

TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Rodolfo Pamplona Filho*¹

*Ana Thereza Meirelles Araújo*²

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A pessoa humana como fundamento da ordem jurídica constitucional e o direito à vida. 3 A tutela jurídica do nascituro. 3.1 Conceito. 3.2 Natureza jurídica. 4 Direitos do nascituro. 5 Responsabilidade civil e dano. 5.1 Dano moral. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: Trabalho destinado à análise da identificação da disciplina jurídica do nascituro, sob o prisma da sistemática constitucional. Verificação das teorias sobre a existência da personalidade civil, bem como dos direitos salvaguardados por lei. Possibilidade de reparação de dano moral ao não nascido e aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Nascituro, personalidade, dano moral.

ABSTRACT: This article is dedicated to analyze the identification of unborn child's juridical discipline under constitutional optical system. Knowledge of extension and meaning of human being dignity principle, as State fundament, and the life rights, above anything. Verification of people personality existence, as well rights secured by the law. Moral damage fixing possibility to unborn child and application of the principles of civil responsibilities, linked to the currently protection.

Keywords: unborn child, right to life, personality, and moral damage

1 Introdução

A proposta do presente artigo é discorrer sobre a tutela jurídica do nascituro, com fundamento em uma visão constitucional da matéria.

¹ Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região).

² Bacharela em Direito pela UNIFACS - Universidade Salvador. Ex-Bolsista do PIBIC FAPESB 2005. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia/UFBA - Universidade Federal da Bahia. Segunda Colocada no III Prêmio “Rodolfo Pamplona Filho”, edição de 2006, na categoria “Pós-Graduação”.

De fato, a análise da referida proteção não pode prescindir da identificação dos fundamentos constitucionais que concorreram para a sua construção, uma vez que é a Constituição Federal o sol do universo normativo ao redor do qual devem orbitar todas as demais relações em um determinado ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, primeiramente, cumpre verificar a noção de pessoa humana dentro do sistema constitucional, para que, a partir daí, possa-se compreender a condição jurídica do não nascido. Para isso, faz-se necessário pormenorizar a sua tutela (compreendendo seu conceito e natureza), bem como enumerar as teorias sobre o início de sua personalidade, com análise da atual exegese do artigo 2º do Código Civil que põe a salvo seus direitos, de forma a identificar no ordenamento quais direitos salvaguardados são esses.

Por fim, serão tecidas considerações a respeito da reparabilidade do dano moral ao nascituro, tendo em vista as disposições constitucionais e a possibilidade de aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

2 A pessoa humana como fundamento da ordem jurídica constitucional e o direito à vida

É evidente que o conteúdo de um sistema constitucional não reflete apenas normas de conduta e normas de sanção. O seu conteúdo traduz normas programáticas que consagram, em sua estrutura, fundamentos e princípios, que, reunidos, evidenciam a essência do ordenamento, refletindo seu caráter predominantemente axiológico e seus objetivos programados.

Dessa forma, a obediência e a fidelidade à norma constitucional importa, no final de contas, tão somente o respeito a aquilo que ela representa: a consagração de um sistema de valores, princípios e direitos que são fundamentais à existência do homem. Os diplomas infraconstitucionais (ou microssistemas jurídicos) devem refutar situações que contraponham a Norma Maior, coadunando o seu conteúdo, o que não é excepcionado pela codificação civil, mesmo sendo ela um amplo conjunto de regras jurídicas voltadas à disciplina das relações privadas, que disciplina a vida humana desde antes de nascer até depois de seu falecimento.

As transformações no sistema clássico de direito privado podem ser notadas quando se verifica que o direito civil contemporâneo recepcionou o contorno valorativo e principiológico oriundo do sistema constitucional, afastando-se da tradicional tendência individualista-formalista, propícia das relações particulares, que até então o acompanhava e estigmatizava. Tal perspectiva afasta, cada vez mais, a dicotomia direito público e direito privado, tão cara à mentalidade jurídica de outrora.

Nesse novo panorama do Direito Civil Constitucional, restará reformulada a noção de pessoa humana até então estabelecida pelo sistema antecedente, de maneira a refletir a sua primazia e relevância, através da adequação das relações civis aos alicerces da Constituição. É dessa forma que a dignidade da pessoa humana (erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal), e, conseqüentemente, o respeito à sua vida, deverão guiar e fundamentar as relações regidas pelo direito civil.

Elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, como disposto no mencionado dispositivo constitucional, é assumi-la como “base da própria existência do Estado brasileiro

e, ao mesmo, fim permanente de todas as suas atividades”³, conferindo a ela posição de supremacia dentro do sistema jurídico, através de garantias e direitos fundamentais, positivados constitucionalmente e reproduzidos ao longo dos diversos diplomas infraconstitucionais. O *status* de princípio fundamental ocupado pela dignidade evidencia o reconhecimento do valor do homem e a estima pelo resguardo dos fatores capazes de assegurar-lhe uma vida digna e saudável.

O *caput* do artigo 5º do texto constitucional assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida⁴. No entanto, a Carta Magna não definiu a partir de que momento se daria essa proteção, atribuição que caberá à legislação ordinária. O inciso XXXVII do referido artigo, incluiu o aborto como espécie dos crimes dolosos contra a vida, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

São válidas considerações a respeito da origem, significado e extensão do direito à vida. A vida, assim como a integridade física e psíquica, consiste em atributo inerente à espécie do homem.⁵ Pertence ao campo do Direito Natural, por ser pressuposto dos demais direitos e razão fundamental de qualquer construção ou forma de organização humana, seja de natureza social, política ou jurídica.

Sob essa perspectiva, insta esclarecer que o atributo vida não está escalonado entre os direitos que, originalmente, foram criados e protegidos pelo sistema jurídico. A vida, enquanto pré-existente a qualquer direito, antecede esse próprio sistema e é pressuposto de qualquer tutela destinada à espécie humana.

José Afonso da Silva citado por Benedita Chaves preleciona:

Não se considera a vida apenas no seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica, mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, por ser algo dinâmico, que evolui incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo que se instaura com a concepção, transformando-se e progredindo para manter sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte e tudo que interfere, em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.⁶

No nosso entender, tal proteção também foi estendida ao nascituro, idéia coadunada pela tipificação do aborto.

Dessa forma, na medida em que um novo enfoque sobre a pessoa humana passa a ser transportado para o direito privado, os direitos da personalidade ganham um contorno mais constitucional, delineado pelo paradigma da dignidade como fundamento da ordem jurídica.

³ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: Uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...].

⁵ CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000, p.54.

⁶ SILVA, José Afonso da *apud* CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000, p.50.

3 A tutela jurídica do nascituro

Identificar a proteção adequada e devida ao nascituro pressupõe compreender a disciplina jurídica das *personas* adotada pelo sistema constitucional e pela codificação civil, enquanto sujeitos de direitos e obrigações.

O sistema clássico de direito privado criou, a partir do entendimento sobre sujeitos de direitos, três categorias centrais: pessoa natural; nascituro e prole eventual.

A análise da referida tutela, em face da legislação vigente, passa pela compreensão do conceito e natureza jurídica do nascituro, a fim de que possam ser identificados os direitos que lhe são salvaguardados.

3.1 Conceito

O significado etimológico da palavra nascituro é “o que está por nascer”. Portanto, ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.

No entanto, urge incessantes divergências na construção do conceito sobre aquele que está por nascer, decorrentes de interpretações diversas acerca das fases de desenvolvimento embrionário, tendo em vista a significativa dificuldade para identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Majoritariamente, o que se tem verificado é que o nascituro surge com o fenômeno da nidação, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou *in vitro*) do zigoto nas paredes do útero.

3.2 Natureza jurídica

A categorização criada pela doutrina clássica do direito privado aponta a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeitos de direitos dentro do sistema jurídico. Tal classificação não acompanha a nova realidade trazida pela prática das fertilizações artificiais, responsáveis pela situação dos embriões concebidos *in vitro*, não implantados no útero materno, por motivos diversos, e congelados por serem excedentes.

Pessoa natural é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações. Inevitavelmente, para a Lei, foi necessário fixar um termo a partir do qual pudesse restar caracterizada a existência da pessoa, o momento em que se verifica a ocorrência dos pressupostos fáticos capazes de evidenciá-la como tal. Assim dispôs a codificação civil, em seu artigo 2º, quando determinou que a personalidade civil da pessoa começa com seu nascimento com vida. Assim, a íntima relação entre deter personalidade jurídica e ser sujeito de direitos e obrigações:

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e

negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações⁷.

