



A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL DO NASCITURO EM RAZÃO DE DANOS MORAIS

Rebeca de Araújo Barros Lima
Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade
Integrada de Pernambuco

RESUMO

Há certa indefinição doutrinária e jurisprudencial quanto aos direitos conferidos ao nascituro pelo Código Civil vigente. Inicialmente, questiona-se o início da personalidade jurídica, analisando-se as correntes mais propagadas e qual delas seria aplicada, posto que, apesar do texto legal conferir personalidade jurídica apenas àqueles que nascem com vida, resguarda os direitos do nascituro desde sua concepção. Diante disso, analisam-se os direitos resguardados ao nascituro, abrangendo os direitos da personalidade. Diante de tal situação, na hipótese de tais direitos serem afetados de qualquer maneira, tem-se a possibilidade de reparação por danos morais. A partir deste ponto, questiona-se a possibilidade do nascituro pleitear reparação por danos morais, considerando sua situação jurídica, o posicionamento doutrinário acerca do tema e como os tribunais brasileiros vêm decidindo nos casos concretos.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade Jurídica. Direitos da Personalidade. Responsabilidade Civil. Danos Morais.

1. INTRODUÇÃO

O nascituro é o ser humano em estado fetal, aquele que já foi concebido, mas ainda não nascido. Destarte, o Código Civil vigente dispõe que sua a personalidade civil só terá início após o nascimento com vida, mas resguarda os direitos do nascituro.

Baseando-se em tais informações, a abordagem do tema proposto tem início com enfoque especial na condição jurídica do nascituro, como ele é visto pelo

direito, quais as teorias que fundamentam o início da personalidade jurídica do nascituro e a que direitos faz *jus*.

Em seguida, considerando o nascituro como sujeito de alguns direitos, abordam-se os direitos da personalidade, que são intrínsecos do ser humano e têm forte amparo constitucional e são analisados em suas peculiaridades, voltados para o tema em questão.

Corolário dos direitos da personalidade é a possibilidade de reparação civil por danos morais em razão de qualquer forma de prejuízo a tais direitos. Assim, considerando que o nascituro possua direitos da personalidade, perquire-se a possibilidade de ser reparado. E, em caso positivo, qual seria o quantum indenizatório compatível, para o caso de haver qualquer distinção.

Para ilustrar tais situações, diversas jurisprudências serão apresentadas, no intuito de demonstrar como os tribunais brasileiros têm se posicionado diante deste tema de grande complexidade. Paralelamente à construção do trabalho, apresenta-se o posicionamento.

2. CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 Conceito de Nascituro

O Código Civil vigente, em seu artigo 2º, dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Inference-se, portanto, que o início da personalidade jurídica, que ocorre com o nascimento, é o que garante ao homem ser sujeito de direitos e obrigações.

No entanto, a fim de não deixar desamparado aquele que está para nascer, o dispositivo resguarda os direitos do nascituro, visto que, por não ter nascido, ainda não possui personalidade jurídica. Isto porque, dentre as teorias existentes na seara cível para justificar o início da personalidade jurídica do nascituro, o Código Civil de 2002 adota a teoria natalista, a qual será analisada adiante.

O ponto de partida para esta análise é entender o conceito de nascituro e a forma através da qual seus direitos são preservados, à luz das normas jurídicas, da doutrina e dos tribunais. Inicialmente, sob a orientação etimológica da palavra, cuja origem é o latim, na obra *Vocabulário Jurídico*, Plácido e Silva (2014, p. 549) traz a seguinte definição para o termo nascituro:

NASCITURO. Derivado do latim *nasciturus*, de nasci, quer precisamente indicar aquele que há de nascer.

Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, **tem existência no ventre materno**: está em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.

Embora o nascituro, em realidade, não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, **por uma ficção legal é tido como nascido, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem pela concepção**.

Era o princípio que os romanos já afirmavam pela voz de Gaio: *Nascituro pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur* (O nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse). (grifo nosso)

Considerando a análise da origem da palavra, temos o nascituro como o status jurídico daquele que está para nascer, o ser concebido, segundo conceito apresentado por Silvio Rodrigues (2003, p. 36):

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

Pelo exposto, entende-se como nascituro o ser humano em seu estágio de vida intrauterino, que deve ser compreendido a partir da nidação, quando o óvulo fecundado se fixa na parede uterina, até o nascimento, abrangendo, portanto, a fase fetal. Assim entende a professora Silmara Chinelato (2000, p. 225):

Somente se poderá falar em “nascituro” quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação - momento em que a gravidez começa - que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, o embrião na fecundação *in vitro*, não se considera nascituro.

Neste ponto, cumpre realizar algumas distinções relativas à abrangência do conceito de nascituro. Quando no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto, asseverou-se o seguinte entendimento:

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Observando a distinção realizada no julgado supracitado, remete-se à questão dos embriões tocante aos embriões *in vitro* (ou pré-implantatários), que são aqueles

mantidos em laboratório para a técnica de reprodução assistida. Há uma corrente emergente que defende a tutela jurídica de tais embriões, não como nascituro, mas como pessoa *in fieri*, por sua natureza humana, conforme aduz a professora Silmara Chinelato e Almeida (2004, p. 87):

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação "in vitro", que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião "in anima nobile", para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. (...) Com raízes no Direito Romano, o conceito de nascituro é o de pessoa por nascer, já concebida no ventre materno ("in anima nobile"). Há necessidade, no entanto, de que a legislação futura, civil e penal - na esteira da alemã, de 03 de dezembro de 1990, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1991 - **proteja especificamente o embrião pré-implantatório, assim denominado enquanto "in vitro" ou crioconservado. O embrião pré-implantatório é uma pessoa "in fieri", pois já dotado de carga genética própria, plenamente diferenciada quanto à do doador do sêmen e do óvulo.** Cumpre observar que o direito constituindo poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatório. Dada suas peculiaridades, parece-nos deva a legislação regular de modo diferente os direitos do nascituro implantado "in vivo" e o embrião pré-implantatório, que poderá ser denominado pré-nascituro. (grifo nosso)

A douta Maria Helena Diniz (2005, p. 193), no entanto, entende de maneira diferente:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida.

Filia-se a esta corrente o doutrinador Flávio Tartuce (2013, p. 88), quando afirma que “a expressão nascituro deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado”.

O Enunciado 2 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, sobre o artigo 2º do Código Civil, definiu: “sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”. Assim, buscou-se, aqui, apenas elucidar que aos embriões criopreservados para fertilização *in vitro* não se estende a tutela conferida ao nascituro.

Por fim, suscita-se a questão da prole eventual em virtude da previsão do artigo 1799, inciso I, do Código Civil, que dispõe sobre a possibilidade de sucessão testamentária dos “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002).

No entanto, não se confunde nascituro com concepturo, também conhecido como prole eventual. Isto porque, no caso do nascituro, o ser já possui vida no interior de sua genitora e nela se desenvolve, porquanto a prole eventual pode vir a existir, embora não haja certeza sobre isto. Sobre o assunto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2006, p. 184):

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

Delineada a abordagem inicial, cuja pretensão foi delimitar a abrangência do termo “nascituro”, passa-se à análise das teorias que fundamentam o início da personalidade jurídica, especialmente quanto à redação do artigo 2º do Código Civil.

2.2 Início da Personalidade Jurídica

O Código Civil de 2002 inaugura sua parte geral abordando o tema “pessoas naturais”, dispondo, no artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002).

