

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Faculdade de Direito

Curso de Ciências Jurídicas e Sociais

Eduardo Remussi Pertile

**BREVE ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL AO
NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2021

Eduardo Remussi Pertile

**BREVE ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL AO
NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Tula Wesendonck

Porto Alegre

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Remussi Pertile, Eduardo

BREVE ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO DANO
EXTRAPATRIMONIAL AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO / Eduardo Remussi Pertile. -- 2021.
90 f.

Orientadora: Tula Wesendonck.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. dano extrapatrimonial. 2. direitos de
personalidade. 3. responsabilidade civil. 4.
nascituro. 5. sujeito de direitos. I. Wesendonck,
Tula, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Eduardo Remussi Pertile

**BREVE ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL AO
NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tula Wesendonck

Aprovado em: Porto Alegre, 13 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Tula Wesendonck

Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

Prof. Rodrigo Ustárroz Cantali

AGRADECIMENTOS

De início, o mais importante agradecimento que faço é direcionado a todos os meus familiares e, em especial, aos meus pais Katia e Valdir que apesar de todas as adversidades e dificuldades, sempre me apoiaram incondicionalmente durante minha graduação. Sem vocês, nada disso teria sido possível.

Agradeço também aos meus amigos. A começar pelos colegas Willian, Arthur, Leonardo e Márcio e, em especial, a estes dois últimos pelos conselhos de “irmão mais velho” ministrados ao longo destes anos. A parceira de vocês durante nosso tempo junto na graduação foi e ainda é extremamente valiosa e a entrega desta monografia acontece graças aos incentivos e sugestões por vocês fornecidas. Também deixo minha gratidão aos demais amigos da UFRGS, do Colégio São José, do Pré-Vestibular Cursão e do 3º GAAAE principalmente porque, que antes do sonho de ingressar na UFRGS se tornar realidade, terem ficado ao meu lado.

Também deixo a minha homenagem aos professores do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da UFRGS por dedicarem o seu tempo e as suas vidas ao ensino e ao compartilhamento dos seus conhecimentos sobre esta complexa matéria que é o Direito. Fica aqui um agradecimento mais do que especial à minha orientadora Prof^a. Tula pela disposição em me orientar e pelos inúmeros conselhos e críticas construtivas. Sem a tua ajuda professora, aquela ideia surgida ainda 2019 jamais teria se transformado neste trabalho.

Agradeço, por último, aos servidores do Gabinete do Des. Ricardo Hermann, do Des. Richinitti (em especial aos amigos Guilherme e Gabriel), da Dr^a. Susana Galia e à equipe do nível do RMMG Advogados pela paciência em ensinar e pelas experiências, aprendizado e crescimento pessoal que o período de estágio junto a vocês me proporcionou. Gratidão a todos vocês.

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar o tratamento jurídico dado ao nascituro pelo ordenamento jurídico Brasileiro. Utilizando-se um caso paradigma julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, propõe-se questionar se o nascituro pode ser vítima de danos extrapatrimoniais. Inicialmente, expõem-se quatro teorias que versam a respeito do reconhecimento de direitos ao nascituro. Após, são apresentados os fundamentos da indenização pelo dano extrapatrimonial, os quais são posteriormente elucidados de acordo com cada uma das teorias apresentadas na primeira parte do trabalho. Somado a isso, também se discute a indenização pelo dano morte e se ela poderia ser considerada no caso de morte do nascituro. Por fim, é apresentado o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, concluindo-se que o nascituro é, atualmente, reconhecido como sujeito de direitos de caráter patrimonial e extrapatrimonial, podendo ser indenizado por danos que atinjam esta última esfera.

Palavras-chave: dano extrapatrimonial – direitos de personalidade – responsabilidade civil – nascituro – sujeito de direitos.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the legal basis on the matter of the unborn child rights in the Brazilian legal system. The leading case is one judged by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, and the main discussion proposed is whether these children could be compensated for non-pecuniary injuries. Initially, four theories concerning the unborn rights are presented. Then, the legal basis on the compensation of these injuries are explained, and the findings are elucidated throughout each of the theories presented on the first session on the paper. In addition, the financial compensation for the death event is discussed, and whether it could be considered for the unborn. In the end, it is presented the general Brazilian understandings about the matter by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, Superior Court of Justice and Supreme Federal Court, concluding that the unborn child is currently recognized as a subject of patrimonial and personality rights and may be compensated for damages that affect this last sphere.

Keywords: non-pecuniary losses – personality rights – tort law – unborn child – subject of rights

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1 TEORIA NATALISTA	11
2.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL.....	15
2.3 TEORIA CONCEPCIONISTA	17
2.4 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO SEM PERSONALIDADE.....	23
2.4.1 TEORIA FILOSÓFICO-DOGMÁTICA DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE	24
2.4.1.1 APLICAÇÃO APARENTE E EFETIVA DA TEORIA DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE.....	28
2.4.2 APONTAMENTOS SOBRE OS ENTES DESPERSONALIZADOS	30
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO COMO ATO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
3.2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	36
3.3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL IN RE IPSA.....	39
3.4 LEGITIMIDADOS A SOFRER DANO EXTRAPATRIMONIAL	44
3.5 DANO EXTRAPATRIMONIAL E O NASCITURO.....	47
3.5.1 SEGUNDO A TEORIA NATALISTA	48
3.5.2 SEGUNDO A TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL.....	49
3.5.3 SEGUNDO A TEORIA CONCEPCIONISTA E A DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE	52
3.6 PRETIUM MORTIS: O DANO MORTE E O NASCITURO.....	53
3.7 O TRATAMENTO DO NASCITURO PELO TJRS, STJ E STF.....	60
3.7.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	61
3.7.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	63
3.7.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	65
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho surge a partir de uma reflexão sobre um processo julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja competência jurisdicional é a matéria de Responsabilidade Civil e Direito Previdenciário. Trata-se de demanda envolvendo pedido de condenação ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial do qual foram vítimas um casal e seus filhos gêmeos, que na época do evento danoso ainda se encontravam em estado gestacional. Os cônjuges haviam se dirigido a loja franqueada da empresa Todeschini para adquirir móveis planejados para a sua nova residência. A loja, contudo, embora se apresentasse para o consumidor como se fosse a fabricante (por meio da utilização ostensiva do logotipo em sua fachada, em catálogos e termos contratuais), tratava-se na verdade de uma revendedora, tendo quadro de sócios e funcional próprio e montadores terceirizados a ela vinculados.

Efetuada a compra, os móveis foram transportados para a residência do casal, tendo sido concedido pleno acesso ao local aos montadores terceirizados para a realização do serviço. Em certa ocasião, após a conclusão da instalação, marido e esposa (esta à época grávida de gêmeos) foram surpreendidos na madrugada por dois indivíduos que invadiram sua morada: um adolescente, que rendeu o marido em um cômodo, e um maior de idade, que mantendo a esposa em outro quarto, lhe abusou sexualmente e após subtraiu alguns bens de valor patrimonial. Após o episódio, o casal deu-se conta de que este último sujeito tinha participado da etapa de montagem dos móveis nas semanas anteriores e que somente conseguiu adentrar na residência das vítimas em razão de lhe ter sido fornecida a chave da casa nas semanas anteriores.

O fato foi comunicado às autoridades responsáveis e, após realização de inquérito e instauração de regular processo criminal, os envolvidos foram condenados pelos ilícitos praticados. Esta circunstância culminou com o ajuizamento de demanda indenizatória buscando reparar os danos sofridos em decorrência da invasão e dos demais crimes praticados em face da fabricante e da loja revendedora sendo que, no polo ativo, figuravam os cônjuges e os bebês, cada um postulando individualmente reparação pelo prejuízo extrapatrimonial sofrido. O pedido, julgado procedente e confirmado em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, chama a atenção por ter sido reconhecido aos

nascituros o direito a perceber verba de indenização por danos morais, fato incomum na prática forense e na jurisprudência de um modo geral.¹

Em razão desta peculiaridade, o caso foi levado ao Grupo de Estudos de Responsabilidade Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, em razão de sua importância, motivou a elaboração deste trabalho, com o intuito de indagar sobre o tratamento concedido ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, e se é possível considerá-lo titular de direitos extrapatrimoniais. O questionamento é relevante principalmente porque que tal modalidade de direitos é diretamente associada ao atributo da personalidade, porém o Código Civil, em seu Art. 2º, é claro em estabelecer que a personalidade só inicia depois do nascimento com vida. Diante dessa aparente contradição, busca-se responder se existem fundamentos jurídicos para concluir tratar-se o nascituro de ser dotado de personalidade e se pode sofrer dano extrapatrimonial. O questionamento é relevante, em se considerando a existência de pouca uniformidade no tratamento do tema em razão da existência de diferentes entendimentos doutrinários sobre a matéria, principalmente em se comparando autores mais modernos com aqueles tidos como “clássicos” no Direito Brasileiro.²

Desde já se destaca que, no presente trabalho, se adotará a nomenclatura “dano extrapatrimonial” em detrimento de “dano moral”, ressalvadas as hipóteses nas quais é realizada a transcrição literal de excertos doutrinários. A preferência dá-se em virtude de se entender que o termo “moral” carrega consigo conotação ética, associada à esfera subjetiva da pessoa, de difícil definição ante a sua pluralidade de significados.³ Aliado a isso, há hipóteses em que pode se estar diante de um dano extrapatrimonial sem a existência de algum prejuízo a sentimentos subjetivos, como se demonstrará posteriormente.

O trabalho estrutura-se em duas partes, sendo a primeira destinada à avaliação das principais correntes que versam a respeito do reconhecimento do atributo da personalidade ao nascituro. São elas a teoria natalista, a teoria condicional ou da personalidade condicionada e a concepcionista, todas derivadas da teoria da equiparação, que estabelece igualdade entre os conceitos de “pessoa” e “sujeito de direitos”. Também se expõe os motivos apresentados

¹ A demanda, na origem, foi autuada sob o nº. 051/1.16.0000903-2 e, em sede recursal, sob o nº. 70079361051

² Em relação às obras mais clássicas, podem-se citar autores como Caio Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio Rodrigues, por exemplo, e, no que tange às mais modernas, faz-se menção a Flávio Tartuce, Álvaro Villaça de Azevedo, Silmara Chinelatto, entre outros.

³ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. Saraiva: São Paulo, 2003: Atlas, 2011 p. 567 citado por FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 306.

³ SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 609.

pelos seus defensores, bem como as respectivas críticas a estes endereçadas. Após, realiza-se a demonstração de posicionamento minoritário do ponto de vista doutrinário – porém relevante – que, distanciando-se da teoria da equiparação acima mencionada, entende cabível considerar o nascituro como sujeito de direitos mesmo que não esteja dotado do atributo da personalidade.

A segunda parte, por sua vez, inicia tratando dos fundamentos da responsabilidade civil, seguido do estudo do dano extrapatrimonial propriamente dito, com a sua conceituação, explicação de modalidades e de quem é legitimado a sofrê-lo e se o nascituro é um deles. Também será apresentada a figura do dano morte no caso do nascituro. Trata-se espécie de dano extrapatrimonial pouco difundida e desenvolvida no Direito Brasileiro. A modalidade tem por principal objetivo reconhecer que a perda da vida em si é também um dano indenizável e transmissível aos sucessores da vítima.

Após, propõe-se a demonstrar como alguns Tribunais Brasileiros vêm se posicionado sobre o nascituro, a iniciar pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, depois pelo Superior Tribunal de Justiça, finalizando-se com o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal. Na explicação de cada um dos acórdãos, busca-se sintetizar o problema jurídico trazido à apreciação dos julgadores e qual foi o principal argumento apresentado para dirimir a controvérsia. Por fim, sintetizam-se os principais fundamentos defendidos pela doutrina acerca da possibilidade ou não de o nascituro ser um indivíduo dotado de personalidade e se buscará responder se, de fato, o ordenamento jurídico possui elementos que permitem reconhecer o nascituro como um sujeito capaz de sofrer dano extrapatrimonial.

2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nascituro é definido como o ser já concebido, incorporado à parede do útero materno por meio da nidação, porém não nascido.⁴ A concepção surge a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide e, após o decurso de seis dias, é sucedida pela fase da nidação, “ato fisiológico ao qual atribui-se o início da gestação, e conseqüentemente a viabilidade potencial do embrião”.⁵ Não deve ser confundido com o termo “concepturo” ou “prole eventual”, utilizados para definir “aquele que ainda não foi nem concebido, embora haja esperança de ser concebido e de vir a suceder”⁶ e associados às normas que tratam da sucessão testamentária,⁷ especificamente nas hipóteses nas quais o testador possui o direito singular de favorecer pessoa ainda não concebida.⁸

O principal – e controverso – artigo que versa a respeito dos direitos do nascituro encontra-se logo no início do Código Civil, no Art. 2º, que assim estabelece “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁹ O embate doutrinário que surge a respeito do dispositivo consiste em definir justamente se o nascituro é capaz de ser titular de direitos, considerando a redação dúbia do artigo que, por um lado, reconhece direitos ao não nascido como se nascido fosse, e, por outro, não lhe atribui personalidade, em aparente contradição, já que predomina no Direito Brasileiro orientação de somente ser possível ser titular de direitos quem têm personalidade. Além disso, o texto legal também suscita dúvidas no que tange ao alcance do exercício de direitos pelo nascituro em relação aos já personalizados, isto é, aos nascidos com vida.

A doutrina brasileira é dividida em relação ao entendimento da matéria, divergência esta que resultou no surgimento de três correntes que buscam oferecer uma resposta ao problema. São elas a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. Além destas três linhas de pensamento, há posicionamento reconhecendo a titularidade de

⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 30, n. 923, p. 251-264, 2007. Trimestral.

⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. São Paulo: Alamedina, 2020. p. 163.

⁶ BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **Concursos públicos: terminologias e teorias inusitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 437.

⁷ Nesse sentido dispõe o Código Civil em seu Art. 1.799, ao prever que na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]

⁸ SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 609.

⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

direitos de indivíduos sem personalidade (estando o nascituro incluído nesta classe de indivíduos). Trata-se da chamada teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, a qual busca solucionar a controvérsia envolvendo o Art. 2º do Código Civil por um ângulo distinto, ao distinguir os conceitos de pessoa e sujeito de direito os quais, para as correntes anteriores, são sinônimos. A seguir, analisa-se isoladamente cada uma das teses mencionadas.

2.1 TEORIA NATALISTA

Os defensores da teoria natalista, como Caio Mário,¹⁰ Silvio Rodrigues,¹¹ Arnaldo Wald,¹² e San Tiago Dantas¹³ em uma interpretação literal da norma contida no Art. 2º do Código, sustentam que o início da personalidade civil ocorre no nascimento com vida, fato tido por essencial à aquisição da personalidade jurídica,¹⁴ de forma que antes de tal momento o nascituro não poderia ser considerado pessoa do ponto de vista jurídico e, portanto, não possuiria direitos, mas somente expectativa.¹⁵ Trata-se de posicionamento usualmente associado à doutrina “tradicional” e que atribui uma maior valoração interpretativa da primeira parte do Art. 2º do Código Civil (a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...) em detrimento da segunda (...mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, volume 1**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

¹¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: parte geral, volume 1**. edição desconhecida. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/04/silvio-rodrigues-direito-civil-parte-geral-1.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2021. [livro eletrônico].

¹² Citado por FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 328.

¹³ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil I**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 171. Disponível em: <https://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/programa_de_direito_civil-I-OCR.pdf>. Acesso em 28 fev. 2021.

¹⁴ A doutrina costuma fazer menção ao exame intitulado “Docimasia Hidrostática Pulmonar de Galeno”, caracterizado pela colocação de fragmentos dos pulmões do infante em água. Havendo flutuação, é sinal de que houve a utilização do aparelho respiratório e, portanto, vida, o que atrai um regime jurídico sucessório distinto daquele aplicável caso não houvesse constatação, ainda que curta, de vida. Carlos Roberto Gonçalves, em obra doutrinária relata que: “muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que durante alguns segundos, principalmente se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, ex vi legis, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era a sua genitora. Se, no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber nem a transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].).

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

Caio Mário da Silva Pereira,¹⁶ um dos principais defensores da tese, entendia pela existência de uma relação indissociável entre a personalidade – definida como a possibilidade de exercer direitos e assumir deveres na ordem jurídica – e o conceito de pessoa, sustentando não se tratar o nascituro de pessoa e, por via reflexa, não ser dotado de personalidade jurídica. Afirmava o doutrinador que “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”.¹⁷ E prosseguia dizendo que apenas era possível falar em aquisição de personalidade jurídica com o nascimento com vida.

Compartilha o mesmo posicionamento o jurista Sílvio Rodrigues quando trata da Parte Geral do Código. Ao discorrer acerca do início e fim da pessoa natural, faz a seguinte constatação: “afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Tal personalidade se adquire com o nascimento com vida, conforme determina o Art. 2º do Código Civil”.¹⁸ Prosseguindo, faz referência ao Decreto nº. 181 de 1890, o qual condicionava a aquisição da personalidade ao nascimento com vida, desde que esta fosse viável. O autor ressalta por fim o brocardo romano *monstrum vel prodigium* (tratava-se de regra que negava personalidade ao recém-nascido portador de alguma moléstia causadora de deformidades físicas graves), fazendo remissão ao Art. 30 do Código Civil espanhol¹⁹ como ilustrativo.²⁰

A tese natalista vem sendo alvo de constantes críticas pelos doutrinadores em obras e manuais mais modernos. Além disso, não vem sendo recepcionada na atual orientação dos Tribunais Brasileiros, principalmente do Superior Tribunal de Justiça. Passa-se a expor nos parágrafos seguintes os principais questionamentos e contestações endereçadas à tese.

A primeira das críticas é de que interpretação restritiva e valorativa da primeira parte da norma contida no Art. 2º do diploma civil, ao não considerar o nascituro como uma pessoa – por não ter personalidade e portanto não ser apto a deter direitos e deveres – necessariamente conduz a um entendimento de que o nascituro seria uma coisa. E, por ser “coisa”, não poderia

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, volume 1**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, volume 1**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil, volume 1**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 35.

¹⁹ Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julho 1889**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit. p. 36.

gozar da proteção de direitos fundamentais relativos à sua personalidade como o “direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.²¹

Além deste apontamento, faz-se menção ao julgamento do Recurso Especial nº. 1.415.727/SC, no qual o Superior Tribunal de Justiça, provocado para decidir acerca do cabimento de indenização por danos pessoais causados por veículos automotores em vias terrestres (DPVAT) pela morte de nascituro, fez importante construção argumentativa amparada em uma interpretação sistemática de normas esparsas contida no ordenamento jurídico brasileiro. Na avaliação da Corte Superior, o grande número de dispositivos legais que tratam de reconhecer o nascituro como titular de direitos não permite adotar a interpretação restritiva feita pela doutrina tradicional ao Art. 2º do Código Civil.

Para alcançar tal conclusão, o acórdão inicia pela menção de que o Art. 1º do Código Civil, ao prever em sua redação que toda pessoa capaz de direitos e deveres na ordem civil,²² não impede que outros sujeitos, entes ou situações jurídicas também o sejam. Como exemplo disso, é citada a massa falida, o condomínio e a herança jacente (a sociedade de fato também é uma situação que também pode ser referida, pois também pode ser detentora de direitos e titularizar relações jurídicas mesmo não possuindo personalidade).²³ Diante disso, consigna o relator que “se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa”.²⁴

Além disso, foi pontuado no julgamento que a delimitação da aquisição da personalidade ao nascimento com vida imposta pelo Art. 2 do Código Civil não permite concluir que antes dele seja inviável reconhecer a existência de uma pessoa. O Relator do acórdão então prossegue afirmando que o legislador, nas hipóteses em que pretendeu discorrer a respeito da existência da pessoa nos textos legais, assim o fez de forma expressa, como por exemplo, no caso dos Arts. 6º e 45º do diploma civil, que tratam respectivamente do término da existência da pessoa natural e do início dela em se tratando das pessoas jurídicas.²⁵

²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** – v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 179.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.415.727/SC. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrida: Seguradora Líder do Consorcio do Seguro DPVAT AS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 04 jan. 2021.