Dessa forma, a junção dos pressupostos – nascimento e vida – implica na constatação da existência da personalidade jurídica, de maneira que, ainda que uma criança nasça com vida e depois venha a falecer, terá a adquirido. O nascimento é a separação daquele que está por nascer do ventre de sua mãe e a ocorrência do elemento vida está condicionada à verificação do fenômeno fisiológico da respiração, que, sinteticamente, é a entrada de ar nos pulmões.

Quanto à prole eventual, o Código Civil admite que os filhos ainda não concebidos (portanto, não existentes à época da sucessão) possam suceder por testamento, conforme dispõe o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil brasileiro de 2002⁸.

Para explicar, porém, a natureza jurídica do nascituro, a doutrina se divide em três entendimentos: teoria concepcionista; teoria da personalidade condicional e teoria natalista.

A princípio, importa salientar que a discussão acerca da condição jurídica do não nascido também pressupõe identificar o momento em que o ordenamento determina como o início da existência da pessoa, titular de direitos e obrigações. A exegese do artigo 2º do Código Civil condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida, mas adverte que os direitos do não nascido serão salvaguardados pela lei. Assim, surgem questionamentos quanto ao reconhecimento do nascituro como pessoa, uma vez que a lei não o reconhece, mas, garante a observância de direitos que são genericamente inerentes a essa condição, configurando um sistema de proteção conferido aos entes dotados de personalidade civil.

Para a linha concepcionista, influenciada pelo direito francês, o nascituro tem personalidade jurídica, ou seja, o feto, desde a sua concepção, pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural. Dessa forma, a nidação (momento de instalação do embrião nas paredes do útero configurando a possibilidade de vida viável) seria o termo inicial de existência do nascituro, protegido desde então como pessoa, titular de direitos personalíssimos, e mesmo, patrimoniais. Para a teoria, não se deve discutir a titularidade dos direitos patrimoniais do não nascido, mas, tão somente os efeitos desses direitos, que evidentemente dependeriam do seu nascimento com vida.

Silmara Chinelato e Almeida entende que:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais,

⁷ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p.88-89.

⁸ Uma reflexão interessante sobre o referido dispositivo é se os embriões mantidos em laboratórios, oriundos de reproduções artificiais e excedentes ao processo, se encontrariam amparados pela previsão. Isso porque já são entes concebidos (embora não implantados), afastando-se, no rigor técnico, tanto da categoria de prole eventual (que conforme a lei, se destina a seres ainda não concebidos, ainda não existentes), quanto da modalidade de nascituros, embora nada impeça uma interpretação analógica.

como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.⁹

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. É o caso do aborto, crime contra o não nascido que está disciplinado no Código Penal dentre os crimes do título “Crimes contra a pessoa”. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele.

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

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver¹⁰.

Sob esse liame, durante a gestação, o nascituro é tutelado pela lei (o curador ou seu representante legal será responsável pelo zelo de seus direitos), que lhe garante direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos à condição suspensiva – nascimento com vida.

Dentre as teorias, a natalista é a que reflete a interpretação extraída da exegese do artigo 2º do Código Civil. Só existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Assim, o não nascido não tem personalidade, mas, tão somente, expectativa de direito. Nascer com vida, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial. Assim, observa Caio Mário da Silva Pereira:

⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato e Almeida. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

¹⁰ WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito¹¹.

Adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, seria razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito.

Mas a questão, como visto, não é simples.

Embora o nascituro não seja pessoa, ninguém discute que tenha direito à vida, e não mera expectativa. Silmara Chinelato e Almeida, respeitável defensora da tese concepcionista, preleciona que

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 desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.¹²

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 a exceções legais).

4 Direitos do nascituro

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção deste nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir estes direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos¹³.

A situação se torna ainda mais complexa se levarmos em consideração a polêmica sobre a eventual descriminalização do aborto – atualmente tipificado nos arts.124/127 do vigente Código Penal brasileiro – ou mesmo o já autorizado aborto necessário ou no caso de gravidez resultante de estupro (art.128), em que o direito à vida é relativizado em função da tutela de outros valores jurídicos.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil- Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.79.

