituro de qualquer forma, e pode ser realizada a partir da nona semana de gestação.¹¹⁸

A questão do início da personalidade e a posição doutrinária adotada pelos legisladores (especialmente do Código Civil) será objeto de análise no capítulo que se segue.

2.2.2. Evolução teórica

Basicamente, dividem-se os juristas nacionais em três grandes correntes no tocante à determinação do início da personalidade jurídica da pessoa, o que implica em se considerar (ou não) o nascituro como sujeito de direitos e interesses.

Em síntese, a *teoria natalista* admite que a personalidade tem início no momento do nascimento com vida; a *teoria da personalidade condicional* entende que a personalidade já existe, mas está condicionada ao implemento da condição (suspensiva) do nascimento com vida; enquanto para a *teoria concepcionista*, a personalidade se inicia já no momento da concepção.

2.2.2.1. Teoria Natalista

Aparentemente acolhida pelos legisladores do Código Civil de 1916 (art. 4º) e do Código de 2002 (o que virá a ser esclarecido em sentido contrário, posteriormente) a teoria natalista prevê o início da personalidade (sua atribuição pelo ordenamento jurídico) do sujeito no momento do nascimento com vida, compreendido, como se verificou anteriormente, no momento da separação do sujeito do ventre materno, seguida de sua efetiva demonstração de capacidade de sobreviver, configurada pela troca oxcarbônica com o meio ambiente.¹¹⁹

Esta teoria tem origem no Direito Romano, no qual a aquisição da personalidade jurídica ocorria com o nascimento, sendo o feto, até então, uma parte da mãe, e não um autônomo titular de direitos. Contudo, em que pese seus direitos apenas se consolidarem ao nascer, seus interesses recebiam proteção, por meio da regra da “antecipação presumida de seu nascimento” – “*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*” – através da qual se

¹¹⁸ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 215.

¹¹⁹ “*Não se justifica, igualmente, que a aquisição de personalidade dependa do revestimento da forma humana e seja recusada aos seres malformados, às aberrações teratológicas, abrangidas na designação genérica de monstros*”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v.1. p. 146).

lhe equiparava ao concebido, não para lhe declarar pessoa, mas apenas para lhe resguardar os interesses.¹²⁰

Defendida por doutrinadores de renome,¹²¹ esta corrente sustenta que, antes do nascimento, o nascituro seria revestido de uma personalidade condicionada ao nascer com vida, estando a aquisição de todos os seus direitos sob condição suspensiva. Havia, portanto, situação jurídica de mera expectativa de direitos, os quais se aperfeiçoariam mediante o implemento daquela condição. PUSSI enuncia que, segundo esta concepção, não seriam tutelados direitos reais, tampouco naturais, mas tão-somente verdadeiras expectativas.¹²²

Não poderia se afirmar que, de modo diverso, a personalidade não irradia quaisquer efeitos para antes do nascimento, pois, de algum modo, é forçoso reconhecer uma parcela de personalidade jurídica – embora não predomine o entendimento acerca da condicionalidade, conforme será visto adiante – de que goza o nascituro, pois sobre ela se funda a titularidade de qualquer posição jurídica, seja de mera expectativa, seja de direitos subjetivos adquiridos, o que é garantido expressamente pela lei.¹²³

Opõe-se VENOSA, para quem a proteção legal dispensada ao concebido não significa a outorga de qualquer personalidade, mas tão somente a capacidade para alguns atos, situação que apenas se assemelha à personalidade, a qual tem início apenas no momento do nascimento com vida. Para o autor, ante a possibilidade de se beneficiar o sujeito ainda não concebido por meio de testamento, a situação do nascituro ultrapassa a mera expectativa de direito. Contudo, afirma que “*sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva*”.¹²⁴

No mesmo sentido, posiciona-se SANTORO PASSARELLI, ao sustentar que a atribuição e conservação de direitos condicionais ao nascituro não significa atribuição antecipada de personalidade jurídica, pois, se não verificado o nascimento com vida, não se concretizam quaisquer conseqüências decorrentes da morte de um sujeito de direito.¹²⁵

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idem*, p. 144.

¹²¹ “São adeptos desta teoria civilistas respeitáveis como Paulo Carneiro Maia, Vicente Raó, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Carbal Gusmão. Cumpre salientar que esses doutrinadores, ao afirmar que a personalidade começa a partir da concepção, não sustentaram que o nascituro não tenha qualquer direito ou status antes do nascimento, conforme interpretação apressada de alguns, o que se reflete em certos acórdãos, notadamente os que negam indenização pela morte do nascituro”. (CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 145)

¹²² PUSSI, Willian Arthur. *Obra Citada*, p. 91.

¹²³ “Para Eduardo Espínola, o ser humano não separado do ventre materno não tem existência própria, e por conseqüência não tem personalidade. Excepcionalmente, porém, “por benignidade da lei”, é considerado como se fosse nascido”. (CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 145).

¹²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Parte geral*. v.1, p. 161.

¹²⁵ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, p. 10. Em posição semelhante, Pietro TRIMARCHI: Como se é acenado, a aquisição, pelo concebido, é subordinada ao evento do nascimento.

Igualmente negando que a proteção ao nascituro represente atribuição de personalidade jurídica, TRABUCCHI avança no entendimento daquele autor (VENOSA), sustentando que nem sequer se há de falar em capacidade jurídica própria.¹²⁶

Conforme sintetiza Caio Mário da Silva PEREIRA:

“O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua triologia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas se se frustra, o direito *não chega a constituir-se*, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento ele já é sujeito de direito”.¹²⁷ (Grifos no original)

O citado jurista relata que à época da discussão do projeto de Beviláqua, foi adotada a teoria de Windscheid relativa à retroatividade da consideração da existência do ser em caso de nascimento com vida, o que foi novamente ventilado pela Comissão Revisora do Anteprojeto de 1965.¹²⁸

A seu turno, PONTES DE MIRANDA opõe-se a esta doutrina, considerando que:

“(…) os efeitos do facto jurídico, em cujo suporte fáctico está a concepção (ainda sem nascimento), se produzem, sem qualquer pendência, ou condicionalidade. O parto sem vida pré-exclui qualquer efeito *por diante*; o parto com vida completa o suporte fáctico para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico. (...) Com os elementos desse suporte fáctico, *mais* o nascimento com vida, compõe-se o suporte fáctico de que exsurge a pessoa. As noções de ficção, de substituição, ou de retroatividade, são aquela, supérfluas, e essa, errada”.¹²⁹ (Grifos no original)

MAIA acrescenta que, não obstante o amparo concedido ao nascituro (chegando a ocorrer situações em que ele se assemelha à pessoa), não há que se falar em reconhecimento ou atribuição de personalidade jurídica, restando, tão-somente, uma situação jurídica de expectativa de direito, pois haveria vencido, na elaboração do anterior código civil, a corrente natalis-

Durante a gestação, o nascituro tem apenas uma expectativa, tutelada mediante uma administração dos bens no seu interesse e a eventual prestação de garantias (art. 643 e 784 e incisos, Cód. Civ.). No momento do nascimento, a expectativa se torna direito perfeito. Inclusive aqueles poucos instantes são suficientes a consolidar a aquisição, com a consequência que o bem se transmitirá aos seus herdeiros legítimos, os quais não adquiririam se ele morresse” “Tradução livre de “*Come si è accennato, l’acquisto del concepito è subordinato all’evento della nascita. Durante la gestazione il nascituro ha solo un’aspettativa, tutelata mediante un’amministrazione dei beni nel suo interesse e l’eventuale prestazione di garanzie (art. 643 e 784 u.c. cod. civ.) Al momento della nascita l’aspettativa diventa diritto perfetto. Anche quei pochi attimi sono sufficienti a consolidare l’acquisto, con la conseguenza che il bene si trasmetterà ai suoi eredi legittimi, i quali non l’acquisterebbero se egli fosse nato morto*””. (Istituzioni di diritto privato, p. 68).

¹²⁶ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, p. 67.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra Citada*, p. 144-145.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idem*, p. 145.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Obra Citada*, p. 172-173.

ta. Menciona o autor que “(...) *se trata não de salvaguarda de direitos naturais e reais, mas, antes, de expectativa, que em direitos subjetivos se transformará se o concebido vier a adquirir vitalidade, consumando-se o nascimento*”.¹³⁰

O entendimento vigente à época da entrada em vigor do Código de 1916 bem traduz a racionalidade estritamente patrimonialista que orientava o sistema jurídico privado, irradiando efeitos, inclusive, à consideração de bens jurídicos tuteláveis na esfera penal:

“Entretanto, é preciso reconhecer que, subordinada à cláusula do nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja a de criar, como na *theoria* do Cód., uma expectativa de direito.

O curador ao ventre tem precisamente por fim a defeza dessa expectativa de direito e a lei penal, repressiva do aborto, se funda em considerações de outra ordem que não as que visam a personalidade, sob o ponto de vista do direito civil. (...)

A importância da controvérsia está na solução a dar em caso de sucessão. Ora, o natimorto não adquire herança ou legado, de modo que não há transmissão aos seus herdeiros ou sucessores, como se fôra nativivo. Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no acto da concepção”.¹³¹

As considerações de Caio Mário se revestem de semelhante cunho patrimonialista, enquanto limita-se ao tratamento das relações de doação ou substituição fideicomissária.¹³²

O texto dos artigos que tratam da atribuição de personalidade jurídica ao nascituro (art. 4º do Código Civil de 1916 e art. 2º do Código de 2002) são criticados e acimados de contraditórios, pois, ao mesmo tempo em que se reconhece a aquisição da personalidade no nascimento, admite-se a proteção de direitos anteriores a este. PONTES DE MIRANDA, todavia, opõe-se, argüindo a inexistência de contradição e a necessidade de uma leitura da possibilidade biológica do ser vir a nascer vivo.¹³³

Neste sentido posiciona-se Silvio RODRIGUES, para quem, embora não se possa admitir a concessão de personalidade jurídica ao nascituro, seus interesses futuros são preservados, considerando-se que provavelmente ocorrerá o nascimento e a conseqüente consolidação dos direitos em sua esfera, os quais são, por esta razão, protegidos.¹³⁴

¹³⁰ MAIA, Paulo Carneiro. *Obra Citada*, p. 44-45.

¹³¹ ALVES, João Luiz. *Código Civil Anotado*. Apud: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 146-147. Acrescenta a autora: “*Conforme decorre da leitura do texto, João Luiz Alves enfatiza apenas os direitos patrimoniais do nascituro, segundo visão própria de seu tempo. Os direitos não patrimoniais (os denominados direitos pessoais) ficaram a salvo de suas indagações, que pecam pela parcialidade*” (Ibidem).

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra Citada*, p. 144-145.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Obra Citada*, p. 178.

¹³⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*, p. 36. Merece atenção, em vistas de se analisar criticamente o instituto, a consideração, tecida por este autor, de que os interesses do nascituro seriam futuros, o que diz res-

Àqueles autores que reconhecem a existência de personalidade desde a concepção, contudo condicionam-na ao nascimento com vida, CHINELATO E ALMEIDA denomina “*concepcionistas impróprios*”.¹³⁵

2.2.2.2. Teoria da Personalidade Condicional

Em termos gerais, esta corrente reconhece a existência de personalidade jurídica desde a concepção, contudo, seus adeptos afirmam que há uma subordinação daquela ao nascimento com vida, daí o seu caráter condicional. Verificado o implemento da condição, considera-se a existência da personalidade desde o momento da concepção,¹³⁶ o que denota certa retroatividade desta verificação.

Em seu projeto de Código Civil, no início do século XX, Clóvis Beviláqua introduziu esta posição no ordenamento nacional ao enunciar, em seu artigo 3º, que: “*a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida*”.¹³⁷

Neste mesmo sentido, TEIXEIRA DE FREITAS dispôs em seu Esboço de Código Civil:

“**Art. 221.** Desde a concepção, no ventre materno começa a existência visível das pessoas e, antes de seu nascimento, elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas”.

Art. 222. Esses direitos só ficarão irrevogavelmente adquiridos, se os concebidos nascerem com vida, isto é, se a manifestarem, ainda que por instantes, depois de completamente separados de sua mãe”.¹³⁸

Não obstante a aparência da adoção da personalidade condicional, sustenta CHINELATO E ALMEIDA que ambos os autores são verdadeiros concepcionistas. No caso de Teixeira de Freitas, em nota explicativa ao artigo 221, enfatiza o autor a proteção do nascituro por meio de condenação criminal à violação de sua vida, além do fato de as medidas protetoras decorrerem de sua qualidade de pessoa, desde a concepção.

Cumprir observar que, em seu tempo, a doutrina acerca dos direitos de personalidade se mostrava ainda pouco desenvolvida no cenário brasileiro, o que leva a concluir pela inci-

peito a aspectos meramente patrimoniais de sua tutela. Indiscutivelmente, a vida e os demais direitos fundamentais (extrapatrimoniais) são interesses presentes, e preponderam sobre aqueles.

¹³⁵ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 143.

¹³⁶ PUSSI, Willian Arthur. Obra Citada, p. 97.

¹³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Projeto de Código Civil Brasileiro. Apud.: PUSSI, Willian Arthur. Idem, p. 94.

¹³⁸ Complementa o autor, em seu artigo 226, que em caso de morte no ventre materno antes da separação dos corpos, “*serão considerados como se em tempo nenhum tivessem existido, resolvendo-se, por este fato, os direitos que tiverem adquirido*” (FREITAS, Teixeira de. Esboço de Código Civil. Apud: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 149)

dência do citado artigo 222 sobre os direitos patrimoniais, estes sim, sob condição suspensiva.¹³⁹

CAMARA LEAL faz importante observação segundo a qual não se nega a atribuição de certos direitos ao nascituro desde a concepção (vide textos legais), porquanto não se pode deixar de reconhecer certa dose de personalidade, ainda que condicional, pois, do contrário, configurar-se-ia a situação anômala dos direitos sem sujeito.¹⁴⁰

Adepto desta doutrina, Gastão José SARAIVA avança em sua conclusão, ao nosso ver equivocada, de que, ao lado dos direitos patrimoniais, os direitos personalíssimos estariam igualmente sujeitos ao implemento da condição suspensiva do nascer com vida. Conclui seu pensamento enunciando que:

“Todo titular de direito (sujeito ou não a condições) é uma pessoa jurídica ou natural.
O nascituro é uma pessoa jurídica. (tése por nós defendida).
Logo o nascituro é um titular de direitos (sujeitos á condição suspensiva de nascer com vida)”.¹⁴¹

Estas duas premissas seriam inconciliáveis, pois, se existe, desde a concepção, uma personalidade condicionada, eventual hipótese do nascimento sem vida seria resolutiva,¹⁴² e não suspensiva, pois determinaria a extinção, e não o implemento daquela.

MONTEIRO aduz que a opção do legislador brasileiro foi a de determinar o nascimento com vida, viável ou não, concretizado pela separação do ventre materno pelo rompimento do cordão umbilical e manifestação de sinais vitais inequívocos, tais como vagidos, movimentos ou respiração. Contudo, acrescenta que, por haver esta condição para o aperfeiçoamento da aquisição dos direitos salvaguardados pela Lei, o nascituro é verdadeira pessoa condicional, estando inclusive sua personalidade condicionada ao implemento da condição suspensiva (nascimento com vida). Essa situação traduziria, nos termos do jurista Planiol, “*antecipação da personalidade*”.¹⁴³

A seu turno, PONTES DE MIRANDA enuncia que, diferentemente de uma inversão de elementos, é a eficácia que se antecipa, antes de o suporte fático (pessoa) se completar a ponto de se poder falar em personalidade. A atribuição prematura de personalidade (devida à

¹³⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 150-152.

¹⁴⁰ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 153.

¹⁴¹ SARAIVA, Gastão José. Os direitos do nascituro e o artigo 4º do Código Civil. *Revista dos tribunais*, v. 131, p. 454-455. Referindo-se ao Código Civil Anterior, aduz o autor: “*concluimos, portanto, que é a primeira parte do artigo 4º do nosso Código Civil que claudica: a personalidade jurídica do homem ‘não começa do nascimento com vida, mas começa desde a sua concepção’, subordinando-se todavia a eficácia dos atos praticados em seu benefício, durante o período da gestação, á condição de nascer com vida*” (Ibidem).

¹⁴² CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 155.

¹⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Obra Citada*, p. 65-66.

existência de vida, independentemente de nascimento) regalaria ao nascimento sem vida o papel de “elemento de suporte fático novo” que cancelaria *ex tunc* os efeitos daquela antecipação. Acrescenta o jurista que os legisladores e doutrinadores gregos e romanos adotavam concepção semelhante, pois, ao tempo que garantiam proteção aos interesses do nascituro, não concebiam a “antecipação de personalidade”; então concluindo: “*seria desacertado só se reconhecerem todos os efeitos após o nascimento, como desacertado seria admiti-los todos desde já. Procurou-se a melhor solução: “resguardarem-se” os interesses desde já*”.¹⁴⁴

De modo semelhante ao que se percebia na concepção anterior, debruçaram-se os juristas apenas acerca da aquisição de direitos patrimoniais e sucessórios os quais, certamente, dependem do nascimento com vida para que aperfeiçoe a transmissão. De igual modo, figura o fato do nascimento com vida como condição suspensiva da aquisição dos direitos,¹⁴⁵ cuja tutela objetiva depende da verificação daqueles acontecimentos futuros e eventuais.

Em conclusão sutil, TEIXEIRA observa que não seria tão relevante a consideração do nascituro como pessoa ou não, porque as mesmas leis que não lhe reconhecessem como pessoa, asseguram-lhe todas as prerrogativas a ela inerentes,¹⁴⁶ como é o caso dos artigos 4º do Código Civil de 1916 e do artigo 2º do Código de 2002, cujo teor é freqüentemente acoimado de contraditório.¹⁴⁷

De modo particular, sustenta MORAES que, embora não possua personalidade jurídica, o nascituro é dotado de capacidade sucessória, o que caracteriza uma situação excepcional na qual se dissociaria o conceito de personalidade do conceito de subjetividade, sendo o nascituro um sujeito de direito embora não seja pessoa.¹⁴⁸

Conforme critica, poderadamente, Luiz Edson FACHIN:

“Mesmo antes de nascer, o Direito já deita as suas preocupações no sentido de conformar um ser concreto à categoria previamente estabelecida. Dito de outro modo, a categoria do sujeito de direito, em verdade, só teria sentido jurídico a partir do nascimento com via. Porém, os direitos subjetivos

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p. 171-172.

¹⁴⁵ “*Ao nascer com vida implementa-se a condição e os direitos que adquirira, por atos cuja eficácia dependeria do seu nascimento com vida, que integrarão definitivamente seu patrimônio, mesmo vindo a falecer logo em seguida*”. (PUSSI, Willian Arthur Obra Citada, p. 95).

¹⁴⁶ TEIXEIRA, Aloysio Maria Teixeira. Nascituro. Apud: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 156. Ao seu pensamento, acrescenta a autora: “*Com efeito, se considerarmos o nascituro pessoa, seus direitos não são somente os expressamente conferidos pelo Código Civil (direito ao reconhecimento, à curatela, à adoção, de receber doação e à sucessão), cabendo interpretação extensiva. Se o nascituro não é pessoa, somente cabe interpretação restritiva, conforme regras de interpretação*” (Ibidem).

¹⁴⁷ Dentre outros: SARAIVA, Gastão José. Obra citada, p. 450.