Inicialmente, cumpre realizar certa distinção sobre o termo capacidade, conforme comentário tecido por Silvio de Salvo Venosa (2014, p. 139):

A capacidade jurídica delineada no art. 1º do vigente diploma, todos a possuem. Trata-se da denominada *capacidade de direito*. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da *capacidade de fato*. Essa assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para *pessoalmente* o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. (grifos do autor)

Assim, percebe-se que a capacidade é gênero que comporta duas espécies: o dispositivo aludido trata da capacidade de direito, que pertence a toda e qualquer pessoa; o segundo tipo é a capacidade de exercício, ou seja, a capacidade de fato, que pode inexistir para algumas pessoas, ditas incapazes, nos termos dos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Apresentada tal explicação, há a necessidade de entender quem são as pessoas abordadas no texto legal; resposta esta apresentada no artigo 2º do Código Civil, já comentado anteriormente. Assim, apesar de salvaguardar os direitos do nascituro, o legislador entendeu que será capaz de direitos e deveres, ou seja, adquirirá personalidade jurídica, aquele que nasceu com vida.

O dispositivo legal supracitado ainda hoje é fruto de debates entre os doutrinadores, pois se questiona qual teoria foi adotada no Código Civil atual. César Fiúza (2004, p. 24) faz a seguinte consideração acerca de tal indefinição:

Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002.

Há 3 (três) teorias que são abordadas pelos doutrinadores para explicar a partir de que momento ocorre a aquisição da personalidade jurídica, quais sejam: teoria natalista; teoria concepcionista; e a teoria da personalidade condicional, as quais serão analisadas a seguir sob o referencial do nascituro:

a) Teoria Natalista

Eminentemente reconhecida como a teoria adotada pelo Código Civil de 2002. Caio Mário (2011, p. 183), um dos defensores desta corrente, assenta o seguinte entendimento:

Antes do nascimento o feto ainda não é uma pessoa, mas, se vem à luz como um ser capaz de direitos, a sua existência no tocante aos seus interesses, retrotrai ao momento de sua concepção. [...] Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade.

Diante desta situação, o que ocorre é mera expectativa de direito do nascituro, cuja concretização só ocorrerá a partir do nascimento com vida. Serpa Lopes (1962, p. 233) entende que “antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa de *spes hominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre”.

No entanto, considerando os efeitos possíveis em virtude dos direitos resguardados ao nascituro em virtude da disposição legal do artigo 2º do Código Civil, deve-se ficar atento aos efeitos da morte do nascituro.

Isto porque, como afirma Paulo Nader (2013, p. 163), “a lei não impôs qualquer outra condição, além do nascimento com vida, para o início da personalidade. Não se exige, como se praticou outrora, *viabilidade do ser e forma humana*”.

Assim, para fins de determinação da aquisição da personalidade jurídica por parte do nascituro, diversos exames podem ser realizados, dentre eles o mais conhecido é a Docimasia Hidrostática de Galeno. Delton Croce (2011, p. 593), em seu Manual de Medicina Legal, explica como é realizado o exame:

Baseia-se na densidade do pulmão que respirou e do que não respirou (*substantia pulmonalis per respirationem ex rubra gravi densa in albam levem ac raram transfertur*, conforme Galeno). O pulmão que respirou tem densidade entre 0,70 a 0,80. Em condições normais de pressão e temperatura a densidade da água é de 1,0. Posto em recipiente contendo água em temperatura ambiente, o pulmão que respirou forçosamente flutuará, pois seu peso específico é mais leve que o da água; inversamente, o pulmão que não respirou não sobrenadará, por ter peso específico maior que o da água, ou seja, em torno de 1.040 a 1.092.

Sobre o assunto, Paulo Nader (2013, p. 164) apresenta o seguinte exemplo:

A indagação quanto às condições do nascimento – se com vida ou não – é relevante principalmente em matéria sucessória. Se havia expectativa de o nascituro vir a herdar e se chegou a adquirir personalidade humana operou-se juridicamente a transmissão de bens. Com sua morte abre-se nova sucessão com os desdobramentos de lei: inventário do acervo patrimonial e incidência do tributo *causa mortis*, além da transmissão dos bens herdados. Se houve nascimento sem vida a sucessão não chegou a operar-se.

Percebe-se, assim, que a constatação do nascimento com ou sem vida da criança é de suma importância, visto que seus efeitos implicam diretamente no mundo jurídico.

b) Teoria da Personalidade Condicional

Esta corrente é defendida por Washington de Barros Monteiro (2012, p. 76), que aduz:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Neste caso, os direitos conferidos ao nascituro têm sua efetivação condicionada o nascimento com vida, ou seja, uma condição suspensiva, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 103):

(...) o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.

Critica-se esta teoria, pois ela mitiga a tutela jurídica do nascituro, restringindo-se aos direitos patrimoniais, pois, como explica Flávio Tartuce (2012, p. 119), “os direitos de personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente”, o que inviabiliza o pleito de direitos pessoais.

Percebe-se que o nascituro, ainda que reconhecido como pessoa, nesta corrente, seu nascimento será condição imprescindível para a efetivação de todos os seus direitos. Tartuce (2012, p. 119) continua:

Na verdade, com devido respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Não há, portanto, uma teoria mista, como querem alguns. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

Considerando isto, entende-se que esta teoria representa um desdobramento da teoria natalista, pois, de todo modo, a personalidade só será concretizada após o nascimento.

c) Teoria Concepcionista

Esta corrente entende que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção e vem sendo defendida com maior veemência entre os doutrinadores. Sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves pondera:

A constatação de que a proteção de certos direitos do nascituro encontra, na legislação atual, pronto atendimento antes mesmo do nascimento, levamos a aceitar as argutas ponderações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial. (2014, p. 107)

A argumentação exposta tem por base a divisão entre personalidade jurídica formal e material, suscitada por Maria Helena Diniz, conforme explana Flávio Tartuce (2012, p. 120):

A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A personalidade jurídica formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção, enquanto a personalidade jurídica material mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida. Mais à frente, a jurista diz que a razão está com a teoria concepcionista, filiando-se a essa corrente.

Assim, percebe-se que a presente teoria tem ganhado força, pois confere maior abrangência aos direitos do nascituro, estendendo-se, aliás, ao natimorto, segundo o Enunciado 1 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “a proteção que o

Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Tal situação demonstra que esta teoria tem sido observada por doutrinadores e pelos tribunais em recentes decisões, as quais serão analisadas.

A corrente natalista é reconhecida pela maior parte da doutrina como a adotada pelo Código Civil de 2002. No entanto, as recentes decisões dos tribunais brasileiros têm contribuído para um crescente debate na comunidade jurídica, que critica a teoria.

Nesta toada, Paulo Nader (2013, p. 162) tece a seguinte crítica: “o modelo adotado não encontra embasamento na Teoria Geral do Direito, porque não há direito subjetivo sem titular, do mesmo modo que não há titular sem *personalidade jurídica*”.

Neste sentido, Flávio Tartuce (2013, p. 70) entende que:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Na realidade, o próprio artigo 2º do Código Civil, ao resguardar os direitos do nascituro desde sua concepção, contradiz e mitiga a teoria natalista afirmada por muitos autores. Paulo Lôbo (2011, p. 101), sabiamente, introduz a questão da personalidade jurídica do nascituro com o seguinte argumento:

Nascituro é o ser humano que se desenvolve no ventre feminino. Sua existência, para os fins do direito civil, tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais, e se encerra quando nasce com vida ou morto. (...) O nascituro já é ser humano, e como tal sujeito de direito, ainda que não seja pessoa. **É titular de direito atual e não futuro.** (grifo nosso)

No entanto, há quem entenda no sentido contrário, como é o caso de Silvio de Salvo Venosa (2014, p. 144):

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara.

Percebe-se a fragilidade do argumento exposto, pois não há que se falar em “proximidade da personalidade”, não se pode haver meio termo quando se fala de uma definição tão importante. A realidade é que a teoria natalista criou um impasse para o nosso direito atual, pois, muitas vezes, deixa o nascituro à margem do direito, razão pela qual os doutrinadores e os tribunais brasileiros, como será visto adiante, têm entendido a teoria concepcionista como a mais coerente.