¹² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.160.

¹³ A doutrina trabalhista é pródiga em exemplos de atos obstativos que podem ser objeto de sanção judicial, como, por exemplo, a despedida obstativa da aquisição de estabilidade decenal (art.499, § 3, Consolidação das Leis do Trabalho) ou, no caso da empregada doméstica, que não tem direito à estabilidade gestante, a despedida obstativa do gozo da licença-maternidade. Sobre a matéria, confira-se o verbete “Despedida Obstativa” in RODRIGUES PINTO, José Augusto, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. São Paulo, LTr, 2000, p.186-188.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Novo Código Civil, *o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.*

Isso porque se é certo que os direitos assegurados ao nascituro configuram um sistema de proteção com a natureza de direitos da personalidade, conferir tutela jurídica ao nascituro, resguardando seus direitos como fez a lei, independe da concessão necessária dessa personalidade. Nos termos do Código Civil em vigor, mesmo não sendo considerado pessoa, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional, ou mediante uma expectativa de direito, segundo a natalista.

Assegurar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos. Dessa maneira, posicionou-se o ordenamento jurídico, ao proibir qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro, criminalizando o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que ele se encontra e também resguardando o respeito a sua integridade física e moral.

Ademais, diversos outros direitos podem ser identificados no sistema jurídico. Como as relações de parentesco se estabelecem no momento da concepção, o nascituro pode ser reconhecido antes de seu nascimento (artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil e artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, também o direito do pai, ou da mãe, poder pleitear em nome do nascituro, o reconhecimento de sua paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.

Da leitura do artigo 1.621 do Código Civil e do 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se inferir o direito de adoção do nascituro. Assim, uma vez feita a adoção, necessária será a garantia de um desenvolvimento gestacional sadio, assegurado pela concessão de alimentos até o nascimento com vida.

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 (artigo 1779 do Código Civil e artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil) até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado tutor (artigo 1.728 do Código Civil). Se não houver perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados pelos seus representantes legais – seus pais.

Pode também receber doações (artigo 542 do Código Civil) e seus representantes legais podem entrar na posse dos bens doados.

Pode ser contemplado em testamento (artigo 1.798 e 1.799 do Código Civil), pois, já concebidos conforme exigência da lei. Assim, o nascimento com vida é condição do direito à herança do nascituro. Em caso de natimorto, não há que se falar em direito sucessório por inexistência do implemento da condição.

Por fim, com fulcro no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (direito à assistência pré-natal), os adeptos à teoria concepcionista, defendem o direito do nascituro a alimentos, controvérsia que ainda não foi objeto de legislação, mas que é pautada na necessária proteção do desenvolvimento gestacional.

Nesse sentido, pode-se resumir tais afirmações com a apresentação do seguinte quadro esquemático:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.)¹⁴;
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses (arts. 877 e 878, CPC);
- e) o Código Penal tipifica o crime de aborto;

Defendemos ainda o entendimento no sentido de que o nascituro tem direito a *alimentos*, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do **nascituro**, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007).

EMENTA: AGRAVO INTERNO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Incontroversa a união estável e a paternidade do filho que a alimentanda espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do **nascituro**, mormente considerando que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que está na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/11/2006).

Da mesma forma, qualquer violação a direitos da personalidade do nascituro pode ser objeto de reparação judicial, com base na teoria da responsabilidade civil, o que já encontra guarida em diversos julgados nacionais.

5 Responsabilidade civil e dano

¹⁴ O art. 7. do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o **nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O dever jurídico de indenizar, extraído dos princípios da responsabilidade civil, pressupõe a existência do dano. De sorte que não há responsabilidade sem dano, ainda que não haja a culpa. O dano pode ser compreendido como a expressão da lesão a algum bem tutelado juridicamente, seja ele de cunho patrimonial ou material (quando implica em diminuição do patrimônio do lesado) ou de cunho moral.

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. [...] a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde sua clientela –, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.¹⁵

Assim, realça-se a importância de salientar que o dever de indenização em virtude de dano material não pressupõe necessariamente lesão à esfera pecuniária do indivíduo, podendo ser originado da lesão aos direitos da personalidade, que implicaram na diminuição de seu patrimônio.