²⁵ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Avançando em sua construção no sentido de considerar o nascituro como sujeito de direitos, o julgador reporta-se aos artigos 542, 1.798 e 1.779 do Código Civil. O primeiro reconhece válida a doação efetuada ao nascituro, o segundo entende por serem legítima para a sucessão as pessoas nascidas ou já concebidas, enquanto o último assegura o direito de o nascituro ser curatelado “se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”²⁶. Além disso, também é feita referência aos tipos contidos nos Arts. 124 e 127 do Código Penal, todos inseridos no Título I, “Dos crimes contra a pessoa” e que reforçam a preocupação do legislador em proteger a vida do nascituro. Estes fundamentos, em conjunto, acabariam por permitir a conclusão de o nascituro ter personalidade.

Os autores consultados, além de fazerem alusão aos mesmos dispositivos legais anteriormente mencionados no acórdão, também referem outras normas que reconhecem direitos ao nascituro e que podem ser invocadas para reforçar o argumento de que o ordenamento jurídico reconhece personalidade ao nascituro quando se fizer uma interpretação sistemática. A iniciar pelo Art. 1.609 do Código Civil, que em seu parágrafo único estabelece a possibilidade de reconhecimento da filiação antes do nascimento. O segundo exemplo é o caput do Art. 5º da Constituição Federal, o qual garante aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade ao direito à vida.²⁷ Menciona-se também o Art. 7º e o Art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente,²⁸ que impõem ao Estado em sentido amplo a “salvaguarda do nascimento do nascituro, por meio do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, disponibilizando-se condições saudáveis de desenvolvimento da gestação”.²⁹ Há, por fim, o Art. 26 e seu parágrafo único do mesmo Estatuto, que possibilita o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento pelos pais “conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que

Art. 45º Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 319; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico]; CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

seja a origem da filiação”³⁰ seja antes do nascimento como após seu falecimento, se tiverem deixado descendentes.

O último fundamento invocado pelo Relator é de que a ausência de aptidão para o exercício dos direitos pelo nascituro não impede que seja titular de direitos. Presos e incapazes, por exemplo, embora impossibilitados do exercício de seus direitos de forma plena em caráter permanente ou temporário, permanecem sendo os seus legítimos detentores. Pode-se citar o Art. 15, inc. III da Constituição Federal como uma hipótese de impedimento temporário do exercício de votar de quem foi condenado criminalmente em decisão transitada em julgado, ao estabelecer que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.³¹

2.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

A teoria da personalidade condicional (também chamada de teoria condicionalista) entende que o nascituro detém direitos em condição suspensiva. É defendida por doutrinadores como Silvio Venosa,³² Washington de Barros Monteiro,³³ Fábio Ulhoa Coelho³⁴ e Arnaldo Rizzardo,³⁵ entre outros. Para os seus teóricos, o nascituro tem direitos eventuais e o término da condição suspensiva ocorreria no momento do nascimento com vida, marco a partir do qual haveria a consolidação dos direitos até então suspensos. É vista por alguns como um “um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida”.³⁶ O principal fundamento invocado para sua aplicação da teoria da personalidade condicional é o Art. 130 do Código Civil, que permite ao titular de direito eventual em condição suspensiva ou resolutiva a prática de atos voltados à sua conservação. Nesse sentido, a título exemplificativo, o nascituro, que é

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 abr. 2021.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil interpretado.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

³³ Citado por FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 328.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil:** parte geral i, volume 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [livro eletrônico].

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 189.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 318.

curatelado por sua mãe durante a gestação, poderia proceder com medidas acautelatórias visando impedir a depreciação de bens que lhe foram doados ou deixados em testamento.³⁷

A crítica endereçada à teoria da personalidade condicional é de que teria preocupação eminentemente patrimonial e ignoraria os direitos não patrimoniais,³⁸ principalmente os direitos fundamentais, em interpretação desconforme com o atual panorama do Direito Civil Brasileiro, caracterizado pela adoção de uma nova postura metodológica que interpreta e lê as normas “sob o ângulo dos valores, princípios e regras da Constituição”.³⁹ Trata-se do fenômeno conhecido como a constitucionalização do Direito Civil. Por influência deste novo paradigma, o regramento das relações civis – em suas origens unicamente voltado tão à proteção do patrimônio físico e de bens materiais – passa a sofrer os efeitos da despatrimonialização e da repersonalização,⁴⁰ com ênfase à proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais da pessoa em detrimento do patrimonialismo que, durante muito tempo, permeou o ordenamento pátrio.

A crítica parece pertinente, principalmente quando se considera que o próprio texto legal no qual a teoria ampara-se é associado somente à conservação de bens ou direitos de caráter patrimonial pela doutrina consultada. Sílvio Venosa em comentário à norma contida no Art. 130, faz menção aos contratos aleatórios ou à possibilidade de o fideicomissário proceder com a prática de medidas acautelatórias voltadas à conservação do patrimônio que, futuramente, receberia do fiduciário.⁴¹ Álvaro Villaça de Azevedo por sua vez ilustra a aplicação do Art. 130 referindo-se a medidas como o reconhecimento de firma, promoção de protesto de dívida e apresentação de pedido de falência.⁴² Também o faz Claudio Luiz Bueno Godoy, ao sustentar a possibilidade de o titular de direito eventual “exercer atos materiais, como a reforma do prédio, ou, ainda, reclamar do titular atual conduta compatível com a preservação da coisa ou garantia de direito futuro”.⁴³

Discorrendo acerca da ressignificação das normas jurídicas civis em face do fenômeno da constitucionalização acima mencionado, Daniel Eduardo Carnachionni em crítica à teoria

³⁷ Art. 130 Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

³⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral – v. 1.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual único de direito civil.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 111.

⁴⁰ Ibidem. p. 114.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil interpretado.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

⁴² AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

⁴³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de *et al*; PELUZO, César (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 96.

destaca a impossibilidade de submeter a personalidade a uma condição, justamente por tratar-se de um “valor ético e fundamento do Estado, inerente e inseparável da natureza humana” e prossegue afirmando que “no que se refere aos direitos fundamentais, tal teoria seria ainda mais desprovida de sentido. Imagine a situação se afirmarmos que o ente concebido tem direito à vida, subordinado à condição de nascer com vida”.⁴⁴ Esta posição é seguida por Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo, ao afirmarem 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”.⁴⁵

2.3 TEORIA CONCEPCIONISTA

Os defensores da teoria concepcionista, por sua vez, divergindo das opiniões de que o nascimento com vida é onde se inicia a personalidade e de que o nascituro tem direito que se encontra sob condição suspensiva, (em sua maioria)⁴⁶ sustentam que o início da personalidade jurídica do nascituro é a nidação, momento de instalação e incorporação do embrião nas paredes do útero materno.⁴⁷ É a posição de doutrinadores como Álvaro Villaça de Azevedo,⁴⁸ Maria Helena Diniz,⁴⁹ Silmara Chinelatto⁵⁰ e Flávio Tartuce.⁵¹

A introdução da teoria no Direito Brasileiro deriva da insuficiência que a tese natalista e a da personalidade condicional apresentavam em face do advento da Constituição de 1988 e

⁴⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

⁴⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela Jurídica Do Nascituro À Luz Da Constituição Federal**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 30, n. 923, p. 251-264, 2007.

⁴⁶ Diz-se “em sua maioria” porque há divergência dentro da própria corrente doutrinária concepcionista, inaugurada graças à evolução científica em relação aos métodos de concepção, que agora pode ocorrer fora do útero materno. Tratam-se dos casos nos quais ocorria a fecundação em proveta. Assim, surgem duas opiniões antagônicas, a primeira é no sentido de que a nidação é o marco inicial da personalidade (posicionamento defendido pela maioria da doutrina atual), enquanto a segunda admite a penetração do espermatozoide no óvulo como fato gerador da personalidade e dos direitos dela derivados, seja *in vivo* ou *in vitro*. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222).

⁴⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 30, n. 923, p. 251-264, 2007.

⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

⁵⁰ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil projeto de código civil e projeto de constituição federal**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, p. 681-691, out. 2010.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

de suas disposições normativas que protegem a honra, nome, a imagem, integridade moral e psíquica, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico, como se depreende dos Arts. 5º, inc. X e 1º, inc. III, respectivamente.⁵² A titularidade destes direitos acabaria também por ser reconhecida ao nascituro. Ainda no âmbito constitucional, há quem interprete o próprio caput do Art. 225 – que reconhece o direito ao meio-ambiente sadio às futuras gerações – como uma norma que, implicitamente, assegura direitos ao nascituro, já que ele estaria inserido nos termos “futuras gerações”.^{53 54}

Além dos artigos inseridos na Constituição Federal, os autores concepcionistas criticam o fato de que os juristas adeptos das teses natalista e da personalidade condicional desconsideram outras disposições presentes no Código Civil que reconhecem direitos ao nascituro, além de outras leis que também versavam sobre o tema e que, consideradas em conjunto, permitiam dizer que existiu preferência por legislador em equiparar o nascituro ao indivíduo já nascido no que tange à titularidade de direitos. É o caso dos já citados aos Arts. 1.609 e 1.798 do Código Civil (tratam, respectivamente, do reconhecimento de filhos fora do casamento e da possibilidade de o nascituro figurar na abertura de sucessão).