Aliás, parece ainda mais acertado o entendimento da professora Maria Helena Diniz (2014, p. 226):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção [...], passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, §3º). Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito material terá. (grifos do autor)

Assim, resguardam-se os direitos de personalidade do nascituro desde sua concepção e, após o nascimento, os direitos patrimoniais se efetivam, os quais poderão ter grande influência na vida de outras pessoas, razão pela qual este entendimento denota maior coerência com a realidade hodierna.

2.3 Direitos do Nascituro

A disposição literal do artigo 2º do Código Civil vigente, embora determine que a aquisição da personalidade jurídica só ocorre após o nascimento com vida, resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro. Sobre estes direitos, Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles de Araújo (2007, p. 40):

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

No entanto, não há um rol taxativo que enumere esses direitos, o que confere margem a interpretações diversas, embora a doutrina reconheça pacificamente alguns, que estão ramificados no ordenamento jurídico. Assim, cumpre abordar os principais, quais sejam:

2.3.1 Direito à Doação

O Código Civil de 2002, no tocante à doação, dispõe em seu artigo 542 que “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Ressalta-se, assim, que não se trata de prole eventual, mas ser já existente no ventre materno, conforme lição de Paulo Lôbo (2014, p. 279):

A validade da doação ao nascituro depende da existência real da concepção. Se a doação foi realizada na suposição de já ter havido concepção, que apenas se verificou mais tarde, é nula por ser impossível o seu objeto (CC, art. 166, II).

Cumprido ressaltar, no entanto, que não só o nascimento com vida perfaz a doação, mas há uma etapa anterior, qual seja: a anuência dos pais ou de representante legal, como aduz Cesar Peluso (2008, p. 521):

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

Segundo Flávio Tartuce (2013, p. 318), “A aceitação por parte do representante legal está no plano da validade do contrato. Além disso, a eficácia do contrato depende do nascimento com vida do donatário, havendo uma doação condicional”.

Desta forma, havendo concordância com a doação, resta aguardar o nascimento com vida, que é evento futuro e incerto, para que o contrato de doação se concretize. Por fim, importa ressaltar que:

O artigo 542 do Código em vigor reforça a tese pela qual o nascituro não tem *personalidade jurídica material*, ou seja, aquela relacionada com direitos patrimoniais e que só é adquirida pelo nascimento com vida. Nesse plano, portanto, há mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2013, p. 318).

Este fato reforça o entendimento apontado por Maria Helena Diniz, no sentido de que os direitos do nascituro relacionados ao patrimônio e ao campo obrigacional só surtirá efeitos após o nascimento com vida.

2.3.2 Direito à Filiação

A disposição constante na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, é repetida pelo artigo 1.596 do Código Civil de 2002, no sentido de que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos

direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O artigo supracitado inaugura o capítulo sobre a filiação, que é "a relação jurídica que liga o filho a seus pais" (GONÇALVES, 2013, p. 321). O que se busca com este instituto de evitar que haja qualquer distinção entre os filhos.

Este reconhecimento não depende do nascimento com vida, podendo ocorrer em relação ao nascituro, conforme disposição do parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil, segundo o qual “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. Para Silmara Chinelato (2000, p. 210):

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

Além disso, A lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, prevê da seguinte maneira:

Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito.

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando;

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. [...] (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que ao nascituro é dado o direito de ter sua filiação reconhecida, ainda que nasça sem vida, ou seja, na condição de natimorto.

2.3.3 Direito a Alimentos

Inicialmente, o Código Civil de 2002 dispôs sobre alimentos a partir do artigo 1.698, no qual prevê que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Alimentos, portanto, “consistem numa prestação periódica, decorrente de vínculo familiar, declaração de vontade ou ato ilícito, devida pelo *alimentante*, que dispõe de recursos, ao *alimentando*, que deles carece para prover as necessidades vitais próprias” (NADER, 2013, p. 453).

O código citado faz alusão ao pedido de alimentos, basicamente, entre ascendente e descendente e entre cônjuges. Assim, apesar de abarcar os filhos, apenas em 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.804, que instituiu o direito a alimentos gravídicos. Flávio Tartuce (2007, p. 100-101) ensina:

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

O artigo 1º dispõe que “Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”. Analisa-se, assim, a primeira controvérsia: trata-se de direito da mulher, quanto gestante, ou do nascituro?

Ora, tem-se como legítima para ingressar com a ação a mulher grávida, no entanto, é inescusável que tal pleito visa resguardar o desenvolvimento saudável do nascituro. Assim entende Paulo Nader (2013, p. 474): “Ainda que a personalidade jurídica à vista do art. 2º do Código Civil, tenha início com o nascimento com vida, o nascituro deve ser alvo de proteção jurídica, visando à formação saudável da futura pessoa natural”.

Cumprе ressaltar que, conforme artigo 2º da lei, os alimentos compreendem:

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

Por fim, ressalta-se que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia (Lei nº 11.804/2008, art. 6º, p. único).

2.3.4 Direito à Nomeação de Curador

Consta no Código Civil de 2002, no artigo 1.779, que “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo (2007, p. 42) explicam:

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

Este é outro direito que converge a doutrina ao entendimento da teoria concepcionista, conforme aduz Tartuce (2007, p. 102):

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

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

Paulo Lôbo explica a curatela e a distingue da tutela:

A tutela e a curatela têm por finalidade a representação legal e administração dos bens de uma pessoa por outra, em virtude da incapacidade da primeira de gestão de sua vida e de seus interesses. A tutela tem como pressuposto a deficiência mental parcial ou total do protegido ou outra circunstância que imponha a representação de alguém.

Assim, a curatela, diante do falecimento do pai ou da perda do poder familiar, cujas hipóteses estão previstas no art. 1.638 do Código Civil, por parte da mãe, é um direito conferido explicitamente ao nascituro.

2.3.5 Direito Suceder

Prevê o artigo 1.798 do Código Civil de 2002, quanto à vocação hereditária para suceder, que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Considerando isto, infere-se que o nascituro tem capacidade para suceder como herdeiro ou legatário. Sobre o tema, Carlos Gonçalves (2013, p. 69):

Os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber deixo testamentária.

Fabio Coelho (2014, p. 254), por sua vez, esclarece:

A primeira condição para alguém titular a capacidade sucessória (isto é, para ser sucessor) é estar vivo quando da abertura da sucessão. Só é sucessora, assim, a pessoa física concebida antes da morte do autor da herança ou legado. Em decorrência, o nascituro, nascendo com vida, participa da sucessão.

Sendo assim, por expressa disposição legal, o nascituro é reconhecido como legitimado para suceder, embora a concretização do direito dependa, mais uma vez, do seu nascimento com vida.

2.4 Capacidade Processual do Nascituro

Analisa-se, neste ponto, a possibilidade do nascituro integrar a relação processual. Inicialmente, cumpre distinguir capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória.

Humberto Theodoro Jr (2007, p. 87) explica que "a *capacidade processual* consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio", porquanto que capacidade de postulação "[...] vem a ser a aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz. A *capacidade de postulação* em nosso sistema processual compete exclusivamente aos advogados".