O dano pode consistir em diminuição presente e atual, mas também em impedimento do crescimento futuro. Por isso, o dano patrimonial pode ser dividido em dois grupos: dano emergente e lucro cessante. O dano emergente é o desfalque imediato do patrimônio lesado, é aferido através da avaliação do valor econômico integral do bem destruído. O lucro cessante é a perda de ganhos futuros, daquilo que era esperado e não se configurará por conta da ocorrência do dano, é aferível mediante o arbítrio do magistrado sob da égide da razoabilidade e do bom senso.

5.1 Dano moral

O conceito de dano moral mantém íntima ligação com a esfera pessoal da vítima e com os valores fundamentais e essenciais da vida humana. É a violação a um direito da personalidade, como a honra, a liberdade, a integridade física e psicológica, a reputação, a dor, a paz, a alegria, a imagem, o decoro, a intimidade, o desconforto, o vexame (muitas vezes, sentimentos ligados a bens que possuem proteção constitucional).

E é justamente no plano constitucional que esses direitos ganham resguardo, por meio de normas que tutelam os valores humanos e de programas e objetivos também em consonância com esses valores. Portanto, o dano moral é oriundo da lesão a um bem que não possui cunho patrimonial e que não pode ser aferido economicamente. A indenização, nesses casos, tem natureza compensatória e abrange tanto a violação dos diversos direitos da personalidade como os danos estéticos (lesões corporais ou erros de profissionais da medicina).

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, tutela primordialmente os direitos da personalidade, já que o

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.90.

princípio fundamental da dignidade é a consubstanciação desses direitos e o reconhecimento dos valores humanos. A compreensão do conceito de dignidade humana passa pela identificação dos direitos personalíssimos e dos valores prezados pela sociedade. “Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”¹⁶.

Salienta-se que a reparabilidade do dano moral, presente no ordenamento constitucional, deve ser pautada pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. A aferição do *quantum* indenizável não pode prescindir do bom senso e da prudência que devem guiar a decisão pelo juiz da causa.

Retornando ao corte epistemológico deste artigo, registra-se que, de fato, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial é a possibilidade de indenização por danos morais causados a aquele que está por nascer. Para a análise dessa possibilidade, é inevitável a identificação da natureza jurídica do nascituro, ou seja, a adoção de uma das teorias sobre o início de sua personalidade, com o objetivo de identificar a sua condição dentro do ordenamento, atribuindo-lhe *status* de pessoa ou não.

A adoção da teoria natalista implicaria, a priori, na impossibilidade do nascituro receber qualquer indenização em virtude de dano moral que venha a ter sofrido, já que não é considerado sujeito de direitos, portanto também não é considerado pessoa. A vedação seria apenas quanto ao pleito de indenização por conta própria, ou seja, não se pode pleitear uma indenização por danos causados a uma pessoa, como no caso ocorreria se se tratasse de filho menor nascido. Assim, em havendo dano a aquele que está por nascer, haveria a possibilidade de indenização à família, não por conta de dano a uma pessoa, já que para a teoria, o nascituro não é tido como tal.

Para a teoria da personalidade condicional, a possibilidade de reparação do dano moral estaria condicionada à existência da personalidade, ou seja, ao implemento da condição. Se houver o nascimento com vida, os danos sofridos pelo nascituro poderão ser indenizados. Em caso de natimorto, não haveria possibilidade de indenização por danos causados a uma pessoa, pois a condição não se implementou. Como na teoria natalista, em caso de dano ao nascituro, haveria possibilidade de reparação a ser pleiteada pelos ascendentes, mas não com o fulcro em dano causado a pessoa (caso do filho já nascido), pois, para a referida teoria, o nascituro só adquire o *status* de pessoa quando nasce com vida.

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

A polêmica em torno do início da personalidade humana ganha maiores contornos, quando se verifica que conferir possibilidade de reparação ao dano moral causado ao nascituro é direito corolário ao sistema de proteção já consubstanciado pelo ordenamento jurídico, independente da existência de sua personalidade. Ou seja, assegurar o direito à reparação de dano ao não nascido é corroborar a proteção dos direitos da personalidade que já

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.95.

lhes são assegurados de uma maneira geral, como por exemplo, o respeito à sua vida e à sua integridade física. A reparação seria mais um meio de coibir práticas que atentem contra direitos já constitucionalizados.