Este é o posicionamento da professora Silmara Juny de Abreu Chinelato – constantemente mencionada na bibliografia consultada como a principal responsável pelo desenvolvimento e aprofundamento dos estudos envolvendo a teoria concepcionista no âmbito do Direito Brasileiro – que, em crítica à tese natalista, refere que o fato de o nascituro não ser considerado pessoa não afasta seu direito à vida, pois “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

⁵² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

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: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵⁴ Conforme PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001, citado por TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

aborto, ressalvadas a exceções legais)”.⁵⁵ Combatendo o argumento apresentado pelos defensores da teoria da personalidade condicional envolvendo o Art. 130 do Código Civil, a autora sustenta a impossibilidade de condicionar a personalidade do nascituro, relatando que apenas os efeitos de determinados direitos patrimoniais – como a doação e a herança – dependem do nascimento com vida, casos nos quais a condição será considerada “elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”.⁵⁶

Além destes apontamentos, a jurista apresenta outros motivos para defender o reconhecimento dos direitos do nascituro.⁵⁷ O primeiro deles é no sentido de que inúmeras nações latino-americanas (como Chile, Argentina, Peru e Paraguai) reconhecem em seus sistemas jurídicos o nascituro como sujeito de direitos, de forma que o Brasil, se não procedesse da mesma forma, estaria indo no sentido contrário da evolução legislativa de outras nações. O segundo é de que, do ponto de vista biológico, o nascituro é um ente singular, com carga genética própria e distinta dos seus genitores, tratando-se, portanto, de ser dotado de vida própria. Por esta razão inclusive que o próprio Direito Penal incrimina o aborto (ressalvadas algumas hipóteses) e assim o faz com o claro propósito de tutelar o bem jurídico do direito à vida. A afirmação é ratificada pela consulta à opinião de autores penalistas. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, destaca que objeto jurídico tutelado pelo tipo penal do aborto é a vida humana.⁵⁸ De modo semelhante é opinião de Luiz Regis Prado que afirma que o bem jurídico tutelado pelos Arts. 124, 125 e 126 do Código Penal é a “vida do ser humano dependente, em formação – embrião ou feto. Protege-se a vida intrauterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer”.⁵⁹ O jurista prossegue, em nota de rodapé, relatando que o feto é “um ser vivente verdadeiro e próprio, que cresce, tem um metabolismo orgânico próprio e, sobretudo quando está a gravidez em período avançado, move-se e apresenta batimento cardíaco”.⁶⁰

⁵⁵ Conforme ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, p. 160, citada por PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 30, n. 923, p. 251-264, 2007.

⁵⁶ Conforme ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168-169, citada por GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].

⁵⁷ O posicionamento da doutrinadora foi extraído de artigo por ela publicado em 2010 no qual buscou sintetizar os principais pontos de sua tese de doutoramento, datada de 1988, intitulada “Tutela Civil do Nascituro”, no qual tratou de forma mais aprofundada a temática.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – arts.121 a 249 do CP, volume 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

⁶⁰ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale**. Milano: Giuffrè, 1977. vol. I. p. 87 e 88, citado por PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – arts.121 a 249 do CP, volume 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

Prosseguindo com a crítica realizada por Silmara Chinelatto, o terceiro argumento que apresenta é de que o próprio ordenamento jurídico atribuí ao nascituro alguns direitos e estados independentes do nascimento com vida, como o reconhecimento da filiação e o direito à curatela e à representação, conforme se depreende do teor dos já citados Arts. 1.778 e 1.779, bem como do Art. 1.634, inc. VII combinado com o 1.689,⁶¹ todos do Código Civil de 2002. A autora inclusive defende que o ente não nascido goza dos mesmos direitos concedidos de na legislação civil aos filhos já nascidos. A conclusão é extraída do fato de que estas normas não contêm expressões como “só”, “somente”, “apenas”, “unicamente” e “exclusivamente”, utilizadas em situações em que o legislador tem a intenção de tornar uma norma taxativa, o que em sua interpretação permite também considerar o nascituro como titular destes direitos. Assim, pode o nascituro ser beneficiário da estipulação a favor de terceiro (Art. 436 do Código Civil), titularizar direito a alimentos (Arts. 1.694, 1.697, 1.699, 1.701 e 1.707 do Código Civil) e direito à vida e à saúde (Art. 948 e 949 do Código Civil).⁶²

Flávio Tartuce destaca o Art. 5º da Lei de Biossegurança também como um indicativo da inclinação do legislador em acolher a tese concepcionista. A norma mencionada, em seus incisos I e II, permite para fins de pesquisa e terapia a utilização de células-tronco em três casos: o primeiro quando provenientes de embriões humanos inviáveis; o segundo quando os embriões, na data da publicação da lei, já estejam congelados há três ou mais anos; o terceiro quando os embriões já congelados na data da publicação da lei venham a completar três anos. Para o autor, esta regra teria por finalidade proteger a integridade física e a vida do embrião e portanto também alcançaria o nascituro na proteção também destes direitos.⁶³ O jurista também se refere à Lei nº. 9.434/1997 – que veda em seu Art. 15 a comercialização de material genético e comina pena de reclusão de três a oito anos e multa – como norma legal que busca proteger o nascituro.⁶⁴

⁶¹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) [...]

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

⁶² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelatto e. **O nascituro no código civil e no direito constituendo do brasil projeto de código civil e projeto de constituição federal**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, p. 681-691, out. 2010.

⁶³ BRASIL, **Lei nº. 11.105/2005 de 24 de Março de 2005**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

⁶⁴ BRASIL, **Lei nº. 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

Faz-se relevante, entretanto, esclarecer que embora Tartuce invoque a Lei nº. 11.105/2005 para dizer que o legislador optou pela corrente concepcionista e por isso reconheceu personalidade ao nascituro, o Supremo Tribunal Federal adotou orientação em sentido contrário quando se pronunciou acerca da constitucionalidade da norma. A Corte Suprema, reconhecido a constitucionalidade do Art. 5º em votação apertada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF (ajuizada pelo Procurador Geral da República em face do Art. 5º sob o fundamento de que este violava o direito à vida humana e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar constitucional),⁶⁵ adotou, por maioria, a tese vencedora de lavra do relator Min. Ayres Britto⁶⁶ que expressamente sustentou que o início da personalidade se dava apenas no momento do nascimento com vida, nos seguintes termos:

“Falo ‘pessoas físicas ou naturais’, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de ‘personalidade civil’, *literis*: ‘A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito [...] É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. [...] E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ (alínea b do inciso VII do Art. 34), ‘livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do Art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do Art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (Art. 5º)”.⁶⁷

Há posicionamento doutrinário minoritário que entende – em sentido diverso da tese vencedora adotada pelo Supremo – que a permissão contida no Art. 5, inc. II da Lei nº. 11.105/2005 de utilizar embriões congelados há três anos ou mais, quando de sua publicação, ou que, já congelados a partir deste momento, venham a completar três anos, viola diretamente “o direito à vida, o direito à imagem científica (DNA) e o princípio do respeito à

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Conectas Direitos Humanos e Outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁶⁶ Votaram a favor da constitucionalidade do Art. 5º os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Carlos Brito e Joaquim Barbosa, e em sentido contrário, por diferentes argumentos, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

⁶⁷ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 11 ago. 2020.

dignidade da pessoa humana, consagrados constitucionalmente”.⁶⁸ Trata-se da opinião externada por Maria Helena Diniz, que destaca a Lei nº. 8.974/1995 (revogada pela Lei de Biossegurança) como norma legal mais abrangente no que tange à tutela dos direitos resguardados ao embrião. Isto porque vedava em seu Art. 8º, inc. II, III e IV a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano *in vivo* (exceto para o tratamento de defeitos genéticos) e a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, além criminalizar a manipulação genética de células germinais humanas.⁶⁹ No caso do embrião (que se diferencia do nascituro porque a fecundação do óvulo é feita *in vitro* e não ocorre o fenômeno da nidação, momento em que é fixado nas paredes do útero), a jurista defende que este também teria personalidade e inclusive concebe o chamado “direito à imagem científica”, relacionado ao DNA (ao que tudo indica também passível de reparação se for violado).⁷⁰ A autora até contribuiu para a elaboração do Projeto de Lei nº. 6.960/2002 (convertido no atual Projeto de Lei nº. 699/2011, que até o presente momento aguarda a criação de comissão para discussão), destinado a alterar normas do Código Civil e, entre elas, incluir expressamente o termo “embrião” na redação do Art. 2º.⁷¹

Além da Lei de Biossegurança, a Lei dos Alimentos Gravídicos⁷² (Lei nº. 11.804/2008) também é indicada como demonstração de uma inclinação pelo legislador à teoria concepcionista. Ela reconhece o nascituro como titular do direito a alimentos em complementação aos já mencionados artigos 1.694, 1.697, 1.699, 1.701 e 1.707 do Código Civil. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1.629.423/SP - interposto por pai que entendia por descabida a incidência do Art. 6º, parágrafo único, da Lei nº. 11.804/2008 (cuja redação diz: “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”) – consignou que tais alimentos “visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta

⁶⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **O nascituro no código civil e no direito constituendo do brasil projeto de código civil e projeto de constituição federal**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, p. 681-691, out. 2010.

⁶⁹ A redação proposta para o Art. 2º passaria a ser a seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222

⁷¹ O inteiro teor do projeto, além da sua situação podem ser verificados no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em 19 abr. 2021.

⁷² BRASIL, **Lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro”.⁷³

2.4 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO SEM PERSONALIDADE

Nos capítulos anteriores, buscou-se expor as três principais vertentes teóricas acerca da possibilidade de se reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro e as respectivas críticas a elas endereçadas. A maioria dos cursos e manuais brasileiros, quando trabalham o tema que é inserido na Parte Geral do Direito Civil, costumam fazer referência tão somente à tese natalista, da personalidade condicional e concepcionista, equiparando os conceitos de “pessoa” com o de “sujeito de direito” e afirmando que são indissociáveis entre si.⁷⁴

Contudo, há juristas críticos à aludida equiparação entre os termos, pois afirmam que os conceitos de “pessoa” e “ente despersonalizado” são espécies do gênero “sujeito de direito”. É a posição de Cláudio Henrique Ribeiro da Silva e César Fiuza defendida em seus respectivos artigos intitulados “Apontamentos para uma Teoria dos Entes Despersonalizados”⁷⁵ e “Teoria Filosófico-Dogmática dos Sujeitos de Direito Sem Personalidade”.⁷⁶ Ambos os trabalhos possuem relevantes argumentos e exemplos práticos envolvendo a aplicação do que chamam de “teoria dos sujeitos de direito sem personalidade” e que expressa a possibilidade de existirem sujeitos no ordenamento jurídico que mesmo sem personalidade podem ser titulares de direitos, deveres e obrigações. Além disso, os autores apresentam críticas ao entendimento

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.629.423/SP. Recorrente: L DA S J. Recorrida: M H F (MENOR). Relator: Min. Marco Aurélio Belizze. Brasília, 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁷⁴ Venosa, por exemplo, quando trata da pessoa natural e da condição do nascituro no Capítulo II de sua obra destinada ao estudo da Parte Geral do Código Civil concebe a noção de sujeito de direito, porém a atém-se à letra da lei e afirma “no estágio atual do Direito, entendemos por pessoa o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações” e, algumas linhas após, afirma “de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico]). Opinião semelhante é sustentada por Carlos Roberto Gonçalves, que afirma “o sujeito da relação jurídica é sempre o ser humano, na condição de ente social”, porém também fica adstrito à equiparação quando afirma “o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico]).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, valendo-se da doutrina de Maria Helena Diniz, afirmam expressamente que pessoa é sinônimo de sujeito de direito e que esta, enquanto sujeito de direito, está necessariamente ligada à ideia de personalidade (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-178).