¹⁴⁸ MORAES, Walter. Teoria Geral da sucessão Legítima. Apud: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 157.

de quem ainda não nasceu estão protegidos. E é por isso que não teria sentido dizer que o nascituro tem personalidade jurídica condicional”.¹⁴⁹

2.2.2.3. Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista reconhece a personalidade jurídica ao nascituro desde o momento de sua concepção¹⁵⁰, o que implica dizer que, no decorrer do período de vida intra-uterina,¹⁵¹ a pessoa concebida já goza das prerrogativas da personalidade jurídica concreta, especialmente no que toca ao seu principal efeito, qual seja, a titularidade potencial – como a aptidão ou possibilidade, juridicamente reconhecida, de ser titular de direitos subjetivos e interesses existenciais.

Não se nega que os direitos patrimoniais relativos ao nascituro permaneçam em condição suspensiva, condicionados ao implemento do evento futuro (nascimento com vida), conforme sustentam os adeptos das duas teorias anteriormente relacionadas.

Entretanto, a existência da personalidade já desde o momento da concepção, é o sustentáculo da titularidade dos interesses existenciais, sobretudo os direitos extrapatrimoniais, dentre os quais o direito a nascer (como expressão do direito à vida) com saúde, à preservação de sua integridade física, dignidade, dentre outros.

Com efeito, estes direitos não constituem meras expectativas: operam seus efeitos concretos desde o momento da concepção, impondo aos demais o dever de observância irrestrita o que, no caso específico, vincula de forma direta os genitores (dado o elo estreito de dependência no que se refere à vida e a saúde), os demais, e o próprio Estado.

Adotando este entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu, em acórdão paradigmático: “*O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas a capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais*”.¹⁵²

Adotada por juristas exponenciais,¹⁵³ esta corrente busca traçar em linhas precisas esta diferenciação entre as categorias de direito patrimoniais e extrapatrimoniais, derivados da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III da Constituição Federal).

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 60.

¹⁵⁰ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Obra Citada*, p. 158.

¹⁵¹ “*Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe*” (HUBMAN, Henrich. *O direito geral de personalidade*. Apud: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 80).

¹⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – Apelação Cível n°. 70002027910. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julg.: 28/03/2001.

¹⁵³ “*Partidários da última corrente doutrinária – por nós denominada verdadeiramente concepcionista –, que reconhece personalidade ao nascituro desde a concepção (...), além de Teixeira de Freitas, são Anacleto de*

“Para eles, a condição se relaciona apenas aos direitos patrimoniais, mas o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro, existem na sua plenitude, antes do nascimento”.¹⁵⁴

Sob o viés da titularidade dos direitos extrapatrimoniais, dentre eles o direito à vida, integridade física, saúde e dignidade (o que é previsto pela legislação civil, bem como, defendido pela imensa maioria dos autores), é inegável admitirmos a adoção desta corrente, conquanto o fenômeno da titularidade de quaisquer direitos subjetivos e demais interesses existenciais pressuponha a existência de personalidade jurídica. Conforme observa Francisco AMARAL:

“Na Constituição da República, art. 5º, Caput, garante-se o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil os artigos 1.609, parágrafo único, 542, 1.779 e 1.779, I, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, vale dizer, sujeito de direitos. **E só pode ser sujeito titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica.** Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide”.¹⁵⁵ (Grifamos)

Destaca-se ainda a incidência desta doutrina no campo da interpretação da normativa atinente à condição do nascituro, em especial, do Código Civil.

As correntes mais tradicionais – dentre as quais se encontra a Teoria Natalista – proclamam uma interpretação restritiva da norma (exegese, ou método interpretativo literal do texto legal), o que importa o reconhecimento, ao nascituro, tão somente as expectativas de direito expressamente dispostas no texto de lei positivada, vedando-se a extensão de sua proteção.¹⁵⁶

Esta nova leitura proclamada pela corrente em análise implica a interpretação ampliada da norma, especialmente daquela do Código Civil que, dado seu caráter de generalidade (veja-se o teor do referido artigo 2º do Código de 2002), pode vir a compreender outros casos

Oliveira Faria e André Franco Montoro, R. Limongi França, Francisco dos Santos Amaral e Mário Emílio Bigotte Chorão”. (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 158).

¹⁵⁴ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Ibidem*.

Conforme destaca PUSSI, Willian Arthur.: “*Para estes autores, em existindo alguma condição, esta deve restringir-se unicamente aos direitos patrimoniais mas, em hipótese alguma, aos direitos fundamentais da personalidade*”. (Obra citada, p. 98).

¹⁵⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, p. 223.

¹⁵⁶ “*A aplicação da norma jurídica deve ser sempre restritiva, conforme lição de hermenêutica consubstanciada no brocardo “exceptio sunt strictissimae interpretationis” . Conseqüentemente, só haverá proteção ao nascituro nos casos expressamente estabelecidos por lei: doação, curatela ao ventre, sucessão testamentária, punição ao aborto.*” (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra Citada, p. 159).

não expressamente previstos em lei,¹⁵⁷ o que atribui ao intérprete o papel de construtor do sentido normativo no intento de realizar, no caso concreto, a efetiva proteção aos direitos do nascituro, em especial a vida, a saúde, integridade física e a dignidade.

Nas lições de Eduardo de Oliveira LEITE:

“Por isso, quando o Código Civil brasileiro distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa, que a “personalidade civil” do homem começa do nascimento com vida, mas que a lei “põe a salvo” (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. **Se a lei atribui direitos ao nascituro “desde a concepção” é porque aí visualizou ocorrência de pessoalidade**”.¹⁵⁸ (Grifamos)

Passa-se, então, à análise dos reflexos materiais da incidência do fenômeno da personalidade jurídica sobre o nascituro, notadamente a titularidade de interesses existenciais, tais como direitos subjetivos personalíssimos.

¹⁵⁷ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. *Ibidem*.

¹⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do Embrião humano: mito ou realidade?, p. 32.

3. O nascituro e os direitos da personalidade

3.1. Direitos da personalidade

Conforme leciona PERLINGIERI, a personalidade em si não é um *direito*, mas um *valor*, que sustenta e embasa uma série de outras situações existenciais, dentre as quais, direitos subjetivos,¹⁵⁹ tais como os *direitos da personalidade*.

Os direitos da personalidade dela decorrem diretamente, e se configuram como direitos subjetivos que têm por objeto os atributos existenciais da pessoa humana, além de bens e valores a ela essenciais, em seus aspectos físico, moral e intelectual,¹⁶⁰ tais como a própria vida, o corpo, a mente, o nome, a honra, a imagem, a fama, dentre outros elementos.

Sua tutela normativa é difusa – não obstante se possa considerar, ainda, sua atipicidade (conforme será melhor analisado no tópico seguinte) – eis que os valores inerentes à condição existencial da pessoa recebem previsão no texto Constitucional e numa infinidade de diplomas legislativos infraconstitucionais, donde se conclui pela enorme relevância atribuída à pessoa pelo nosso ordenamento privado, devidamente influenciado pela racionalidade civil-constitucional ora vigente. A propósito:

“Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guardida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional”.¹⁶¹

Como características preponderantes dos direitos da personalidade, destaca-se a sua condição de essenciais, inatos e permanentes, ou seja, são inerentes e inseparáveis de cada titular (donde surge o adjetivo de “personalíssimos”), eis que decorrem diretamente de sua própria personalidade, o que os torna, ainda, intransmissíveis e, a rigor, extinguíveis apenas pela morte do titular (havendo exceções, tais como a honra e imagem).

São, ainda, *absolutos* (pois dotados de eficácia *erga omnes*, ainda que, excepcionalmente, admita-se certa relatividade por conta da oponibilidade a sujeitos determinados); indisponíveis (eis que insuscetíveis de alienação ou de renúncia, embora se admita, em certos casos, cessão de imagem para fins publicitários ou do próprio corpo após a morte)¹⁶²; *impres-*

¹⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, p. 155-156.

¹⁶⁰ AMARAL, Francisco. *Obra Citada*, p. 250. Em relação aos direitos da personalidade, afirma, ainda, o autor: “*Seu objeto é o bem jurídico da personalidade, como conjunto unitário, evolutivo e dinâmico*”. (Ibidem)

¹⁶¹ AMARAL, Francisco. *Obra citada*, p. 251.

¹⁶² Código Civil. **Art.14**: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

critíveis (não havendo prazo para seu exercício); e, extrapatrimoniais (não sendo avaliáveis pecuniariamente, salvo no que se refere à propriedade industrial, conforme regime próprio).¹⁶³

Sua natureza, como já dito, é privada, ainda que sua exigibilidade possa se dar em face, até mesmo, do Estado, mediante pretensão ao implemento de políticas públicas.¹⁶⁴

Didaticamente, incluem-se os direitos da personalidade na categoria de *direitos humanos*. Pelo fato de alguns destes constarem, nos textos constitucionais, usou-se denominá-los *direitos fundamentais*, subcategoria que denomina um núcleo mais restrito dos direitos humanos representado por aqueles previstos na Constituição. Dentro dos direitos fundamentais encontra-se um núcleo de *direitos da personalidade*, que têm por objeto os valores essenciais da personalidade humana. “*Nesta perspectiva, todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas não o inverso*”.¹⁶⁵

Estes direitos classificam-se, basicamente, em três categorias, não exaustivas, a saber:

Direito à integridade física, que tem por objeto a vida, a integridade da saúde do corpo (e mente), as suas partes destacáveis (tecidos, órgãos), os cadáveres, e a liberdade de se submeter a tratamento médico. O Código Civil o tutela pelos artigos 13 e 15.

Direito à integridade moral, que abrange a honra liberdade, intimidade, nome e imagem pessoal, o que é previsto pelos artigos 16 a 21 do Código Civil.

Direito à integridade intelectual abarca o direito autoral em seu aspecto moral (autoria da obra) e patrimonial (direito de exploração e disposição da obra), conforme previsto pela Lei 9.610/1998.¹⁶⁶

Francisco AMARAL sustenta que são sujeitos titulares dos direitos da personalidade “*todos os seres humanos no ciclo vital de sua existência, isto é, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização in vitro ou intratubária), como decorrência da garantia constitucional do direito à vida*”,¹⁶⁷ donde se extrai a inequívoca conclusão de que, uma vez dotado de personalidade jurídica (como suporte à titularidade de direitos, ao menos extrapatrimoniais) desde a concepção, **o nascituro é titular de direitos da personalidade.**

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

¹⁶³ AMARAL, Francisco. Obra citada, p. 252.

¹⁶⁴ Francisco AMARAL sustenta que “*De modo mais específico, pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de matéria civil, penal, administrativa quando integrante da respectiva legislação ordinária*” (Idem, p. 257)

¹⁶⁵ AMARAL, Francisco. Ibidem.

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. Idem, p. 260.

¹⁶⁷ AMARAL, Francisco. Idem, p. 253.

Em relação à extensão desta titularidade, Silmara CHINELATO E ALMEIDA aponta que todos os direitos da personalidade – não apenas a vida e integridade física, mas, igualmente, a honra e a imagem – são compatíveis com a condição do nascituro.¹⁶⁸ Em relação à já debatida distinção com os direitos patrimoniais condicionados ao nascimento com vida, acrescenta a autora:

“Se é certo que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida para a plenitude de sua eficácia, notadamente quanto à transmissibilidade, os direitos da personalidade, incondicionais, como é o direito à vida, direito essencial e primeiro, não dependem daquela condição”.¹⁶⁹

Conforme bem conclui Roberto Senise LISBOA:

“Os direitos do nascituro são resguardados pelo novo Código desde a sua concepção, tanto os patrimoniais como os extrapatrimoniais.

Logicamente não se pode outorgar desde logo o conjunto de direitos patrimoniais ao nascituro. É necessário esperar o seu nascimento com vida. O nascituro não é titular de direitos patrimoniais, pois, embora seja um ser humano em formação, não possui vida biológica independente da sua progenitora.

Não há como negar, todavia, a possibilidade de contemplação de direitos patrimoniais em favor do nascituro, condicionando-se a transferência deles em seu favor, com o nascimento com vida. Enquanto isso não vem a suceder, o nascituro nada possui economicamente além de expectativa de direitos patrimoniais.

Melhor sorte assiste ao nascituro no que se refere aos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são assegurados desde a concepção do nascituro, nos termos do novo Código”.¹⁷⁰ (Grifou-se)

3.1.1. Dignidade da pessoa e não-taxatividade dos direitos da personalidade

De modo semelhante ao que proclama a Constituição Italiana,¹⁷¹ a Constituição Federal brasileira, através de cláusulas gerais (nem por isso programáticas, ou de eficácia contida, mas, efetivamente auto-aplicáveis) elege a dignidade da pessoa humana como fundamento

¹⁶⁸ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 320.

¹⁶⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 304.

¹⁷⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v.1, p. 294-295.

¹⁷¹ Constituição da República italiana. **Art. 2.** A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade e exige o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social. (Tradução livre de “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”).

(artigo 1º, inciso III) e a sua promoção como um dos objetivos da República (artigo 2º, incisos III e IV).

Desta feita, não há que se considerar encerrado, na legislação civil ordinária, o elenco dos direitos da personalidade passíveis de tutela pelo nosso ordenamento. Por evidente, a incidência imediata da cláusula geral de proteção da pessoa humana e promoção de sua dignidade (e demais interesses existenciais dela decorrentes) acarreta a desnecessidade de uma previsão legal exaustiva acerca dos bens e interesses merecedores de tutela.

Conforme leciona PERLINGIERI, merece crítica a doutrina que sustenta a tipicidade dos direitos da personalidade.¹⁷² Afirma o jurista italiano que, por conta da cláusula constitucional geral de proteção à pessoa humana, e a impossibilidade de realização da pessoa por um único viés de situação subjetiva (mas sim por uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder, ora como direito subjetivo, faculdade ou interesse legítimo), é necessário que se supere a simples noção de direito subjetivo típico, para que se reconheça a personalidade como um valor, do qual pode se extrair hipóteses de proteção não meramente típicas. Com propriedade, aduz o autor:

“A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido.

Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”.¹⁷³

Desta forma, se mostra ponderada a tese perfilhada por Paulo LÔBO, para quem a tipicidade dos direitos fundamentais é aberta, de modo que os tipos previstos, ora na Constituição, ora na legislação ordinária, são meramente enunciativos, não esgotando as situações merecedoras de tutela.

¹⁷² Referindo-se à doutrina que advoga a tipicidade dos direitos de personalidade no direito italiano à luz do supracitado artigo 2º daquela Constituição, PERLINGIERI afirma:

“*Tal orientação seria sustentável apenas se o art. 2 Const., na parte em que se tutelam os “direitos invioláveis do homem” fosse uma norma meramente recapitulativa (sem conteúdo próprio) e programática (não diretamente aplicável). Na verdade, tanto a natureza programática quanto aquela recapitulativa devem ser recusadas (...). O artigo 2 Const. é uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas*”. (Grifou-se) (Obra citada, p. 154-155).

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. Idem, p. 156.

O autor sustenta que, uma vez que a tipicidade aberta é compatível com a cláusula geral de tutela da pessoa, pode-se estabelecer limites mais amplos de consideração dos direitos da personalidade, que são representados tanto pelos tipos previstos na Constituição e legislação civil, quanto pelos tipos socialmente reconhecidos que estejam em conformidade com a cláusula geral.¹⁷⁴

Assim, a cláusula da dignidade da pessoa humana passa a figurar como critério auto-aplicável de aferição de merecimento, verdadeiro parâmetro de delimitação daquilo que é passível de tutela pelo nosso ordenamento, sobretudo no que se refere a bens de natureza existencial, cuja própria natureza inviabiliza qualquer pretensão a uma abordagem exaustiva por parte do legislador ordinário.

Desta sorte, todos os interesses existenciais decorrentes da condição do nascituro como pessoa, dotada de personalidade jurídica, devem ser avaliados à luz da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1, inciso III da Constituição Federal), não se esgotando sua tutela, necessariamente, nas categorias de direitos da personalidade tipificadas pelo legislador, até mesmo pelo Constituinte, mas em qualquer situação subjetiva existencial que, “socialmente típica”, condiga com o dever de realização de promoção de sua dignidade.

3.2. Direitos e interesses existenciais titularizados pelo nascituro

3.2.1. Vida

Por ser o mais fundamental dos direitos, o direito à vida é também chamado de “direito condicionante”, uma vez que dele dependem todos os demais. Vale dizer, seu objeto de proteção é um bem jurídico do qual decorrem todos demais.

Conforme esclarece CIFUENTES, o “*derecho de nacer*” é particular manifestação do “*derecho de vivir*”, o que influi, objetivamente, na condição do nascituro. O autor acrescenta, ainda, que o direito considera o nascituro como pessoa, buscando como fundamento a punibilidade do aborto, atentado contra a vida, bem personalíssimo do embrião.¹⁷⁵

Por certo que a vida não pode figurar, ao mesmo tempo, como direito subjetivo e como condição ao implemento da personalidade jurídica, até porque a primeira premissa (titularidade) depende da segunda (personalidade).

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade, p. 353-354.

¹⁷⁵ CIFUENTES, Santos. Los derechos personalísimos. Apud.: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni abreu. Obra citada, p. 294. Acrescenta a autora: “*Concordamos com as afirmações do autor, reiterando, uma vez mais, que o nascituro é pessoa, desde a concepção in vivo ou in vitro, e que tem ele direito de viver. Nossa posição no sentido de que o direito à vida existe desde a concepção porque pessoa desde momento, implica, em regra, posição contrária ao aborto*” (Ibidem)

É forçoso concluir pela existência do direito à vida desde a concepção – o que não des-
toa, de forma alguma, da sua previsão constitucional, eis que o artigo 5º, caput, não faz qual-
quer ressalva acerca do marco inicial da sua incidência – devendo restar esclarecido que o
nascimento com vida é mera condição ao implemento de um dos atributos da personalidade,
qual seja, a capacidade.¹⁷⁶

Vale dizer, a personalidade jurídica, condição e suporte à titularidade de direitos per-
sonalíssimos, existe desde a concepção.

Tal é a dicção do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana De Direitos
Humanos de 1969)¹⁷⁷ que proclama:

Art. 4º. Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve
ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Nin-
guém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Grifamos).

No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos da Criança prevê a proteção à criança
mesmo antes do nascimento, o que conduz a uma certa equiparação do nascituro à criança já
nascida.¹⁷⁸

Além das hipóteses de responsabilidade civil por violação do direito à vida do nascitu-
ro (a serem abordadas posteriormente), um dos principais reflexos do direito à vida do nasci-
turo se opera na esfera penal, através da a criminalização do aborto, caracterizando-se as hipó-
teses de exclusão da punibilidade¹⁷⁹ como soluções de verdadeiros choques de princípios es-
tampados nos interesses personalíssimos e existenciais de ambos os envolvidos, mãe e feto.¹⁸⁰

¹⁷⁶ CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 297. Diz a autora: “A definição expressa do
início da vida ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora nos pareça que a Constituição
Federal protege inequivocamente o nascituro”. (Idem, p. 298)

¹⁷⁷ Ratificado pelo Brasil em 25/09/1992 e acolhido pelo nosso ordenamento pelo Decreto 678/1992.