Em ambos os casos citados, infere-se que o nascituro não possui qualquer das capacidades. No entanto, quando se trata da capacidade de ser parte, há controvérsias. Primeiramente, segundo Misael Montenegro Filho (2014, p. 258):

A capacidade de ser parte (de direito) diz respeito à possibilidade de a pessoa estar em juízo como autor ou como réu, ou seja, à possibilidade de tomar assento em um dos polos do processo. A capacidade de ser parte exige a *personalidade civil*, que, no caso da pessoa física ou natural, inicia-se com o seu nascimento com vida (art. 2º do CC), pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro [...] (grifos do autor)

Ratifica este entendimento a decisão abaixo, que nega a capacidade de ser parte do nascituro:

Ausente a personalidade, ao nascituro falta a capacidade de ser parte e de se fazer representar em juízo. Aplicabilidade do art. 7º do CPC. Recurso não provido. Embora a lei ponha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (art. 4º CC).
(Apelação Cível 181471 - 1, 5ª Câmara Cível do TJSP, rel. Des. MARCUS DE ANDRADE).

No entanto, diante das divergências que este tema traz, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que "se o direito material reconhece essa possibilidade ao titular de direito eventual, como o nascituro, é forçoso que o direito processual se adapte, permitindo que ele vá a juízo em sua defesa. O nascituro figurará como parte, sendo representado por seus pais" (2004, p. 111).

Neste sentido, quando no julgamento da Apelação Cível nº 193648-1, o Relator, Des. Renan Lotufo do Tribunal de Justiça da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu da seguinte maneira:

Ao nascituro assiste no plano do Direito Processual capacidade para ser parte como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor ação investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão do direito material, até então uma expectativa resguardada.

A realidade é que, nos últimos anos, os tribunais têm reconhecido os direitos do nascituro de forma abrangente, como será analisado no último capítulo deste trabalho. Dessa forma, tem-se como corolário a questão da postulação em juízo do nascituro, que deverá ser representado pela mãe, visto se tratar de incapaz, se reconhecida sua capacidade jurídica, nos termos do artigo 8º do Código Processual Civil.

O pleito se estende pelas mais diversas ações, como ensina a professora Silmara Chinelato (2000, p. 284-285), que abraça a teoria concepcionista:

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

Além disso, recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a legitimidade *ad causam* do nascituro, quando no julgamento do Agravo de Instrumento nº 137.023-0/0-00. O relator do acórdão, o desembargador José Cardinale, apresenta o seguinte entendimento:

Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos.

Em seguida, cita as jurisprudências que conferiram a mesma prerrogativa ao nascituro. O caso concreto indica que a controvérsia quanto à teoria adotada, se natalista ou concepcionista, divide os magistrados brasileiros, embora alguns já demonstrem desapego ao formalismo e se filiem, de alguma maneira, à teoria concepcionista, salvaguardando os direitos do nascituro.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Inicialmente, cumpre tecer alguns comentários acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político

A previsão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Carta Magna representou uma inovação do legislador, demonstrando sua contemporaneidade e preocupação com os direitos mais elementares do ser humano. Assim, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 16):

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

Pelo exposto, infere-se que o dito princípio é a base para a existência dos direitos da personalidade, elo este evidenciado por Paulo Nader ao afirmar que “A pessoa humana é um ser singularizado, que possui vida própria, individualizada e desempenha papel no âmbito da família e sociedade” e, por esta razão, “cada ente humano possui a sua personalidade e esta é o modo individual de ser da pessoa, suas características, seus valores e atitudes” (2013, p. 161).

Considerando isto, a professora Maria Helena Diniz (2002, p. 135) traz à baila seu entendimento acerca dos direitos da personalidade:

Os direitos de personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Esses direitos da personalidade, dada sua peculiaridade, são dotados de algumas características especiais, as quais foram sabiamente elencadas por Paulo Lôbo (2011, p. 133):

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inerentes e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: a instramissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

Sobre a legitimidade para tutelar os direitos da personalidade, o próprio nome traz a resposta: trata-se de direito personalíssimo, o qual deve ser exercido por seu titular. No entanto, há situações em que isso não pode ocorrer, assim exemplifica Venosa (2014, p. 182):

Por outro lado, é certo que os direitos da personalidade extinguem-se com a morte, todavia há resquícios ou rescaldos que podem a ela se sobrepor. A ofensa à honra dos mortos pode atingir seus familiares, ou, como assevera Larenz (1978:163), pode ocorrer que certos familiares próximos estejam legitimados a defender a honra pessoal da pessoa falecida atingida, por serem "fiduciários" dessa faculdade.

A partir deste ponto, adentra-se na questão do nascituro. A incongruência existente relativa à teoria adotada gera dificuldades, conforme evidencia Paulo Nader (2013, p. 163):

Em torno da condição *sui generis* do nascituro, há distinções e construções cerebrinas que padecem, sobretudo, de algum alcance prático. Dúvida não há quanto à imperiosa necessidade de se proteger o presente e o futuro do ser humano em formação e a este respeito não divergem os cultores do Direito. A dificuldade está localizada na Teoria Geral do Direito Civil, que ainda está por teorizar a questão em harmonia com seus próprios princípios.

Diante disso, a professora Silmara Chinelato (2013, p. 21) ratifica seu posicionamento concepcionista e, conseqüentemente, confere os direitos da personalidade ao nascituro, pois considera que "(...) os direitos da personalidade não se iniciam só a partir do nascimento nem terminam com a morte. Iniciam-se desde a concepção e ultrapassam a morte".

Pablo Stolze (2013, p. 191) entende que:

Não há a menor dúvida de que o ser humano é o titular por excelência da tutela dos direitos da personalidade. Todavia, vale destacar que o instituto alcança também os nascituros, que, embora não tenham personalidade jurídica, têm seus direitos ressaltados, pela lei, desde a concepção, o que inclui, obviamente, os direitos da personalidade.

Será visto adiante que o direito à vida é essencial para que haja direito de personalidade, visto que se não fosse tutelado, sequer garantir-se-ia a personalidade da pessoa. Assim, no mesmo sentido, Pablo Stolze (2013, p. 133) explica que "Ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da

teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não uma mera expectativa”.

Ratificam-se os entendimentos acima apresentados a partir do Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, o qual preleciona que "A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

3.1 Direitos de Personalidade em Espécie

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, trata dos direitos e garantias fundamentais. Tal disposição constitucional é genérica e tem por escopo “garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem” (TARTUCE, 2012, p. 141).

Fundamentando-se nisto, o Código Civil de 2002 inovou seu texto ao incluir os Direitos da Personalidade. Sobre o assunto, Paulo Lôbo (2011, p. 132) explica que “uma das mais promissoras tendências do direito civil aponta para a necessidade de ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações”.

Silvio Venosa (2013, p. 180) explica que “os princípios dos direitos da personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis. Na Constituição Federal, que aponta sua base, com complementação no Código Civil brasileiro, que os enuncia de forma mais específica”.

Desta forma, a Constituição Federal preleciona em seu artigo 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”, continuando, no inciso X, 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”.

Quanto à seara cível, observa Venosa (2014, p. 181) que “O Código Civil trata desses direitos no Capítulo II (arts. 11 a 21). Esses princípios devem orientar a doutrina e o julgador, pois pertencem, em síntese, aos princípios gerais do direito”.

Assim, a disposição civil, bem como a constitucional, acerca dos direitos que estão diretamente relacionados com a dignidade da pessoa humana, é meramente exemplificativa, visto que tais direitos não podem se restringir a certos aspectos. O

entendimento foi ratificado pela IV Jornada de Direito Civil, que aprovou o enunciado 274:

274 – Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Percebe-se, pelo exposto, que os direitos da personalidade não se concentram apenas no âmbito cível e constitucional. Recebem tal tratamento apenas para fins didáticos, pois, na verdade, estão ramificados e espalhados por todo o ordenamento jurídico. Considerando isto, passa-se à análise dos direitos de personalidade mais relevantes para este trabalho:

3.1.1 Direito à Vida e Integridade Físico-Psíquica

O primeiro direito resguardado pela Constituição Federal em seu artigo 5º diz respeito à vida, que, na verdade, é pressuposto dos direitos da personalidade. Assim, “o direito à vida, por ser como os demais direitos da personalidade irrenunciável, é incompatível com o consentimento a ato contra a vida” (LÔBO, 2011, p. 138).

