



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

DIOGO MOTTA IGREJAS LUZ

POSSIBILIDADE DE DANO MORAL AO NASCITURO

BRASÍLIA

2012

DIOGO MOTTA IGREJAS LUZ

POSSIBILIDADE DE DANO MORAL AO NASCITURO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Einstein Lincoln Borges Taquary

BRASÍLIA

2012

DIOGO MOTTA IGREJAS LUZ

Possibilidade de dano moral ao nascituro

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília
Orientador: Einstein Lincoln Borges Taquary.

Brasília/DF, de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

Com a expressa previsão constitucional e legal do dano moral, surgem outras questões relevantes para o Direito, entre elas a possibilidade da legitimação do nascituro a pleitear dano moral em seu nome. A aquisição de personalidade jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, aplicada no Código anterior de 1916, com a ressalva de resguardados os direitos do nascituro” gera diferentes interpretações sobre quais são esses direitos mencionados e como devem ser tutelados devido a uma aparente contradição interna dentro do artigo 2º do Código. O presente texto traz a análise das teorias sobre aquisição de personalidade jurídica e suas consequências com o intuito de avaliar qual é a mais adequada perante o Direito Brasileiro atual e se seria possível o dano moral ao nascituro, e se sim, em que casos. Além da personalidade jurídica se verifica o tratamento do nascituro perante o Direito Estrangeiro e a vida humana do ponto de vista jurídico levando em conta a evolução médica e tecnológica assombrosa se leva cada vez mais a poder se acompanhar cada vez mais de perto a vida uterina, causando um vínculo cada vez maior e precoce do filho que vai nascer com o mundo exterior, tornando cada vez mais a teoria natalista adotada pelo Código Civil de 2002 cada vez mais obsoleta na visão de certos doutrinadores.

Palavras-chave: Nascituro. Dano moral. Personalidade jurídica. Direito Civil

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1 Nascituro e outros institutos relevantes	8
1.1 Conceito e noções básicas	8
1.2 Aspectos Históricos	9
1.2.1 <i>Grécia Antiga</i>	9
1.2.2 <i>Direito Romano</i>	10
1.3 Personalidade Jurídica	10
1.3.1 <i>Aquisição de Personalidade Jurídica</i>	11
1.4 Capacidade jurídica	14
1.4.1 <i>Incapacidade</i>	14
1.5 A vida humana e o Direito	15
1.6 Os direitos de personalidade	17
1.7 O Nascituro Perante o Direito Estrangeiro	18
1.7.1 <i>Países que adotam a teoria natalista</i>	18
1.7.2 <i>Países que adotam a teoria condicionada</i>	19
1.7.3 <i>Países que adotam a teoria concepcionista</i>	20
1.7.4 <i>Comparação de tratamentos dado ao nascituro</i>	21
2 Responsabilidade Civil	22
2.1 Conceito e noções básicas	22
2.2 Fato ilícito e obrigação de indenizar	23
2.3 Responsabilidade Subjetiva	23
2.3.1 <i>Conduta</i>	24
2.3.1.1 <i>Imprudência, negligência e imperícia</i>	25
2.3.1.2 <i>Culpa Concorrente</i>	25
2.3.2 <i>Nexo de causalidade</i>	26
2.3.2.1 <i>Teoria da Equivalência dos Antecedentes</i>	26
2.3.2.2 <i>Teoria da causalidade adequada</i>	26
2.3.3 <i>Dano</i>	27
2.3.3.1 <i>Dano material</i>	27
2.3.3.2 <i>Dano Moral</i>	28
2.3.3.2.1 <i>Caráter punitivo do dano moral</i>	29
2.3.3.2.2 <i>Liquidação do dano moral</i>	30
2.3.3.2.3 <i>A prova do dano moral</i>	31
2.3.3.2.4 <i>O dano moral e o nascituro</i>	32
2.4 Responsabilidade Objetiva	33
2.4.1 <i>Teoria do risco</i>	33
2.4.2 <i>O dano moral na responsabilidade objetiva</i>	33
2.5 A irresponsabilidade civil	34
3 Estatuto do Nascituro e análise de caso	35
3.1 Projeto de Lei nº 478/2007, o “Estatuto do Nascituro”	35
3.2 Análise de caso hipotético	39
3.3 Análise de caso concreto	40
Conclusão	42
Referências	44
Anexo A	45

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso é produção obrigatória para a finalização do curso de Direito no UniCEUB. Com o título “Possibilidade de dano moral ao nascituro”, o principal objetivo é analisar a possibilidade do nascituro pleitear, em nome próprio, indenização por danos morais. Para desenvolver a pesquisa, procurou-se definir um tema sem uma visão seja doutrinária, seja jurisprudencial pacificada. Ao lidar com um tema de ocorrência mais rara, incomum na sociedade nos deparamos com o fato de não termos chegado a uma conclusão majoritária sobre o assunto.

Busca-se neste trabalho, por meio de uma pesquisa bibliográfica, o confronto entre os dados obtidos das correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, verificação das informações sobre a situação atual da celeuma, conhecer publicações existentes sobre o tema e os aspectos que já foram abordados e analisar as opiniões divergentes a respeito do tema ou de aspectos relacionados ao tema ou ao problema de pesquisa.

Em suma, pretende-se entender qual dos diversos entendimentos sobre o assunto se aplica de forma mais ética e justa se baseando no princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o nascituro. Sendo assim, divide-se o trabalho em três partes.

A primeira é o Capítulo 1 com o título de “Nascituro e outros institutos relevantes” onde se conceitua nascituro, personalidade jurídica, capacidade, o tratamento do nascituro pela história e em outros países e os direitos de personalidade. Seguindo os pensamentos, em sua maioria de William Artur Pussi, Silmara Chinelato e Almeida quanto aos assuntos relacionados ao nascituro e a Carlos Alberto Bittar no que tange os direitos de personalidade.

A segunda parte trata de responsabilidade civil, compreendido no Capítulo 2, em que aborda-se temas como o que gera responsabilidade civil, o dano moral e sua prova, liquidação, o que liga o agente ao dano, nexos de causalidade, utilizando obras de Rui Stoco e Sergio Cavalieri Filho.

Já a terceira parte configura-se com a análise dos conceitos apresentados nos dois primeiros capítulos para se chegar a conclusão se é possível

ou não a reivindicação de indenização ao dano moral ao nascituro, tendo como base o Projeto de Lei 487/2007 “Estatuto do nascituro” e os conceitos e entendimentos apresentados nas duas primeiras partes do texto para se chegar a conclusão da possibilidade de dano moral ao nascituro.

1 Nascituro e outros institutos relevantes

O nascituro e seu tratamento não são temas de fácil compreensão e para o completo entendimento do tema deve-se entender alguns institutos básicos como o conceito de nascituro, personalidade jurídica, o tratamento da vida humana sob a visão do Direito e etc.

1.1 Conceito e noções básicas

Os direitos referentes ao nascituro são extremamente delicados já que seus direitos não são bem definidos devido a uma contradição interna do artigo 2º do Código Civil. O mencionado artigo versa que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Devemos conceituar nascituro, que nas palavras de R. Limongi França, citado por Silmara Chinelato e Almeida “pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno” (ALMEIDA, 1966, p.7).

Não se deve confundir, porém, o conceito de nascituro com o de concepturo que para Pedro Pais de Vasconcelos “nada são”. Já Cristiano Chaves de Farias define concepturo como sinônimo de prole eventual que nas palavras de Cristiano Chaves de Farias o concepturo consiste : ” aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento”.(FARIAS, 2005, p. 194). A diferença entre os dois está presente na questão sucessória, o nascituro possui capacidade de participar da sucessão testamentária e da sucessão legítima , já o concepturo só possuirá capacidade testamentária.

Como afirma Maria Helena Diniz: “A vida humana é amparada juridicamente desde o momento desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide”(DINIZ, 2007, p. 21). Com base nessa afirmação da autora, pode-se afirmar que o nascituro possui humanidade e, como toda vida humana, se torna protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e

protegido por todos seus efeitos tendo inclusive proteções aos seus direitos como o direito à vida ou o de nascer, protegidos civil e penalmente.

A questão explicitada acima remete a uma freqüente reflexão nesse texto, toda vida humana é protegida e abrangida pelo princípio previamente mencionado, logo, possuidor dos direitos que decorrem desse. Porém, a legislação brasileira só lhe concederia personalidade jurídica, que será discutida posteriormente, a partir do nascimento com vida. Fica claro que se cria uma situação no mínimo delicada, já que não possui personalidade jurídica mas tem seus direitos resguardados, criando a já explicitada contradição quanto à condição do nascituro.

1.2 Aspectos Históricos

1.2.1 Grécia Antiga

As referencias históricas ao nascituro datam da antiguidade, inclusive em passagens bíblicas, mas é na Grécia Antiga que se começa a perceber sobre a tutela, ou não, direitos do que hoje chamamos de nascituro.