¹⁷⁸ **Preâmbulo:** (...) VISTO que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção
e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Princípio 4º. A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde;
para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteções especiais, inclusive adequados
cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

¹⁷⁹ A matéria é disciplinada pelo Código Penal da seguinte maneira:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou
debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Para ilustrar, segue um precedente jurisprudencial que, considerando as particularidades do caso concreto na ponderação dos interesses em discussão, à luz do princípio da proporcionalidade, houve por bem desautorizar a realização do aborto, ainda que pudessem estar configuradas as ressalvas previstas na legislação, em homenagem ao direito à vida daquele que estava por nascer. Veja-se:

“PEDIDO DE ABORTO . ESTUPRO. VIOLÊNCIA INDEMONSTRADA. DIREITO DO FETO A VIDA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO NATURAL. DIANTE DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SEGUROS DE CONVICÇÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA SEXUAL, NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL NEM INDICADA A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ PRETENDIDA, VISTO QUE MAIORES SERIAM OS MALEFÍCIOS. DESTACO QUE MERECE MAIOR PROTEÇÃO O INTERESSE DO NASCITURO EM VIVER, CONFORME O ART.-227 DA CF. O FATO DE EXISTIR E DE PERMANECER VIVO, ENQUANTO AS FUNÇÕES BIOLÓGICAS PERMITIREM, CONSTITUI DIREITO NATURAL INALIENÁVEL DE TODO O SEU HUMANO E, EM SI MESMO, O PONTO DE PARTIDA PARA TODOS OS DEMAIS DIREITO QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO POSSA CONCEBER. RECURSO DESPROVIDO”.¹⁸¹ (Grifou-se)

Portanto, é evidente que o nascituro é titular do direito à vida (e, conseqüentemente, do direito de nascer) desde a concepção, já que é ser vivo, dotado de personalidade jurídica concreta ao menos no que se refere aos direitos fundamentais. Eventual atentado contra a vida do feto caracteriza violação deste direito.

Entretanto, tal como ocorre em relação aos demais direitos fundamentais, existem situações em que entram em conflito os direitos do nascituro e da mãe, casos em que incumbe ao julgador intérprete decidir, através de ponderação realizada à luz do princípio da proporcionalidade (devidamente informada pelo princípio capital da dignidade da pessoa humana) decidir qual deverá prevalecer, podendo ocorrer, até mesmo, casos em que se sacrifique a vida

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁸⁰ A abordagem de todas as peculiaridades do instituto do aborto demandaria pesquisa em sede própria, não sendo a pretensão deste trabalho, no qual pretende-se demonstrar inequivocamente a titularidade do direito à vida pelo nascituro, bem como, seu caráter de excepcionalíssima disponibilidade em hipótese de choque entre interesses entre mãe e feto.

¹⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70001010446. Sétima Câmara Cível. Rel.: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julg.: 03/05/2000

do nascituro para salvaguardar a vida da mãe (art. 128, inciso I do Código Penal), ou sua dignidade (inciso II). Conforme aponta PUSSE, “*Diante de tudo, e existindo a colisão entre os direitos fundamentais do nascituro com os direitos da mulher grávida, ambos os direitos devem ser pesados de maneira a proteger aquele que for fundamental*”.¹⁸²

3.2.2. Integridade física e psíquica

Tal como a vida, o nascituro é pleno titular do direito à integridade física, o que acarreta verdadeiro dever aos pais, médicos, e sociedade referente à adoção de medidas de sua proteção, objetivadas à viabilização do seu nascimento saudável, bem como a prevenção, diagnóstico e tratamento de eventuais patologias que ele possa vir a enfrentar no período gestacional.

Neste aspecto, ressaltam-se os grandes avanços da ciência, especialmente da Embriologia, que informa a Perinatalogia, ramo da medicina que se dedica ao feto e recém-nascido. Observa-se grande desenvolvimento das técnicas de intervenção clínica, destacando-se o crescimento das cirurgias intra-uterinas e outras medidas de diagnóstico e tratamento do embrião.

A atenção se volta, inclusive, à saúde e integridade psicológica do nascituro, ressaltando-se os estudos dos danos psíquicos intra-uterinos por parte da Psicologia Pré-Natal. “*Afirmam os especialistas que, antes de nascer, além de inteligente, o feto é um ser sensível, com traços próprios de personalidade*”.¹⁸³

Desta feita, como forma de efetivação ao direito subjetivo à integridade física, cuja preservação e perfeita manutenção figura como pressuposto da efetivação do direito à vida (cuja concretização ocorre no nascimento), impõe-se, como referido, a adoção de medidas protetivas aos seus interesses, o que freqüentes vezes se opera pela via jurisdicional.

Neste aspecto, é de se ressaltar que, tendo capacidade para ser parte em juízo (desde que devidamente representado), o nascituro poderá ter seus direitos protegidos de lesão já ocorrida, de dano continuado, ou de ameaça de lesão (nos termos do que prevê o artigo 12 do Código Civil)¹⁸⁴ desde então, não sendo necessário aguardar-se o nascimento com vida e a consolidação de sua capacidade de fato para o ajuizamento da demanda, até porque, tal aguardo poderia vir a torná-la ineficaz, uma vez que, o que se discute, é a realização de medidas voltadas à viabilização do próprio nascimento com vida e saúde. A propósito:

¹⁸² PUSSE, Willian Arthur. Obra Citada, p. 265.

¹⁸³ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 314.

¹⁸⁴ **Art. 12.** 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.

“Entendemos que o direito do *infans conceptus* à vida e à integridade física, *latu sensu*, no qual se inclui o direito à saúde, existe desde a concepção e independe do nascimento com vida. Qualquer ação a ele pertinente – seja para prevenir o dano, seja para ressarcir o eu já ocorreu – pode ser ajuizada antes do nascimento, notadamente quando se trata de prevenção de dano iminente. (...)

Decorrente da premissa de que o nascituro tem personalidade desde a concepção (...), em nosso modo de ver, não é necessário aguardar o nascimento com vida para o ajuizamento da ação.

Há casos em que a lesão ao direito à integridade física e à saúde deve cessar, sob pena de obstar o nascimento perfeito. **Capacidade para ser parte o nascituro tem, mediante representação e com a intervenção do curador ao ventre (curator ventris). O interesse de agir é o dano iminente ou a lesão continuada”.**¹⁸⁵ (Grifou-se)

Há hipóteses em que a preservação da integridade física do nascituro conflita com interesse dos próprios genitores – notadamente da mãe, aquela que, biologicamente, mais ligada está com o concebido durante a gestação – tais como a recusa a intervenções médicas, transfusão de sangue, adoção de condutas inadequadas como fumo, álcool ou alimentação indevida. Nestes casos, poderia se sustentar que a mãe deteria alguma espécie de disponibilidade sobre o seu corpo e o embrião, o que há de ser prontamente rechaçado. Conforme esclarece destaca CHINELATO E ALMEIDA, em relação à eventual recusa da mãe em aceitar intervenção médica:

“Ainda que, na prática, tal recusa possa ensejar situações de fato de difícil solução, do ponto de vista jurídico ela se nos apresenta clara e inequívoca: **não cabe à mãe dispor do direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim do filho nascituro.** Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada”.¹⁸⁶ (Grifou-se)

Ademais, conforme destacado por PUSSI, na hipótese de confronto entre o nascituro e o direito da mãe em exercer qualquer atividade física ou profissional que represente risco para a gravidez, deve prevalecer o direito do concebido,¹⁸⁷ da mesma forma que ocorre em relação ao fumo e à ingestão de bebidas alcoólicas, devendo a mãe ser compelida, até mesmo coercitivamente, a não adotar tais práticas.

No mesmo sentido, discute-se a respeito do cumprimento de pena por mulheres em período de gravidez, uma vez que é sabido que todas as intermitências emocionais e psíquicas

¹⁸⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 319-320.

¹⁸⁶ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Idem, p. 315.

¹⁸⁷ PUSSI, Willian Arthur. Obra citada, p. 265.

sofridas pela gestante são transmitidas ao embrião.¹⁸⁸ Questiona-se se o nascituro (e não a mãe) teria direito a ser gestado em ambiente saudável, o que impediria o encarceramento de sua mãe durante a gestação. A propósito:

“A mulher grávida teria direito, apesar de ter cometido um delito, à liberdade, por seu filho que ainda está por nascer? (...)

Efetivamente, poderia até, ficar à disposição do juízo criminal, sob estrita vigilância, em local apropriado que não traga constrangimento à mãe, e, principalmente, sem se dar divulgação à imprensa, escrita, falada e televisada, dados pessoais da mãe, que possam no futuro a interligar a notícia ou notícias ao nascituro e que possam de qualquer maneira interferir de qualquer modo na sua formação natural. Agora na infância, posteriormente na adolescência e finalmente na fase adulta. Assim, em nosso entendimento, caso não fosse cumprida essa determinação, caberia a impetração da ordem de Habeas Corpus em favor do nascituro, por constrangimento ilegal ao seu desenvolvimento natural. (...)

Segundo os experts da ciência genética, o embrião durante a gestação absorve para si, todas as angústias, todas as situações físicas e psíquicas, crises nervosas, que a mãe passa durante o período de formação, absorvem, inclusive, o álcool e o fumo, se a mãe tem esses hábitos. Aliás, os médicos, em geral, aconselham as futuras mães a deixarem de fumar e de beber enquanto durar a gestação, porque o feto absorverá, tanto o álcool como a nicotina. Assim, todas as anormalidades que a mãe passar durante sua prisão e sua manutenção custodiada sobre pressão, passarão sem dúvida ao nascituro. Dessa forma, estará sendo prejudicado o seu desenvolvimento natural. E se "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" quer-nos parecer que, em prendendo a mãe, estará a lei, prejudicando o desenvolvimento natural do nascituro. E se há prejuízo cabe Habeas Corpus”.¹⁸⁹

Estas questões, por óbvio, não de ser devidamente esclarecidas pela jurisprudência, donde são colhidos expressivos posicionamentos que, até mesmo sacrificam o direito à liberdade da mãe em benefício do nascituro, quando o exercício daquele possa representar alguma sorte de risco à sua saúde ou integridade física.¹⁹⁰

¹⁸⁸ PUSSI, Willian Arthur. *Idem*, p. 267-268.

¹⁸⁹ VIANA, José Candido. [A mulher grávida e os direitos do nascituro.](#)

¹⁹⁰ “**Justiça garante direitos de nascituro - 28/08/2007** | Fonte: TJMG

O juiz da Vara da Infância e da Juventude de Pedro Leopoldo, Geraldo Claret de Arantes, aplicou os artigos 2º do Código Civil e 7º, 8º e 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para garantir o direito ao desenvolvimento e nascimento sadio de um nascituro, cuja gestante é uma adolescente em conflito com a lei. A decisão foi motivada após apresentação de uma ação de representação por ato infracional.

Nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo. Segundo os autos, a gestante é usuária de drogas, inclusive de crack, e não consegue se livrar sozinha do vício, o que, segundo a inovadora decisão, coloca em risco o desenvolvimento sadio do nascituro, cujos direitos estão assegurados nos artigos do Código Civil e do ECA.

Para decidir, o juiz também utilizou o princípio da Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas (ONU), ratificada pelo Brasil, para aplicar à adolescente medida de internação em estabelecimento próprio à sua idade e condição. À menor foi concedida tratamento contra o uso de droga, tratamento médico, pré e pós-natal, a cargo da instituição executora da medida.

A adolescente encontra-se cumprindo a decisão, desde a data da decisão, 24 de agosto, em Belo Horizonte. A mãe da adolescente, em audiência, disse que a medida atende aos melhores interesses da adolescente e do nas-

3.2.3. Imagem e Honra

O sentido técnico do direito à imagem diz respeito à possibilidade de utilização (reprodução) da imagem física da pessoa, por qualquer meio de captação, tal como fotografia, vídeo, pintura.

Em relação ao nascituro, este direito incide, por exemplo, na disciplina da ultrassonografia, cuja realização pressupõe o consentimento do seu titular (nascituro), através, obviamente, de seus representantes legais.¹⁹¹ A utilização indevida (não consentida) desta imagem acarreta em violação ao direito.

O direito à honra, protegido desde antes do nascimento (a partir da concepção), até depois da morte do sujeito, é igualmente titularizado pelo nascituro, e sua violação pode ocorrer quando se lhe imputar condição desabonadora, tal como ocorre quando se atribui sua paternidade a sujeito diverso.¹⁹²

3.2.4. Alimentos e reconhecimento do estado de filiação

No que se refere ao nascituro, os alimentos civis devem ser considerados em sentido lato, incluindo-se nesta categoria tudo o que necessário for ao sustento e a uma adequada assistência pré-natal, bem como, as despesas com o parto.¹⁹³

Como decorrência da aludida não-taxatividade dos direitos da personalidade e dos demais interesses existenciais merecedores de tutela, é devido o reconhecimento do nascituro como pleno titular do direito a receber alimentos. Por um lado, é assente que seu pleno desenvolvimento, assim como o parto, dependem de assistência em sentido lato (alimentação, cuidado, acompanhamento clínico preventivo e paliativo), as quais geram despesas; por outro, é inegável que a prestação de alimentos é destinada a viabilizar o seu nascimento e a concretização dos mais fundamentais dos interesses (direito à vida), o que inegavelmente está em acordo com a cláusula geral de proteção à pessoa humana, bem como, no disposto nos artigos 227 e 229 da constituição Federal.

cituro, uma vez que a menor estava muito debilitada e que já apresenta melhorias em sua saúde e, em consequência, no desenvolvimento do bebê". (Homepage do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=1841>>. Acesso em 3/07/2008)

¹⁹¹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 321.

¹⁹² CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Ibidem*.

¹⁹³ “*Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais freqüentes, alcançando, ainda, as despesas com o parto*”. (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. *Idem*, p. 243).

Aparentemente filiando-se à doutrina natalista, Yussef Said CAHALI sustenta que, por conta do disposto no artigo 2º do Código Civil, a personalidade jurídica do nascituro inicia-se apenas no nascimento, o que condiciona a eventualidade do exercício de seus direitos ao implemento daquele evento, excluindo-se, por conseguinte, a possibilidade de o nascituro reclamar alimentos com o genitor.¹⁹⁴

Todavia, mostra-se mais adequada a tese preconizada por PONTES DE MIRANDA, segundo a qual:

“A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida, se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências de pediatria.

Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do artigo 1.534, inciso II da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”.¹⁹⁵

Em relação ao estado de filiação, o nascituro tem igualmente direito a ter a sua paternidade reconhecida e declarada, ainda que anteriormente ao seu registro efetivo, eis que tal medida guarda estrita relação com deveres de seu sustento a serem suportados por ambos os genitores. A este direito, o Estatuto da Criança e Adolescente atribui o caráter de personalíssimo,¹⁹⁶ e a inserção do nascituro no âmbito de proteção desta norma é perfeitamente viável (e constitucionalmente legítima), tal como endossado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“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. 4.; 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 par. único do art. 26 do ECA, ao permitir, como o antigo par. 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 `a vida na Constituição (arts. 5. e 227).** Nascimento da criança após a sentença. Recurso provido para ter o

¹⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos, p. 355-356. Analisando a doutrina daqueles que entendem devidos os alimentos ao nascituro, proclama: “*Não obstante o espírito de humanidade que se encontra na base desse entendimento, parece-nos que o mesmo não se compadecia com os princípios adotados pelo anterior CC, no art. 4º, reproduzido no art. 2º do atual Código*”. (Idem, p. 358). A seu turno, Silmara Juni Abreu CHINELATO E ALMEIDA replica: “*Não são razões humanitárias que esteiam nosso entendimento. Ainda que esse aspecto seja relevante, fundamentamo-nos em argumentos técnico-jurídicos, inclusive com raízes no Direito Romano*” (Obra citada, p. 242).

¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. tomo IX, p. 215-216.

¹⁹⁶ **Art. 27:** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

feito seguimento, figurando ela, representada pela mãe, no pólo ativo. Remessa de peças à Corregedoria-Geral de Justiça por descumprimento do art. 2. da Lei n. 8.560/92".¹⁹⁷ (Grifou-se)

Sendo o filho concebido na constância do casamento, basta a prova da gravidez para que se possa ajuizar a demanda em face do genitor (artigo 1597, inciso I do Código Civil). De igual sorte, na hipótese de separação judicial de mulher grávida (inciso II do mesmo artigo), sendo que eventual renúncia ao direito a alimentos só a ela produz efeito, não se estendendo aos alimentos devidos ao filho.¹⁹⁸ Neste sentido:

“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - NASCITURO - LEGITIMIDADE. Garantindo a Constituição Federal (caput do art. 5º) a inviolabilidade do direito à vida, não se poderá deixar de acatar a tese de que o nascituro, embora despido de personalidade jurídica material, é detentor de personalidade jurídica formal. Assim, dotado de capacidade para ser parte, poderá propor ação de investigação de paternidade, representado pela gestante até que ocorra com vida o seu nascimento, quando então, adquirindo a plena personalidade, o seu nome passa a figurar no pólo ativo da demanda, representado pela agora mãe”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 1999.001.01187. 7ª Câmara Cível Rel. Des. Luiz Roldão F. Gomes. Julg.: 25/05/1999

¹⁹⁸ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 244.

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Agravo de instrumento 084.206-2. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Pacheco Rocha. Julg.: 08/02/2000. Extrai-se do voto relator:

“Escorreita se apresenta esta, tal como escorreita fora a dicção da petição inicial, porquanto, garantindo a Constituição Federal vigente, no caput do seu art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida, não se poderá deixar de acatar a tese de que o nascituro, embora despido de personalidade jurídica material, é detentor de personalidade jurídica formal e, nessa qualidade, é representado pela gestante até que ocorra com vida o seu nascimento, quando então, adquirindo a plena personalidade, dá-se a sua representação - na situação presente - pela agora mãe.

Essa tese está assim resumida por MARIA HELENA DINIZ:

"II - Direitos do nascituro. Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462 e 1.718), como o direito a alimentos (RT, 650:220), à vida, a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança, de ser contemplado com doação, de ser reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a 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" (in Código Civil Anotado, Saraiva, 1995, p. 8).

Nessa ótica, não ocorreu, ao contrário do que sustenta o Agravante, substituição processual alguma ao ser registrado no pólo ativo da relação processual o nome da Agravada, mas simplesmente a retificação da designação genérica até então dele constante (nascituro), o que decorreu da integração da personalidade jurídica deste em virtude do seu nascimento com vida.

O tema dispensa maiores comentários, mesmo porque não se poderá negar que, de há muito, o ordenamento jurídico preserva os direitos do nascituro, aliás como proclamado pelo art. 4º do Código Civil: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". A essa realidade, consagrada pelos dispositivos mencionados na citação doutrinária, poderá ser agregada esta outra, a de que, incumbindo à gestante o dever jurídico de preservar a integridade física do nascituro e de satisfazer-lhe a necessidade do seu regular desenvolvimento físico, sob o risco de concretizar-se um crime de aborto, em contrapartida deverá assistir a essa mesma gestante o direito de postular alimentos também

O dever de alimentar pode fundamentar-se, ainda, na presunção derivada de indícios de paternidade decorrente da manutenção de relações sexuais com o suposto pai à época da concepção, conforme se extrai do precedente a seguir:

“ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido”.²⁰⁰

Há, ainda, a possibilidade do ajuizamento da investigatória de paternidade cumulada com alimentos, providência judicial que supre uma dupla ordem de interesses do nascituro, consistentes no direito personalíssimo a ter reconhecido seu estado de filiação, bem como, da percepção do sustento pré-natal, através da prestação alimentar. Acompanhe-se:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte”.²⁰¹

Conclui-se, assim, que, por ser entidade vida, dotada de personalidade jurídica, o nascituro titulariza uma série de direitos subjetivos personalíssimos e demais interesses existenciais, os quais devem ser prontamente observados pela família, sociedade, e Estado, até mesmo por força do que prevê o artigo 227 da Constituição Federal para a criança e ao adolescente, uma vez que, conforme anteriormente referido, o estado gestacional é apenas uma fase da evolução do ser, não cabendo, aqui, qualquer discriminação em relação aos já nascidos.