Considerando isto, temos no ordenamento jurídico disposições que vedam qualquer tipo de atentado contra a vida, como o tipo penal de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122) e o aborto (CP, arts. 124 a 128). Portanto, é certo que “a ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro” (STOLZE, 2013, p. 200).

Sobre o aspecto do nascituro, o jurista Roberto Rosas, em artigo publicado na Revista CEJ nº 09, entende que:

O Direito da Personalidade vai surgir em decorrência de um princípio constitucional do respeito à vida, a partir da concepção, protegendo, assim, o nascituro. Em consequência, derivam-se outros aspectos do Direito da Personalidade, como o direito ao nome, à imagem e à intimidade, proteções que a Constituição explicitamente traz e resguarda.

Além disso, a Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe, em seu artigo 7º que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Percebe-se, portanto, que o legislador visa resguardar a vida no sentido de garantir o nascimento e, sobre o assunto, Paulo Nader (2013, p. 162) entende que "o legislador foi extremamente feliz ao fixar esta diretriz, uma vez que o princípio democrático de igualdade de oportunidade deve alcança o ser humano a partir de sua concepção".

Por sua vez, diretamente decorrente do direito à vida, o direito à integridade física, que visa à manutenção da incolumidade do corpo humano e “compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico” (GONÇALVES, 2013, p.194).

Está análise é realizada à inteligência dos artigos 13 ao 15 do Código Civil, que protegem não só a integridade física, mas também a psíquica, ou seja, cuida da saúde mental. Paulo Lôbo (2001, p. 11) conjuga essas vertentes da seguinte maneira:

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

Dessa forma, o legislador buscou tutelar os primórdios dos direitos da personalidade, oriundos do direito à vida, resguardando a plenitude do ser humano – corpo e mente – repudiando quaisquer condutas contrárias não só no Código Civil, mas também na seara penal.

3.1.2 Direito ao Nome

Assegura-se o direito ao nome, ao prenome, e protege-se o pseudônimo nos artigos 16 ao 19 do Código Civil. Isto porque, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 201), “todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria”. Pode-se exemplificar o caso do filho que busca reconhecimento de paternidade e, sendo esta reconhecida, fará jus ao prenome do pai.

Para Paulo Nader (2013, p. 189), “o nome constitui patrimônio moral da pessoa” e, na maioria dos casos, é por seu nome que uma pessoa é reconhecida –

especialmente no tocante ao aspecto profissional, razão pela qual tutela-se o nome artístico ou pseudônimo.

Maria Helena Diniz (2007, p. 128) afirma que a proteção ao nome visa reprimir “o abuso cometido por alguém que exponha [o nome] inclusive em publicações ou representações”. Assim, Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 189) diz que se:

O nome de um homem ou mulher é empregado de tal modo que possa despertar sentimentos de desprezo em face do seu portador, tem ele direito de impedir o prosseguimento da exposição e exigir indenização por perdas e danos. Esse direito independe do intuito difamatório ou não de quem fez o uso ilegítimo do nome.

Portanto, tem-se na proteção ao nome o intuito de evitar que o ser humano passe por situações vexatórias que possam lhe causar desprezo público ou depreciação de qualquer maneira.

3.1.3 Direito à Imagem

O Código Civil de 2002, em seu artigo 20, faz a seguinte previsão:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Visa, assim, proteger a exposição da palavra e da imagem de uma pessoa, de maneira que venha a causar algum dano ou constrangimento. Sobre o direito à imagem, Washington de Barros Monteiro (2007, p. 100):

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

A imagem abordada no texto legal não é apenas a figura, os traços e características físicas de alguém, mas a forma como ela é vista – incluindo suas palavras ou escritos –, que deve ser tutelada, no sentido de “ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consento e de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação” (DINIZ, 2007, p. 129).

Isto porque “sem dúvida, a imagem da pessoa é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos ditos personalíssimos. O uso indevido da imagem traz, de fato, situações de prejuízo e constrangimento” (VENOSA, 2014, p. 187).

Cumprido ressaltar, no entanto, que esta disposição mitiga a característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade, visto que a divulgação da imagem pode ser autorizada pelo indivíduo ou necessária para administração da justiça e para manutenção da ordem pública.

3.1.4 Direito à Privacidade

Quanto à privacidade ou intimidade do indivíduo, o Código Civil dispõe em seu artigo 21 que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Tutela-se, assim, a vida familiar e coíbe-se a exposição do lar da pessoa. Este direito possui tal relevância, que estende-se à seara penal, sob os tipos penais previstos nos artigos 150 ao 154, que versam sobre os delitos de violação de domicílio, violação de correspondência, sonegação ou destruição de correspondência, violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, violação de correspondência comercial, divulgação de segredo e violação do segredo profissional.

Hodiernamente, este direito tem sido constantemente ofendido e, conseqüentemente, objeto de diversas ações, em virtude dos grandes avanços tecnológicos, especialmente na vida das pessoas famosas. Sobre isto, Venosa (2014, p. 191) dita:

Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros.

A preservação da intimidade, segundo Gonçalves (2013, p. 206), assegura “o direito ao recato e a prerrogativa de tomar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato lesivo, ou exigir reparação do dano já consumado”.

3.1.5 Direito à Honra

Segundo Fernando Capez (2011, p. 272), *apud* E. Magalhães Noronha, define honra como “o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe

conferem consideração social e estima própria”. Este direito de personalidade foi incluído na Constituição Federal, no inciso X do artigo 5º.

A honra se divide em objetiva, quando se trata de qualidades que são atribuídas a um indivíduo, e subjetiva, no que se refere a opinião da pessoa sobre si. A tutela à honra é reconhecida eminentemente no âmbito penal, em razão dos conhecidos crimes contra a honra: calúnia (CP, art. 138), difamação (CP, art. 139) e injúria (CP, art. 140).

A necessidade de resguardar constitucionalmente o direito à honra decorre dos abalos sociais e psicológicos que podem ser causados. Carlos Alberto Bittar (2006, p. 134) traz o seguinte posicionamento:

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

Considerada a importância deste direito, além da tutela constitucional e penal, os crimes contra a honra podem ser punidos nos termos da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

4. A REPARAÇÃO CIVIL DO NASCITURO

4.1 A Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil está previsto no Título IX do Código Civil, que compreende o artigo 927 ao artigo 965. Apesar da quantidade de dispositivos legais, a responsabilidade civil é mencionada em todo o ordenamento jurídico, visto a quantidade de situações que pode abarcar.

Isto porque as diversas ações humanas que refletem na órbita jurídica “estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa” (CAVALIERI, 2013, p. 13) podem resultar, de alguma forma, em dano.

Considerando isto, tem-se o conceito de responsabilidade civil, sob a ótica de Gonçalves (2010, p. 20):

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em

restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

A responsabilidade é o dever de suportar o dano causado a alguém, sob o aspecto moral ou patrimonial, seja decorrente de ilícito penal ou civil, de relação contratual ou extracontratual, independente de ter havido intenção.

Destarte, o objetivo final da reparação civil é, se possível, estabelecer o *status quo* e servir como sanção ao agente causador do dano, conforme ensina Gonçalves (2013, p. 397) ao afirmar que o ressarcimento do dano, seja material ou patrimonial, “tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros”.

O Código Civil inaugura o tema com o artigo 927, que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Adota, assim, a teoria da responsabilidade subjetiva, na qual “o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente” Paulo Nader (2013, p. 31). Ou seja, o dever de indenizar só ocorrerá se comprovado que o comportamento de alguém resultou em dano.