⁷⁵ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

⁷⁶ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020

adotado por autores clássicos e modernos no trabalho das teorias natalista, condicionada e concepcionista.⁷⁷ A seguir, passa-se a sintetizar as suas ideias.

2.4.1 TEORIA FILOSÓFICO-DOG MÁTICA DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE

Em seu artigo, Cesar Fiuza inicia sua exposição por meio de uma explicação histórica do significado da palavra “pessoa” (em sua origem *persona*), termo que se reportava tanto nas culturas grega e romana à máscara utilizada pelos atores em encenações e teatros. Com o passar do tempo, a expressão começou a ser empregada não mais para designar o personagem interpretado em uma peça, mas para indicar o papel desempenhado pelo indivíduo na sociedade e a sua função exercida perante a coletividade.⁷⁸

Na sociedade romana, caracterizada pela divisão dos homens em livres e escravos, somente era considerado pessoa e dotado de personalidade (esta era sinônimo de capacidade de direito e capacidade de fato) o homem livre, sendo que o exercício de seus direitos dependia da posição que ocupava em relação ao Estado e à sua família. Era considerada pessoa e tinha personalidade jurídica quem conjugasse conjuntamente o *status libertatis*, *status familiae* e *status civitatis*, que exprimem, respectivamente, a ideia que o homem deveria ser livre; chefe de família e cidadão romano. Ausente alguns destes três status, não havia falar em liberdade plena do sujeito. Já os helênicos, de modo diverso, reconheciam o atributo da personalidade apenas em relação aos heróis de guerra ou aos vencedores dos jogos olímpicos.

Com a introdução das ideias cristãs, tem-se uma nova alteração na acepção do conceito de pessoa, já que o cristianismo entendia pela igualdade de todos perante Deus. Cada indivíduo era uma pessoa humana singular e igual criada por Ele. Note-se tratar-se de noção que, diferente do Direito Romano e Grego, desvincula o reconhecimento da personalidade ao atendimento de certos requisitos ou de ser titular de alguns estados. Já na Idade Média, ocorre o reconhecimento dos chamados direitos naturais, inerentes à condição do ser humano e fruto

⁷⁷ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

Importante mencionar que o autor Cesar Fiuza destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior como sendo o primeiro doutrinador a tratar, ainda que de forma embrionária, do assunto em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação”. O estudo foi aprofundado pelo autor Cláudio Henrique Ribeiro da Silva, em seu artigo “Apontamentos para uma Teoria dos Entes Despersonalizados”.

⁷⁸ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Op. cit.

da graça divina, direitos estes “que, por serem tidos como inscritos pelo Criador no coração de sua criatura, adquiriam a condição de superioridade sobre quaisquer outros direitos”.⁷⁹

Fiuza⁸⁰ relata que o conceito de pessoa sofre nova mutação com o advento das ideias iluministas nos séculos XVII e XVIII, que agora não é mais associada a uma concessão divina, mas sim como fruto do intelecto do homem. É a capacidade de raciocinar, pensar por si próprio e de se reconhecer como indivíduo que resultam no reconhecimento do eu dotado de personalidade. A noção é aprofundada na Idade Moderna, caracterizada pela preocupação de alguns filósofos em se conferir proteção aos direitos individuais da liberdade em face da figura do poderio do Estado.

Cumprido apontar que, embora tenha predominado nos séculos XVII e XVIII uma visão mais racionalista, ainda faziam-se presentes defensores das concepções naturalistas no que tange ao reconhecimento de direitos, surgindo assim duas correntes filosóficas buscando, cada uma, justificar a origem dos direitos. Tratam-se das correntes do jus naturalismo e jus positivismo. Este último associado à ideia de tomar “a lei escrita como fonte quase exclusiva do Direito, afastando do universo jurídico os juízos de valor, como a justiça por exemplo. Tais juízos deveriam ser tratados na seara da filosofia, jamais do Direito”,⁸¹ enquanto o primeiro entenderia pela existência de uma norma geral e não escrita que serviria como fundamento ao direito.

Fiuza⁸² ressalta que a defesa de sistemas jurídicos exclusivamente amparados na lei como a única fonte criadora de direitos mostrou-se moralmente questionável (basta pensar nos regimes totalitários que predominaram em alguns países na Europa em décadas passadas), fazendo surgir pensadores que, influenciados pelo jus naturalismo, reconhecem a pessoa humana como um fim em si mesmo, e não como um mero instrumento a servir à sociedade e ao Estado. É esta a circunstância que no entendimento do autor é a gênese do conceito da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento do homem como indivíduo dotado de independência e liberdade e de uma série de direitos fundamentais que todos, de maneira indistinta, são titulares e devem tê-los garantidos pelo Estado, sem qualquer distinção envolvendo etnia, convicção religiosa, orientação sexual, posição social, etc. Fiuza, então, finaliza parte introdutória referindo que pessoa humana, em sua essência, significa ser sujeito

⁷⁹ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

de direitos e deveres na sociedade, qualidade que independente da existência de alguma norma positivada neste sentido.⁸³

Estabelecendo os fundamentos de sua tese, o autor afirma que o Direito Brasileiro, assim como outros ordenamentos jurídicos fazem, reconhece a determinados seres abstratos a capacidade de exercer direitos e contrair obrigações do mesmo modo que o faz em relação às pessoas propriamente ditas. Logo de início, tece crítica a classificação apresentada por autores de que estes seres abstratos seriam “quase pessoas”, sinalizando que esta conceituação, ao estabelecer que os entes não são pessoas, mas são tratados como se fossem, não oferece resposta satisfatória sobre a sua natureza jurídica. Estende esta crítica à constatação de que tais entes seriam “organismos jurídicos sem personalidade”, porquanto “não se explica qual a natureza dessas entidades, a qual lhes garante, em algumas situações, tratamento de pessoa, mesmo sem o serem”.⁸⁴

Fiúza também critica quem associa esses entes aos chamados “grupos de personificação anômala”, citando a doutrina de Silvio Venosa como exemplo. Consultando-se a obra bibliográfica deste autor, verificou-se que propõe esta classificação quando ele trata do capítulo destinado às pessoas jurídicas a partir do Art. 40 do Código Civil. O doutrinador coloca, ao lado da divisão entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, a existência de entidades que reuniriam características das pessoas jurídicas, mas não chegariam a possuir personalidade, por lhe faltarem requisitos necessários à personificação. Para Venosa, embora estas entidades possam figurar nos polos ativo e passivo em demandas judiciais, devem ser compreendidas como sendo “um simples agrupamento, sem que haja a *affectio societatis*, porque são formados independentemente da vontade de seus membros ou por ato jurídico que vincule um corpo de bens”,⁸⁵ afirmando que elas são dotadas de capacidade ou personalidade diminuída ou restrita (em outras palavras um “quase personalidade”).

De forma a ilustrar, Silvio Venosa enumera exemplos de entidades que, em seu entendimento, enquadram-se como estes “grupos de personificação anômala”. A iniciar pela família ou o conjunto familiar, grupo de pessoas dirigidas por um chefe familiar, porém não reconhecido desta forma pelo ordenamento jurídico, que atribui direitos e obrigações de maneira individual a cada um dos seus integrantes, mas não ao conjunto em si, ainda que este

⁸³ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuzza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

tenha interesses e finalidades em comum. Além da família, o doutrinador alude ao Art. 75 do Código de Processo Civil⁸⁶ que criaria a chamada “personificação processual”, da qual certos sujeitos que não têm personalidade jurídica conferida pela legislação material seriam detentoras, como a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, sociedades sem personalidade jurídica (irregulares ou de fato) e o condomínio.⁸⁷

Fiuza rejeita o posicionamento de Venosa por quatro motivos: primeiro pelo fato de que nem todos os exemplos por fornecidos pelo autor são, essencialmente, grupos de personificação anômala, como a herança jacente e a massa falida, que na verdade são acervos patrimoniais. O segundo motivo é de que a expressão “personificação anômala” exprime a ideia de se estar diante de um organismo que deveria ter adquirido personalidade, porém não o fez da forma prevista em lei e, por isso, é anômalo, o que até poderia ser verdade em relação às sociedades irregulares, mas não em relação às demais hipóteses. O terceiro motivo é de que não é possível cogitar na existência de uma personalidade reduzida, mas apenas sobre capacidade reduzida – em outras palavras – ou se tem ou não se tem personalidade. O quarto e é de que a invocação de uma norma processual como justificativa para a aceitação da tese da personificação anômala é insuficiente, pois reconhecer o atributo da personalidade implica também em reconhecer o surgimento de direitos cujo exercício independe de qualquer forma de atuação processual.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (autor referido por Fiuza em seu artigo), tratando a noção de sujeito de direito ou sujeito jurídico, afasta o emprego feito pela concepção tradicional de associá-lo tão somente para tratar da pessoa física ou jurídica, dos seus papéis sociais e respectivos direitos e deveres, destacando que a pessoa física ou jurídica é sujeito de direito, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira.⁸⁸ A herança jacente e os bens não partilhados do inventário exemplificam a afirmação, pois embora sejam sujeitos de direito, não são pessoas. E assim prossegue constatando que “o sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ele se atribuem, nele convergem normas que

⁸⁶ A norma estabelece que serão representados em juízo, ativa e passivamente: a massa falida, pelo administrador judicial; a herança jacente ou vacante, por seu curador; o espólio, pelo inventariante; a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores; a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; o condomínio, pelo administrador ou síndico.

⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Op cit.

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. [livro eletrônico].

conferem direitos e deveres. Fala-se assim em sujeito ativo (de um direito subjetivo) e em sujeito passivo (de uma obrigação)”.⁸⁹ Estabelecidas as discordâncias que Fiuza tem em relação à posição sustentada por autores como Silvio Venosa, apresente a ideia central de seu trabalho no sentido de que a atribuição de direitos pelo ordenamento jurídico independe da personalidade civil, como é o caso do nascituro e da herança jacente, que classifica como sujeitos de direito sem personalidade.⁹⁰

O doutrinador, então, sintetiza a teoria defendida afirmando que “toda pessoa é sujeito de direitos, mas nem todo sujeito de direitos é pessoa”⁹¹, distinguindo a essência da personalidade e a essência do sujeito de direito. A essência da personalidade relaciona-se ao ser sujeito de direito, ainda que o “ser pessoa” signifique mais do que isso, oportunidade na qual autor faz remissão à alteração do significado do termo *persona* ao longo da história. Por sua vez, o sujeito de direito em sua essência não se aproxima ou é sinônimo da personalidade, mas da capacidade e a aptidão de exercer de direitos e deveres na ordem jurídica. A partir desta distinção, torna-se possível afirmar que existem entes com e sem personalidade (o nascituro é um deles) que têm direitos e obrigações.

2.4.1.1 APLICAÇÃO APARENTE E EFETIVA DA TEORIA DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE

Após explicar as razões que sustentam a teoria, César Fiuza passa a abordar as hipóteses em que ela é aparentemente aplicada e os casos em que é efetivamente aplicada. O primeiro exemplo de aplicação aparente é o caso do condomínio, que consiste em uma situação jurídica na qual dois ou mais indivíduos (os condôminos, portanto) exercem concomitantemente direitos e detêm deveres sobre uma mesma coisa. Ainda que o termo “condomínio” seja usualmente empregado na praxe jurídica como se fosse “alguém” ele não é, em si, um sujeito de direito, mas sim os condôminos, de forma individual, ainda que o conjunto deles seja representado na figura do síndico para a administração e representação judicial, por exemplo. A teoria também é inaplicável em relação ao espólio: embora tenha o inventariante como seu representante em juízo designado pela legislação processual civil, consiste essencialmente na união dos herdeiros, que são os verdadeiros sujeitos de direito. A mesma lógica é aplicável à

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020

⁹¹ Ibidem.

sociedade de fato ou irregular (destaca-se que ela surge em duas hipóteses fáticas: quando não registrada ou quando registrada irregularmente): mesmo sendo representada por um administrador, não é responsabilizada diretamente, pois não tem personalidade que permite lhe atribuir dever ou responsabilidade. Quem responderá serão os seus integrantes, aqueles que suportarão o ônus das obrigações e deveres dela decorrentes (nesse sentido inclusive é a redação do Art. 990 do Código Civil).⁹²

Outro exemplo de aplicação aparente é o caso “dos órgãos públicos ou privados sem personalidade, como o Ministério Público, o Exército, a Polícia Militar, os ministérios, as escolas mantidas por outras entidades etc.”.⁹³ Tais entidades, quando demandadas em juízo, não figuram no polo passivo, mas sim a pessoa de direito público da Administração na qual estão inseridas, como o Estado do Rio Grande do Sul ou o Município de Porto Alegre, por exemplo, que são os entes no qual o órgão não personificado está inserido, ainda que no plano fático tenha sido este último quem deu causa à controvérsia.⁹⁴

Expostas as hipóteses de aplicação aparente, passa-se agora a indicar casos de aplicação real da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade na perspectiva de Fiuza: a situação da herança jacente, da massa falida e do nascituro. Sobre a massa falida, entende o autor tratar-se de uma reunião dos haveres e deveres do falido que embora seja administrada pela pessoa do síndico, é sujeito de direito e deveres que não detém personalidade.⁹⁵ É inclusive possível que estes direitos sejam exercidos em desfavor do próprio falido, como em um caso no qual o devedor, em conluio fraudulento com terceiro, pratica atos objetivando prejudicar credores.⁹⁶ Situação semelhante é a da herança jacente, guardada e administrada por um terceiro na figura do curador, e que reúne direitos e obrigações de falecido aparentemente sem sucessão, embora também não seja dotada de personalidade.

Por fim, em relação ao nascituro, César Fiuza, diferentemente dos defensores da tese conceptionista críticos à redação supostamente contraditória do Art. 2º do Código Civil,

⁹² Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 21 abr. 2021.

⁹³ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁹⁴ Pode-se observar que tanto o condomínio, como o espólio, a sociedade comum/de fato e os órgãos públicos ou privados sem personalidade são uma espécie de ficção jurídica, criada com o intuito de consolidar uma coletividade (de bens ou pessoas) em uma situação jurídica como se ela fosse um sujeito individual de direito para facilitar a sua compreensão e a imputação de direitos e deveres no ordenamento jurídico.

⁹⁵ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Op. cit.

⁹⁶ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

compatibiliza o teor do artigo à ideia sustentada no seu trabalho de que a “personalidade” e o “ser sujeito de direito” não são conceitos de igual significado, estando o primeiro conceito contido neste último (a ideia pode ser expressa na seguinte colocação: o sujeito de direito não precisa ter personalidade; mas quem tem personalidade é sujeito de direito). O jurista afirma que o nascituro mesmo sem personalidade por não ter nascido (lembre-se que o Art. 2º do Código Civil é claro em estabelecer o nascimento com vida como marco inicial da personalidade), goza de direitos, sendo sujeito de direito sem personalidade,⁹⁷ e usufruindo, de forma igual ao ente nascido já dotado de personalidade, do direito à vida, à saúde, à dignidade, à sucessão, entre outros.

2.4.2 APONTAMENTOS SOBRE OS ENTES DESPERSONALIZADOS

Além do artigo de César Fiuza, menciona-se o trabalho de autoria de Cláudio Henrique Ribeiro da Silva, que também defende a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade em seu artigo “Apontamentos sobre os entes despersonalizados”.⁹⁸ O jurista inicia sua exposição destacando que tanto a doutrina brasileira tradicional como a moderna equipara “pessoa” com “sujeito de direito”. Consultando-se algumas obras bibliográficas de autores civilistas, conclui-se que a constatação é verdadeira. Orlando Gomes, por exemplo, define sujeito de direito como “a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres”.⁹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, tratando da personalidade e pessoa natural, afirma que a “ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”.¹⁰⁰ Sílvio Venosa assevera que “só o ser humano pode ser titular das relações jurídicas. No estágio atual do Direito, entendemos por pessoa o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações”.¹⁰¹

Esta mesma posição é replicada em obras mais modernas. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por exemplo, ressaltam que a “personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo

⁹⁷ FIÚZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁹⁸ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 142.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, volume 1**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

para ser sujeito de direito”.¹⁰² Carlos Roberto Gonçalves, citando Washington de Barros Monteiro, expõe que “no direito moderno, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”.¹⁰³ Na mesma linha é a opinião de Álvaro Villaça Azevedo, quando afirma “personalidade é a situação de ser pessoa, a ela inerente [...] somente a pessoa pode ser sujeito de direitos e deveres, tendo personalidade”.¹⁰⁴

Claudio Henrique Ribeiro da Silva atribui a opinião destes autores à chamada “teoria da equiparação”, cuja adoção resultou na criação de um desnecessário embate sobre a correta interpretação do Art. 2º do Código Civil. Como boa parte da doutrina civil brasileira não considera nascituro como sujeito de direito sem personalidade, buscou-se solucionar o problema por meio da criação das já explicadas teorias natalista, condicionalista e concepcionista.¹⁰⁵ O jurista atribui tais criações “em função da falta de uma teoria dos entes despersonalizados que assentasse o princípio de que o sujeito de direito é gênero, cujas espécies são a pessoa e o ente despersonalizado”.¹⁰⁶ Veja-se que as três teorias, embora distintas em conteúdo, têm por comum o fato de partirem da premissa que sujeito de direito é igual a pessoa.¹⁰⁷ Destaca-se que em grande parte das obras doutrinárias consultadas, não se encontrou uma explicação por parte dos autores acerca dos motivos de o legislador ter adotado a teoria da equiparação e nem o porquê de igualmente seguirem tal ideia. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, menciona que a redação do Art. 2º deu-se pela influência da doutrina romana, salientando, ainda, a contribuição de Windscheid,¹⁰⁸ cujos escritos teriam sido amparados – nas palavras do autor – em um “mais seguro cunho de verdade científica”.¹⁰⁹

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].

¹⁰³ Conforme MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1, p. 56, citado por GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].

¹⁰⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

¹⁰⁵ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ O autor inclusive pontua, em passagem do artigo, ter almejado “demonstrar o equívoco em que tem incorrido a doutrina tradicional quando desconsidera a existência (reconhecida pelo ordenamento jurídico) de centros de imputação jurídica (sujeitos de direito) não dotados de personalidade, e propõe a equiparação das noções de pessoa e de sujeito de direitos”

¹⁰⁸ Caio Mário faz referência à obra “Diritto delle pandette”, de Bernhard Windscheid, livro I, parágrafos 38 e seguintes. Somente conseguiu-se acesso ao livro II, disponível em: <<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/675728>>. Acesso em 23 abr. 2021.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, volume 1**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

Após tais apontamentos, Claudio Henrique Ribeiro da Silva passa a discorrer sobre a introdução da ideia envolvendo a existência de sujeitos sem personalidade no Direito Brasileiro, mencionando ter sido inicialmente recepcionada pelos processualistas, que diferenciando as noções de legitimação ordinária e extraordinária, passaram a indicar a possibilidade de um direito ser postulado em juízo por alguém que, no plano material, não era o seu verdadeiro titular.¹¹⁰ O próprio Código de Processo Civil em seu Art. 75 estabelece a legitimação ordinária reconhece capacidade processual à massa falida, herança jacente, espólio, sociedades de fato e o condomínio. Citando Vicente Greco Filho, Cláudio Henrique Ribeiro da Silva refere que a capacidade processual tem por pressuposto a capacidade de ser parte (aptidão para ter direitos ou deveres em uma relação jurídica material), a qual, por sua vez, consiste na condição de ser da pessoa natural ou jurídica (em razão do Art. 1 do Código Civil), mas que esta capacidade também pode reconhecida em se tratando de entes sem personalidade jurídica, em caráter excepcional.¹¹¹ Após, exemplifica como sujeitos de direito sem personalidade as Câmaras Legislativas Municipais, Estaduais e Federal que, embora não descritas no Art. 75 do Código de Processo Civil e Art. 41 do Código Civil, têm reconhecida a aptidão para titularizar direitos e deveres na ordem jurídica.