Uma efetiva tutela do nascituro não pode prescindir da observância efetiva de seus direitos da personalidade – tipificados pela Constituição Federal e pela legislação ordinária – e

em favor desse nascituro, postulação esta que terá como pressuposto necessário a relação de parentesco, aqui caracterizada em termos de paternidade”.

²⁰⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70018406652. Sétima Câmara Cível. Rel.: Maria Berenice Dias, Julg.: 11/04/2007.

²⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70006429096. Sétima Câmara Cível. Rel.: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julg.: 13/08/2003.

demais interesses existenciais que, “socialmente típicos”, sejam condizentes com a cláusula geral de proteção à pessoa humana.

Sob a perspectiva axiológica enraizada na Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que, de forma muito mais relevante do que ocorre com as expectativas de direitos patrimoniais (condicionadas ao nascimento com vida) os direitos da personalidade traduzem fielmente aqueles “direitos do nascituro” cuja proteção, desde a concepção, é disposta no artigo 2º do Código Civil de 2002.

4. Reparação de danos

Delineadas as premissas teóricas que sustentam o reconhecimento do nascituro, desde a concepção, como pessoa humana dotada de personalidade jurídica, e, por derradeiro, titular de direitos subjetivos fundamentais, passa-se ao estudo das hipóteses de sua violação, e das possibilidades de responsabilização civil.

Por certo, não se pretende, pelo presente trabalho, aprofundar a discussão na teoria geral da reparação de danos – instituto cujas vertentes estão sendo constantemente reestruturadas para atender de maneira mais adequada aos anseios sociais.

Por isso, as considerações tecidas a seguir dizem respeito apenas a certas generalidades do instituto, com vistas a melhor situar a hipótese da reparação por danos sofridos pelo nascituro em seu contexto. Buscar-se-á, ao final, adequar a leitura da dogmática tradicional da reparação de danos aos novos delineamentos propostos pela doutrina do direito civil-constitucional, e, em especial, pela jurisprudência no que se refere à tutela material do nascituro.

4.1. Responsabilidade civil

A expressão responsabilidade civil recebe toda sorte de críticas doutrinárias, sobretudo pelo fato de não ser suficiente a esgotar o complexo conjunto de fenômenos e manifestações humanas por ela compreendido.

Numa primeira leitura – que, de certa forma, justifica seu enquadramento no direito das obrigações – exprime uma repercussão obrigacional, uma contraprestação equivalente à determinada atividade humana e, *“como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado”*.²⁰²

Dentre os possíveis atos e condutas humanas que desencadeiam efeitos correlatos, seja por força ética ou normativa, assumem relevância para o instituto da responsabilidade civil aqueles que causem alguma sorte prejuízo aos demais (de natureza patrimonial ou extrapatrimonial) recebendo, por conta disso, a imposição, pela autoridade, do efeito jurídico correlato. *“Daí resulta que não há responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo”*, sendo este o principal aspecto de diferenciação entre a responsabilidade jurídica e moral, eis que nesta o que se indaga é apenas a repercussão interna (individual) do ato ou pensamento.²⁰³

Verticalizando o conceito geral de responsabilidade, MARTON o define como:

²⁰² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, p. 4.

²⁰³ AGUIAR DIAS, José de. *Idem*, p. 7.

“(...) situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas”.²⁰⁴

A rigor, deste conceito conclui-se que o instituto seria fundado exclusivamente na noção de culpa daquele que incorre na conduta contrária à norma, eis que, filosoficamente falando, não há a possibilidade de se reconhecer responsabilidade sem culpa.

Contudo, conforme será visto a seguir, a problemática da responsabilidade não se esgota na noção de culpa, existindo outros fundamentos jurídicos possíveis que servem de suporte ao dever de reparar, tal como o risco.

NORONHA atribui ao conceito de responsabilidade civil a idéia de obrigação (no sentido de dever) de reparar danos causados à pessoa ou patrimônio de outrem, ou a interesses coletivos ou transindividuais (difusos ou coletivos),²⁰⁵ o que comporta duas acepções.

A primeira acepção compreende a obrigação de reparação de quaisquer danos causados a outrem (indivíduo ou coletividade) por ato antijurídico; por acontecimentos (até mesmo naturais) que derivem da atividade exercida pelo agente; ou, em casos especiais, por atos ilícitos justificados, porquanto lícitos.

Devido a sua pouca utilidade no propósito de encerrar categorias diversas num conceito genérico, o autor propõe a distinção entre *responsabilidade negocial*, oriunda do inadimplemento de obrigações negociais, e *responsabilidade civil em sentido estrito, técnico*, ou *responsabilidade civil geral*, para compreender a obrigação de danos causados pelo agente contra aqueles com quem não mantém qualquer negócio (incluindo-se, aqui, a violação do dever de ninguém lesar (*neminem laedere e alterum non leadere*)²⁰⁶, além daqueles danos que, embora ocorrido entre contratantes, diga respeito a deveres gerais de respeito pela pessoa e bens, o que preexiste à avença.²⁰⁷

²⁰⁴ MARTON. G. Lês fondements de La responsabilité civile. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 5

²⁰⁵ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 430.

²⁰⁶ “Afinal, a idéia central da responsabilidade civil consistente no princípio romano do *neminem laedere*, é pressuposto de uma convivência respeitosa que deve reinar entre as pessoas no plano social. A função da responsabilidade civil, nesse aspecto particular, sempre consistiu no restabelecimento do equilíbrio violado de forma a recompor, na medida do possível, a *restitutio in integrum* daquilo que se perdeu, em face da ação do agente lesionador contrária ao ordenamento jurídico”. (REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral, p. 134).

²⁰⁷ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 430. Acrescenta o autor:

“Aliás, a expressão *responsabilidade civil* tem vindo a especializar-se, tanto entre nós, como noutros países, para designar essa segunda categoria de obrigações. A evolução neste sentido reflete-se no Código Civil de 2002, que regula a *responsabilidade negocial* dentro de um Título específico, com a epígrafe “Do inadimplemento das obrigações” (arts. 389 e s.) e dedica à *responsabilidade civil em sentido estrito* outro Título, com o nome “Da responsabilidade civil” (arts. 927 e s.)” (Idem, p. 431)

Há que se observar, contudo, que as acepções dos termos *obrigação* e *responsabilidade* são distintas, posto que a primeira diz respeito a um dever jurídico originário que, se descumprido, dá origem ao segundo, dever sucessivo.²⁰⁸

Esta obrigação originária, cujo descumprimento enseja a responsabilidade pela reparação de eventuais prejuízos causados, deve ser lida em sentido amplo, de modo a compreender todas as condutas impostas pelo ordenamento ao sujeito, sobretudo o acima referido dever de a ninguém lesar (*neminem laedere*). Tal é o conteúdo da cláusula geral do artigo 927 do Código civil de 2002, que proclama:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.

Daí porque, adota-se, por conseguinte, a posição de AGUIAR DIAS, para quem, considerando que o *nomem iuris* do instituto se mantém por mera conveniência, uma vez que, transpostos seus limites, não é mais de responsabilidade civil que se trata, mas, efetivamente, de **reparação de danos**.²⁰⁹ Até porque, conforme sustenta MORIN, “*o problema da reparação dos danos sofridos por uma pessoa deve proposto desta maneira: quem deve reparar os danos? E não assim: quem é responsável?*”.²¹⁰

Com efeito, as hipóteses de danos passíveis de serem sofridos pelo nascituro enquadram-se na concepção de responsabilidade civil em sentido estrito. Pretende-se, com o presente estudo, esclarecer as hipóteses de reparação de danos extrapatrimoniais, decorrentes da violação dos direitos fundamentais, decorrentes da personalidade.²¹¹

4.1.1. Teorias da culpa e do risco

Originalmente, o dever de reparação de danos repousava sobre o fundamento da culpa do agente causador, cuja demonstração – inclusive em seu aspecto subjetivo – era imprescindível.

²⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, p.2. Acrescenta o autor: “*Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”*” (Ibidem)

²⁰⁹ AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 17-18.

²¹⁰ MORIN. La loi ET Le contrat, La décadence de leus souveraineté. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Ibidem.

²¹¹ “*Cumpra, por estas razões, não apenas promover, no âmbito da responsabilidade civil, as alterações estruturais necessárias ao adequado desempenho de suas novas funções – como a tutela de interesses não patrimoniais – mas, igualmente, cogitar de outros instrumentos que possam somar-se ao instituto com o propósito de promover a mais ampla e justa proteção contra os danos, desempenhando aquelas tarefas que, de forma procustiana, lhe vêm, hoje atribuídas. Vale aqui a singela proposta de Hannah Arendt: “trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo”.*” (SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil, p. 69)

dível à sua responsabilização. Tal como frisado por Ihering, “(...) *sem culpa, nenhuma reparação*”.²¹²

Todavia, o conceito de culpa inicialmente formulado e acolhido pelos ordenamentos francês e italiano, compunha-se por um viés objetivo – que, em última análise, representava a ilicitude da conduta incorrida pelo agente – e por um viés subjetivo (ético), de tal modo que:

“O primeiro elemento mostra somente que o fato é contrário ao direito – independentemente da questão de saber se se pode ou não censurar o autor; o segundo elemento, ao contrário, se relaciona diretamente com esse caráter censurável. O primeiro elemento não é senão simples verificação do fato; o segundo, contrariamente, implica apreciação moral”.²¹³

Deste modo, apenas serviria de fundamento à responsabilidade civil aquele ato ilícito, censurável, havendo procedido o autor com culpa ou dolo, sendo-lhe exigível comportamento diverso.²¹⁴

Na mesma direção, o ordenamento alemão pressupunha a configuração de dolo, culpa abstrata (inobservância do zelo que se espera de um bom “pai de família”) ou culpa concreta (violação de diligência que se espera do agente em relação a seus próprios negócios).

Dentre as críticas recebidas pela teoria da culpa, merecem destaque as considerações de Alvino LIMA, que destacam a insuficiência do critério da culpa na resolução de uma série de hipóteses de dano, o que tornou imprescindível o afastamento da necessidade de verificação da esfera moral do agente, bem como de sua avaliação psicológica, ou da possibilidade de previsões acerca da diligência a ser por ele adotada, para colocar o problema do dano no campo exclusivo da reparação da vítima, afastando-lhe o caráter de penalidade com base na culpabilidade para fundá-lo na preservação dos interesses abalados pelo fato danoso.²¹⁵

Surge, assim, a doutrina do risco, tendo como precursores alguns teóricos da Escola do Direito Natural do século XVIII, notadamente, Thomasius e Heineccius, Binding e Venezian, os quais sustentavam que o agente causador do dano deveria ser responsabilizado, mesmo em não se configurando sua culpa na ocorrência do dano, desde que, por óbvio, configure-se prejuízo injusto, uma vez que fundar a responsabilidade apenas o nexos causal seria “*tornar a vida insuportável*”.²¹⁶

²¹² IHERING, Von. Schuldmoment. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 57.

²¹³ MAZEUD ET MAZEUD. Nº. 17. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Idem, p. 60.

²¹⁴ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 433-434.

²¹⁵ LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 65.

²¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 67.

JOSSERAND destaca que a responsabilidade deve ser fundada no conduta do agente que crie o risco, caso este venha a se realizar e importe em conseqüências danosas a terceiros.²¹⁷

De acordo com este princípio, a ninguém seria imposto suportar danos à sua pessoa ou patrimônio causados diretamente, por outrem ou em virtude de qualquer atividade por ele desenvolvida, ainda que este não incorresse em qualquer espécie de culpa.²¹⁸

No direito brasileiro, observou-se, inicialmente, a ocorrência de uma multiplicação das suas presunções (as quais evoluíram, mediante experiência jurisprudencial, de presunções relativas para absolutas); posteriormente, o incremento da responsabilidade fundada no risco; e, finalmente, uma alteração estrutural no conceito de culpa e no método de sua aferição.

No mesmo contexto, surgiram as teorias do risco, fundamento da responsabilização objetiva, o que ingressou no direito pátrio mediante legislação extravagante promulgada no século XX, sendo acolhida também pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002 que, em seu artigo 927, estabelece uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades geradoras de risco.

Ademais, o Código Civil converteu determinadas situações, anteriormente tidas como de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em hipóteses de responsabilidade objetiva.

Até mesmo no contexto das primeiras, percebe-se o distanciamento do conceito de culpa do campo da moral, e a desconsideração de fatores psicológicos para sua verificação, importando mais a prova da conduta concreta do sujeito, havendo que se falar numa certa “*fragmentação do modelo de conduta*”,²¹⁹ que implica na consideração de aspectos de condutas específicos para determinadas situações, ou determinados sujeitos dotados de qualidades diferenciadoras. Isto, por certo, mediante parâmetros mais específicos, retirando a abstração do juízo subjetivo do magistrado.²²⁰

Desta sorte, há que se acolher a conclusão de Alvino Lima, para quem “*o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa*”.²²¹

Em relação aos danos possíveis de serem sofridos pelo nascituro, encontram-se casos de sustentação do dever de reparação em ambas as teorias, tanto em decorrência da culpa

²¹⁷ JOSSERAND. *Évolutions ET actualités*. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Idem, p. 81-82.

²¹⁸ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 435. Acrescenta o autor: “*Este princípio é bem sintetizado por um adágio muito antigo, primum non nocere, em primeiro lugar não fazer dano*” (Ibidem).

²¹⁹ SCHREIBER, Anderson. Obra citada, p. 52

²²⁰ SCHREIBER, Anderson. Idem, p. 53

²²¹ LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 62.

(responsabilidade civil subjetiva), quanto em decorrência do risco (responsabilidade civil objetiva) criado pela conduta ou atividade do agente causador.

4.1.2. Fundamentos do dever de reparar

De forma simplificada, entende-se que para que possa haver responsabilidade, é necessária a ocorrência de um dano e a existência de uma pessoa a quem se possa imputá-lo. Aprofundando a análise, verifica-se a necessidade da observância de outros pressupostos essenciais para que se possa responsabilizar alguém pela ocorrência do prejuízo (de ordem material ou moral) sofrido por outrem, tais como antijuridicidade da conduta, culpa, imputabilidade, nexo causal

Em resumo, os cinco pressupostos fundamentais do dever de reparar são: o **fato** (ação ou omissão humana, ou fato da natureza) e seu o **caráter antijurídico** (contrário ao direito, ainda que apenas pelas suas conseqüências); a possibilidade de sua **imputação** a alguém (por ato individual ou por uma atividade realizada em seu interesse); a ocorrência de **danos**; o **nexo de causalidade** entre o fato e o dano (com a ressalva das hipóteses em que o dano constitui risco próprio da atividade, sem haver sido por ela causado); e, que o dano esteja contido no **âmbito da função de proteção da norma**, ou seja, “*exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido*”.²²²

Todavia, ressalta NORONHA:

“Na doutrina e na jurisprudência, geralmente os únicos requisitos que se indicam são somente o segundo, o terceiro e o quarto. **Assim, afirma-se que a responsabilidade civil envolve três requisitos: um dano, um nexo de imputação e um nexo de causalidade.** É que, na vida real, o primeiro e o quinto dos requisitos são de importância menor”.²²³ (Grifou-se)

Isto porque o último dos requisitos (inserção do fato no âmbito de proteção da norma violada) acabou superado pela extensão da proteção normativa a praticamente todos os bens jurídicos relativos à pessoa ou as coisas, sejam de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, individuais ou coletivos, sobretudo no que se refere a danos oriundos de violação a direitos da personalidade, cujo conteúdo não é taxativo, mas passível de construção (e, até mesmo, ampliação) em cada caso concreto, à luz da incidência da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana .

²²² NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 469.

²²³ NORONHA, Fernando. Ibidem.

O primeiro dos requisitos é, na prática, mitigado por motivo diverso. Ocorre que, embora antijurídico, por si só, o fato não é capaz de ensejar a responsabilização civil (apenas a responsabilidade criminal), sendo necessária a ocorrência de dano em sua conseqüência. Por esta razão, tende-se a agregar o primeiro ao quarto requisito, denominando o fato de **fato danoso**.²²⁴

A análise pormenorizada de cada um dos fundamentos da responsabilidade civil demandaria monografia própria, não sendo o objetivo da presente. Conforme será visto posteriormente, as hipóteses de reparação danos ao nascituro serão ilustradas por precedentes jurisprudenciais baseados nestes exatos fundamentos ora referidos, no mesmo sentido em que se aponta a extensão do elenco de bens jurídicos protegidos pela norma, a prescindibilidade da culpa, e a atenção voltada ao caráter danoso do fato (e não apenas à sua ilicitude), de modo a objetivar a pretendida ampla reparação da vítima.

4.1.3. Funções

A doutrina sempre procurou reconhecer ou atribuir determinadas funções ao instituto da responsabilidade civil com vistas a justificar a imposição, legal e jurisprudencial, do dever de reparação de danos causados a outrem. Estas funções podem ser consideradas sobre um duplo viés: por um lado, representam os objetivos sociais que se pretende alcançar com a imposição do dever de reparar, e, por outro, justificam a própria razão de ser do instituto, fundamentando a atribuição desta forma de tutela de direito, pelo ordenamento. Dentre as principais funções, merecem destaque:

A *função reparatória, ressarcitória, ou compensatória* prevê que a principal finalidade da responsabilidade civil é de reparar o dano: extinguindo o prejuízo de econômico (indenização de danos patrimoniais), diminuindo o sofrimento causado por um dano moral puro (satisfação compensatória de dano moral) ou compensar a ofensa à vida ou integridade física de outrem propriamente consideradas (satisfação compensatória de dano puramente corporal),²²⁵ de tal modo que se coloque o lesado na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à ocorrência do dano.²²⁶ A propósito, vale ressaltar:

“Questões de terminologia: função reparatória, indenizatória, ressarcitória ou compensatória: (...) indenização e ressarcimento são palavras pra-

²²⁴ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 469.

²²⁵ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 437-438.

²²⁶ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial, p. 46.

ticamente sinônimas na língua portuguesa (...), ambas parecendo mais adequadas para referir a reparação por danos patrimoniais. Compensação, por seu turno, fica melhor para danos extrapatrimoniais (...); indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava antes, enquanto compensar é dar algo que contrabalance o mal causado, mas sem poder apagar este”.²²⁷

No mesmo sentido, destaca NALIN:

“São três as formas de indenização: a reconstituição natural do prejuízo; na sua impossibilidade, a reparação por equivalência, voltada a danos patrimoniais; e a compensação, destinada a danos extrapatrimoniais não indenizáveis *in natura*”.²²⁸

Em relação aos danos extrapatrimoniais, de caráter eminentemente psicológico, sua indenização é notadamente compensatória, uma vez que, ante a impossibilidade da recomposição do *status quo* pessoal anterior ao dano (e, por conseguinte, da concessão da indenização *in natura*), admite-se – com fundamento na ampla tutela dos direitos da pessoa humana e no dever de sua proteção – a indenização pecuniária de valor equivalente ao prejuízo,²²⁹ que, de certa forma, proporcione uma forma de satisfação de utilidade substitutiva²³⁰ à pessoa lesada que, no seu íntimo, conforte, ou equilibre o prejuízo de ordem moral que havia sofrido com o dano.