Nesse sentido:

EMENTA: ACIDENTE DE TRANSITO. INDENIZACAO POR DANO MORAL. INDIVIDUOSOS SOFRIMENTOS, ANGUSTIA E TENSAO, POR LONGOS OITO MESES, DIANTE GRAVIDEZ COM POSSIVEL PREJUIZO DA VIDA E/OU DA INTEGRIDADE FISICA DO NASCITURO, HA DANO MORAL INDENIZAVEL. (Apelação Cível Nº 194026779, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 17/11/1994.

EMENTA: SEGURO-OBIGATORIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO A PERCEPCAO DA INDENIZACAO. O **NASCITURO** GOZA DE PERSONALIDADE JURIDICA DESDE A CONCEPCAO.O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS A CAPACIDADE DE EXERCICIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS. APELACAO A QUE SE DA PROVIMENTO. (5 FLS.) (Apelação Cível Nº 70002027910, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 28/03/2001).

Nessa mesma linha, consegue-se perceber que a atribuição de personalidade ao nascituro é a evolução normal de um caminho que já vem sendo traçado quando a lei resolve por a salvo seus direitos e penaliza aquele que atente contra a sua vida.

É certo que a adoção da teoria da concepção conferindo personalidade jurídica ao nascituro, implicaria na identificação de questionamentos quanto ao exercício de direitos patrimoniais, uma vez que estes fatalmente não poderão ser exercidos pelo não nascido. Conforme dispõe parte da doutrina concepcionista, a discussão em torno desses direitos deve cingir-se aos efeitos e não a questões sobre titularidade, pois, o nascimento com vida é, indubitavelmente, condição para que se opere em plenitude relações na seara patrimonial.

6 Considerações finais

Não se pode refutar a necessidade de proteção da vida do nascituro, tendo em vista a sua representação enquanto um dos estados de existência da vida humana. Não se pode encontrar legitimidade em qualquer intervenção do homem que culmine na interrupção da vida que, dentro do ventre feminino, já se apresenta como viável, e caminha, naturalmente, para o esperado, que é fenômeno do nascimento.

A guisa de arremate, registra-se que o reconhecimento da possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do nascituro acaba por superar qualquer indicação em relação à teoria adotada para sua explicação, uma vez que isso implica na necessidade da tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento básico do sistema constitucional brasileiro¹⁷.

¹⁷ "(Migalhas 1.569 - 08/01/2007) Como autora do livro Tutela civil do nascituro (Saraiva, 2000), termo jurídico para o feto, informo que há várias decisões tanto do Tribunal de Justiça de SP, como de outros Estados, que

Somente assim, pode-se afirmar que a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana possa deixar de ser a caixa de pandora ou a panacéia para todos os males, para se tornar a efetiva afirmação da máxima efetividade dos direitos constitucionais.

Referências

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: Uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III – Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. v. IV (“Contratos”), Tomo 2 (“Contratos em Espécie”). São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES PINTO, José Augusto, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2000.

reconheceram direitos diversos ao feto, aceitando-o como autor de ações de alimentos, investigação de paternidade, responsabilidade civil, direitos da personalidade. Os diversos países estendem cada vez mais direitos ao nascituro, todos os compatíveis com sua condição de pessoa já concebida mas ainda não nascida. Esta é uma tendência internacional e o Brasil, há várias décadas, caminha lentamente nesse sentido. Além do mais, assinou o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que dão proteção a ela desde a concepção. A decisão do TJ/SP não 'burla' nenhum entendimento jurídico. Antes, avaliza a proteção da vida que advém da Constituição Federal, do Código Civil, de Tratados e Convenções internacionais. Entre os temas jurídicos atuais relativos à pessoa humana, avultam o Estatuto do Nascituro ou Estatuto do Embrião que alcança a proteção jurídica tanto do concebido e já implantado no útero materno, como o embrião pré-implantatário, quando ainda in vitro ou crioconservado. Cumprimento a Defensoria Pública paulista pela defesa do direito do nascituro à adequada assistência pré-natal, um dos pontos principais de sua tutela jurídica." **Silmara Juny Chinelato** - professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (doutora e livre-docente), especialista em direitos do feto e do embrião pré-implantatário.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil** Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.