No entanto, o parágrafo único do artigo 927 diz que “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”. Tal disposição representa uma mitigação à teoria subjetiva, pois traz à baila a aplicação da responsabilidade objetiva:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele. (RODRIGUES, 2003, p. 9)

A caracterização da responsabilidade dependerá da presença de pressupostos essenciais, os quais, sob a orientação de Sergio Cavalieri, são:

a) Conduta Humana

Cavalieri (2013, p. 38) aduz que “conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão”. Este conceito é complementado por Tartuce (2013, p. 345), ao definir que este elemento pode ser causado “por uma ação (conduta positiva) ou omissão

(conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”.

Cumprido ressaltar que, em regra, o agente responde pelo fato que causou. No entanto, há hipóteses em que pode responder por fato de outra pessoa ou mesmo de uma coisa, conforme explica Cavalieri (2013, p. 38):

É a responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

Pode-se exemplificar a responsabilidade por fato de outra pessoa aquela que decorre da relação entre pais e filhos, onde aqueles têm dever de guarda, vigilância e cuidado para com estes; já o fato de coisa, pelos mesmos deveres supracitados com um cachorro, por exemplo.

b) Culpa

A culpabilidade apresentada na conduta decorre da culpa *lato sensu*, que engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta, por sua vez, gênero das espécies: imprudência, negligência e imperícia.

Considerando estes aspectos, Cavalieri (2013, p. 50) dita “pode-se conceituar culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. Cavalieri classifica culpa da seguinte maneira:

- i. Culpa Grave, Leve e Levíssima, que será definida com base "na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano" (CAVALIERI, 2013, p. 53);
- ii. Culpa Contratual ou Extracontratual, que será orientada pela existência de uma relação jurídica obrigacional decorrente de contrato preexistente, ou se decorrerá simplesmente da lei – conhecida como culpa aquiliana;
- iii. Culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*, que decorrem basicamente do dever de escolha de um preposto, dever de cuidado e dever de vigilância, respectivamente, embora essas espécies estejam em extinção "porque o Código Civil de 2002, em seu artigo 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, o patrão, comitente,

- detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior" (CAVALIERI, 2013, p. 55);
- iv. Culpa presumida e culpa contra a legalidade, de forma que, para a primeira, "o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado" (CAVALIERI, 2013, p. 56), enquanto a segunda ocorre "quando o dever violado resulta de texto expreso de lei ou regulamento" (CAVALIERI, 2013, p. 57);
 - v. Culpa concorrente, que ocorre quando "paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposo de ambos" (CAVALIERI, 2013, p. 58). Em tais casos, "a doutrina e a jurisprudência recomendam dividir a indenização, não necessariamente pela metade, como querem alguns, mas proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos" (CAVALIERI, 2013, p. 59).

O elemento culpa poderá ser dispensado diante da comprovação das excludentes de ilicitude, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, o elemento culpa prescindirá em se tratando da responsabilidade objetiva, nos termos da teoria do risco, na qual uma conduta lícita também poderá ensejar o dever de reparação, sobre a qual Cavlieri (2013, p. 200) aduz:

Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva [o Código de 2002] optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso de direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 c/c art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc.

Percebe-se, portanto, que os casos de responsabilidade objetiva estão expressamente previstos em lei. Silvio Rodrigues (2003, p 9) explica ainda que:

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

Assim, a vítima não precisa comprovar a culpa subjetiva do agente, mas apenas a relação de causa e o dano.

c) Nexu Causal

A relação de causalidade pode ser conceituada nos termos do artigo 13 do Código Penal, que dispõe: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

É, portanto, o elo que une a conduta humana (culposa ou não) e o dano e, conseqüentemente, a razão de ser identificado o responsável, pois “ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar a culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano” (CAVALIERI, 2013, p.61).

Quanto ao ônus probatório, ensina Cavalieri (2013, p. 85):

Provada pela vítima (ônus seu) a ocorrência do fato lesivo e que, de acordo com um juízo abstrato, se apresenta adequado à produção de determinado resultado, presume-se a adequação até prova em contrário. Sobre aquele que praticou o fato lesivo recai o ônus de provar que não houve adequação entre o fato e o dano (concepção negativa de causalidade). Esse é o entendimento que prevalece na melhor doutrina e jurisprudência.

Por fim, cumpre esclarecer que, em algumas situações, apesar de demonstrados todos os elementos da responsabilidade, o agente não responderá, em virtude da existência de causa de exclusão do nexos causal. São “casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente” (CAVALIERI, 2013, p. 86), quais sejam: fato exclusivo da vítima; fato de terceiro; caso fortuito e força maior.

d) Dano

Embora seja constatada a conduta humana, mesmo a ilícita, e haja nexos de causalidade, apenas se for constatado efetivo prejuízo é que haverá obrigação de indenizar. Assim explica Gonçalves (2010, p. 357):

Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. A ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator.

Destarte, Cavalieri (2013, p.) conceitua dano como uma “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc.”.

Divide-se o dano em dois tipos: patrimonial e moral. O dano patrimonial é passível de aferição objetiva, posto que a ação do agente influi diretamente em diminuição do patrimônio da vítima, cuja apreciação é econômica.

O Código Civil prevê em seu artigo 402 que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Em virtude de tal disposição, compõe-se o dano patrimonial através do dano emergente, que é o prejuízo efetivo, e dos lucros cessantes, que representa o valor que a vítima deixou de lucrar em virtude do dano. Gonçalves (2010, p. 362) distingue da seguinte maneira:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado.

Já o dano moral será objeto de tópico próprio, subsequente a este, dada sua relevância para o tema ora sob análise. No entanto, de antemão, apresenta-se a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, que preleciona: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

4.2 O Dano Moral

Conforme indicado no capítulo anterior, a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X, prevê o dano moral como a forma adequada de suscitar quaisquer violações aos direitos de personalidade.

Sob este prisma, Cavalieri (2013, p. 108) conceitua dano moral por dois aspectos distintos:

Em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. (...)
Em sentido amplo dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade.(...) Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Por sua vez, o doutrinador Silvio Venosa (2013, p. 47), de maneira mais simplista, conceitua dano moral como "o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade".

Percebe-se, diante dos conceitos apresentados, que o dano moral será objeto de reparação civil não-patrimonial, cuja aferição dependerá do caso concreto e das

circunstâncias que o envolva, posto que o caso sempre decorrerá do ferimento a um direito de personalidade.

Sabidamente, Paulo Lôbo (2011, p. 131) expõe sobre os direitos da personalidade e os danos morais ao afirmar que: “ambos têm por objeto bens jurídicos integrantes da interioridade da pessoa, ou seja, tudo aquilo que é inerente à pessoa e deve ser tutelado pelo direito”.

Quanto à comprovação do dano moral, considerando sua característica eminentemente pessoal, Gonçalves (2013, p. 390) aduz:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta.

Neste ponto, cumpre esclarecer a indenização em pecúnia conferida em razão do dano moral. O fato de o dano moral ser impassível de aferição, posto se tratar de prejuízo estritamente pessoal, debatia-se a razoabilidade de sua reparação. É cediço que o valor a ser indenizado não restabelecerá o *status quo* do indivíduo, cuja moral foi abalada.

No entanto, a doutrina reconhece a reparação civil do dano moral em pecúnia como uma forma de compensar a dor sofrida, conforme lição de Cavalieri (2013, p. 109), que é citado pela maior parcela da doutrina:

Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

No entanto, o momento da liquidação do valor a título de dano moral é que se encontra a maior dificuldade. Diferente do dano patrimonial, não há um critério objetivo para aferir o valor da indenização. O artigo 944 do Código Civil de 2002 dita que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Sabe-se que no ordenamento jurídico vigente, não há tarifação das indenizações, o qual, segundo Gonçalves (2013) não se aplica em virtude da possibilidade de “conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter (...)” (p. 399).