A relação necessária de proporcionalidade (equivalência) entre o dano (inclusive moral), além de estar prevista expressamente pelo Código Civil²³¹, recebe previsão constitucional.²³²

A *função sancionatória ou punitiva* é uma finalidade tipicamente pertencente à responsabilidade criminal, mas também incorporada pela responsabilidade civil, uma vez que a imposição de um sacrifício ao agente causador do dano configura, de certa forma, uma punição decorrente do ato por ele praticado.

Tal assertiva é facilmente compreendida na perspectiva subjetiva da responsabilidade (fundada no dolo ou culpa). Contudo, na responsabilidade fundada no risco (objetiva), apenas se poderia verificar uma função punitiva ou sancionatória nas hipóteses em que fosse possível o incentivo à adoção de medidas de segurança voltadas a prevenir a ocorrência de danos.

²²⁷ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 437-438.

²²⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Obra citada, p. 55.

²²⁹ REIS, Clayton. Obra citada, p. 142.

²³⁰ REIS, Clayton. Idem, p. 144.

²³¹ **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.

²³² **Art. 5º. (...) V.** é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

A função punitiva pode ser igualmente constatada pelos reflexos que a maior ou menor censurabilidade da conduta irradiam sobre o *quantum* indenizatório. “As vezes ela faz aumentar o quantitativo a ser pago, que reverte em benefício do ofendido, e outras vezes fá-lo reduzir, representando agora um menor sacrifício para o lesante”.²³³ Conforme prevê o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, *in verbis*, “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Há quem considere, ainda, nas hipóteses de danos não propriamente indenizáveis (mas apenas compensáveis, tal como ocorre em relação aos danos puramente morais) que a punição caracterizada pela responsabilização do agente configura verdadeira satisfação à vítima. Todavia, há que se ter em mente que a função sancionatória ocupa um plano secundário, acessório, no âmbito da responsabilidade civil, cuja função primária é, certamente, reparar os danos.²³⁴

Clayton REIS opõe-se a corrente que sustenta a existência de um caráter punitivo (sanção pessoal ao ofensor) na responsabilização civil, destacando:

“Portanto, é inadmissível concebermos que o sentido penalístico previsto atualmente na indenização dos danos morais tenha como fundamento uma sanção coercitiva sobre a pessoa da vítima, já que absolutamente incompatível com as modernas concepções referentes à responsabilidade civil. Ademais, seria igualmente incongruente atribuir função punitiva ao processo de reparação de danos, se considerarmos a autonomia existente entre o direito penal e o direito civil, que são regidos por princípios diferenciados. Por outro lado, a punição pessoal do ofensor, além de não interessar à vítima, não possui parâmetros no Código Civil, já que este não admite sanções que possam constranger a pessoa do responsável pela lesão”.²³⁵

A seu turno, a *função repressiva, pedagógica, ou dissuasória* assemelha-se com a função de prevenção geral e especial desempenhada pela pena criminal: através de sanção, pretende-se, através do exemplo, desestimular, coibir a prática do ato danoso, tanto pelo agente causador quanto pelas demais pessoas, estimulando a adoção de medidas preventivas o que assume relevância no âmbito dos danos culposos, os quais podem ser evitados diretamente pelos agentes.

Esta coibição da reincidência na prática do dano, quer pelo agente, quer pelos seus pares, opera-se por um mecanismo processual de intimidação, inibição, constrangimento e perda

²³³ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 439.

²³⁴ NORONHA, Fernando. Idem, p. 439-441.

²³⁵ REIS, Clayton. Obra citada, p. 133-134.

de vontade quanto à prática do ato, de forma a “*abrandar, através da punição, no espírito do ofensor, o seu animus aemulandi*”.²³⁶

Sobretudo em relação aos danos transindividuais (tais como os ocasionados ao meio-ambiente), tem-se aplicado as chamadas “punições exemplares” como forma de estímulo a adoção das referidas medidas preventivas pelas pessoas e empresa, com fins de evitar-se a ocorrência de novos prejuízos. Contudo, é altamente desaconselhável o exagero na utilização destas medidas, uma vez que, com efeito, uma “punição exemplar” é aquela que, ao tempo que repare da forma mais completa o dano:

“(…) represente o mínimo indispensável para dar uma satisfação ao sentimento geral de frustração e mesmo de revolta experimentado pela comunidade (o que cabe, ainda, dentro da função sancionatória) e para coagir à adoção dos cuidados que razoavelmente sejam cogitados (e aqui que intervém a função dissuasora). A responsabilidade civil não deve ser erigida em substitutivo das multas e outras sanções que devem ser impostas no âmbito da responsabilidade penal (incluindo a contravencional)”.²³⁷

Por fim, a denominada *função de socialização dos riscos*. Fundada no princípio do interesse social, considera o fato de que a ocorrência de danos (sobretudo patrimoniais) atinge não apenas a vítima, mas toda a sociedade em que ela se insere, uma vez que tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes se refletem no âmbito social.²³⁸

Em relação ao objeto do presente estudo – danos sofridos pelo nascituro – as funções acima referidas mostram-se de todo coerentes com a fundamentação desta modalidade de reparação, que, ao tempo que visa o restabelecimento do ofendido à condição anterior ao dano, objetiva também o estímulo da adoção de medidas protetivas aos seus direitos, ainda que isto implique em certo caráter punitivo da responsabilização.

4.1.4. Novas tendências do instituto

Paralelamente à erosão do filtro tradicional da culpa na responsabilidade civil, o instituto sofreu outras importantes alterações, notadamente em relação ao nexos causal (e sua flexi-

²³⁶ REIS, Clayton. Obra citada, p. 164. Acrescenta o autor: “Assim, a obrigação de indenizar exerce função social apaziguadora, compensatória e de dissuasão; portanto, uma função múltipla. Dentre elas, a que mais se destaca nesse momento é aquela consistente na finalidade pedagógica decorrente da obrigação de reparar integralmente o dano. A referida função educativa deve ser considerada em face da ampla tutela dos bens materiais e imateriais, bem como em virtude da questão social existente no princípio da ampla indenização dos danos ao patrimônio subjetivo da pessoa vitimada”. (Idem, p. 168-169).

²³⁷ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 442.

²³⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Obra citada, p. 49. Explica o autor: “É o empregado que, atingido por objeto, permanece sem trabalhar; o motorista profissional que perde seu veículo em acidente, nada mais podendo transportar; a empresa credora de uma obrigação, que por ter o devedor descumprido contrato relevante, deixa de pagar salários; etc. O interesse vai muito além dos prejuízos individualmente suportados”. (Ibidem).

bilização); à ampliação do quadro de hipóteses indenizáveis (os chamados “novos danos”); a despatrimonialização já não mais do dano, mas também de sua reparação; e a perda da exclusividade da reparação como remédio à produção de danos.

Em relação ao nexo causal, os tribunais brasileiros não dão a devida importância à necessidade de sua prova concreta, valendo-se, muitas vezes, da pluralidade de teorias da ação para justificar uma escolha meramente subjetiva, discricionária, e, “*muitas vezes atécnica*”, do julgador. Como exemplo, as hipóteses de “*causalidade anônima*”, em que o dano é causado por um determinado grupo, sem que se possa precisar qual de seus integrantes deu causa ao efeito. A solução freqüente é imputar ao grupo a responsabilização, de modo a assegurar à vítima o ressarcimento do dano.

Além dessa, existem muitas outras teorias que importam na flexibilização do conceito de nexo causal, tais como “*causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses*”.²³⁹

Desta forma, tal como ocorre com o conceito de culpa, o nexo causal sofre verdadeira erosão, cada vez mais sensível. A tendência jurisprudencial atual é, nas demandas de reparação de danos, menos a de identificar o responsável pelo dano (pela culpa ou pelo risco gerado pela atividade) e mais o de assegurar, à vítima, por qualquer modo disponível, a integral reparação dos prejuízos por ela sofridos.²⁴⁰

Como conseqüência das alterações anteriormente abordadas, houve uma expansão das demandas indenizatórias ajuizadas perante o Poder Judiciário, tanto no aspecto quantitativo (número de processos), quanto qualitativo (novos interesses, sobretudo existenciais). Como exemplo, o dano à privacidade, à imagem, à integridade psicofísica, dano estético, bem como, os danos ao nascituro.

Por um lado, estes “novos danos” representam, por um lado, o aumento da sensibilidade da jurisprudência a aspectos existenciais decorrentes da personalidade, mas, por outro, podem ensejar a perda dos limites de criação dessas novas categorias, o que se mostra relevante, essencialmente, nos casos em que a tutela se mostra discutível, até mesmo sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

O repisado argumento da “indústria do dano moral” não encontra guarida no ordenamento brasileiro, eis que nossa práxis forense ainda mantém num nível relativamente reduzido de valor para a quantificação das indenizações, em relação à gravidade dos abusos ocorridos,

²³⁹ SCHREIBER, Anderson. Obra citada, p. 56

²⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Idem, p. 56-57.

notadamente em relações marcadas pela vulnerabilidade de uma das partes e pelo caráter reiterado da conduta lesiva.

Conforme sustenta SCHREIBER, a atenção deve ser voltada não para a limitação dos valores de indenização, mas para a fixação de critérios de seleção dos interesses a serem tutelados, o que deve ser procedido à luz dos valores constitucionais, ao contrário do que atualmente ocorre, em que o magistrado detém a exclusividade do exercício de tal função, o que implica numa *“inevitável incoerência e insegurança no tratamento dos jurisdicionados, trazendo o risco, mais grave e cruel, de soluções que impliquem a restrição ou negação de tutela à pessoa humana”*.²⁴¹

Tal como anteriormente referido, o parâmetro mais seguro e socialmente legítimo de aferição de merecimento e delimitação do âmbito da tutela a ser oferecida pelo ordenamento jurídico, é a subsunção do caso concreto à cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), em cujo conteúdo se inserem seus aspectos existenciais mais relevantes.

Ademais, a doutrina e jurisprudência vêm firmando tendência no sentido de se aplicar meios não-pecuniários de reparação que, sem afastar completamente a indenização em dinheiro, a ela se associem para efetivamente reparar o dano moral. Como exemplo, o instituto da reparação pública (tutelado pela Lei de Imprensa), que, corajosamente, é aplicado por algumas cortes em situação que não envolvam a Imprensa.

Até mesmo em relação aos danos materiais, revela-se uma tendência à imposição de reparação que, embora patrimonial, seja não-pecuniária, como é o caso da reparação *“in natura”*, ao invés da conversão da obrigação em perdas e danos

Pode-se, desta forma, falar *“se não em despatrimonialização, de uma despecuniarização ou desmonetarização da reparação de danos”*.²⁴²

Por fim, surge uma outra discussão no contexto da responsabilidade civil a respeito da efetividade do instituto como melhor solução para a reparação dos danos. Reconhece-se que *“sobre o discurso do custo social da reparação, esconde-se o menos evidente, mas igualmente impactante, custo social da não-reparação”*.²⁴³

Propõe-se a adoção de novos instrumentos, diversos da responsabilidade civil, que possam ser oferecidos aos danos injustos, tais como a prevenção (eliminação prévia dos riscos de lesão), a maior fiscalização das atividades pelas agências reguladoras e órgãos de fiscalização (CADE, Banco Central); a instituição de mecanismos mais intensos de seguridade social

²⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Obra citada, p. 64.

²⁴² SCHREIBER, Anderson. Idem, p. 66.

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. Obra citada, p. 66.

(seguros privados obrigatórios, por exemplo) e demais elementos que, tal como ocorre nos demais países, funcionam paralelamente às ações de reparação de danos.

Há, portanto, que se promover as alterações necessárias no âmbito da responsabilidade civil (tais como adequação a novos interesses extrapatrimoniais), mas, igualmente, adotar instrumentos diversos que, somados ao instituto, promovam a mais ampla e justa proteção contra os danos.

4.2. Reparação de danos ao nascituro

Estabelecidas as premissas teóricas acerca do nascituro e sua condição de ente vivo, geneticamente autônomo da pessoa de seus genitores, dotado de personalidade jurídica – sobretudo no que se refere à aptidão para a titularidade de direitos subjetivos extrapatrimoniais, notadamente os direitos personalíssimos – reconhecida pelo ordenamento jurídico desde a concepção, mostra-se evidente a possibilidade de ocorrência de violação destes direitos, e conseqüente sofrimento de danos de ordem moral pelo nascituro.

Cumpra-se retomar a observação a respeito do suporte teórico da possibilidade de o nascituro titularizar direitos extrapatrimoniais (e não apenas meras expectativas condicionadas ao implemento do nascimento com vida) e, por conseguinte, sofrer danos em decorrência de sua violação. Para tanto, é evidente que se tenha de adotar a teoria concepcionista da personalidade (sem prejuízo da aplicação da teoria natalista no que se refere aos seus direitos patrimoniais),²⁴⁴ uma vez que:

“Caso a **teoria natalista** fosse adotada, seria criado um quadro interessante. O nascituro não poderia receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direitos. (...)

Adotando a **teoria da personalidade condicional**, a possibilidade de reparação estaria situada no mesmo patamar da personalidade: para que exista, deve haver o nascimento com vida. (...)

Se, de forma oposta, o nascituro for considerado pessoa em sua plenitude (**teoria concepcionista** – à qual nos filiamos desde o início deste trabalho), pode ele ser indenizado por danos morais e patrimoniais, ou, caso tenha falecido, seus ascendentes podem exigir a dita reparação”.²⁴⁵ (Destacou-se)

Nos termos artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, é assegurada a proteção jurisdicional de qualquer ameaça ou efetiva lesão a direitos. Se até mesmo os adeptos da teo-

²⁴⁴ “Se é certo que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida para a plenitude de sua eficácia, notadamente quanto à transmissibilidade, os direitos da personalidade, incondicionais, como é o direito à vida, direito essencial e primeiro, não dependem daquela condição”. (CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Tutela Civil do Nascituro, p. 304).

²⁴⁵ PUSSI, Willian Arthur. Personalidade jurídica do nascituro, p. 387-388.

ria natalista acabam por admitir a existência de direitos fundamentais do nascituro, desde a concepção, é inegável admitir-se que é devida a reparação, pela via judicial, de danos a ele causados em decorrência da violação destes direitos.

A título de ilustração, vale observar que já é assente, em nosso direito, a configuração de danos (moral e material) em decorrência da morte de animais, inclusive caracterizando-se o agravamento do dano na hipótese de perda da prole por conta do falecimento de animal em estado de gestação. Acompanhe-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. SERVIÇO DE DEDETIZAÇÃO EM CONDOMÍNIO. MORTE DE ANIMAIS DOMÉSTICOS POR INTOXICAÇÃO. DANO MATERIAL CARACTERIZADO. DANO MORAL INCORRENTE. A caracterização da lesão extrapatrimonial exige mais do que meros aborrecimentos e simples percalços decorrentes do insucesso do negócio. O conceito de dano moral indenizável, envolve a privação ou diminuição dos bens que atingem os valores mais relevantes da personalidade. No caso, não colhe a tese que afirma abalada a honra objetiva e subjetiva do síndico por ter contratado serviços de detetização que exterminaram mais do que deveriam. A reparação, na hipótese, é meramente material dos prejuízos reclamados e, efetivamente, comprovados. Outrossim, carecendo a tese de defesa de qualquer adminículo probatório, não havendo, pois, qualquer base de sustentação aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão contra si articulada, mostra-se irreparável, o acolhimento do pedido. Por derradeiro, não se acolhe impugnação tardia de documento, não admitida pela norma processual, em observância aos constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa. Recursos improvidos”.²⁴⁶

Por derradeiro, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade que, em última análise, impõem um dever de recíproca assistência entre os familiares e ao próprio Estado em relação àqueles, a jurisprudência vem construindo uma tutela efetiva dos direitos do nascituro, ora pela via da reparação de danos.

Inicialmente, os danos acolhidos como suporte à reparação eram estritamente patrimoniais, envolvendo alimentos, e direitos sucessórios.

“As últimas duas décadas, todavia, representaram uma reviravolta neste cenário. O amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por toda parte, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos, antes marginalizados, parecem enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas”.²⁴⁷

²⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 2001.001.21210. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. José C. Figueiredo. Julg.: 05/12/2001.

²⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. Obra citada, p. 46

A efetivação do reconhecimento de direitos da personalidade àquele que está por nascer impulsionou a disciplina jurisdicional da responsabilização civil decorrente de sua violação, o que, por óbvio, condiz com a tábua axiológica da Constituição de 1988 que privilegia a condição existencial da pessoa humana e sua dignidade, até mesmo em prevalência sobre questões patrimoniais, que não mais esgotam sua tutela.

“Evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e da queda de barreiras processuais, um número maior de pretensões indenizatórias vem acolhido pelo Poder Judiciário. **À parte dessa expansão quantitativa, pode-se identificar, também, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano resarcível**”.²⁴⁸ (Grifou-se)

Portanto, é sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), inclusive enquanto se encontra no ventre materno; no dever solidário de sua irrestrita proteção – que representa a expressão concreta da tendência humanista e despatrimonializadora que informa o direito civil contemporâneo, ora diretamente influenciado pelas diretrizes axiológicas constitucionais –, bem como, no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da CF) é que se fundamenta a inserção da figura do nascituro, e dos danos por ele sofríveis, no instituto da reparação de danos.

4.2.1. Dano moral por violação dos direitos da personalidade do nascituro

A doutrina civilista firmou-se em denominar dano moral àquele que, por exclusão, não se enquadre na categoria de dano patrimonial. Conforme anota BITTAR, a divisão entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais (que encerra em si a dicotomia entre os danos materiais e morais, respectivamente) é a mais adequada, devendo-se observar, contudo, a possibilidade da irradiação de efeitos de ambas as naturezas por um mesmo fato gerador.²⁴⁹

Neste sentido, é adequada a consideração do elemento dano como a violação de interesses, patrimoniais ou extrapatrimoniais, relativos a bens juridicamente tuteláveis.²⁵⁰

²⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Idem*, p. 59.

²⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 40-41.

²⁵⁰ REIS, Clayton. *Obra citada*, p. 108. Acrescenta o autor:

“Não resta dúvida de que a intimidade, privacidade, honra e imagem, igualmente serão capazes de merecer a proteção da norma jurídica, mesmo não se enquadrando na esfera dos interesses juridicamente protegidos, apontados no mencionado dispositivo do Código Civil. [de 1916]. Todavia, a omissão legislativa foi superada com o advento da Carta Magna de 1988 que, em seu art. 5º, inciso X suprimiu a lacuna legislativa., ao dispor que, “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” ”. (Idem, p. 109).