Assim como hoje, a questão do nascituro gerava discussões, em sua obra William Artur Pussi demonstra que Hipócrates, Licurgo e Sólon “castigavam o aborto, com pena pecuniária de reparação de danos causados à família.” (PUSSI,2005, p. 59). Tebas e Mileto seguiam o mesmo entendimento, sendo que a última previa até a pena de morte nos crimes abortivos. Evidencia-se assim, a tutela ao nascituro, não necessariamente se falando de personalidade jurídica, a ser tratado mais a frente, mas já se preocupando com o nascituro e a devida proteção de seus direitos e de sua família.

Por outro lado, Atenas não possuía nenhuma lei que recriminava o aborto até a época de Lysias, ou seja, passou grande tempo sem leis que regulavam, recriminavam ou tratavam sobre o aborto. Grandes filósofos defendiam o aborto por questões demográficas preocupados com a fome, como Platão e

Aristóteles. Platão chegava até a defender o aborto eugênico, com intuito de excluir os considerados fracos com o intuito de criar uma população superior.

1.2.2 Direito Romano

O Direito romano tratava vastamente dos direitos que envolvem o nascituro, ainda que com visões contraditórias. Enquanto algumas disposições equiparam o nascituro a criança já nascida, outras já afirmavam que o nascituro não era considerado um ser autônomo e sim, parte das vísceras da mãe.

Naturalmente, existiam direitos concedidos ao nascituro como o direito a alimentos, com o intuito que venha a nascer com vida, legitimidade sucessória e como se percebe nas disposições de Paulo, D,1, 5, 7 “Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos sempre que trate de seus interesses”. Tal disposição dá a idéia de proteção aos direitos do nascituro desde sua concepção.

Nem todos juristas da época entendiam dessa maneira, e adotavam a teoria da viabilidade. Além de ser considerado parte do corpo da mãe, não sendo detentor de direitos, não bastava apenas nascer com vida para adquirir-los, deveria nascer vivo e com viabilidade de se manter vivo fora do ventre materno.

Seguindo o entendimento de Limongi França de que atribuir direitos é atribuir personalidade jurídica desde sua concepção, assunto a ser tratado no tópico a seguir, prevalece no Direito romano apesar da divergência de grandes juristas.

1.3 Personalidade Jurídica

Para entender corretamente o artigo mencionado devemos primeiro conceituar personalidade jurídica. Na doutrina de Clóvis Beviláqua, personalidade jurídica é “o conjunto de direitos atuais ou meramente possíveis, das faculdades jurídicas atribuídas a um ser, constitui a personalidade”(BEVILÁQUA,1976, p.70).

Em outras palavras, personalidade jurídica é a possibilidade de ser titular de direitos e de contrair obrigações. Maria Helena Diniz (1997, p.98) distingue a personalidade jurídica formal da material ao afirmar que:

Personalidade jurídica formal. Direito Civil. É a concedida ao nascituro, na vida intra-uterina, e ao embrião, na vida extra-uterina, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção.

Personalidade jurídica material. Direito Civil. É aquela que se obtém com o nascimento com vida, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial.

1.3.1 Aquisição de Personalidade Jurídica

Com esses conceitos bem estabelecidos, é possível adentrar no assunto se o nascituro pode ser indenizado de forma civil por danos morais. A polêmica entra quando se estuda as formas de aquisição de personalidade jurídica. No Direito Brasileiro, três correntes ganham força ao versar sobre esse tema: a teoria natalista, da personalidade condicionada e a concepcionista.

A teoria natalista defende que a personalidade jurídica do nascituro começa com o nascimento com vida. Defendida por vários doutrinadores, entre eles Sílvio Rodrigues, João Luiz Alves. Na doutrina de Pontes de Miranda, citado por Willian Artur Pussi, fica claro sua posição quanto a esse assunto quando afirma "O direito não pode ser sem sujeitos; a capacidade de direito começa com o nascimento, portanto o nasciturus não pode ter direitos. Expectativas de direitos podem existir, e são elas que se resguardam."(PUSSI, 2008, p. 82).

Já a teoria da personalidade condicionada reconhece a personalidade desde sua concepção, subordinada e vinculada à condição do nascimento com vida. Teoria defendida por Clóvis Beviláqua no art. 3º do Projeto de Código Civil de 1902. Sendo assim, os direitos do nascituro estão vinculados a uma condição suspensiva, o nascimento com vida.

A teoria concepcionista é a teoria que considera a personalidade jurídica desde a concepção sem qualquer condição com o nascimento com vida ou qualquer outro evento. Posição claramente adotada por Silmara Almeida ao afirmar

“Também não dependem do nascimento com vida a curatela e a representação, que, justamente com o direito a alimentos, já eram reconhecidas ao nascituro desde a concepção”(ALMEIDA, 2000, p.165).

Após a análise das teorias sobre aquisição da personalidade jurídica, voltemos a questão da personalidade jurídica material ou formal. Para Ana Cecília Rosário Ribeiro tal diferenciação não se faz adequada e que o ideal seria uma forma de personalidade que se valha da mesma maneira para o nascido e o nascituro. “Melhor seria a adoção de um único conceito de personalidade jurídica que se manifestasse a todos aqueles que se apresentam enquanto pessoas e , como tal, fosse aplicado a partir do momento da concepção, sendo atribuídos aos seus titulares os direitos e obrigações compatíveis com as fases do desenvolvimento humano nas quais se apresentam“ (RIBEIRO, 2011, p.62).

Para avaliar se o nascituro tem ou não direito ao dano moral, ficamos claramente dependente de que teoria adotarmos. Nesse caso, se mostra correta a doutrina de William Artur Pussi e Silmara Chinelato e Almeida que adotam a teoria concepcionista. A obra da professora Silmara por mais que se baseie no artigo 4 do Código Civil de 1916, esse é correspondente ao artigo 2 do atual Código Civil e portanto não perde sua validade. Esses dois autores se prendem a forma final do artigo 2 que afirma que os direitos do nascituro são resguardados desde sua concepção.

Sérgio Abdalla Semião entende que os direitos mencionados em tal artigo se referem a direitos expressamente previstos pelo legislador, como mostra em seu livro “Como efeito, é de se ver que a segunda parte do art. 4 do Código Civil constitui-se da expressão “os direitos do nascituro”, com a marcante presença do artigo definido plural os, como a indicar quer se trata de direitos definidos pela lei e previstos taxativamente.”(SEMIÃO, 1998, p.68).

Os defensores da teoria concepcionistas como William Artur Pussi, Silmara Chinelato e Ribeiro e Ana Cecília Ribeiro defendem que os direitos do nascituro devem ser tutelados como o de uma pessoa plena, que tem sua personalidade jurídica reconhecida por completo. Nos ensinamentos do Diogo Leite de Campos: “Qualquer norma que se refira à personalidade jurídica não é consitutiva: não é mais do que o reconhecimento de um direito.”(ALMEIDA, 2011, p.35)

Depois de versar sobre as teorias, se verifica que de acordo com as duas primeiras teorias, natalista e personalidade condicionada, impedem que o nascituro seja titular de indenização por danos morais no caso de morte do nascituro, já que não possui titularidade de direito e não possui previsão na legislação brasileira que tutele tal direito específico. Enquanto a terceira teoria, concepcionista, permite sem maiores polêmicas tal possibilidade. Um dos argumentos que pesam a favor da teoria concepcionista é o usado por Silmara Almeida ao afirmar que ao adotar alguma teoria senão a concepcionista “melhor seria matar o futuro titular do direito do que somente lhe ofender a integridade física, pois o nascituro, depois de nascido, poderia pleitear indenização, por danos pré-natais!” (ALMEIDA, 2000, p.305).

Tal questão levantada pela autora mostra que as teorias natalistas e concepcionistas abrem espaço para situações que vão de encontro com o princípio da primazia do direito a vida. Nenhum direito se mostra mais importante no Direito Brasileiro que o direito a vida, e como o principal direito a ser protegido, não se pode adotar uma teoria sobre aquisição de personalidade que permita que a morte seja tratada com menos gravidade que uma lesão corporal.

Verifica-se a delicadeza do assunto quanto ao dano moral ao nascituro quando verificamos a proteção jurídica do patrimônio do mesmo. O nascituro pode vir a ter seu patrimônio protegido, já que pode receber doações, se aceitas pelo seu representante legal. Sendo assim, se esse patrimônio vier a ser danificado, o causador do dano será obrigado a repará-lo (danos materiais). Isso prova que o nascituro, mesmo antes de nascer pode ser detentor de direitos patrimoniais. Porém, tal proteção implica em um caso que até mesmo os defensores da teoria concepcionista defendem que haja uma condição do nascimento com vida para que ocorra a tutela da propriedade. Novamente recorrendo a doutrina de Silmara Chinelato de Almeida percebe-se que “Se é certo que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida para a plenitude de sua eficácia, notadamente quanto à transmissibilidade, os direitos da personalidade, incondicionais, como é o direito à vida, direito essencial e primeiro, não dependem daquela condição.” (ALMEIDA, 2000, p. 304)

Por mais que esteja extremamente ligado a personalidade jurídica, a possibilidade do dano moral ao nascituro não é exclusivamente ligado apenas a escolha de que corrente doutrinária sobre aquisição de personalidade jurídica, temos

a idéia de Stela Marcos de Almeida Neves Barbas: “Nem sempre a proteção que o direito confere às pessoas se concretiza em termos de atribuição de personalidade[...] O direito tem meios de tutelar interesses juridicamente relevantes sem ter de recorrer necessariamente à técnica de personificação.”(BARBAS, 2006, p. 68). A autora cita como exemplo a entidade familiar como forma de defesa que o Direito proporciona sem recorrer a personalidade.