Diante de legislação que especifique, o critério utilizado é o de arbitramento do juiz. Neste caso, é de suma importância que o juiz analise o caso concreto antes de fixar o *quantum* indenizatório, utilizando-se da razoabilidade:

Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios colhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI, 2013, p. 155).

Sobre o assunto, Venosa (2013, p. 49) ressalva que, no momento de estabelecer o *quantum*, deve-se considerar “que a indenização não pode ser de tal monta que acarrete a penúria ou pobreza do causador do dano, pois, certamente, outro problema social será criado. Os julgados devem buscar o justo equilíbrio no caso concreto”.

Assim, considerando a liberdade que o arbitramento possibilita ao juiz, é importante que se valha dos princípios gerais do direito, da situação econômica das partes envolvidas e, principalmente, de decisões em casos semelhantes, para que se possibilite o mínimo de divergência possível, compensando o dano sofrido pela vítima e punindo o agente que praticou a ofensa.

4.3 O Nascituro e o Dano Moral

Sob a ótica apresentada, correlacionando os direitos da personalidade analisados e os direitos resguardados ao nascituro, traz-se à baila a questão da tutela do nascituro e o posicionamento do ex-desembargador Arnaldo Rizzardo (2013, p. 251) se posiciona da seguinte maneira:

Primeiramente, examina-se o assunto sob o prisma da finalidade da reparação do dano moral, que é compensar uma dor, um padecimento, uma ausência, ou a perda de um valor que se apresenta como um bem da vida. Nessa visão, se o dano vier a tolher ou cercear um proveito, uma presença, um valor importante na vida do incapaz, naturalmente cabe o direito à reparação.

(...)

Inclusive isto ao nascituro, se um dos progenitores falecer por ato ilícito de outrem, pois ficará marcada indefinidamente a ausência, gerando insegurança e a sensação de falta. (...) Especialmente se, por causa de um acidente ou ato ilícito de outrem, resultar aleijão, deformidade, limitação da capacidade dos membros, perdurando indelevelmente essas marcas, o dano moral mais justifica (...).

Há uma evidente defesa da teoria concepcionista na argumentação do doutrinador citado, o que ocorrerá também em recentes decisões de tribunais brasileiros que serão analisadas adiante. No entanto, para arrematar o entendimento citado, Rizzardo (2013, p. 252) conclui que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, protegendo-se desde a concepção os direitos do nascituro (...) Por isso, em respeito aos direitos assiste reparação por dano moral”.

Considerando isto, embora ainda não haja um entendimento pacífico acerca do tema, alguns tribunais já vêm decidindo *avant-garde*, posicionando-se a favor da legitimidade do nascituro para pleitear indenização por danos morais.

O primeiro caso a ser analisado é o Recurso Especial nº 399.028/SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 26/02/2002.

No caso ora sob análise, a ação de indenização por danos morais foi ajuizada em decorrência da morte do pai dos autores, falecido em 1975 em virtude de atropelamento em uma via férrea, quando dois dos três filhos eram nascidos, porquanto o terceiro ainda ostentava a condição de nascituro.

O Tribunal da Alçada Cível de São Paulo negou provimento ao recurso dos autores sob o entendimento de que o lapso temporal de 25 anos para intentar a ação teria amenizado a dor da perda do pai. Tal decisão não foi mantida pelo STJ, que concedeu a indenização pleiteada, concluindo pela seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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

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

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

O julgamento da Corte foi realizado sob a orientação do Código Civil de 1916, posto que o Código Civil de 2002 só entrou em vigor em 11/01/2003. No entanto, chama a atenção que, em seu relatório, o Ministro Sálvio Teixeira ressaltou a condição do nascituro, apresentando a seguinte lição do Professor Yussef Cahali:

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é 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 gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado. (*Dano Moral*, RT, 2ª ed., n. 4.8.4, p. 162)

O segundo precedente a ser analisado é a Apelação Cível nº 70003566577, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 15/05/2002. Neste caso, o apelado era o nascituro, ora representado por seus pais, e o pleito consistia em danos morais e materiais decorrentes de erro médico.

Nos autos, demonstram-se condutas omissivas e negligência por parte do médico obstetra, ora apelante, no acompanhamento da gravidez e durante o nascimento da criança. E é neste momento, imediatamente após o parto, quando encaminhada ao pediatra, que a criança é diagnosticada com doença conhecida como a Síndrome de West, que lhe causou incapacidade mental. A decisão desta apelação originou a seguinte ementa:

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

O que se ressalta nesta situação é que o direito conferido ao autor da ação, representado por seus pais, decorre de dano que sofreu enquanto nascituro e, portanto, plenamente indenizável.

O terceiro caso foi julgado em 17/06/2008, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando no Recurso Especial nº 931.556/RS, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi. O pleito de danos materiais e morais realizado pelos autores, esposa e filhos, daquele que faleceu em razão de acidente de trabalho.

A lide foi encaminhada ao STJ, que ficou sob a responsabilidade de julgar (i) o marco inicial para cálculo da correção monetária e juros de mora nas indenizações por dano moral; (ii) a possibilidade de instruir a apelação com documentos; (iii) e se a indenização moral para o filho nascituro deveria ser fixada no mesmo patamar da indenização arbitrada para os filhos já nascidos.

Debateu-se, assim, mais uma vez, a possibilidade do nascituro – neste caso, no momento do julgamento, a criança ainda não havia nascido – ser reparado civilmente em virtude de danos morais. Isto porque a parte ré entendeu que, não sendo ainda nascido, o sofrimento daqueles já nascidos era maior do que daquele que ainda iria nascer.

A relatora, ao proferir seu voto, além de esclarecer que "o dano moral não é a dor; esta é a consequência irrecusável do dano naquele que o suporta", demonstra que, se aferível fosse, a dor daquele que cresce sem nunca ter conhecido o pai – situação do nascituro - seria ainda maior:

No mais, se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.

Diante de tais alegações, o acórdão proferido conheceu apenas parcialmente o recurso, mas manteve a indenização equitativa aos filhos, incluindo o nascituro, conforme ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

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

- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação

compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.

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

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

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

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

Por fim, traz-se à baila o julgado da Apelação Cível nº 12394-4/195, ocorrido em 25/09/2007, do Tribunal de Justiça de Goiás, relatado pelo Desembargador Rogério Arédio Ferreira. A ação proposta, cujo pedido era de indenização por danos morais em razão de abordagem indevida de policiais militares, que dispararam três tiros contra o carro em que transitavam os autores.

Dentre os autores desta ação, constata-se do acórdão que havia uma nascitura, a qual também fazia jus à indenização, embora os recorrentes alegassem em sentido contrário. O desembargador relator demonstrou a filiação à corrente concepcionista de maneira expressa sob o seguinte argumento:

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

O desembargador cita, ainda, diversos doutrinadores, a fim de ratificar seu posicionamento, discorrendo sobre o assunto de maneira incisiva, considerando as raras oportunidades em realizar esse tipo de embate. Assim, confere o direito à indenização por danos morais à nascitura, conforme ementa do julgado:

DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO. DUPLO APELO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM INDEVIDA DE POLICIAIS MILITARES. CARACTERIZAÇÃO DE DANO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CULPA EXCLUSIVA DAS VITIMAS. INOCORRÊNCIA. NASCITURO. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RAZOABILIDADE.

1 - DEVE SER EXCLUÍDA A INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM FAVOR DA MÃE MENOR QUE NÃO ENCONTRAVA-SE NO MOMENTO DA ABORDAGEM POLICIAL, FIGURANDO NOS AUTOS APENAS NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE LEGAL DE SUA FILHA.