Confirme assinala MESSINEO, na categoria do dano moral se inserem: o atentado contra direitos da personalidade moral ou espiritual como liberdade dignidade, honra, decoro, reputação; o fato que causa “paixão de ânimo” (dor não física), alteração psíquica, viola afetos ou sentimentos; ou desfigura o rosto e o corpo.²⁵¹

Assim, a violação de direitos da personalidade (vida, integridade física, honra, imagem) se enquadra na categoria do dano moral. Trata-se de fatos que importem em prejuízos de ordem física, mental emocional, sentimental, sofridos sob a forma de dor, angústia, humilhação, privação.²⁵²

Contudo, conforme bem destaca Carlos Roberto GONÇALVES, os estados de espírito e as emoções sentidas pela ocorrência do fato não constituem o dano, mas são apenas o seu conteúdo, ou melhor, a sua conseqüência, não confundindo-se com a causa. Por isso, conforme o autor, o **dano moral direto** é explicitado pela:

“(…) lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem), ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)”.²⁵³

A seu turno, o **dano moral indireto**:

“(…) consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca um prejuízo a qualquer interesse não-patrimonial, devido a uma lesão a um interesse patrimonial (...). É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo”.²⁵⁴

Como se vê, os direitos da personalidade guardam íntima relação com a responsabilidade civil fundada em dano moral, considerado o caráter da extrapatrimonialidade como o elo de integração entre os dois institutos, cujo desenvolvimento, no direito brasileiro, ocorreu paralelamente.²⁵⁵

²⁵¹ MESSINEO. Manual de derecho civil e comercial. Apud.: SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável, p. 116.

²⁵² SANTOS, Antonio Jeová. Idem, p. 78.

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil, p. 549.

²⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*.

²⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade, p. 348. Acrescenta o autor:

“A inserção constitucional dos direitos da personalidade e dos danos morais consagra a evolução pela qual ambos os institutos jurídicos têm passado. Os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza na patrimonial. Ambos têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, que não dependem da relação com os essenciais à realização da pessoa, ou seja, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito. (...) A recepção dos

Tal como ocorre em relação aos demais danos morais, a lesão a qualquer elemento que, pertencente ao conjunto de situações oriundas dos direitos personalíssimos, ou seja, inatos à pessoa humana, faz incidir o dever de reparação, sendo desnecessária a comprovação de qualquer reflexo subjetivo do dano, tal como abalo emocional, dor ou sofrimento (conseqüências), bastando, tão-somente, a prova da violação do direito e do nexó de causalidade com o fato gerador.²⁵⁶

Pertinente, ainda, consignar o pensamento de Paulo Luiz Netto LÔBO, para quem não há danos morais fora dos direitos da personalidade:

“A rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio de todas os casos de danos morais aos tipos de direitos da personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipos, conforme acima analisados. A referência freqüente à “dor” moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência do dano moral. A dor é uma conseqüência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade.

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais”.²⁵⁷

Entretanto, conforme ressalva de Carlos Alberto BITTAR, nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é suficiente a gerar o dano moral, eis que a ofensa pode se esgotar em aspectos meramente patrimoniais, “*seja pelo conformismo, as vezes natural, seja pela menor intensidade lesiva da ação ou do ato*”,²⁵⁸ e deve ser resolvido em sede de reparação de danos materiais. Sustenta o autor a existência de danos a direitos da personalidade donde somente se extraem danos patrimoniais, bem como, a possibilidade da ocorrência de ambas as sortes de prejuízos (materiais e morais) em decorrência de um mesmo fato.²⁵⁹

Este entendimento é perfeitamente aplicável às hipóteses de danos ao nascituro, eis que, além dos supra mencionados danos patrimoniais, há uma série de prejuízos de ordem

danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao dever absoluto de abstenção” (Gri-fou-se). (Ibidem).

²⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Idem, p. 349.

²⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Idem, p. 364-365.

²⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 62. Anota o autor, em sentido semelhante ao entendimento de LÔBO (supracitado): “*Há, por fim, hipóteses em que se afeta a própria personalidade do lesado e sob aspectos diferentes. Ora, é exatamente quando se ferem os componentes da subjetividade e da consideração pessoal e social do titular de direitos, que os danos se apresentam como morais*” (Ibidem).

²⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Idem, p. 39-40.

extrapatrimonial – implicados diretamente por violações aos seus direitos da personalidade – que podem ser por ele sofridos e, na disciplina da responsabilização civil, enquadram-se todos na categoria do dano moral.²⁶⁰

Isto porque, como concluído anteriormente, embora o nascituro tenha expectativas de direitos patrimoniais condicionadas ao implemento da condição do nascimento com vida (no que incide a teoria natalista), ele é titular, desde a concepção, de direitos subjetivos personalíssimos de forma plena, tais como vida, integridade física, dignidade, imagem e honra (teoria concepcionista).

Os dois primeiros são de fácil constatação, dado seu caráter fundamental. Por óbvio, enquanto pessoa, dotado de personalidade jurídica, o nascituro tem direito à vida (que compreende o direito ao nascimento) e à integridade física e mental (que abrange a inviolabilidade de seu corpo e do corpo de sua mãe, ante à estrita dependência que com esta guarda). Portanto, eventual violação à vida e à integridade física do nascituro configuram dano moral, seja a ele, seja a seus familiares, tal como se pessoa nascida fosse.²⁶¹

Há certa controvérsia no que se refere aos danos morais puros, ou seja, aqueles representados pela violação de valores diretamente vinculados à personalidade psicológica do ser, que se expressam mediante dor, sofrimento, humilhação, e outras perturbações de ordem psíquica e emocional.

Indaga-se se uma pessoa que não tenha discernimento da realidade – como é o caso, por exemplo, dos nascituros e das pessoas que estejam em coma, – bem como, aquelas que não possam valorar o ato que lhes causou dano (como ocorre na hipótese de criança que sofre violência sexual sem propriamente compreender a natureza do ato que lhe é infligido), podem sofrer dano moral.

A resposta deve ser positiva, até porque a incapacidade jurídica, bem como a ausência de compreensão a respeito dos fatos, não representam qualquer diminuição do *status personae*, tampouco de sua personalidade jurídica.

Por esta razão, a valoração do dano e a aferição do ressarcimento não devem ser medidas somente pela intensidade subjetiva do prejuízo, devendo-se levar em conta critérios obje-

²⁶⁰ “A caracterização do dano extrapatrimonial não é apenas o sofrimento de caráter particular, mas, também, a violação de alguns dos direitos de personalidade inerentes a todo ser humano” (BREBBIA, Roberto. El daño moral. Apud.: SANTOS, Antonio Jeová. Obra citada, p. 125).

²⁶¹ Conforme será melhor analisado adiante, a doutrina filiada à corrente concepcionista sustenta a colocação do nascituro no mesmo patamar de filho menor para fins de aferição de responsabilidade civil por danos, tais como morte ou violação de integridade física ou moral. (PUSSI, Willian Arthur. Obra citada, p. 387-388)

tivos de avaliação de bens jurídicos, que são, por óbvio, igualmente pertencentes aos incapazes.²⁶² Conforme destaca Antônio Jeová dos SANTOS:

“A incapacidade de compreender o mal que lhes foi imposto não afastaria a possibilidade de sofrerem dano moral. Também, fiado no princípio de que todo dano injusto deve ser ressarcido, não pode receber um *bill* de indenidade todo aquele que, voluntariamente, cause dano a uma criança ou a um louco.

A não existência de lágrimas ou a incapacidade de sentir dor espiritual não implica na conclusão de que tais pessoas não podem sofrer dano moral ressarcível. É que a indenização do dano moral não está condicionada a que a pessoa alvo do agravo seja capaz de sentir e de compreender o mal que lhe está sendo feito. O dano moral é um acontecimento que causa comoção”.²⁶³

E conclui o autor:

“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. A angústia e a vergonha, apesar de não se exteriorizarem na realidade do mundo fenomênico, não fazem do dano moral o seu fim último, nem é a sua essência”.²⁶⁴

Portanto, enquanto titular de direitos da personalidade, o nascituro pode igualmente sofrer danos morais em decorrência de sua violação, não sendo necessária a comprovação do abalo subjetivo da vítima – posto que a dor e outros sofrimentos emocionais são apenas as conseqüência desencadeadas pelo fato gerador – bastando a demonstração a respeito da ocorrência do dano (fato danoso, como violação a um deus seus direitos personalíssimos) e do nexó causal que permita sustentar a imputabilidade da responsabilização ao agente, quer em decorrência de culpa (responsabilidade subjetiva), quer pelo risco por ele criado ou elevado (vertente objetiva da responsabilidade).

Acompanhe-se a disciplina jurisprudencial da reparação de danos ao nascituro em virtude de violação a alguns de seus direitos da personalidade.

4.2.2.1. Morte

A pretensão judicial de reparação de danos morais por morte do nascituro ostenta uma dupla perspectiva: a ocorrência do dano moral sofrido por seus genitores e parentes próximos (em virtude da perda de um filho ou ente querido) e o dano causado ao próprio nascituro, em virtude frustração do seu direito à vida e ao nascimento.

²⁶² ZANONNI. El daño en la responsabilidad civil. Apud: SANTOS, Antonio Jeová. Obra citada, p. 127.

²⁶³ SANTOS, Antonio Jeová. Idem, p. 125.

²⁶⁴ SANTOS, Antonio Jeová. Idem, p. 127.

Por óbvio, uma vez morto, o nascituro não mais poderá pleitear a reparação, configurando-se, assim, hipótese de reparação reflexiva,²⁶⁵ ou, de transmissibilidade da pretensão à reparação. Vale dizer, pela impossibilidade de percepção da reparação pelo próprio falecido, os titulares reflexos passam a ser os seus ascendentes (ambos, ou o sobrevivente, ante as frequentes hipóteses de falecimento conjunto do nascituro e de sua mãe). Esta prerrogativa é disciplinada pelo Código Civil de 2002, que dispõe:

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

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

Num primeiro momento, a jurisprudência negava o deferimento de indenização decorrente de morte de nascituro, invocando a teoria natalista para sustentar que o feto não era pessoa, tampouco era dotado de personalidade jurídica ou direitos fundamentais, situações existenciais estas que apenas se consolidariam com o nascimento com vida.

Posteriormente, em expressão da racionalidade patrimonialista que informava o Direito Civil à época, a jurisprudência passou a acolher o falecimento de filho menor como hipótese de dano material aos seus ascendentes, em virtude da frustração da vida daquele que, pela sua força de trabalho, poderia vir a prover o sustento da família até a idade em que provavelmente deixaria o lar.²⁶⁶ O suporte legal era o artigo 1.537, inciso II do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 948 do atual).²⁶⁷ Conforme relata CAHALI:

“Identificava-se, no caso, uma forma de lucros cessantes, de dano potencial, futuro e eventual, na consideração de que, nas famílias mais pobres, o filho menor representa um potencial econômico expressivo na medida em que, logo cedo, é convocado em razão das necessidades domésticas para o desempenho de atividade laborativa e contribuição para as despesas do lar, dividindo-se essa possibilidade ainda que o filho menor fosse de tenra idade; e excluindo-se até mesmo a aplicação da referida Súmula naquelas hipóteses excepcionais em que, tratando-se de morte de filho pertencente a família abastada, não seria de presumir-se que o mesmo viesse a contribuir, com a prestação de serviços, para o sustento da casa”.²⁶⁸

²⁶⁵ PUSSI, Willian Arthur. Obra citada, p. 388.

²⁶⁶ CHINELATO e ALMEIDA sustenta que, não obstante esse fosse o critério adotado para a fixação do quantum, esta hipótese configura efetivamente dano moral, ou, quando muito, dano moral com reflexos patrimoniais. (Obra citada, p. 305-306)

²⁶⁷ **Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...)

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

²⁶⁸ CAHALI, Youssef Said. Dano moral, p. 115.

Este entendimento é assentado neste precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. DANO MATERIAL. 1. A indenização pela morte de filho menor, em decorrência de ato ilícito, deve abranger os danos materiais e morais. 2. Interpretação da sumula num. 37, do STJ, em combinação com a de num. 491, do colendo Supremo Tribunal Federal. 3. **Nas famílias desprovidas de maiores recursos financeiros, os filhos menores começam, em regra, a colaborar, muito cedo, com a manutenção do grupo sangüíneo, pelo que, em caso de sua falta por ato ilícito, deve haver responsabilidade pelo dano material causado.** 4. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração da parte dispositiva do acórdão”.²⁶⁹ (Grifou-se)

Tal é o conteúdo da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal,²⁷⁰ em cujo conceito de filho menor, conforme sustenta parte da doutrina, pode-se incluir o nascituro, tal como procedido pelo Código Civil.²⁷¹

Por conseguinte, a jurisprudência passou a acolher o pedido de reparação fundado na ocorrência de danos morais aos genitores em decorrência da morte do nascituro, sem prejuízo dos danos materiais, em conformidade com o critério anteriormente estabelecido. A propósito:

“INDENIZAÇÃO. MORTE. DANO MORAL. - É prevalecente, na jurisprudência brasileira, o entendimento de que a pensão devida ao pai como reparação pela morte do filho, resultante de acidente, deve durar até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade. - É tema assentado o da cumulação das indenizações por prejuízo material e por dano moral decorrentes do mesmo fato. Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça. - Recurso especial atendido em parte. Unânime”.²⁷²

“Para negar o direito à indenização, o MM. Juiz "a quo" considerou que o direito não estabelece relação jurídica entre o nascituro e o autor, porque aquele depende de nascer com vida. Ocorre que esqueceu o Juízo monocrático que, com o advento da Constituição de 1988, o texto Magno não mais fala em nascituro para o fim de discriminar ou diferir direitos em relação àqueles que já nasceram. Tanto é, que a morte de nascituro se equipara à de alguém nascido, sendo, portanto, homicídio. Dessa forma, deve ser fixada indenização por dano moral e também material pela morte do nascituro, devendo o

²⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no REsp 147.412/DF. 1ª turma. Rel. Ministro José Delgado. Julg.: 21/05/1998.

²⁷⁰ **Súmula 491.** É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

²⁷¹ CHINELATO e ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 310.

²⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 20535/SP. 4ª turma. Rel. Min. Fontes de Alencar. Julg.: 10/08/1992.

dano material ser fixado em valor equivalente a um salário-mínimo até quando ele completasse 25 anos”.²⁷³

Houve, inclusive, julgadores que expressamente manifestam a adoção da teoria concepcionista, declarando a consideração do nascituro como pessoa, titular de direitos em razão de deter personalidade jurídica desde a concepção. Este entendimento já era proclamado pelo Extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. FURTO DO VEÍCULO CAUSADOR DO DANO. CASO FORTUITO NÃO COMPROVADO. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE PREMATURA DE NASCITURO. DANOS MORAIS. 1. Para a caracterização de caso fortuito, capaz de elidir o dever de indenizar o dano causado, e necessário que tal circunstancia fique absolutamente comprovada nos autos. 2. De conseguinte, não tendo a apelante 1 se desincumbido a contento do ônus de comprovar a ocorrência de caso fortuito, consistente no furto do veículo causador do dano, a sua responsabilidade pelo evento danoso e inafastável. 3. **Considerando-se que o nascituro e pessoa desde o momento da concepção (CC, art. 4o.), conclui-se que e perfeitamente cabível indenização, a título de danos morais, em razão da sua morte prematura, provocada por ato ilícito, consistente em lesões corporais sofridas pela mulher grávida.** - Recurso interposto pela apelante 1 desprovido; e recurso interposto pela apelante 2 provido parcialmente”.²⁷⁴ (Grifou-se)

No mesmo sentido, colhe-se do 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 dá provimento”.²⁷⁵ (Grifou-se)

²⁷³ EXTINTO TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ. Apelação Cível 148.407-5. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Anny Mary Kuss. Julg.: 08/05/2000.

²⁷⁴ EXTINTO TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ. Apelação Cível 095.081-2. 2ª Câmara Cível. Rel. Rosene Arão de Cristo Pereira. Julg.: 16/10/1996)

²⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70002027910, Sexta Câmara Cível., Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julg.: 28/03/2001. Do corpo da decisão, extrai-se: “*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.

São freqüentes, ainda, as hipóteses de responsabilização de médicos e instituições de saúde (até mesmo públicas, ocasião em que se responsabiliza objetivamente o estado) pela conduta clínica desapropriada ou negligente que implique no falecimento do nascituro ou de sua mãe, durante o parto ou no curso do atendimento pré-natal. Acompanhe-se:

“APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - AÇÃO MOVIDA CONTRA O HOSPITAL E O PROFISSIONAL LIBERAL - MORTE DE GESTANTE E DO NASCITURO EM TRABALHO DE PARTO (...) - NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA - PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA APLICADA PELO ÓRGÃO DE CLASSE - DEVER DE INDENIZAR - EVENTO OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL - SOLIDARIEDADE CARACTERIZADA (...) DANO MORAL - QUANTIFICAÇÃO EXCESSIVA - REDUÇÃO (...) 1 - Restando demonstrada a culpa do médico requerido, na modalidade negligência, no tocante ao tratamento dispensado à gestante, internada no hospital com hipertensão arterial e quadro de insuficiência cardio-respiratória, moléstias não tratadas com a utilização dos meios suficientes e disponíveis pelo profissional, e que foram a causa eficiente do óbito da parturiente e, conseqüentemente, do nascituro, evidente a prática de ato ilícito, ensejador do dever de indenizar. 2 - A indenização por dano moral deve ser fixada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, comportando redução quando fixada em montante excessivo”.²⁷⁶

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSA. PARTO TARDIO. ATENDIMENTO PRECÁRIO. MORTE. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. 1. RESPONSABILIDA-

Nessa linha de entendimento, Silmara Almeida (Início da personalidade da pessoa natural no projeto de Código Civil brasileiro. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 78-91), 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 (...)

Por essas razões, dou provimento ao apelo, para condenar a requerida a pagar aos autores a quantia de R\$ 10.880,00, corrigida pelo IGP-M a partir desta data, e acrescida de juros de 6% ao ano, a contar da citação. Custas e honorários advocatícios pela ré, fixados estes em 20% sobre o montante da condenação, em face do zelo e do trabalho desenvolvido pelo profissional.” (Grifou-se)

²⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível nº. 446.904-7. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Lopes. Julg.: 03/04/2008. Do voto do Relator, extrai-se: “**No caso em apreço, é patente que os requerentes sofreram intensa dor e anormalidade à vida cotidiana, em virtude da perda prematura da sua esposa e mãe, e do nascituro. Denota-se, ainda, da qualificação, que o cônjuge varão é pedreiro, duas das filhas são costureiras, e outra é auxiliar de linha, donde, aliado aos termos da inicial, e ao fato de que são beneficiários da assistência judiciária gratuita, infere-se que são pessoas de poucos recursos econômicos.**

Cumprir frisar que, o dano moral sofrido pelos suplicados é mais brando no tocante a perda do nascituro, com o qual conviveram apenas durante a gestação, não gerando o mesmo laço de afeição como aquele que mantinham com a Sra. (...)” (Grifou-se)

DE HOSPITALAR: a responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, nos termos do art.14 do Código de Defesa do Consumidor, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não. A configuração dos elementos nexos causal e dano gera o dever de indenizar, sendo que as excludentes da responsabilidade possíveis para o caso em comento seriam, com supedâneo no art. 14, § 3º, I e II, inexistência de defeito no serviço e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. No caso concreto, a falha no controle dos batimentos cardíacos fetais não detectou precocemente o sofrimento fetal, o que gerou a morte do nascituro, uma vez que o parto foi realizado tardiamente. 2. DANOS MORAIS: a indenização a título de reparação de dano moral deve ter em conta não apenas a mitigação da ofensa, mas também atender a um cunho de penalidade e coerção a fim de que funcione preventivamente evitando novas falhas no serviço da ré. Fixação em valor equivalente a 200 salários mínimos. Atribuição de juros de mora e correção monetária. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO”.²⁷⁷

“AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - HOSPITAL PERTENCENTE À AUTARQUIA ESTADUAL - AUSÊNCIA DE VAGAS - INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS - COMPROVAÇÃO - REMOÇÃO DE PARTURIENTE PARA HOSPITAL DE MUNICÍPIO PRÓXIMO - MORTE DO FETO - ATO OMISSIVO CARACTERIZADO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NA FORMA DE CULPA - ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO ESTADO DO PARANÁ - PROVIDO O RECURSO DO ESTADO DO PARANÁ E DESPROVIDO O APELO DO INSTITUTO DE SAÚDE DO PARANÁ - AGRAVO RETIDO DESPROVIDO”.²⁷⁸

Os casos de morte do nascituro em decorrência de acidente de trânsito são os mais frequentes, sobretudo as hipóteses em que se entendeu devido o pagamento de seguro obrigatório DPVAT em decorrência da morte do feto, bem como, o caso de responsabilização objetiva do Estado por acidente envolvendo viatura de polícia. Veja-se:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULOS. INVASÃO DE PREFERENCIAL. MORTE DA COMPANHEIRA E NASCITURO, BEM COMO DA AVÓ DAS MENORES. CULPA INEQUÍVOCA DO PREPOSTO DO APELANTE. INDENIZAÇÕES DE ORDEM MATERIAL E MORAL DEVIDAS (...) 4- Devida a indenização pela morte do nascituro, a título de dano moral, visto que a morte prematura do feto, em

²⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70012316113. 9ª Câmara Cível. Rel. Des.: Marilene Bonzanini Bernardi. Julg.: 24/08/2005.