1.4 Capacidade jurídica

Capacidade jurídica é, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, a: “aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica” (citação...

Sendo assim, adquirida a personalidade jurídica se obtém também a capacidade, o que leva a entender que os institutos são sinônimos. Tal equívoco não deve ser cometido, porém, já que a capacidade civil corresponde a possibilidade de praticar os atos da vida civil.

1.4.1 Incapacidade

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa, aquela prevista no artigo 3º do Código Civil e essa no artigo 4º do mesmo dispositivo legal.

A incapacidade absoluta é a impossibilidade total de se praticar um dos atos da vida civil, o que leva ao incapaz a ter de ser representado por um terceiro para que o ato seja válido. Entre os absolutamente incapazes, previstos no artigo 3º estão os:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade

Como se pode-se ver pelo texto legal, a incapacidade está relacionada a impossibilidade de exprimir sua vontade, seja por idade, doença ou qualquer outra causa, mesmo que temporária e tem como consequência, a nulidade do ato por não cumprir um dos requisitos dos atos da vida civil, a vontade das partes¹.

Já o artigo 4º prevê os relativamente incapazes, como:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Como se vê, o ordenamento já prevê uma certa capacidade de se expressar dos relativamente incapazes mas não podendo, ainda, praticar atos sozinho mas já em seu nome, deverá, porém, ser assistido por seu responsável legal (pais, tutor ou curador) podendo o ato a vir ser anulado dentro do prazo legal.²

1.5 A vida humana e o Direito

O tema vida, por mais que filosófico, tem de ser discutido dentro do Direito. Obviamente, sempre se considerando a relevância jurídica e não divagando sobre as infinitas discussões sobre a vida e a morte que ocorrem desde sempre e sempre existirão.

Maria Helena Diniz cita em sua obra que “A vida é igual para todos os seres humanos” (DINIZ, 2007, p.24). Essa afirmação dá a entender que não importa qual estágio da vida humana ela ainda será vida, sempre levando-se em conta que cada fase possui suas peculiaridades e também suas semelhanças. O

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo curso de Direito Civil, Saraiva, 11 edição, 2009, p. 100.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo curso de Direito Civil, Saraiva, 11 edição, 2009, p. 102.

nascituro é a primeira fase da vida humana, a vida intra uterina e, levando-se em conta a frase de abertura desse parágrafo, deve ser protegida como todas outras vidas humanas em nosso ordenamento jurídico.

Indiscutivelmente, essa fase possui suas peculiaridades como por exemplo o direito de nascer. Novamente citando Maria Helena, “Urge que a humanidade progrida e, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer.”(DINIZ, 2007, p.27). Essa afirmação não possui nenhuma intenção de tratar da situação do aborto em nossa legislação, apenas explicitar as diferenças entre cada estágio da vida. Se tornando desnecessário falar de direito ao nascimento de alguém que já nasceu.

As considerações desse tópico se tornam importantes já que o assunto tratado nesse estudo não pode ser analisado apenas por leis e doutrinas sobre o nascituro como um ser, objeto, ou até mesmo outro tipo de vida se não a humana. Isso porque não é só a vida humana que possui direitos. Existem também o direito dos animais, o direito ambiental. Obviamente, a vida humana é tratada de forma diferente das citadas acima, até pelas diferenças presentes entre os outros tipos de vida, como a racionalidade e a possibilidade de expressá-la.

Fica claro que o nascituro é uma vida humana, inclusive perante profissionais de outras áreas, Jérôme Lejeune geneticista francês discorre: “Não quero repetir o óbvio mas , na verdade, a vida começa na fecundação[...] A fecundação é o marco do início da vida.””(DINIZ, 2007, p.25). Sendo assim, o nascituro possui vida humana não só no estudo e opinião de juristas mas, também, de especialistas genéticos que chegam a tratar o assunto até como óbvio.

Fazendo o estudo conjunto da primeira afirmação desse tópico, que fala que toda vida humana é igual, e do princípio que o nascituro possui vida humana chega-se a conclusão que o nascituro deve, em princípio, ser tratado da mesma forma que um ser humano nascido, já a vida é , na verdade, a mesma.

Ao dividirmos duas fases da vida humana, uma antes do nascimento e uma após, estaremos dividindo as vidas em duas, sendo que, já fora provado que só existe um tipo de vida.

1.6 Os direitos de personalidade

Muito se fala de direitos de personalidade como o direito à vida, integridade física e mental (essa última sendo de extrema importância para se entender o dano moral), honra, imagem, intimidade entre outros inúmeros exemplos. Não cabe, nesse momento, discorrer sobre cada um deles separadamente e sobre suas peculiaridades e discussões sobre suas aplicações.

É suficiente saber exemplos para se situar e não gerar uma abstração do que seriam direitos de personalidade e tornar impossível a compreensão completa sobre responsabilidade civil, dano moral e outros conceitos que são de extrema importância. Vale ressaltar que os direitos citados acima não são os únicos direitos de personalidade, citando apenas os mais famosos e que não necessitam de tanta explicação para evitar fugir do principal tema em discussão.

Quanto aos direitos de personalidade existem duas fortes correntes sobre o tema: a positivista, apoiada por autores como De Cupis, e a naturalista defendida por Tobeñas, De Castro entre outros.

A corrente positivista entende que os direitos da personalidade são direitos subjetivos que “tem função especial em relação à personalidade, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo.”(BITTAR, 2006, p.6). Em outras palavras, são como a medula da personalidade da pessoa, dão base para todos os direitos, sem esses direitos de personalidade nenhum outro direito seria possível de ser tutelado, seria irrealizável.

Por outro lado, a corrente naturalista defende que esses direitos de personalidade são próprios e inerentes à existência do ser humano. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar: “São direitos que se relacionam com os atributos à condição humana.”(BITTAR,2006,p.7)

O último entendimento, corretamente defendido por Limongi França e Carlos Alberto Bittar, é de extrema importância para o presente texto e o posição sobre que teoria de aquisição de personalidade jurídica seria mais adequada a se adotar. Como se pode ver, na visão da teoria positivista os direitos da personalidade são os que o Estado denomina e conceitua como tais, dando a aquisição desses um caráter constitutivo. Já na teoria naturalista, o entendimento é que tal aquisição é

meramente declaratória, eles já estão ligados a pessoa e sob posse dessa, só cabendo ao Estado reconhecê-los e admitir sua existência.

Como já afirmando anteriormente, entre essas teorias sobre direitos de personalidade, entende-se como mais correta a teoria natalista, tendo em vista que fazem parte da própria natureza do homem, não sendo condicionado sua existência a posituação desses pelo Estado. Até porque o Estado frequentemente tem seu poder-dever limitado aos direitos de personalidade de seus cidadãos e habitantes, direitos presentes na Constituição Federal de 1988, outras legislações, tratados e etc.

Adotando a teoria naturalista, a discussão que poderia vir a ser pertinente é a clássica indagação de quando se começa a vida, logo a condição humana, ponto já debatido e demonstrado anteriormente, que cientistas e geneticistas entendem que a condição humana ocorre desde a fecundação e a formação de novo material genético.

Portanto, analisando as teorias a cerca de aquisição de personalidade a luz da visão naturalista quanto aos direitos de personalidade fica bastante claro que a corrente concepcionista é a mais adequada a ser adotada, visto que na corrente natalista e condicionada ao nascimento com vida existe a possibilidade de ter uma pessoa que, obviamente, tem seus direitos de personalidade mas não seria possível a tutela desses já que o Direito não admitiria tal atitude pela falta de personalidade jurídica.

1.7 O Nascituro Perante o Direito Estrangeiro

É de devida importância a comparação de como é o tratamento a cerca do nascituro em outros países, sendo aqui feita pela teoria de aquisição de personalidade jurídica adotada.

1.7.1 Países que adotam a teoria natalista

Normalmente, os países que adotam a teoria natalista possuem uma legislação mais antiga, é o caso de países como França, Espanha e Alemanha.

O Código Napoleônico de 1806, o Código Civil francês, ficou encarregado de regular a situação do nascituro e adota a teoria natalista como demonstra William Artur Pussi: “Agora, mais precisamente com relação ao nascituro, o Direito Francês confere personalidade ao ser que nasce vivo e viável”.(PUSSE, 2005, p.115).