2 - RESTANDO COMPROVADA A ATUACAO DOS AGENTES PUBLICOS - POLICIAIS MILITARES, O DANO MORAL EXPERIMENTADO PELOS AUTORES E O NEXO DE CAUSALIDADE, CARACTERIZADA ESTA A OBRIGACAO DO ESTADO EM RESSARCI-LOS, NAO HAVENDO QUE SE FALAR EM CULPA EXCLUSIVA DAS VITIMAS E NEM EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.

3 - CONFORME ENTENDIMENTO DA TEORIA CONCEPCIONISTA E BASEADO NO PACTO DE SAO JOSE DA COSTA RICA, O NASCITURO E CONSIDERADO PESSOA DESDE A CONCEPCAO, DEVENDO SER RESGUARDADA SUA VIDA, INTEGRIDADE FISICA E SAUDE, PODENDO SER INDENIZADO SE OCORRER ALGUM ATO ILICITO QUE LHE PREJUDIQUE OU COLOQUE EM RISCO SUA VIDA, NO PERIODO DA GESTACAO DE SUA MAE.

4 - NA INDENIZACAO POR DANO MORAL, ADVINDA DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL, A CORRECAO MONETARIA DEVE INCIDIR A PARTIR DO ATO JUDICIAL QUE FIXOU O MONTANTE DA CONDENACAO. 5 - OS HONORARIOS ADVOCATICIOS FORAM FIXADOS CONSOANTE APRECIACAO EQUITATIVA DO JUIZ, ATENDIDAS AS DISPOSICOES DO ART. 20 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL.

6 - DEVE-SE MANTER O QUANTUM A SER INDENIZADO QUANDO O JUIZ MONOCRATICO FIXA DO VALOR COM MODERACAO E RAZOABILIDADE. PRIMEIRA APELACAO CONHECIDA E IMPROVIDA. REMESSA E SEGUNDA APELACAO CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.

O posicionamento dos tribunais brasileiros à luz da teoria concepcionista demonstra o desapego ao preciosismo legal e utilizando o direito como instrumento da ciência humana que é, à disposição da sociedade para que seja feita justiça e resguardados os direitos, inclusive e principalmente, daqueles que ainda sequer nasceram.

5. CONCLUSÃO

O nascituro é o status jurídico do feto, daquele que ainda está para nascer, mas que já foi concebido. Questionou-se, assim, se com base no que dispõe o artigo 2º do Código Civil, o nascituro teria direitos, visto que ainda não é pessoa.

Dentre as teorias que demarcam o início da personalidade jurídica, a teoria natalista ainda é adotada por grande parte dos civilistas, ou seja, direitos e deveres só serão contraídos após o nascimento com vida. No entanto, o fato de resguardar desde a concepção os direitos do nascituro confere margem para adoção, também, da teoria concepcionista.

Embora ainda haja grande divergência quanto ao tema, é cediço que o nascituro tem direitos, conforme exemplos citados e que estão diretamente previstos, especialmente, no Código Civil de 2002. Além disso, claramente é

resguardado ao nascituro o direito à vida, o que, decorrentemente, confere direitos da personalidade. Neste ponto, a professora Silmara Chinelato e Almeida:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro "por este não ser pessoa". A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

O ferimento de quaisquer desses direitos geram a possibilidade de reparação civil em razão de dano moral. Posto isso, reconhecidos os direitos de personalidade do nascituro, tem ele a prerrogativa de pleitear danos morais. No entanto, a ausência de uma definição concreta e expressa quanto à sua personalidade jurídica, muitas vezes, obsta o reconhecimento de maneira eficaz, fazendo com que as ações precisem ser julgadas por instâncias superiores para que os direitos sejam reconhecidos.

Isto porque ainda há forte influência dos aspectos religiosos e políticos no Brasil, o que limita o alcance prático da matéria, conforme elucida Paulo Nader (2013, p. 162):

A definição por uma ou outra teoria possui alcance prático, conforme a doutrina registra relativamente a consequências decorrentes da adoção da teoria concepcionista. Como ficaria a Lei Penal em seus permissivos de aborto terapêutico e em caso de gravidez decorrente de estupro? Como não há uma ordem civil e uma outra penal, mas um todo unitário, haveria uma incoerência lógica no sistema se ao mesmo tempo reconhecesse personalidade jurídica no nascituro e admitisse o aborto em quaisquer de suas modalidades.

A definição quanto à personalidade jurídica do nascituro refletirá não só na seara cível, que, em parte, já reconhece a teoria concepcionista, conforme demonstrado nos julgados, mas em todo o ordenamento jurídico.

Resta claro, portanto, que na atual conjuntura, há premente necessidade em concretizar o reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro, possibilitando que haja uma uniformização nas decisões dos tribunais.

Neste sentido, deve-se coadunar a sabedoria jurídica expressa por Justiniano: *Hominum causa omne jus constitutum est* (Por causa do homem é que se constituiu todo o Direito), no Digesto Romano (1.5.2). O nascituro representa o homem em seu estado mais frágil, de maneira que seus direitos não devem ser apenas resguardados desde a concepção, mas efetivamente reconhecidos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Artigo: Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Scientia Juris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. Vol. 7/8, n. 1 (2003-2004). Londrina: Editora da UEL, 2004.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 399.028/SP**, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 931.556/RS**, Rel. Ministra Franciulli Netto, julgado em 26 de junho de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 472276/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrichi, julgado em 17 de junho de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Cível nº 12394-4/195**, Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira, julgada em 25 de setembro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 147.460.4/6-00**, Rel. Des. Testa Marchi, julgada em 4 de outubro de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 700.035.665-77**, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgada em 15 de maio de 2002.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008. Brasília.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11ª edição. Atlas, 2013.

COELHO, FABIO. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**, v. 5, 7ª edição. Saraiva, 2014.

CROCE, DELTON. **Manual de Medicina Legal**, 8ª edição. Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

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

FIÚZA, César. **Código Civil anotado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3 : responsabilidade civil. 12ª Edição. Saraiva, 2013.

LÔBO, PAULO. **Direito Civil: Contratos**, 2ª Edição. Saraiva, 2014.

MONTEIRO, WASHINGTON. **Curso de direito civil - v. 1 - parte geral**, 44ª Edição. Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 1 - Parte Geral**, 9ª edição. Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 4ª edição. Forense, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil**, 6ª edição. Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de Direito Civil - Vol. I**, 24ª edição. Forense, 2011.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 6ª edição. Forense, 2013.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito Civil - Direito das Sucessões**, Volume 7 - 26ª Edição - Coleção Direito Civil. Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 20ª Edição. Saraiva, 2003.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. v. 1; 1962, v. III.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 31ª edição. Forense, 2014. VitalBook file. Minha Biblioteca.

SILVA, REGINA. **Código Civil Comentado**, 9ª Edição. Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**, 8ª edição. Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, Vol. 2, 8ª edição. Método, 2013.

Venosa, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 14ª edição. Atlas, 2014.

Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 13ª edição. Atlas, 2013.

THE POSSIBILITY OF CIVIL REPAIR TO UNBORN BY REASON OF THE MORAL PREJUDICE

ABSTRACT

There are doctrinal and jurisprudential uncertainty about rights to unborn child by the current Civil Code. Initially, the start of legal personality will be analyze the most current and propagated which one would be applied, since, despite the statutory provision conferring legal personality only those who are born alive, protects the rights of the unborn from conception. Given this, one wonders whether, among the rights safeguarded the unborn, personality rights are also applicable. If so, one gets the possibility of compensation for moral damage and it is from this point that questions whether the unborn child can claim moral damages, considering its legal status, the doctrinal and jurisprudential position in specific cases.

Keywords: Unborn. Legal personality. Personality rights. Civil liability. Moral damages.