²⁷⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível 139.668-9. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Sindy Mora. Julg.: 19/11/2003. Em relação ao *quantum*, pronuncia-se o acórdão: “Com relação ao *quantum indenizatório*, entende-se corretamente fixado, 60 (sessenta) salários-mínimos, correspondentes hoje a R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais), a serem suportados pelo Instituto de Saúde do Paraná, entidade autárquica responsável e que será corrigido a partir desta data com juros de 6% ao ano. Entendo que não é correta a fixação em salário-mínimo.

A fixação do *quantum indenizatório* a título de danos morais, deve ser concedida em valores compatíveis com a condição econômica da parte que irá suportar tal pagamento, de forma a inibir a reincidência, e em valor que amenize a dor da ofendida, pelo que nos parece razoavelmente arbitrada na r. sentença”.

consequência do ato ilícito, frustra a possibilidade certa de que a vida intrauterina plenificaria na vida **"A morte prematura do feto, em consequência de um fato ou ato ilícito, como lembra Zannoni, frustra a possibilidade certa de que a vida humana intrauterina, já existente, planificaria em vida individual exterior, produz, indiscutivelmente, um dano não patrimonial, que deve ser indenizado."deve ser indenizado.** " (VALLER, Wladimir, "A reparação do dano moral no direito brasileiro", 49. edição, 1994, E.V. Editora, pag 224)".²⁷⁹ (Grifou-se)

“APELAÇÃO-CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO ENTRE BICICLETA E MOTOCICLETA. PERDA DO FILHO NASCITURO. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. QUANTUM DO DANO MORAL. - Culpa concorrente. Motorista da motocicleta que não tomou a devida cautela ao avistar a bicicleta à sua frente na via, deixando de diminuir a velocidade ou tomar distância. E vítima, que, grávida de nove meses, trafegava, à noite, em via mal iluminada, na carona de bicicleta sem qualquer sinalização. - Dano moral. Quantum majorado, pois bastante modesto, tendo em vista a perda de um filho, sem deixar de considerar, contudo, as condições econômicas da vítima e do ofensor, bastante restritas, a impor que essa majoração encontre um limite mais baixo do que a média dos casos encontrados na jurisprudência. Apelo da autora provido e do réu parcialmente provido”²⁸⁰

“AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM EVENTO MORTE. ABORTAMENTO. FETO POLI-TRAUMATIZADO EM RAZÃO DO ACIDENTE. DIREITO DO NASCITURO. IMPORTÂNCIA DEVIDA EQUIVALENTE A QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. DIREITO AO RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO. CERTIDÃO DE NATIMORTO COMPROVANDO MORTE INTRA-UTERINA POR POLI-TRAMUMATISMO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 14 DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS. **1. O nascituro, ainda que adquira personalidade apenas no nascimento com vida, desde a concepção tem a salvo os seus direitos, dentre os quais o da cobertura conferida pelo seguro DPVAT, sendo devido o pagamento da indenização em caso de a interrupção da gestação decorrente de acidente de trânsito.** 2. Inaplicável a Resolução do CNSP quando contrária à Lei, sendo legítima a vinculação do valor da indenização do seguro DPVAT ao valor do salário mínimo. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso improvido”²⁸¹.

²⁷⁹ EXTINTO TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ. Apelação Cível 106.201-3. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Eugênio Ecchille Grandinetti. Julg.: 24/06/1997.

²⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70017736059. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Julg.: 22/03/2007. Extraí-se do voto do Relator: *“Nesse contexto, e especialmente considerando tratar-se da perda de um filho, ainda que nascituro, tenho que o valor merece majoração, pois bastante modesto. Não deixo de ressaltar, contudo, as condições econômicas da vítima e do ofensor, bastante restritas, a impor que essa majoração encontre um limite mais baixo do que a média dos casos encontrados na jurisprudência.*

Arbitro, portanto, a verba indenizatória devida em razão do evento danoso ora analisado no valor equivalente a 50 salários mínimos vigentes à época dos fatos. No entanto, considerando a concorrência de culpas ora reconhecida, o valor que é deferido à autora segue em 25 salários mínimos”.

²⁸¹ TRIBUNAL DE RIO GRANDE DO SUL. Recurso Cível 71001422922. Primeira Turma Recursal Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann. Julg.: 19/12/2007.

“RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - COLISÃO DE VIATURA POLICIAL - MORTE DA GENITORA PARTURIENTE E DO NASCITURO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - PETIÇÃO INICIAL - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS POR AMBOS OS ÓBITOS - SENTENÇA QUE ARBITROU A INDENIZAÇÃO NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DA GENITORA E TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DO NASCITURO - VALORES CONFIRMADOS PELO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO - ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 460 DO CPC - OCORRÊNCIA - SENTENÇA ULTRA PETITA - REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA AO QUANTUM REQUERIDO PELAS AUTORAS - ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 20, § 4º E 70, INCISO III, DO CPC, 1.524 DO CÓDIGO CIVIL E 38 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.(...) Recurso especial provido em parte para reduzir verba indenizatória para 300 salários mínimos para cada uma das autoras da ação, a título de indenização pela morte de sua genitora e do nascituro”.²⁸²

Conforme destaca CHINELATO E ALMEIDA, os intérpretes que, adotando a corrente natalista, inicialmente negaram o reconhecimento do direito do nascituro à vida e ao nascimento merecem crítica, uma vez que:

“O nascituro não teria adquirido personalidade – segundo a visão natalista daqueles acórdãos – em decorrência do próprio ato ilícito causado pelos réus, que, praticando-o, **causaram a morte do ser em gestação, obstando-lhe o nascimento com vida, requisito para a conquista da personalidade**”.²⁸³

Até mesmo para aqueles que, ante todos os argumentos da teoria concepcionista, insistem em negar o reconhecimento do direito do nascituro à vida, é inegável que a morte do nascituro seja fato indenizável, em decorrência, então, do direito dos genitores à reparação do dano moral decorrente da perda de um filho, ainda que não nascido.²⁸⁴

Isto porque, anteriormente abordado, a disciplina da responsabilidade civil transferiu sua atenção, anteriormente voltada para a qualidade do fato gerador (se lícito ou ilícito, se

²⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 472.276/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 26.06.2003, DJ 22.09.2003 p. 299. Do voto do relator se extrai a causa de pedir: “*O evento danoso ocorreu em 28 de setembro de 1994, ocasião em que a vítima, em trabalho de parto, era transportada ao hospital em viatura da Polícia Militar do Estado. O veículo foi atingido por um ônibus, e a colisão decorreu a morte da parturiente e do nascituro. Em decorrência, requereram as autoras, representadas por seu avô materno: a) pensão mensal de um salário mínimo para cada uma até os 25 anos de idade, incluídas as parcelas do 13º Salário, assegurado o direito recíproco de crescer, caso venha a cessar a pensão para uma das autoras, b) indenização a título de dano moral pela morte de sua genitora e do nascituro no valor de 300 salários mínimos para cada uma da autoras, c) ressarcimento das despesas com o sepultamento, independentemente de comprovação*”.

²⁸³ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Obra citada, p. 304.

²⁸⁴ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Tutela civil do nascituro, p. 304.

culposo, doloso, ou advindo de atividade de risco), para seus efeitos, com o objetivo de promover a real satisfação das vítimas.

Vale dizer, ainda que se sustentasse que o nascituro ainda não é pessoa, e, por isso, não é dotado de personalidade jurídica, é inegável a ocorrência de dor e sofrimento de seus pais por sua morte, porquanto se faz devida sua indenização em caso de o fato ser apto a ensejar responsabilidade civil de alguém.

4.2.2.2. Lesão corporal – Violação à integridade física e mental, transmissão de doenças e causação de seqüelas

Tal como a vida, a integridade física e mental é um direito do nascituro, e não são raros os casos de sua violação, seja por acidentes, seja, até mesmo, por procedimentos clínicos realizados de formas inadequada que, causando moléstias ao feto, podem repercutir em deficiências permanentes somente detectáveis após o nascimento, mas que guardam inegável nexo de causalidade com aqueles danos ocorridos durante a gestação.

Maria Helena DINIZ enumera uma série de danos possíveis de serem sofridos pelo nascituro em decorrência de lesões ocorridas durante a gravidez, tais como deformações, traumatismos, toxiinfecções e intoxicações, que podem ocorrer nos casos de: manipulações genéticas (que somente são permitidas para corrigir alguma anomalia hereditária do feto, conforme artigos 6º, II e II, 24 e 25 da Lei 11.105/2005)²⁸⁵; experiências científicas que impliquem toda sorte de dano à vida ou integridade física dos embriões; reprogramações celulares; congelamento de embriões excedentes; defeitos no material genético doado para reprodução assistida, e não detectados a tempo pela instituição; ausência ou realização inadequada de exames pré-natais (tais como a ressonância magnética, amostragem de vilos coriais, amniocentese, amnioscopia, fetoscopia, alfafetoproteína, ultra-sonografia, etc.); cirurgias intra-uterinas mal-sucedidas; transfusões de sangue contaminado ou incompatível (que pode ocasionar eritroblastose fetal) ou a própria recusa à transfusão por motivos religiosos; transmissão de doenças contagiosas pelos pais, através da concepção, como é o caso da AIDS; administração de medicação inadequada à gestante; dentre outros.²⁸⁶

²⁸⁵ A autora se posiciona no debate a respeito das células-tronco da seguinte maneira: “*Sem embargo, infelizmente, há permissão legal, para fins de pesquisa e terapia, para o uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos in vitro, e não utilizados na reprodução assistida, se forem inviáveis ou se estiverem congelados há três anos ou mais, desde que haja consenso de seus genitores e a apreciação do objeto pelo Comitê de Ética em Pesquisa (Lei nº 11.105/2005, art. 5º I, II, §§ 1º e 2º). Tal permissão legal afronta a Constituição Federal, arts. 1º, III e 5º, caput*”. (O estado atual do biodireito, p. 112).

²⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 112-117.

Os danos podem ser causados, inclusive, pela gestante que, em inobservância à seriedade de deveres de conduta que lhes são impostos pelo estado de gravidez, adote comportamentos que acarretem prejuízos ao nascituro, tais como o consumo de álcool e drogas, fumo, alimentação inadequada, esforços físicos imoderados, recusa a intervenções clínicas ou negligência quanto ao acompanhamento pré-natal, dentre outros atos que refletirão diretamente na condição física do concebido.

Gradativamente, estas modalidades de dano vêm sendo incorporadas pela nossa doutrina como fundamento a ensejar a reparação, até mesmo ajuizada em face dos próprios genitores. Em relação à violação da integridade física, e outros fatores que possam implicar em posteriores moléstias (inclusive permanentes, em alguns casos), colhem-se os seguintes precedentes da jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AGE COM CULPA, POR IMPRUDÊNCIA, NEGLIGENCIA E IMPERÍCIA, MEDICO OBSTETRA QUE DEIXA DE CONSTATAR O SOFRIMENTO FETAL, MANTENDO O PROCEDIMENTO DE PARTO NORMAL SEM APLICAÇÃO DE TÉCNICAS AUXILIARES A EXPULSÃO DO NASCITURO, E, NO MOMENTO CRITICO 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 ANOXIA, QUE O CONDENA A UMA VIDA VEGETATIVA. DANOS MATERIAIS DECORRENTES DAS DESPESAS COM PERMANENTE TRATAMENTO MEDICO, VENCIDAS E VINCENDAS, A SEREM APURADAS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PENSIONAMENTO VITALÍCIO MENSAL A CRIANÇA AMPARADO NAS CONSEQÜÊNCIAS DO DANO. PENSIONAMENTO AOS PAIS, PELO PERÍODO CORRELATO A 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 A CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. APELAÇÃO DESPROVIDA, COM EXPLICITAÇÕES”.²⁸⁷

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. DEMORA NO ATENDIMENTO DE MULHER EM TRABALHO DE PARTO. NEGLIGÊNCIA DA EQUIPE MÉDICA. NASCIMENTO DO FETO COM SEQÜELAS. CULPA DEMONSTRADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 43 DO STJ. 1. Estando plenamente demonstrado pelo contexto probatório a culpa exclusiva da ré pela ocorrência do evento danoso, ou seja, negligência em demorar para atender paciente em trabalho de parto, o dever de indenizar o feto que nasceu com seqüelas é de

²⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70003566577. 6ª Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julg.: 15/05/2002.

rigor. 2. A correção monetária deverá incidir a partir do desembolso da quantia e os juros de mora, a partir da citação, conforme inteligência da Súmula nº 43. Agravo retido não conhecido e Apelação desprovida”.²⁸⁸

O seguinte precedente ilustra a possibilidade, anteriormente referida, de um mesmo evento dano ensejar uma dupla sorte de efeitos, configurando-se danos patrimoniais (nos quais se fundamenta a condenação do ofensor ao pagamento de alimentos) e dos danos morais (que fundamenta condenação ao pagamento de indenização):

“Ação de indenização por danos materiais e morais em razão de seqüelas que ocasionaram danos físicos no nascituro, durante o procedimento de parto imprudência, negligência e imperícia do médico e do hospital demonstradas por falta de atendimento e procedimento adequados para evitar a lesão responsabilidade por danos materiais e morais por erro médico, com seqüelas irreversíveis cabimento. Apelo provido para dar pela procedência parcial da ação.”.²⁸⁹

4.2.2.3. Frustração da convivência familiar

Outra hipótese interessante de reparação de danos ao nascituro é a frustração do direito à convivência familiar (artigo 227 da constituição Federal) em decorrência do falecimento de um de seus genitores por conta de fato danoso cuja responsabilidade possa ser imputada a alguém (até mesmo ao Estado).

Acompanhe-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“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

²⁸⁸ EXTINTO TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ. Apelação Cível 152.842-3. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Jucimar Novochadlo. Julg.: 12/06/2000.

²⁸⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº. 147.460.4/6-00. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Testa Marchi. Julg.: 04/10/2005. Extrai-se do acórdão:

“5. (...) Assim, a apuração do dano material fica relegada para a liquidação da sentença, por arbitramento, devendo o pensionamento ser a partir da idade em que a vítima poderia, legalmente, exercer atividade remunerada e em consonância com o grau da lesão sofrida e a sua duração no tempo.

6. Cabível também a indenização pelo dano moral para servir como uma oferta de compensação ao lesado e seus pais, para mitigação de suas dores ou sofrimentos, ao mesmo tempo em que, de outra parte, quanto aos autores do dano, tem ela por finalidade impingir-lhes uma sanção que os desestimulem a praticar novo ato lesivo.

Tendo em vista a gravidade da culpa constatada, é adequado um valor de 500 salários mínimos, sendo 300 para o menor e 100 para cada um dos pais, suficiente para atender a finalidade do ressarcimento, levando-se em conta ainda as condições sociais e econômicas dos litigantes e as conseqüências danosas permanentes resultantes do ato.” (Grifou-se)

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”.²⁹⁰

No mesmo sentido, o Extinto Tribunal de Alçada paranaense:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE PAI DE FAMÍLIA. AUTOR NASCITURO À ÉPOCA DO ACIDENTE. DIREITO ASSEGURADO NOS TERMOS DO ART. 4º DO CC. CULPA EXCLUSIVA DO MOTORISTA DO CAMINHÃO COMPROVADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PENSÃO DEVIDA ATÉ A DATA EM QUE O AUTOR VIER A COMPLETAR 25 ANOS. DANOS MORAIS EXCESSIVOS. REDUÇÃO. I - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. (art.4º CC)”.²⁹¹

²⁹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 399.028/SP. 4ª turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julg.: 26/02/2002. DJ 15.04.2002 p. 232.Extrai-se do voto do Relator:

“Destarte, sem embargo do exorbitante valor postulado, diante das circunstâncias do caso, notadamente o lapso temporal decorrido entre o evento e o ajuizamento da ação, além da situação sócio-econômica dos autores, e considerando os precedentes desta Corte em casos semelhantes, fixo a indenização em 100 (cem) salários mínimos para os três autores, em conjunto, o que corresponde a R\$ 18.000, 00 (dezoito mil reais) na data de hoje, recordada a lição do Professor Yussef Cahali, ao tratar do direito do nascituro:

“E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por 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. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado” (Dano Moral, RT, 2a ed., n. 4.8.4, p. 162)”.

²⁹¹ Extinto TAPR – Apelação Cível 186.840-4. Rel. Carlos Mansur Arida. Julg.: 06/02/2003. Afirma o Relator:

1.2. Da legitimidade do Autor:

Descabida a afirmação dos réus constantes dos recursos, no sentido de que o autor não faz jus à indenização, porque ainda não era nascido ao tempo do acidente, pois sua mãe estava grávida de três meses.

Neste ponto a sentença decidiu com inquestionável acerto, razão pela qual adoto a fundamentação constante da mesma:

“ Art.4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

“Significa dizer que o nascituro apenas tem uma expectativa de direitos que se concretizarão se nascer com vida e a partir de então passam a ser assegurados pela Lei.

Na hipótese dos autos é certo que o Autor não era nascido ao tempo do acidente, mas nasceu com vida em 18.08.1997 e dúvida não existe nem deste fato, nem relativamente a sua paternidade que recai na pessoa da vítima (...) conforme comprova extreme de dúvidas a certidão de nascimento de fls.11.”(...)

1.4. Dos Danos Morais.

Quanto aos danos morais, no caso em apreço, é inegável que ao perder o pai, mesmo o nascituro, os sofre, pois, ficou prematuramente privado da companhia do pai e de sua orientação.

É verdade, como bem esclareceu o MM. Juiz, em sua jurídica e correta sentença, que o autor ainda não era nascido ao tempo do evento:

“ É certo porém que na medida em que crescer e tomar consciência da realidade que o cerca sentirá falta da presença do pai, do seu carinho, do seu afeto, do seu convívio a final e da sua segurança que poderia lhe proporcionar. Das lições que poderia com ele apreender.