A Espanha foi outro país a seguir tal teoria, porém, com uma peculiaridade em relação ao Direito Brasileiro, no Brasil o nascituro basta respirar uma vez para adquirir personalidade jurídica enquanto na Espanha, deve ser capaz de sobreviver por vinte e quatro horas fora do ventre materno. Nas palavras de Ana Cecília Ribeiro: “Nessa esteira, o Código Civil espanhol, além de exigir a viabilidade, elegendo como critério jurídico a sua vida fora do corpo materno por 24 horas, condicionou a aquisição de personalidade à verificação de que o recém-nascido apresente “forma humana”. (RIBEIRO, 2011, p.151)

O Código alemão, datado de 1900, também segue o mesmo entendimento dos códigos anteriores como afirma William Artur Pussi: “Já com relação ao nascituro, ou melhor, quanto ao momento de aquisição da personalidade jurídica, o BGB decidiu-se pela consumação pelo nascimento como momento determinante”(PUSSE, 2005, p.134). Como se pode inferir das palavras do autor, é praticamente a definição da teoria natalista.

1.7.2 Países que adotam a teoria condicionada

Em contrapartida aos países citados no tópico anterior, existem outros governos que prevêm a teoria condicionada ao nascimento com vida sobre a aquisição de personalidade.É o caso de países como Portugal e Paraguai.

No caso português, William Artur Pussi doutrina que “o antigo Código Civil português de 1867, nos arts 6º combinado com os arts. 110º, 1479º e 1776º, exigia para o início da personalidade o nascimento com vida e o requisito da figura humana”(PUSSE, 2005, p.103). Claramente um posicionamento natalista.

Porém, o Código Civil de 1966, altera o entendimento da legislação e começa a se adotar a teoria condicionada, como novamente discorre William Artur Pussi: “com restrição específica ao Código Civil de 1966, é possível afirmar que tal diploma aceitou de forma expressa a teoria da personalidade condicionada, visto que estava vinculada ao nascimento com vida.” (PUSSE, 2005, p.105).

O Direito paraguaio estabelece em seu Código Civil, de 1985, que o nascituro possui capacidade para receber bens por doação, herança ou legado desde sua concepção mas tal direito está condicionado ao nascimento com vida. Considerando que o direito sucessório e outros estão ligados ao nascimento com vida, fica mais do que comprovado que o Direito paraguaio adota a teoria condicionada ao nascimento.

1.7.3 Países que adotam a teoria concepcionista

A teoria concepcionista é adotada em vários países, como Chile, Argentina, Peru, Áustria e México.

O caso chileno é bastante interessante já que possuem alguns direitos que são condicionados e outros incondicionados ao nascimento com vida. Os direitos da personalidade como o direito à vida e saúde, clássicos direitos de personalidade, são incondicionados ao nascimento o que demonstra que mesmo que não seja uma teoria concepcionista quanto a todos os direitos do nascituro, os direitos que tem relevância para se analisar a possibilidade de dano moral ao nascituro.

O Código Civil argentino segue o mesmo caminho do Código chileno tratando o nascituro como ser dotado de personalidade jurídica desde sua concepção, difere do Direito do Chile ao não condicionar certos direitos como faz aquele. O Direito argentino reconhece a personalidade mas trata o nascituro como incapaz, que sabe-se que são institutos diferentes, equiparando –os “aos menores

impúberes, aos dementes, aos ausentes e os surdos-mudos que não saibam se expressar por escrito”(PUSSI, 2005, p.125). O nascituro nesse caso é como qualquer pessoa viva que por algum motivo não pode realizar os atos da vida civil. O nascituro não pode se expressar por motivos óbvios, mas assim como os citados acima, pode ser representado pelo seu representante legal, nesse caso provavelmente os genitores.

O Código Civil peruano de 1984, o austríaco de 1811, o mexicano de 1928 também tratam o nascituro desde sua concepção como sujeito de direito e com ampla proteção jurídica como se nascidos fossem, ficando mais do que claro que a teoria concepcionista norteia e regula os direitos daqueles que ainda não nasceram.

1.7.4 Comparação de tratamentos dado ao nascituro

Com as informações presentes nos tópicos acima, se evidencia um certo padrão que relaciona a época da legislação que trata da personalidade jurídica e sua aquisição. A exceção do Código Civil austríaco de 1811, percebe-se que as legislações mais antigas tendem a adotar a teoria natalista enquanto as mais novas se voltam mais a teoria condicionada ou concepcionista.

Não se trata de mera coincidência, já que as ciências médicas e a tecnologia envolvida nesse campo evoluíram, a chance do nascituro nascer com vida cresceu e com isso os pais se envolvem mais afetivamente com o filho por nascer que no passado. Além disso, os sonogramas, imagens e vídeos do filho mesmo antes do nascimento torna o vínculo entre pais e filhos maior. Com isso, o nascituro deixa de ser um ser sem, invisível aos olhos dos pais e começa a integrar a família cada vez mais cedo, sendo assim, o Direito se sente cada vez mais compelido a tutelar os direitos do nascituro.

Portanto, se mostra como uma tendência do Direito Civil a adoção de teorias sobre aquisição de personalidade que protejam cada vez mais o nascituro, seja a condicionada ou a concepcionista.

2 Responsabilidade Civil

Para entender o dano moral e a possibilidade do mesmo ao nascituro, devemos ter um conhecimento prévio de responsabilidade civil, para que assim, não fiquem conceitos e institutos jurídicos presentes nesse texto e que, ao final, originem mais perguntas do que respostas, o que é o objetivo oposto de qualquer pesquisa.

2.1 Conceito e noções básicas

Para entender o dano moral e a possibilidade do mesmo ao nascituro, devemos ter um conhecimento prévio de responsabilidade civil, para que assim, não fiquem conceitos e institutos jurídicos presentes nesse texto e que, ao final, originem mais perguntas do que respostas, o que é o objetivo oposto de qualquer pesquisa.

Nas palavras de Rui Stoco, responsabilidade civil pode ser classificada como: "responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos." (STOCO, 2004, p.118). O conceito de responsabilidade em si não nos traz maiores problemas e sim seus institutos que a compõe, já que além de vários e extensos, cabem várias teorias que divergem entre si.

Em sua obra, Sergio Cavalieri distingue obrigação de responsabilidade, que se analisadas rapidamente e sem o devido cuidado, podem se confundir, coisa inadmissível para o entendimento sobre o assunto. Nas palavras do citado autor: " Obrigação é sempre um dever jurídico originário ; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. (CAVALIERI FILHO, 2006, p.25). Sendo assim, percebemos que sem a obrigação, não haverá responsabilidade. Tal obrigação pode ser instituída por contrato ou por lei, casos que originam a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

2.2 Fato ilícito e obrigação de indenizar

Indenização para Maria Helena Diniz é : “reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causados ao lesado”(DINIZ, 1998, p.816). Essa reparação, porém, surge de um evento no mundo real que , por previsão legal, gera efeitos no mundo jurídico, como afirma Cavalieri: “Eis aí o fato jurídico, como afirma, que, como sabido, é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo”(CAVALIERI FILHO,2006, p. 28).

Com base nesse conceito, percebe-se que nem toda ação humana gera um ato jurídico, por exemplo, uma pessoa lendo um livro em um parque não gera consequências no mundo jurídico e, por isso, não deve ser, a princípio, analisado pelas autoridades judiciárias.

O dever de indenizar só surge do ato ilícito que causar dano a alguém, não ocorre como na esfera penal em que o agente pode vir a responder por um crime sem dano, como por exemplo , em uma tentativa de um crime que não se consuma por vontade alheia a da vítima, que leva o agente a responder perante autoridade judicial mesmo que não tenha consumado os atos que pretendia com sua conduta.

Assim, não se pode falar de indenização sem que haja esse binômio essencial para a responsabilidade civil: ato ilícito, aquele que vai de frente com o ordenamento jurídico, conceituado no artigo 186 do Código Civil de 2002, e prejuízo, dano; entendimento que fica claro quando se analisa o artigo 186 com o artigo 927 do mesmo Código, dois institutos que estão intrinsecamente ligados.

2.3 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual, porém tal diferenciação não será necessária para o estudo principal desse texto que é analisar a possibilidade do dano moral ao nascituro.

Sendo assim, deve-se analisar a responsabilidade civil pelos seus elementos básicos: conduta, nexo causal e dano.

2.3.1 Conduta

Conduta é toda ação humana voluntária que gera efeitos perante outra pessoa, porém, a conduta que estamos falando nesse tópico é basicamente essa ação voluntária e consciente que causa dano a outrem.

Na responsabilidade subjetiva, só gera o dever de indenizar a conduta culposa e para entendermos que situações geram ou não o dever de indenizar, devemos entender o que é então, culpa. Rui Stoco conceitua culpa em sentido estrito como “o comportamento equivocado da pessoa, despida de intenção de lesar ou violar direito, mas de qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o homo medius.”(STOCO, 2004, p.132).

O Código Civil de 2002 adotou, porém, a culpa em sentido lato que inclui, também, o dolo. Dolo nada mais é do que a intenção do agente em causar um resultado específico. Assim, distingue-se a culpa strito sensu do dolo pela vontade, intenção do agente de ocorrer ou não o resultado danoso.

Dolo e culpa não se diferenciam pela previsibilidade do resultado, por exemplo, no caso de dolo eventual o agente assume o risco de atingir o resultado danoso, ou seja, realiza ação sem se importa se vai ou não causar o dano, para ele pouco importa, já no caso de culpa consciente, o autor prevê a possibilidade de resultado, porém, acredita que por sua experiência, habilidade ou qualquer outro fator, acredita que o resultado danoso não irá se concretizar, ou seja, sabe da possibilidade de ocorrer o dano, porém, dentro de si acredita sinceramente que esse não irá ocorrer.