Veja-se, ainda, hipótese de responsabilização do Estado por conta de homicídio praticado por fugitivo de penitenciária contra genitor de nascituro, considerando que os prejuízos de ordem moral não são instantâneos, mas continuativos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APENADO QUE, EM REGIME SEMI-ABERTO FUGITIVO HÁ UM MÊS, NADA E FEITO PARA CAPTURÁ-LO, E QUE ASSALTA E MATA MOTORISTA DE TAXI. INDENIZAÇÃO AOS FAMILIARES. DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. VOTO VENCIDO. 1. RESPONSABILIDADE.

1.1- O art. 37, § 6º, da CF, estabelece responsabilidade do estado pelos danos que a ação ou omissão de seus agentes causarem a terceiros enquanto pelo art. 144, também da CF, 1.2- Assim, tanto por um quanto por outro prisma, não pode o estado eximir-se da responsabilidade pela ausência, falha ou deficiência do serviço de segurança, verificada no caso concreto, tratando-se de apenado, portanto, elemento sua custódia, que, em regime semi-aberto, não se apresentava havia um mês, sem que fosse tomada providência efetiva para capturá-lo, e que veio a assassinar um motorista de taxi. 2. Danos. 1.2- Funeral. São devidos. 2.2- Pensão. É devida a base de 2/3 da renda da vítima, visto que a outra parte esta consumia ao próprio sustento. 2.3- Danos morais. São fixados conforme o caso concreto, e são devidos inclusive ao nascituro, uma vez que o sofrimento gerador do direito não é o sofrimento de efeito instantâneo decorrente do fato, mas sofrimento de efeito continuativo. 3. Apelo provido. Voto vencido”.²⁹²

Para concluir, cumpre trazer à análise precedente emblemático do Extinto Tribunal de alçada do Paraná que ordenou a realização de cirurgia de esterilização (laqueadura) de pessoa

Sentirá a falta também na escola e aqui talvez com maior saudade e tristeza ante a real presença dos pais dos seus amigos e colegas.

Tudo isso ao longo de sua infância certamente lhe causará transtornos psicológicos e sentimento de perda pela ausência do pai, e frustrações, planos que jamais poderão ser concretizados e que por certo se revelam em danos morais passíveis de indenização.”

A jurisprudência citada pela decisão, da lavra do eminente Juiz Eugênio Achille Grandinetti, é bastante significativa para demonstrar a tese dos direitos do nascituro, porque comungo da mesma tese e a adoto aqui como razões de decidir.

Apesar de comungar das mesmas razões quanto à necessidade de reparar os danos morais, e considerando as condições pessoais do autor e o sofrimento por ele suportado, como também a situação sócio-econômica de ambas as partes, entendo, data vênia, que o valor fixado pelo MM. Juiz em 200 vezes o salário mínimo, mostra-se por demais excessivo, sendo condizente ao meu ver, o valor de 100 salários mínimos fixados como danos morais, arbitrado por esta Câmara isolada em casos análogos, até porque, o autor, além dos danos morais receberá uma pensão mensal, até os 25 anos, verbas essas que, em conjunto, servirão para aliviar sua dor e lhe propiciar alimentos.

1.5. Da pensão.

No que diz respeito à pensão, entendo que não serve como padrão o valor da pensão que era devida pela vítima ao seu filho, fixada em decorrência de ação de separação judicial, porque em tais casos, prevalece outros critérios diferentes e distintos dos critérios adotados pela lei civil. Naquele processo de natureza familiar levou-se em consideração o acordo havido entre o casal, estranho à pensão devida em decorrência de acidente de trânsito, regida que é pelos arts:1538,1539 do CC.

Portanto, na ausência de prova concreta do "quantum" auferido pela vítima ao tempo do acidente, fixo a pensão mensal em 2/3 do valor do salário mínimo, sem o 13º porque não há prova da relação de emprego subordinado, devida no modo e tempo determinados pela sentença”

²⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 598076172. 1ª Câmara Cível. Rel. Vencido: Leo Lima (Redator para Acórdão). Julg.:m 18/08/1999.

interditada, portadora de grave enfermidade mental permanente, para fins de, considerando gravidez anterior, decorrente de estupro, evitar a concepção indevida de novo filho, o qual teria prejudicado o seu direito à própria vida e integridade física (por falta de condições biológicas adequadas da mãe) e de paternidade (convivência familiar). Acompanhe-se:

“APELAÇÃO CÍVEL - ALVARÁ JUDICIAL - POSSIBILIDADE - ESTERILIZAÇÃO DE PESSOA INTERDITA - ALIENAÇÃO MENTAL - ESTUPRO - ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA (LAQUEADURA TUBÁRIA) - GESTAÇÃO REPRESENTANDO RISCO A SAÚDE DA PARTURIENTE E DO SEU DESCENDENTE - CURATELA - PLANEJAMENTO FAMILIAR - LEI 9.263/96 - RECURSO PROVIDO - REFORMA DA SENTENÇA. Comprovado que a interditada é portadora de deficiência mental permanente e de déficit psicomotor, incapaz de reger sua própria pessoa e sem receber de sua mãe os cuidados devidos, pelo estado de pobreza em que vivem, considerando ter sido vítima de estupro, impõe-se a autorização da cirurgia de laqueadura de trompas, de forma a evitar nova gravidez, ante os riscos previsíveis à sua saúde e do nascituro”.²⁹³

²⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível 128.818-8. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Octavio Aleixo. Julg.: 27/11/2002. Do voto do relator, extrai-se:

“A questionada Lei 9.263, de 12.01.96, que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, trata do planejamento familiar, e em seu art. 10, a respeito de esterilização voluntária em pessoas capazes. Porém, o seu § 6º prevê a esterilização em pessoas absolutamente incapazes, sendo perfeitamente adequado à situação em julgamento. É necessário esclarecer que tal artigo foi vetado, mas mantido pelo Congresso Nacional, sendo promulgado em 19.08.1997.

Comprovada que a interditada é doente mental, morando em área rural e, sendo sua mãe lavradora que provavelmente começa, já nas primeiras horas do dia a arar a terra, resta impossível promover a vigilância total sobre a filha como foi sugerido pelo Ministério Público, em sede de contra-razões, ficando Érica a mercê de indivíduos inescrupulosos que, tirando proveito de sua incapacidade de discernimento, mediante abuso sexual da menor, acabam por provocar gestação não consentida. Sua curadora viu-se na situação de, para coibir semelhante atos de violência, que constantemente ronda a pessoa da interditada, requerer ao Juiz monocrático a autorização para esterilização (...)

Sobre o tema, impõe-se transcrever a lição proferida pela desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando, do julgamento da apelação nº 596.210.153, divergiu do relator, destacando em seu voto, de forma exemplar:

De primeiro, gostaria de referir que não vejo na pretensão veiculada - pedido de realização de cirurgia esterilizadora de um incapaz - indevida interferência do Estado na vida das pessoas. Alias, essa é a finalidade da estruturação social: resolver os problemas que se abatem sobre o cidadão, soluções estas que devem ser dadas pelo Poder Judiciário.

De outra parte, não enxergo no pedido violação a qualquer dos direitos individuais, tão fartamente elencados na Carta Constitucional. A intervenção cirúrgica - singela, diga-se de passagem - é amplamente usada como método contraceptivo. Alias, o art. 226. § 7º, da Constituição Federal assegura liberdade de decisão com relação ao planejamento familiar. Se violação a direito constitucional há é na possibilidade de uma pessoa, incapaz de assumir maternidade, gerar um filho, pois o art. 227 garante à criança o direito à vida, à saúde, e à convivência familiar. A incapacidade da interditada de criar um filho é evidenciada pelo fato de a anterior gravidez e o conseqüente nascimento de uma criança, ter levado à destituição do mátrio poder e entrega da criança à adoção. Mais não precisa se ter como evidenciada a necessidade de se impedir nova gravidez, atendendo aos interesses da curatelada o pedido de seu curador para que ela seja submetida à referida intervenção.

Por evidente que muito menos traumatizante é a sua realização, levada a efeito inclusive em regime ambulatorial, do que permitir que a curatelada se exponha a uma gravidez, um parto e posterior afastamento do filho. Tais seqüelas negativas evidenciam-se inclusive no próprio interrogatório a que foi a interditada submetida nesta Corte, pois não sabe o destino da filha e fantasia conviver coma a mesma. (...)

Com essa motivação, não vejo como possa omitir-se o Poder Judiciário em autorizar a cirurgia, como única modalidade de impedir o eventual nascimento de uma criança que indiscutivelmente não pode contar com a

4.2.2.4. Violação da honra

O jurista português Capelo de SOUZA aponta hipótese, de que ainda não se tem notícia no direito brasileiro, de dano moral por ofensa aos direitos personalíssimos da honra e imagem do e imagem pessoal do nascituro.

Segundo o autor, “*a tutela da personalidade do concebido abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por exemplo, ser civilmente indenizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido*”.²⁹⁴

A título de exemplo, alude ao fato de terceiro fazer menção ofensiva a respeito da paternidade do nascituro, imputando sua origem a pessoa diversa da do marido de sua mãe.²⁹⁵

Pode-se formular, ainda, como hipótese de dano, a frustração do seu direito a ter reconhecida a sua paternidade, bem como, a difusão de injúrias a sua qualidade de filho, o que ocorre nos casos em que se acuse a mãe de haver engravidado com objetivo único de se aproveitar de patrimônio do genitor (o que é popularmente denominado “golpe da barriga”).

presença da mãe, sabendo todos nós de sua indispensabilidade para um desenvolvimento feliz. E este é o fim do Estado. Promover a felicidade do cidadão

A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim antes de tudo, real, humana, socialmente útil.(...)

Diante de tais razões, não vislumbrando- mais qualquer obstáculo, de ordem moral ou legal, para permitir a realização da cirurgia pretendida, considero suficiente às provas existentes nos autos de interdição em apenso, e em razão do tempo decorrido, dou provimento ao pedido alternativo formulado na apelação, no sentido de que a pleiteada cirurgia seja realizada posteriormente ao nascimento do filho.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso, autorizando a realização da reclamada intervenção cirúrgica de laqueadura em (...), reformando integralmente a sentença monocrática”. (Grifou-se)

²⁹⁴ SOUZA,R. V. A. Capelo de. Direito geral de personalidade. Apud: PUSSI, Willian Arthur. Obra citada, p. 391.

²⁹⁵ SOUZA,R. V. A. Capelo de. Direito geral de personalidade. Apud: PUSSI, Willian Arthur. Ibidem..

5. Conclusões

A partir da investigação por meio do contraste entre as diversas correntes doutrinárias, bem como, considerando-se o caminhar da jurisprudência no acolhimento destas recentes perspectivas pode-se concluir, em apertada síntese, que:

A discussão acerca do início da vida não encontra solução unânime sequer dentro de cada corrente (medicina, biologia, direito), citando-se, a título de exemplo, a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da Lei de Biossegurança, em que se pode constatar sensível divergência, entre renomados estudiosos, de acerca da vida, do seu início, e de sua “disponibilidade” para pesquisas científicas.

Nos ordenamentos estrangeiros, preponderam as teorias natalista e da personalidade condicional, em que pese notar-se o crescimento da corrente concepcionista, uma vez que os doutrinadores afirmam categoricamente que o nascituro é titular de direitos subjetivos (patrimoniais, mas inclusive direitos extrapatrimoniais, personalíssimos), o que, conforme ressaltam, depende do reconhecimento de alguma espécie de personalidade jurídica, desde a concepção.

No direito brasileiro, buscou-se refutar os autores que sustentam as teorias “natalista” ou da “personalidade condicional” (os quais defendem que todos os direitos subjetivos previstos no Código Civil estariam condicionados ao nascimento com vida), uma vez que tal consideração limita-se aos direitos patrimoniais, tais como sucessões, doações e alimentos.

Em relação aos direitos extrapatrimoniais – em especial, os direitos personalíssimos, tal como vida, saúde e integridade física e mental –, o seu reconhecimento e proteção pelo ordenamento (como exemplo, a punição do aborto por violação ao bem jurídico da “vida” do nascituro) importa no reconhecimento de personalidade jurídica desde a concepção (teoria concepcionista), eis que dela depende a possibilidade de o sujeito ser titular de direitos.

Uma efetiva tutela do nascituro não pode prescindir da observância efetiva de seus direitos da personalidade – tipificados pela Constituição Federal e pela legislação ordinária – e demais interesses existenciais que, “socialmente típicos”, sejam condizentes com a cláusula geral de proteção à pessoa humana (artigo 1, inciso III da Constituição Federal).

Sob a perspectiva axiológica enraizada na Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que, de forma muito mais relevante do que ocorre com as expectativas de direitos patrimoniais (condicionadas ao nascimento com vida) os direitos da personalidade traduzem fielmente aqueles “direitos do nascituro” cuja proteção, desde a concepção, é disposta no artigo 2º do Código Civil de 2002.

Assim, a cláusula da dignidade da pessoa humana passa a figurar como critério auto-aplicável de aferição de merecimento, verdadeiro parâmetro de delimitação daquilo que é passível de tutela pelo nosso ordenamento, sobretudo no que se refere a bens de natureza existencial, cuja própria natureza inviabiliza qualquer pretensão a uma abordagem exaustiva por parte do legislador ordinário.

Desta sorte, todos os interesses existenciais decorrentes da condição do nascituro como pessoa, dotada de personalidade jurídica, devem ser avaliados à luz da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1, inciso III da Constituição Federal), não se esgotando sua tutela, necessariamente, nas categorias de direitos da personalidade tipificadas pelo legislador, até mesmo pelo Constituinte, mas em qualquer situação subjetiva existencial que, “socialmente típica”, condiga com o dever de realização de promoção de sua dignidade.

A jurisprudência ainda é tímida no reconhecimento da condição do nascituro como sujeito de direitos, dotado de personalidade jurídica. Contudo, foram colhidos julgados paradigmáticos nos tribunais brasileiros (especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) e em alguns internacionais, direcionados ao reconhecimento e proteção dos direitos do nascituro, através de medidas preventivas e impeditivas de lesão, além de medidas reparatórias de danos (responsabilidade civil).

Estes exemplos colhidos na jurisprudência nacional ilustram, de maneira conclusiva, a incorporação dos “novos danos” decorrentes da violação dos direitos personalíssimos, o que encontra respaldo direto na nova racionalidade axiológica constitucional vigente.

Disto decorre o voltar-se da atenção do intérprete julgador para as situações personalíssimas da pessoa humana, sem prejuízo, por evidente, da tutela de seus interesses patrimoniais. O que ocorre, todavia, é a superposição destes, pelos interesses existenciais outrora referidos.

Como ocorreu com as diversas modalidades de danos tuteláveis mediante responsabilização civil, os danos decorrentes de violação às situações existenciais do nascituro vão sendo aos poucos reconhecidos e melhor delineados pela jurisprudência, cujo papel transformador merece destaque.

Cumprido, por fim, reiterar a importância da incorporação, pelo intérprete jurisdicional, dos valores e princípios que foram democraticamente incluídos na Constituição Federal (sobretudo a já referida cláusula geral da dignidade da pessoa humana) com a finalidade de servirem de critério de validade e suporte da eficácia de toda a normativa, bem como, de parâmetro interpretativo concreto, e vinculante, à atividade do julgador.

6. Bibliografia

- ALPA, Guido. Status e Capacità: La costruzione giuridica delle differenze individuali. Roma: Laterza, 1993.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução – 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARBONE, Giorgio M. Quando inizia la vita umana? Dalla fecondazione, secondo la scienza. Disponível em <http://genova.mpv.org/news/Carbone_inizioVitaUmana.htm>. Acesso em 11/10/2007.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Dos alimentos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juni Abreu. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO; século XXI. Rio de Janeiro, Nova Fronteira e Lexicon Informática, 1999, CD-rom, versão 3.0
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ Souza. Código civil alemão: traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Récord, 1960.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FRANÇA. R. Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. V. 54. São Paulo: Saraiva, 1980.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007 , p. 549.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Justiça garante direitos de nascituro. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=1841>>. Acesso em 03/07/2008.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, pp. 22-40, out./dez. 1996.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes temas da atualidade: Dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. , Heloísa; NARLOCH, Leandro. Aborto é assassinato? Quando, afinal, começa a vida humana? O Primeiro Instante. In: Super Interessante. São Paulo: Editora Abril, ed. 219, nov. 2005.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PATHLIGHTS HOMEPAGE. Your Baby is a Human Being. Disponível em <<http://www.pathlights.com/abortion/abort03.htm>>. Acesso em 11/10/2007
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v.1. 19.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, tomos 1,9. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1954.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.
- PUSSI, William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. Curitiba: Juruá, 2005.

- REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: parte geral. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Dottrine Generali Del Diritto Civile. 5.ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1957.
- SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SARAIVA, Gastão José. Os direitos do nascituro e o artigo 4º do Código Civil. Revista dos tribunais. ano 30. v.131. jun/1941. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil. In.: TEPEDINO, Gustavo (dir.). Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 6. v. 22. abr-jun/2005. Rio de Janeiro: Padma, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 16/10/2007.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. 37. ed. Padova: Cedam, 1997.
- TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. 11.ed. Milão: Giuffrè Editore, 1996.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. V. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WYATT, Michael P. Abortion. Disponível em <<http://www.kc-cofc.org/39th/Lectures/2000%20Manuscripts/Wyatt%20-%20Abortion.PDF>>. Acesso em 11/10/2007
- VIANA, José Candido. A mulher grávida e os direitos do nascituro. Disponível em <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/direitos-do-nascituro-jorge-candido-viana-t308.html>>. Acesso em: 30/09/2008.

7. Índice

1. Apontamentos teóricos	1
1.1. Teorias sobre o início da vida	1
1.1.1. Ciência	2
1.1.2. Religião	8
1.2. Teorias a respeito do nascituro	8
1.2.1. Nascituro como pessoa humana	9
1.2.2. Nascituro como amontoado de células	10
1.2.3. Nascituro como potencialidade de pessoa	12
1.2.4. Considerações em busca de um conceito de nascituro	14
2. O nascituro e o início da personalidade jurídica. Doutrina e legislação.	19
2.1. Direito Estrangeiro	19
2.1.1. Alemanha	19
2.1.2. França	21
2.1.3. Itália	23
2.1.4. Portugal	25
2.1.5. Espanha	26
2.2. Direito Brasileiro	28
2.2.1. Evolução legislativa	28
2.2.2. Evolução teórica	34
2.2.2.1. Teoria Natalista	34
2.2.2.2. Teoria da Personalidade Condicional	38
2.2.2.3. Teoria Concepcionista	41
3. O nascituro e os direitos da personalidade	44
3.1. Direitos da personalidade	44
3.1.1. Dignidade da pessoa e não-taxatividade dos direitos da personalidade	46
3.2. Direitos e interesses existenciais titularizados pelo nascituro	48
3.2.1. Vida	48
3.2.2. Integridade física e psíquica	51
3.2.3. Imagem e Honra	54
3.2.4. Alimentos e reconhecimento do estado de filiação	54
4. Reparação de danos	59
4.1. Responsabilidade civil	59

4.1.1. Teorias da culpa e do risco.....	61
4.1.2. Fundamentos do dever de reparar	64
4.1.3. Funções	65
4.1.4. Novas tendências do instituto	68
4.2. Reparação de danos ao nascituro	71
4.2.1. Dano moral por violação dos direitos da personalidade.....	73
4.2.2.1. Morte	77
4.2.2.2. Lesão corporal – Violação à integridade física e mental, transmissão de do- enças e causação de seqüelas.....	85
4.2.2.3. Frustração da convivência familiar	87
4.2.2.4. Violação da honra.....	91
5. Conclusões	92