A diferenciação entre dolo e culpa é meramente didática, já que no direito civil brasileiro atual, os dois institutos geram os mesmos efeitos: a responsabilidade civil e o dever jurídico de indenizar.

A conduta é de mais fácil percepção quando tratamos a forma comissiva, o agente voluntariamente realiza uma ação que causa alguma espécie de dano a outra, porém, de forma muito mais difícil percepção, a omissão pode também

gerar dano e , nos casos previstos em lei, gerar a responsabilidade em relação ao agente.

Para Rui Stoco: “A omissão é um no facere relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado.” (STOCO, 2004, p.131). Um exemplo clássico é o da mãe que deixa de alimentar seu filho e esse vem a falecer em decorrência da desnutrição. A genitora tem uma conduta culposa ao falhar no seu dever de cuidado para com o filho e, obviamente, gera um dano a outros.

2.3.1.1 Imprudência, negligência e imperícia

As condutas culposas se exteriorizam de três formas: imprudência, negligência e imperícia.

Sergio Cavalieri as define como: “A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação [...] Negligência é a mesma falta de cuidado por cautela omissiva [...] A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica”(CAVALIERI FILHO,2006, p.61).

Novamente, essa divisão é de importância teórica já que todas as modalidades apresentadas nesse tópico caracterizam conduta culposa e, não sofrem diferenciação quanto a responsabilidade, dever de indenizar e responsabilidade, caso se apresentem no caso concreto.

2.3.1.2 Culpa Concorrente

O artigo 945 do Código Civil prevê o caso de culpa concorrente, onde a vítima e o agente agem ambos com culpa para o resultado final danoso. Nesse caso, cada parte deverá arcar com o prejuízo de maneira proporcional com sua culpa para o dano, acabando com um antigo entendimento de que cada parte arcaria com a metade da perda patrimonial. Novamente citando Rui Stoco: “... a concorrência de culpas entre autor e vítima fará com que a repartição do prejuízo seja proporcional, de modo que não se submeta ao critério de divisão em partes iguais.” (STOCO, 2004, p.139).

2.3.2 Nexo de causalidade

Nexo causal ou de causalidade é o vínculo que relaciona o dano causado ao agente causador do dano ao prejuízo em si, Sergio Cavalieri o define como “o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.” (CAVALIERI FILHO, 2006, p.71).

O que pode aparentemente parecer fácil pode se tornar bastante complexo quando se aplica ao caso concreto, tanto que existem várias teorias sobre o nexo causal, entre elas duas se destacam e ganham mais importância no Direito pátrio: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

2.3.2.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Essa teoria defende que todos os fatores que levaram ao resultado são igualmente importantes e, portanto, todos os causadores desses fatos seriam responsáveis. De forma mais técnica Cavalieri expõe que: “essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos)” (CAVALIERI FILHO, 2006, p.72).

Alvo de muitas críticas, esse pensamento não possui tanta força no Direito brasileiro já que “poderá se considerar causador do resultado quem quer que se tenha inserido na linha causal, permitindo-se uma regressão quase infinita.” (STOCO, 2004, p.146).

2.3.2.2 Teoria da causalidade adequada

A melhor definição para essa teoria vem novamente de Rui Stoco que a define como: “causa será o antecedente não só necessária, mas, ainda, adequado à produção do resultado”(STOCO, 2009, p.146).

Assim, nessa teoria, cabe ao juiz na análise do caso concreto, verificar a existência ou não do nexo de causalidade a conduta e o dano.

2.3.3 Dano

O dano é o prejuízo sofrido por uma pessoa em decorrência de uma atitude sua ou de outrem e que, quando decorrente de um ato ilícito deve ser reparado. Nas palavras de Cavaliere: Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral” (CAVALIERI FILHO, 2006, p.96) vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.”

Sem dano não há de que se falar em responsabilidade civil, ou seja, se um motorista está acima do limite de velocidade mas não colide com outros carros, postes de iluminação não há de se falar em reparação ou se caracteriza perante um caso de enriquecimento ilícito.

2.3.3.1 Dano material

O dano material pode ser definido como aquele que afeta o patrimônio da vítima, ou seja, pode ser calculado de forma precisa. O dano patrimonial não se afigura apenas pelo que se efetivamente se perdeu, mas também, pelo que se deixa de ganhar. Por isso se divide o dano patrimonial em danos emergentes e lucros cessantes.

Dano emergente “importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito.”(CAVALIERI FILHO,2006, p.97) enquanto os lucros cessantes “consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”(CAVALIERI FILHO, 2006, p.97).

Para ilustrar bem a diferença entre os dois existe o exemplo do taxista que em decorrência de um ato ilícito tem seu carro danificado e para consertá-lo terá de esperar uma semana e, por isso, não poderá trabalhar. O dano emergente seria o conserto do carro em si, enquanto o lucro cessante seria o valor razoável que ele teria de ganhar caso tivesse trabalhado durante a semana em questão.

Ao conceituar o tema, verificamos que os cálculos de lucro cessantes devem ser feito de forma muito mais sensível e razoável que o dano

emergente, que é de fácil visualização, já que o dano não é de um valor expresso por números, e sim um cálculo sobre uma suposição.

2.3.3.2 Dano Moral

Finalmente, o tema mais relacionado ao objetivo da pesquisa, o dano moral. Para sabermos os casos que se configura dano moral, é necessário primeiro conceituar o tema. Humberto Theodoro Júnior o define como “danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos ad personalidade humana, ou o da própria valoração da pessoa no meio que convive e atua.”(THEODORO JUNIOR, 2009, p.2).

O dano moral não foi sempre admitido no Direito brasileiro e evoluiu lentamente até que chegasse ao entendimento que temos hoje. O Código de Hamurabi já previa uma compensação financeira para reparação de ofensas, em uma época em que se prevalecia a regra do “olho por olho, dente por dente” demonstrando um embrião do instituto do dano moral. No Código de Manu (Índia) e no já em Roma, também era possível se perceber o nascimento desse tipo de reparação. Na obra de Humberto Theodoro Junior: “Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos casos, e não genericamente.”(HUMBERTO JUNIOR, 2009, p.4).A lei de Aquilia e o Direito Romano com a legislação de Justiniano expandiram o campo da responsabilidade do dano moral porém, os pesquisadores discutem se houve ou não uma regulamentação propriamente dita do dano moral.

O passo seguinte dessa jornada vem com a previsão de indenização apenas em casos expressamente previstos na lei civil, as chamadas *numerus clausus*). A defesa da indenização por danos morais ganha força após a descoberta dos direitos de personalidade, e então vem finalmente ser codificado em 1942 no Código Civil Italiano. No Brasil, apesar dos direitos de personalidades não serem tão explicitamente abordados, o Código Civil de 1916 previa a reparação de qualquer tipo de dano, o que abriria espaço para o dano moral, como cita novamente Humberto Theodoro Junior: “ ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparação de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a

corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em texto de lei.” (THEODORO JUNIOR, 2009, p.5).

A Constituição Federal de 1988 pôs fim a tal divergência entre doutrina e jurisprudência ao afirmar expressamente artigo 5º a reparabilidade ao dano moral e, em 2002, o Código Civil também adota esse entendimento em seu artigo 186, apesar de que desde a Constituição de 1988, a jurisprudência já caminhava à aceitar a reparação do dano moral.

Não se considera dano moral os atos que geram mero aborrecimento no dia a dia, já que isso é inerente à vida em sociedade, porém, deve-se admitir que algumas condutas geram transtornos graves para que se indenize, como vimos na obra de Humberto Theodoro Júnior citando Amarante, quando diz: “para ter direito de ação, o ofendido deve ter motivos apreciáveis de se considerar atingido, pois a existência da ofensa poderá ser considerada tão insignificante que, na verdade, não acarreta prejuízo moral”.(THEODORO JUNIOR, 2009, p.8).

2.3.3.2.1 Caráter punitivo do dano moral

Existe discussão se o dano moral deve se constituir da reparação do dano efetivamente sofrido e um acréscimo no valor a ser pago para que estimule o autor a não repetir o ato gerador do dano novamente.

O caráter punitivo do dano moral, por mais que não seja o principal objetivo do instituto, deve ser considerado já que quanto maior o dano, maior a indenização. Como discorre Yussef Said Cahali: “o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é de pena”.(CAHALI, 1998, p.16). Além do papel de compensar a vítima do fato, o dano moral possui, também, o papel de desestimular o infrator a cometer os ilícitos novamente. Já Humberto Theodoro Júnior possui um visão completamente oposta ai de Cahali. Humberto separa as responsabilidades civis e penais e que no plano civil, a reparação deve ser uniforme, que tem por única medida o valor do prejuízo sofrido e que a punição deve ser feita na sua devida forma no âmbito penal da legislação. Em sua obra, afirma que dano moral é instituto do direito civil e que em nenhum momento há previsão desse caráter punitivo, além de ter de reparar o dano causado e que a forma de

desestimular o agente ou outros na sociedade a repetirem o ato ilícito é terreno específico do direito penal.

A discussão, apesar de válida e interessante, só interessa se considerar possível a indenização por dano moral ao nascituro já que um momento de desentendimento sobre o valor indenizatório e não, a possibilidade indenizatória. Porém, pode remeter ao julgador a punir o autor do dano ao considerar que o autor deve ser punido por possuir um dever de ser ainda mais cuidadoso na presença de uma figura tão frágil como o nascituro.

2.3.3.2 Liquidação do dano moral

A reparação do dano moral deve ser de forma pecuniária, já que é impossível reparar o status quo da vítima, sendo assim, surge um grande problema, quanto vale o sofrimento de uma pessoa?

O valor referente à indenização por dano moral acaba sendo arbitrado pelo juiz com base no princípio da razoabilidade, já que não há uma forma objetiva de se medir o sofrimento de alguém e portanto de definir uma indenização proporcional.

Nas palavras de Sergio Cavaliere: “Creio que a fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará em enriquecimento sem causa, causador de novo dano.”(CAVALIERI FILHO, 2009, p.115).

Assim, vemos o conflito do juiz ao ter que arbitrar um valor justo, já que deve achar um valor exato para o sofrimento, pois se arbitrar um valor inferior a esse, estará beneficiando o infrator, e se maior, favorecendo a vítima. Nas palavras de Humberto Theodor Júnior: “Por se tratar de arbitramento, fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz este credenciado a realizar a operação de fixação do quantum com que se reparará a dor moral.” (THEODORO JUNIOR, 2009, p.43).

Nesse aspecto não há diferença entre o nascituro e alguém que já adquiriu a personalidade jurídica, já que quando o julgador fixar a quantia a ser

paga, não separa na sentença ou acórdão e não deveria ser diferenciada pelo simples fato do nascituro não ter memórias do ocorrido, já que mesmo que não se lembre do ocorrido, sempre ficará marcado o fato do acidente, querendo ou não, é um fato que está presente na história de sua vida.

2.3.3.2.3 A prova do dano moral

Novamente, uma questão delicada que trata o dano moral, como provar que esse realmente ocorreu. Como se prova a tristeza, sofrimento de alguém? Não se pode simplesmente acreditar cegamente no depoimento pessoal da vítima, correndo o risco de criar um caos probatório no decorrer do processo, já que seria impossível ao agente provar que a vítima, na verdade, não sofreu. Qual a solução encontrada?

A resposta para essa pergunta veio com a ideia de que não se prova o dano moral em si, e sim a violação do direito que lhe era garantido como honra, dignidade e etc.

Para entender melhor o assunto, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: “O dano moral pressupõe uma lesão – a dor- que se passa no plano psíquico do ofendido.”(THEODORO JUNIOR, 2009, p.121). Nesse campo do direito civil, o dano moral emerge das próprias ofensas cometidas, sendo de difícil, para não dizer impossível averiguação mas em outros casos também casos em que se deve provar a existência do dano moral, e não um simples aborrecimento do dia a dia, lembrando que o ônus da prova cabe a quem alega ter sofrido o dano, se alegar o fato mas não o provar, é o mesmo que inexistente para o mundo jurídico.

Ainda nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior: “ Na verdade, o que não se prova é a dor moral, porque se passa na esfera subjetiva do ofendido, onde a pesquisa probatória não tem como alcançar. O dano, porém, objetivamente, atinge um direito da personalidade, que exteriormente pode ser detectado e cuja ofensa pode ser evidenciada, indiferentemente da penetração do psiquismo da vítima.”(THEODORO JUNIOR, 2009, p.124).

2.3.3.2.4 O dano moral e o nascituro

Nesse momento, analisa-se a relação do dano moral e o nascituro. A dificuldade decorre da não lembrança do evento pelo nascituro, fato que entendo não ser o suficiente para afastar o dano moral, já que violações a direitos de personalidade com pessoas já nascidas também ensejam dano moral.

Portanto, a possibilidade ou não do dano moral decorre da teoria de aquisição de personalidade e não do instituto do dano moral em si.

Nos casos em que um acontecimento enseja dano moral tende-se a pensar somente no desconforto e constrangimento sofrido pelos envolvidos. A indenização por alguma violação do direito ao nascituro quando a mulher está grávida que seria uma saída de compensação ao nascituro de forma indireta, se adotarmos a teoria natalista ou da personalidade condicionada, como revela William Artur Pussi “O dano a ele causado (nascituro) causado dificilmente seria indenizado, já que à época do eventos *damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser tentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa , seguramente de menor valor pecuniário.” (PUSSI, 2008, p.421).

2.4 Responsabilidade Objetiva

Nem toda reparação de danos deve conter todos os elementos presentes na responsabilidade civil subjetiva. No caso da responsabilidade objetiva, o elemento que não está presente é a culpa bastando os outros elementos conduta ilícita, dano e o nexo de causalidade. Nas palavras de Sergio Cavalieri: “Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa.”(CAVALIEIRI FILHO, 2006, p.153). Cabe se ressaltar que a regra no Direito brasileiro é a responsabilidade subjetiva, sendo aplicada a responsabilidade objetiva somente nos casos em que a lei nos permite interpretar de tal forma.

2.4.1 Teoria do risco

A teoria do risco é o que legitima a responsabilidade civil objetiva já que, se não há culpa na conduta, exige-se uma justificativa para punir um agente que toma todas as diligências necessárias. Citando novamente Cavalieri: "Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente"(CAVALIERI FILHO, 2006, p.155).

Dessa forma, fica claro que a responsabilidade objetiva decorre de uma atividade que possa vir a gerar danos mas que não é necessariamente ilícita, por exemplo, o caso da responsabilidade objetiva perante o consumidor pelo risco da atividade empresarial, ou seja, o fornecedor ao colocar um produto para ser comercializado, deve se garantir de que esse não ofereça nenhum prejuízo ao consumidor devido à um defeito nesse mesmo produto. Nesse caso, deve-se provar apenas o defeito de tal produto, e não se provar que o fornecedor agiu de má fé ou qualquer outro meio não idôneo para auferir vantagem sobre o consumidor porque é possível que o fornecedor nem saiba do defeito do produto e que, talvez, até o repararia se soubesse, mas assume o risco de indenizar o comprador.

2.4.2 O dano moral na responsabilidade objetiva

Vale se ressaltar que o dano moral não sofre nenhuma alteração nesse tipo de responsabilidade, já que a diferenciação básica entre a responsabilidade subjetiva e objetiva está presente na conduta e não no dano. Logo, o dano moral decorrente de uma conduta culposa não se diferencia de um decorrente de uma conduta não culposa, porém, indenizável pelos critérios estabelecidos pela legislação pátria.

Porém, é possível que o juiz arbitre a liquidação do dano moral de forma diferente. Já que lembrando do tópico de liquidação do dano moral, quem vem

a definir qual o valor que deve ser indenizado à vítima é o julgador, que analisará o caso de acordo com os termos já expostos no tópico específico.

2.5 A irresponsabilidade civil

Até o presente momento, só foi estudado os casos que geram a responsabilidade civil e o seu dever de indenizar, porém, existem circunstâncias que eximem o agente de tal dever.

Essas circunstâncias terão certas diferenças se o caso for de responsabilidade subjetiva ou objetiva, como será visto a seguir.

A responsabilidade civil como já visto anteriormente exige conduta, nexos causal e dano. Se em qualquer circunstância ficar provada a inexistência de um desses fatores, não haverá responsabilidade do agente.

No caso da responsabilidade subjetiva, a prova da ausência de culpa na conduta afasta a responsabilidade civil, isso porque, como já visto, a imprudência, negligência ou imperícia é indispensável para que se atribua tal ônus a alguém.

No caso de responsabilidade objetiva a conduta danosa não há necessidade de se afastar a culpa, já que essa não é requisito para que ocorra a reparação. Sendo assim, a única maneira de se provar a irresponsabilidade nesse caso seria provar a ausência total da conduta, do nexos causal ou do dano.

3 Estatuto do Nascituro e análise de caso

Com os conceitos, teorias e entendimentos apresentados nos capítulos anteriores cria-se uma base para que seja finalmente possível interpretar com clareza a possibilidade do dano moral ao nascituro ao fazer uma análise de um caso concreto e um hipotético.

3.1 Projeto de Lei nº 478/2007, o “Estatuto do Nascituro”

Tendo como base todas as afirmações expostas nos capítulos, é possível fazer uma análise do projeto de lei nº 478/2007 que pretende estabelecer o “Estatuto do nascituro”.

A proposta de tal projeto dos deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini possui uma ligação direta com os temas e teses tratados no presente texto. O que chama atenção é a que não apenas compila direitos que se referem ao nascituro, já que esses estão espaçados em várias leis, mas inova com novas regras e modifica certos entendimentos já existentes.

O Estatuto traz para si os direitos tratados em outros dispositivos como, por exemplo, o direito do nascituro receber doação previsto no artigo 542, de receber curador especial quando seus interesses com seus pais no artigo 1692, de ser adotado artigo 1621, de se adquirir herança artigos 1798 e 1799 todos do Código Civil, o direito de nascer artigo 7 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe, artigos 877 e 888 do Código de Processo Civil.

O objetivo do texto não é analisar os direitos do nascituro, e sim analisar a possibilidade de dano moral ao nascituro, por esse motivo os direitos mencionados no parágrafo anterior não serão analisados a fundo nesse tópico.

O interessante e inovador do Estatuto que deve ser estudado está presente em artigos como o 2º que dita:

“art. 2º O nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo Único: O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.”

O artigo é interessante porque tipifica o conceito de nascituro que previamente era exclusividade de doutrina e jurisprudência, dando uma maior segurança jurídica, já que vários autores consagrados não abrangem a possibilidade dos seres humanos concebidos “*in vitro*”, sem contar com o fato de que, em sua maioria, os autores mais antigos e respeitados defendem a aplicação da teoria natalista.

O artigo mencionado e seu parágrafo único demonstram uma preocupação maior do legislador em se atualizar com temas atuais e que não foram tratados pelos legisladores do Código Civil de 2002, até pelo assombroso avanço tecnológico presenciado nos últimos anos.

O artigo 3º é bastante relevante porque transmite uma mensagem diferente com o artigo 2º do Código Civil de 2002 que dispõe: “ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Já o artigo 3º do Estatuto do nascituro afirma:

“Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde sua concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através desse estatuto da lei civil e penal.”

Parágrafo Único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e todos os demais direitos da personalidade.

A leitura do caput leva a crer que a teoria natalista sobre aquisição de personalidade jurídica se mantém, mas com uma análise mais profunda combinada com o parágrafo único, percebe-se que se adota a teoria condicionada.

Apesar da personalidade jurídica só ser adquirida com o nascimento com vida, os direitos do nascituro serão completamente tutelados porém com uma condição, a do nascimento com vida.

Alguns direitos ainda ficam incondicionados ao nascimento como o direito à vida, integridade física, já o de alimentos possui um entendimento um pouco diferenciado, o direito a alimentos tem o objetivo que o nascituro nasça com vida. Direitos como à honra, imagem e semelhantes só poderão ser reparados se o

nascituro vier a nascer com vida, já que a intenção do Estatuto é a adoção da teoria condicionada.

Outro artigo diretamente ligado ao texto é o número 21 do que pretende se tornar o Estatuto do nascituro, que dita: “art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam responsabilidade civil.”

Pela primeira vez se verifica expressamente a possibilidade de dano moral ao nascituro na legislação brasileira. Tendo em vista esse artigo, fica claro que o dano moral sofrido pelo nascituro, qualquer que seja o direito da personalidade que lhe seja violado, deve ser reparado e a ele como sujeito de direito e não aos pais ou qualquer representante, tutor ou curador. No atual entendimento do Direito Civil brasileiro, tal reparação seria inviável, já que o nascituro não possuiria personalidade jurídica .

Com o entendimento previsto pelo Estatuto o nascituro teria, aparentemente, direito a reparação pelos danos morais sofridos desde que nasça com vida, ajuizando ação representado ou assistido processualmente, ou até mesmo em nome próprio se já for capaz.

Na justificção da proposta do projeto de lei, o legislador afirma que “O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção do nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos da personalidade”, e ainda que “proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.”

A discriminação por qualquer das causas acima só poderia ser reparada por meio de uma indenização, já que é impossível retornar a vítima ao seu status quo, sendo assim, a intenção do legislador é clara ao permitir que o nascituro seja indenizado diretamente. Portanto, os genitores se sentirem ofendidos por qualquer conduta que enseje a reparação por danos morais deve procurar a prestação jurisdicional em nome próprio, assim como o nascituro, ou se os genitores forem os ofensores, pode o Ministério Público vir a intervir para garantir os direitos do nascituro.

Como se percebe ao comparar o texto legal com a justificativa de votos, existe uma disparidade entre a intenção do legislador com o que efetivamente estaria escrito no Estatuto. O texto da lei já concede uma proteção maior ao nascituro que a legislação atual, mas pelo discurso do legislador dá a entender que

o objetivo real do deputado era a adoção da teoria concepcionista já que esse fala em “proteção integral ao nascituro”, o que não ocorreria se não houver o nascimento com vida.

Por falta de técnica de falta legislativa ou por motivo político, devido a sutileza a ser tratada pelo tema, o Estatuto e a justificativa do projeto nos levam a conclusões diferentes e mantém a polêmica sobre as teorias de aquisição de personalidade a ser adotada.

Se for utilizada a interpretação gramatical, o profissional do Direito provavelmente entenderá que a teoria condicionada foi adotada pelo Direito pátrio. Se fizer uso da interpretação ontológica poderá verificar a adoção da teoria concepcionista, já que o autor fala em proteção integral ao nascituro e compara a outros ordenamentos que adotam a teoria concepcionista.

Seja qual for o motivo para tal confusão, evidencia-se novamente a dificuldade de se lidar com o tratamento a ser dado àqueles que vão nascer e sua personalidade jurídica. Isso porque todas as teorias entendem que mesmo sem personalidade jurídica o nascituro deve ser protegido de alguma forma, por exemplo, os alimentos gravídicos são devidos ao nascituro desde que comprovada a gravidez e o Brasil adota a teoria natalista, que teoricamente não conferiria direitos ao nascituro.

Como já demonstrado nos capítulos anteriores e como tem objetivo o Estatuto, o nascituro já possui uma condição humana, sendo assim protegido por todas leis, normas, princípios que tratam de um ser humano nascido.

Obviamente, o nascituro terá um tratamento particular devido à sua condição fática e biológica diferente do homem médio nascido, mas nem por isso deverá de ser tratado como um simples objeto a ser tutelado pelo Direito, como são as coisas e os animais.

Em conclusão, o Estado brasileiro já demonstra certa evolução no que se trata ao dano moral sofrido pelo nascituro e o momento que esse adquire personalidade jurídica, o texto legal ainda nos leva a confusões mas que com uma visão mais aprofundada sobre o tema nos faz perceber a adoção da teoria concepcionista no nosso Direito.

3.2 Análise de caso hipotético

Se em uma situação hipotética, um acidente envolvendo dois carros onde um casal, a mulher está grávida, e seus outros dois filhos se encontram em um carro e no outro carro está um motorista embriagado e esse vem a causar um acidente e em decorrência desse fato o pai das crianças vem a falecer. Todas as vítimas sobreviventes do acidente teriam direito a indenização por dano moral, inclusive o filho que na época não havia nascido, já que a ação do causador do acidente reflete sobre essa pessoa mesmo após o nascimento(fica clara a visão da teoria da personalidade condicionada, nesse caso), já que o fato de nunca ter conhecido o próprio pai certamente causara um sofrimento a uma criança, não é possível determinar quem sofre mais, os filhos que vieram a conhecer o pai e o perderam ou o que não chegou a conhecê-lo mas sabemos que o sofrimento existe. Esse é um caso que se pode visualizar com certa clareza sobre o assunto já que o dano se estende após o nascimento mesmo que o fato tenha ocorrido antes do nascimento. Logo, não se adentra na polêmica de qual teoria deve-se adotar já que os reflexos do *eventus damni* são verificados após o nascimento, e assim não importando qual teoria se adote o nascituro possuirá personalidade jurídica.

Existe, porém, a possibilidade do dano que não se percebe após o nascimento com vida. Supondo que no mesmo acidente citado acima, o pai não tenha vindo a falecer mas todos os membros da família tiveram de ser internados durante um mês no hospital e passar por uma série de testes e tratamentos dolorosos. Depara-se novamente com uma situação que enseja dano moral a todos os membros da família, mas o nascituro, representado pelos pais, poderia pleitear danos morais? Nesse caso verifica-se o problema de qual teoria viremos a adotar, o sofrimento de toda a família ao ficar no hospital internada gera o dever de indenizar por danos morais, e mesmo que os reflexos do dano não sejam visíveis após o nascimento do nascituro podem sim obrigar o causador do dano a compensar o feto por dano moral, se adotarmos a teoria concepcionista, já que esse também é alvo do princípio da dignidade da pessoa humana e como esse tipo de indenização deriva desse norteador do Direito.

Se adotada a teoria natalista, a única forma de compensar o nascituro será a forma indireta, ou seja, aumenta o valor de indenização destinado

aos pais e assim, beneficia-se o nascituro de forma indireta. O mesmo não se verifica se aplicarmos a teoria da personalidade condicionada. Sob os olhos dessa teoria, o nascituro poderia pleitear os danos morais já que cumpriu a condição suspensiva que o impedia de pleitear seus direitos, o nascimento com vida.

Em outro caso, pode-se imaginar a situação do pai que contamina o filho com alguma doença sexualmente transmissível, estaria caracterizado o direito a indenização somente após o nascimento? Tal fato seria um absurdo já que para o infrator seria melhor, do ponto de vista patrimonial, a morte da vítima para que se livre do pagamento da indenização. Pensando assim, o doutrinador Antonio Jeová Santos (1999, p. 36) entende que:

[...] se o equilíbrio espiritual de uma pessoa já afetada vem a ser alterado em razão de ato de terceiro, existe a perturbação anímica que, embora incapaz de fazer com que a vítima sinta o mal que lhe está sendo feito, não pode deixar o malfeitor sem a devida sanção.

Dessa forma o Antonio Jeová dos Santos coloca o nascituro no mesmo patamar dos completamente incapazes como as pessoas em coma, ou sem qualquer capacidade para compreender os acontecimentos da vida cotidiana de uma maneira adequada. Obviamente, tais incapazes, no nosso caso especificadamente o nascituro, teria de ter um representante legal para buscar a tutela dos seus direitos em juízo, já que o mesmo não possui capacidade de estar em juízo e muito menos capacidade postulatória, apenas a capacidade de ser parte, pois o representante não pode reivindicar direito alheio.

3.3 Análise de caso concreto

Em setembro de 2011, o humorista Rafinha Bastos afirmou em seu programa de televisão em rede nacional que “comeria” a cantora Wanessa Camargo, na época gestante, e seu filho depois que um colega seu afirmou que essa estaria uma gracinha grávida. O caso gerou muita polêmica na época e, ofendida, Wanessa e seu marido, Marcos Buaiz, entraram com uma ação por danos morais contra o humorista alegando que tiveram violados seus direitos a honra e a imagem.

Pelo que foi noticiado à época, é que o filho do casal também foi incluído no pólo passivo da ação e, portanto, reivindicando dano moral em seu

nome. Apesar do processo correr em segredo de justiça, foi noticiado que Rafinha foi condenado a pagar 10 salários mínimos a título de indenização para cada autor da ação, totalizando um total de 30 salários mínimos.

Portanto, já se verifica que existe um precedente que o nascituro teve seu direito de personalidade violado, no caso direito à honra e imagem, e foi indenizado apesar de não ter nascido no momento em que foi ajuizada a ação de reparação de danos. Fica claro então, que o juiz da causa, o senhor Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, da 18ª Vara Cível de São Paulo, entendeu que o nascituro possuía seus direitos da personalidade e que esses devem ser tutelados como o de uma pessoa já nascida, abrindo um precedente de extrema importância e que reafirma o entendimento do presente texto.

Conclusão

Claramente como já foi discutido anteriormente, o direito de ser indenizado por dano moral decorre dos já citados direitos de personalidade. Assim, o nascituro teria direito a que sejam tutelados sua vida, à honra, à imagem, à privacidade, direito ao nome, à vida sua integridade física, mental e moral, destacando-se essa última. Ao se provar a violação do dano moral e se, por natureza, a própria violação do direito já enseja dano moral, não há motivo para não indenizar o nascituro, porém aquelas questões que precisam de provas para que se caracterize o dano moral, também são passíveis de indenização, claro que com muito mais dificuldade de obter êxito na fase probatória processual.

Portanto, evidencia-se com o a atual pesquisa que até o momento o artigo 2º do Código Civil deve ser interpretado de acordo com a corrente concepcionista, ou seja, o nascituro tem sua personalidade reconhecida desde o momento de encontro do óvulo da mãe com o espermatozóide do pai, quando se forma pela primeira vez um ser com material genético diferenciado e único. Com isso em mente, podemos afirmar que analisando as questões referentes a responsabilidade civil, se estiverem presentes os requisitos para que seja de direito do nascituro uma indenização, ela é permitida pelo sistema jurídico brasileiro. A questão do dano moral deixa de ser polêmica nesse ponto já o nascituro se torna parte legítima para reivindicar seus direitos que deveriam ser tutelados em juízo, devendo apenas ser representado por alguém, preferencialmente o pai ou a mãe, por não possuir capacidade de estar em juízo, apenas capacidade de ser parte.

Obviamente o nascituro receberá o tratamento diferenciado se compararmos com o ser humano já nascido mas nem por isso não se deve deixar de atribuir personalidade jurídica por isso. Da mesma forma que as pessoas em coma ainda possuem personalidade jurídica a ele, os nascituros são merecedores do mesmo tratamento ainda que não possam se expressar ou ser vistos ao olho nu por estar no ventre da mãe.

Como se demonstra, o nascituro é um ser humano porém em sua fase inicial de desenvolvimento. Tal circunstância não é suficiente para afastar sua condição humana e os direitos ligados a todas pessoas, é tão absurdo tratar o

nascituro como um ser que não possui direitos por não ter nascido quanto seria tratar idosos dessa forma, já que esses estão próximos da morte . O fato do nascituro estar em uma fase da vida de formação, não afasta dos princípios da dignidade da pessoa humana, direito à vida, à integridade física e todos direitos de personalidade e o reconhecimento de sua própria condição humana. Dizer que o que ainda está para nascer não merece direitos é tão inverídico quanto dizer que o que está prestes a morrer também não é merecedor.

Portanto, devido a condição humana do nascituro deve-se adotar a teoria concepcionista sobre aquisição de personalidade, o que permitiria a tutela completa do nascituro quanto ao dano moral, o principal ponto desse texto. Vale-se ressaltar que o tal dano poderá ser reparado, também, no caso do entendimento da teoria condicionada desde que ocorra o nascimento com vida.

Referências

- AMEILDA, Silmara J. A. Chinelato de Almeida, **Tutela Civil do Nascituro**, Saraiva, 2000.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, **Direito ao patrimônio Genético**, Almedina, 2006.
- BELTRÃO, Silvio Romero, **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**, Atlas, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto, **Os Direitos da Personalidade**, Forense Universitária, 7 edição, 2006.
- CAHALI, Yussef Said, **Dano moral**, São Paulo, 2ª edição, Revista dos Tribunais, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, 6 edição, 2006.
- DINIZ, Maria Helena, **O Estado Atual do Biodireito**, Saraiva, 4 edição, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo curso de Direito Civil**, Saraiva, 11 edição, 2009.
- PUSSI, William Artur, **Personalidade Jurídica do Nascituro**, Juruá, 2005.
- PUSSI, William Artur, **Personalidade Jurídica do Nascituro**, Juruá, 2 edição, 2008.
- SANTOS, Antonio Jeová, **Dano moral indenizável**, Lejus, 2 edição, 1999.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla, **Os Direitos do Nascituro- Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito**, Del Rey, 1998.
- STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**, Revista dos Tribunais, 6 edição, 2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, **Dano Moral**, Juarez de Oliveira, 6 edição, 2009.

Anexo A

PROJETO DE LEI No 487 , DE 2007. (Dos Srsº Luiz Bassuma e Miguel Martini)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Das disposições preliminares

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

Dos direitos fundamentais

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o

atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré- natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando- lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 14 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

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

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

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

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

Dos crimes em espécie

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Disposições finais

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 124.....

.....
 Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).

“Art. 125.....

.....
 Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).

“Art. 126.....

.....
 Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.

Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º

.....
 VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

Em 25 de março de 2004, o Senado dos Estados Unidos da América aprovou um projeto de lei que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime. No dia 1º de abril, o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “*Unborn Victims of Violence Act*” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência). De agora em diante, pelo direito norte-americano, se alguém causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante.

Na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao

embrião humano os mesmos direitos de um cidadão.

Não seria má idéia se o Brasil, seguindo esses bons exemplos, promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o *Pacto de São José de Costa Rica*, assinado por nosso País. Eis uma proposta de “Estatuto do Nascituro”, que oferecemos aos Colegas Parlamentares. Se aprovada e sancionada, poderá tornar-se um marco histórico em nossa legislação.

O presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a *expectativa de direitos*, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios oral e legalmente aceitos. Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542, Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, 1 Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades.

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime

(que hoje é simples contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos.

Fazemos questão de transcrever o trecho de um recente artigo publicado na revista jurídica *Consulex*, de autoria da ilustre promotora de justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Dra. Maria José Miranda Pereira:

“Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime nefando. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles. Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenado tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais 9.099/95). noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer. Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessário ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele) o delito é de segunda ou terceira categoria, um “crime de bagatela”.

O nobre deputado Givaldo Carimbão teve a idéia de incluir o aborto entre os crimes hediondos. Tal sugestão é acolhida no presente Estatuto. É verdade que as penas continuarão sendo suaves para um crime tão bárbaro, mas haverá um avanço significativo em nossa legislação penal. O melhor de tudo é que, reconhecido o aborto como crime hediondo, não será mais possível suspender o processo, como hoje habitualmente se faz, submetendo o criminoso a restrições simbólicas, tais como: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento

pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar sua atividades etc. (cf Lei 9.099/95, art. 89). Por ser um projeto inovador, que trata sistematicamente de um assunto nunca tratado em outra lei, peço uma atenção especial aos nobres pares. Seria tremenda injustiça se esta proposição tramitasse em conjunto com tantas outras, que tratam apenas de pequenas parcelas do tema que aqui se propõe. Esperamos que esta Casa de Leis se empenhe o quanto antes em aprovar este Estatuto, para alegria das crianças por nascer e para orgulho desta nação, bem como para a alegria do ex-deputado Osmânio Pereira que pediu-nos para que novamente o colocasse em tramitação nesta nova legislatura.

Sala das Sessões, em ____ de _____ de 2007.

Deputado Luiz Bassuma
PT/BA

Deputado Miguel Martini
PHS/MG