O autor finaliza sua exposição propondo que, embora a adoção da teoria permita reconhecer a existência de diversos sujeitos de direito sem personalidade, há de se fazer uma distinção valorativa entre estes, devendo o ser humano despersonalizado (o nascituro) ocupar o “primeiro lugar”. E isto se dá pelo motivo de que o Poder Constituinte estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no Art. 1º, inc. III e, logo após, no Art. 5º, caput, descreve uma série de direitos diretamente relacionados com a pessoa humana (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade).¹¹² Assim, conclui o seu raciocínio:

“[...] enquanto as pessoas possuem aptidão genérica para direitos, deveres e obrigações, os entes despersonalizados possuem tal aptidão limitada tanto pela legislação quanto por sua própria natureza. Estes, portanto, só podem titularizar direitos ou participar de relações jurídicas que o ordenamento expressamente lhes autorize ou que se refiram diretamente à sua natureza e suas finalidades. Assim é que o nascituro, desde que concebido, tem todos os direitos (livres de qualquer condição) que lhe decorrem de sua natureza humana. Tem o direito à vida,

¹¹⁰ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

¹¹¹ FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100 citado por SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

¹¹² SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Op. cit.

à saúde, e a todos aqueles que, ainda que não expressos, sejam adequados à sua condição e natureza, o que não impede a existência de certos direitos condicionais de titularidade do nascituro, notadamente de cunho patrimonial. [...]

Ente despersonalizado, portanto, é o sujeito de direitos dotado de aptidão para contrair direitos, deveres e obrigações, limitada pela legislação e por sua própria natureza.

Por outro lado, pessoa é o sujeito de direitos com aptidão genérica para contrair direitos, deveres e obrigações.

Em ambos os casos, a aptidão é abstrata, mas, desde que haja o centro de imputação jurídica (e isto não pressupõe a imputação concreta), como efetivamente há em relação aos entes despersonalizados, estará presente o sujeito de direitos”.¹¹³

¹¹³ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO COMO ATO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”,¹¹⁴ sendo este último uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico aos indivíduos e que consiste em respeitar as esferas de direito alheias, por meio de uma ação ou uma abstenção (obrigações de dar, fazer e não fazer, portanto). O dever sucessivo, por sua vez, origina-se da violação destas normas de conduta positivas ou negativas preexistentes e impostas resultando, assim, no surgimento da responsabilidade civil e da conseqüente obrigação de indenizar.¹¹⁵ Caio Mário afirma que a responsabilidade civil “consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”,¹¹⁶ operando como um princípio que vincula o dever de reparar com o causador do dano. Semelhante é a opinião de Carlos Alberto Bittar, opinando tratar-se a responsabilidade civil de uma fórmula voltada à restauração de um desequilíbrio causado na esfera patrimonial ou uma forma de compensar o sofrimento alheio em sua esfera extrapatrimonial, com base no princípio do *neminem laedere*.¹¹⁷

A existência da responsabilidade civil é precedida da conjugação cumulativa dos requisitos do dano, ação ou omissão e nexó de causalidade. Caio Mário define dano como a “lesão ao direito ou interesse da vítima”.¹¹⁸ Ele deve ser certo (não se admite no ordenamento legal brasileiro a recomposição do dano meramente hipotético ou eventual),¹¹⁹ atual (é inviável postular a reparação de dano futuro) e subsistente (não pode ter sido reparado no momento de sua exigência em juízo).¹²⁰ O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro é constatado quando há uma ofensa a bens tangíveis de pessoa (seja ela natural ou jurídica) ou até de algum ente despersonalizado, enquanto o segundo atinge direitos de cunho

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 02.

¹¹⁵ Ibidem. p. 02.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [livro eletrônico].

¹¹⁷ Trata-se de brocardo romano que se traduz em “não causar dano a outrem”. É um dever negativo, portanto, conforme leciona BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

não patrimonial, que podem se relacionar à personalidade, honra objetiva e subjetiva, imagem, vida, saúde, entre outros.¹²¹

A ação e a omissão, por sua vez, são condutas humanas que se manifestam no mundo dos fatos produzindo consequências jurídicas danosas, sendo a ação uma atuação positiva, um “fazer”. A omissão é a atuação negativa, o “não fazer” de alguém que, por força da lei ou por ter dado causa ao evento, tinha a obrigação de agir.¹²² O nexo de causalidade é o liame causal estabelecido de uma relação entre o prejuízo da vítima e a conduta do ofensor. Trata-se de um “elemento referencial entre a conduta e o resultado”.¹²³ Diante de tais conceitos, quando demonstrar-se que “o resultado lesivo (dano) proveio de atuação do lesante (ação ou omissão antijurídica) e como seu efeito ou consequência (nexo causal ou etiológico)”,¹²⁴ será possível falar em responsabilidade civil. A doutrina brasileira majoritária segue este entendimento.¹²⁵

O Código Civil adota um sistema de responsabilidade misto, pois concebe tanto a existência da modalidade de responsabilidade subjetiva como a objetiva. Em se tratando da subjetiva, exige-se a presença da relação de causalidade, dano, e a demonstração do elemento culpa em sentido estrito (manifestada na imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo para a configuração do dever reparatório. O Art. 186 é exemplo disto, ao referir “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹²⁶

A responsabilidade objetiva diferencia-se da modalidade subjetiva no aspecto referente à demonstração da culpa, que se torna requisito irrelevante em virtude da adoção da “teoria do risco criado”. O elemento anímico da vontade (em que se compreende a culpa em sentido estrito e o dolo) é retirado em virtude “do risco ao qual a vítima foi submetida, ou o risco que o agente assume em razão da atividade desenvolvida, que poderá conduzir à produção de dano em terceiro”, como leciona Rui Stoco.¹²⁷

Na mesma linha é a doutrina de Caio Mário que reconhece a aplicação da modalidade objetiva de responsabilidade “cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para

¹²¹ CAVALIERI FILHO, op cit. p. 93.

¹²² Ibidem, p. 25.

¹²³ Ibidem, p. 49.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

¹²⁵ Há doutrina minoritária defendendo a existência de responsabilidade civil sem dano, como Enio Duarte Fernandez Junior e Renata Martins da Rosa, por exemplo no artigo intitulado “Por uma responsabilidade civil afeta às condutas e não às consequências: sim, é possível uma responsabilidade civil sem danos”.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. ver., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

outrem [de forma que deverá] responder por suas consequências danosas”,¹²⁸ mesmo comprovando o causador do dano ter agido com zelo e cuidado. O Art. 927 do Código Civil ilustra isso, pois embora faça remissão ao Art. 186 e 187 do Código Civil, estabelece em seu parágrafo único que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.¹²⁹ O Código de Defesa do Consumidor é outro diploma legal que se vale da modalidade objetiva de forma integral, na figura da responsabilidade dos fornecedores por vícios de produtos ou serviços que atinjam bens ou a própria incolumidade física dos consumidores.

A teoria do risco criado tem aplicação em diversos ramos do ordenamento jurídico, tanto nas relações entre privados (na figura do risco-proveito e do risco criado), como também na relação entre particular e Estado, por meio da teoria do risco administrativo e do risco integral. Também se faz presente no âmbito das relações de trabalho na forma da teoria do risco profissional ou industrial e “se refere a quem exerce atividade com fins lucrativos e, porque auferir lucros, deve assumir o risco dos danos que possa causar (teoria do *ubi emolumentum ibi onus*)”.¹³⁰

3.2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A indenização por dano extrapatrimonial foi inicialmente positivada pela Constituição Federal, que assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” nos incisos V e X, respectivamente, de seu Art. 5º.¹³¹ O próprio projeto do atual Código Civil de 2002 ainda quando apresentado em 11/06/1975 (Projeto de Lei nº. 634/1975) contemplava a modalidade em seu Art. 184, nos seguintes termos “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [livro eletrônico].

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15 mar. 2021.

¹³⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. ver., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito”.¹³² Entretanto, o dano extrapatrimonial já vinha sendo aceito anteriormente pelos Tribunais Brasileiros, ainda que com certa resistência inicial.

Nesse sentido, citam-se os Recursos Extraordinários nº. 59.940/SP, de 1966;¹³³ 59.111/CE, de 1967;¹³⁴ 65.281/SP, de 1968¹³⁵ e 64.771/GB.¹³⁶ Há também a edição da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 03/12/1969, cujo teor estabelece que “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.¹³⁷ O enunciado que inicialmente era aplicado somente para reconhecer a possibilidade de indenização por dano material a famílias de baixa-renda que haviam perdido filhos de tenra idade que auxiliavam na composição dos recursos da família¹³⁸ teve sua interpretação ampliada passando a abarcar também a figura do dano extrapatrimonial causado por este evento morte. Nesse sentido, cita-se o Recurso Extraordinário 71.884/CE.¹³⁹

¹³² BRASIL. **Projeto de Lei nº. 634 de 1975**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. p. 11. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1>. Acesso em 11 abr. 2021.

¹³³ RESPONSABILIDADE CIVIL - A MORTE DE FILHOS MENORES, CONFORME AS CIRCUNSTANCIAS, COMPORTA INDENIZAÇÃO. O PROBLEMA RESOLVE-SE NA LIQUIDAÇÃO E POR ARBITRAMENTO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 59.940/SP. Recorrente: Vicente Damico E Outro. Recorrido: Auto Ônibus Jundiá. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, 26 abr. 1966.

Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹³⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. RESSARCIMENTO DO DANO MORAL. A REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO, QUE HAJA CAUSADO A MORTE DE MENOR, NÃO SE RESTRINGE AOS LIMITES DO ART. 1.537 DO C. CIVIL. IMPÕE-SE A INDENIZAÇÃO POR ARBITRAMENTO, CONSOANTE A REGRA DO ART. 1.553 DO CITADO DIPLOMA.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 59.111/CE. Recorrente: Jose Rodrigues. Recorrido: Prefeitura Municipal De Fortaleza. Relator: Min. Djaci Falcao. Brasília, 15 mai. 1967. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹³⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR, SEM OCUPAÇÃO LUCRATIVA REGULAR, MAS QUE AJUDAVA OS PAIS, DE CONDIÇÃO HUMILDE. EXPECTATIVA JUSTIFICAVEL DE COOPERAÇÃO MAIS EFETIVA EM FUTURO PROXIMO. INDENIZAÇÃO A SER LIQUIDADADA POR ARBITRAMENTO (C. CIV., ART. 1.553). PRECEDENTE DA 2 TURMA: RE 59.940 (1966).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 65.281/SP. Recorrente: Virgílio Mota. Recorrido: Irmãos Rocha. Relator: Min. Victor Nunes. Brasília, 23 set. 1969. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹³⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO A SER LIQUIDADADA EM ARBITRAMENTO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 159 E 1.533 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 64.711/GB. Recorrente: Nelida Derina Tombo Soggi. Recorrido: Transportes Amigos Unidos LTDA. Relator: Min. Thompson Flores. Brasília, 17 abr. 1969.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 491.

Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula491/false>>. Acesso em 11 abr. 2021.

¹³⁸ A edição da Súmula 491 fundou-se nos seguintes precedentes: RE 65281/SP, RE 53404/GB e RE 59940/SP.

¹³⁹ DANO MORAL. REPARAÇÃO. SÚMULA 491.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 71.884/CE. Recorrente: Alberto Targino. Recorrido: Sabino Alves Teixeira e Outro. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, 21 mai. 1971.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021

O dano extrapatrimonial se encontra atrelado ao conceito da dignidade da pessoa humana que, por influência do Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,¹⁴⁰ o Constituinte estabelece como princípio basilar do Estado Democrático de Direito em seu Art. 1, inc. III.¹⁴¹ Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto o conceituam como uma “lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.¹⁴² Para os doutrinadores, sofrer dano extrapatrimonial não implica, necessariamente, em suportar sentimentos negativos como dor, desgaste, desprezo ou insatisfação, os quais são possíveis consequências do dano, mas não requisitos elementares para o reconhecimento da existência de ofensa aos atributos extrapatrimoniais. Nesse sentido, os doutrinadores fazem alusão ao enunciado nº. 445 do Conselho de Justiça Federal que afasta a ocorrência de sentimentos humanos desagradáveis como requisito para reconhecer o dano.¹⁴³ Também referem que a ausência de capacidade de compreensão permanente ou transitória de determinados sujeitos (como uma criança ou uma pessoa em coma) não exime o dever de indenizar que tenha surgido em virtude de alguma ofensa e que termine atingindo os seus direitos fundamentais. Sílvio Venosa tem opinião semelhante, ao referir que “o dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica”.¹⁴⁴

Ainda tratando da concepção equivocada de que o dano extrapatrimonial dependeria de algum sentimento de desvalia, os autores explicam que este entendimento tem origem na época em que se admitia a existência do dano extrapatrimonial como consequência necessária do dano patrimonial. Assim, a forma de cálculo dano patrimonial (comparação do patrimônio do ofendido antes e depois lesão) acabava por também ser aplicada em relação ao dano extrapatrimonial, numa espécie de “equação” envolvendo os sentimentos do ofendido antes e

¹⁴⁰ Artigo 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – ONU. 1948. Disponível em:

<<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 24 fev. 2021.

¹⁴¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 298-301.

¹⁴³ “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em 15 mar. 2021.

¹⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

depois do prejuízo. Este pensamento provou-se equivocado, já que o dano extrapatrimonial foi reconhecido como modalidade independente da lesão patrimonial. Não por outro motivo que o Código Civil de 2002 e a própria Constituição Federal o reconhecerem como modalidade autônoma.

Não obstante a independência entre as espécies de dano, é comum a existência de situações nas quais um mesmo fato origine tanto o prejuízo patrimonial como o não patrimonial. Destaca-se nessa linha a conceituação feita por Carlos Alberto Bittar que, diante desta interpenetração entre as modalidades a depender da situação, propõe a classificação dos danos (materiais ou morais) em puros/diretos e em reflexos/indiretos. O dano extrapatrimonial reflexo surgiria de uma violação a uma obrigação de caráter patrimonial e que acabou surtindo efeitos na esfera extrapatrimonial como, por exemplo, o descumprimento de uma obrigação contratual causadora de uma perturbação significativa no relacionamento até então saudável mantido entre contratantes. Em se tratando do dano patrimonial reflexo, tem-se exatamente o inverso. De forma a ilustrar, pode-se pensar em um prejuízo que afetou a celebração de negócios e a credibilidade de determinada pessoa em virtude de alguma difamação ou calúnia que lhe tenha sido imputada de forma pretérita. No caso do dano extrapatrimonial e patrimonial puro, consistem em fatos que geram uma perturbação direta a uma só esfera, como uma ofensa verbal ou um descumprimento contratual cujos efeitos limitam-se ao patrimônio ou à esfera extrapatrimonial.¹⁴⁵

3.3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL IN RE IPSA

Conforme exposto no capítulo anterior, o dano extrapatrimonial é a ofensa que atinge atributos da personalidade, podendo afetar o ânimo psíquico, moral ou intelectual da vítima¹⁴⁶ ou direitos fundamentais. A doutrina de uma forma geral não costuma debater muito acerca da sua definição, sendo unânime quanto a isso. O mesmo não é dito, entretanto, quando se trata da comprovação do dano extrapatrimonial. Há duas posições quanto a este tema: a primeira é no sentido de que o dano extrapatrimonial é modalidade prescindível de prova, pois a mera prática de um ato ilícito que atinge a esfera extrapatrimonial é intrinsecamente grave e, por isso, suficiente a comprovar a sua existência. É a chamada modalidade do dano extrapatrimonial *in re ipsa*, fruto de uma presunção absoluta. A segunda posição entende que

¹⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

¹⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

mesmo o dano extrapatrimonial sendo, por sua própria natureza, de difícil demonstração, quem reclama sua reparação deve ao menos ser capaz de produzir um ou mais elementos que permitam concluir pela sua existência. A comprovação é desnecessária apenas em casos de flagrante violação a algum atributo da personalidade ou direito fundamental.¹⁴⁷ Vigora, entretanto, uma regra geral de que não há uma presunção absoluta para todo e qualquer dano extrapatrimonial sofrido. Em suma, ambas as correntes admitem a figura do dano extrapatrimonial *in re ipsa*, a diferença é que a primeira o vislumbra em todos os casos e a segunda não.

Silvio Venosa, por exemplo, filia-se a segunda corrente. Tratando do tema, salienta que embora exista uma clara dificuldade de se mensurar a dor física sofrida por alguém ou a extensão da violação a direitos como a imagem, a honra, a respeitabilidade, a aferição do dano extrapatrimonial sempre se dá de acordo com o caso particular, cujas circunstâncias devem ser analisadas, principalmente a natureza do ato ilícito, quem o praticou e quem foi ofendido. Essa avaliação deve considerar, ainda, as chamadas “máximas da experiência” comum do magistrado.¹⁴⁸ A prova, portanto, é construída em cada caso, na interpretação do autor.

Semelhante é a opinião de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que, citando Sérgio Severo, apontam que o critério do *reasonable man* (o homem-médio) serve como um norte à decisão do julgador, formando uma presunção relativa de que o dano concretizou-se, salvo prova em contrário.¹⁴⁹ O mesmo entendimento é externado por Flávio Tartuce que expressamente afirma tratar-se a modalidade *in re ipsa* de exceção em nosso sistema jurídico, presente “nos casos de abalo de crédito ou abalo moral, protesto indevido de títulos, envio do nome de pessoa natural ou jurídica para o rol dos inadimplentes (Serasa, SPC), uso indevido de imagem, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo”.¹⁵⁰ O autor ainda faz menção ao informativo nº. 513 do Superior Tribunal de Justiça cujo teor afirma presumir-se o dano extrapatrimonial quando há ofensa a interesses ou direitos

¹⁴⁷ Interessante destacar a classificação proposta por Flávio Tartuce que conceitua o dano extrapatrimonial *in re ipsa* como “dano objetivo” ou “presumido” – que afirma tratar-se de exceção no ordenamento jurídico brasileiro – modalidade que se contrapõe ao chamado dano “subjetivo” ou “provado” – que afirma tratar-se de regra geral. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil** – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

¹⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

¹⁴⁹ Conforme Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 63-64, citado por GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Op. cit.

existenciais atinentes à dignidade da pessoa humana.¹⁵¹ Carlos Alberto Bittar também compactua do entendimento:

“[...] o dano moral repercute internamente, ou seja, na esfera íntima, ou no recôndito do espírito, dispensando a experiência humana qualquer exteriorização a título de prova, diante das próprias evidências fáticas [...] cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio em sua situação jurídica, moral, econômica, emocional ou outras, suportou ela consequências negativas advindas do fato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente”.¹⁵²

A única opinião que se filia à primeira corrente (presunção absoluta do dano extrapatrimonial) é a de Carlos Roberto Gonçalves que afirma tratar-se o dano extrapatrimonial de espécie que dispensa “prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta”.¹⁵³ Prescinde, portanto, das demais hipóteses nas quais a alegação de dano deve estar acompanhada de elementos aptos a demonstrar um prejuízo extrapatrimonial para então torná-lo passível de reparação. O jurista, então, ilustra a definição fazendo alusão a eventos como a perda de um filho ou ofensa à honra como hipóteses que dispensariam a produção de maiores provas pois o prejuízo poderia ser extraído da simples narrativa destes fatos. A mera existência de tais eventos é capaz de fazer surgir um dever de indenizar. O doutrinador, contudo, não tece maiores considerações acerca dos parâmetros para se considerar ou não determinado fato como apto a fazer surgir o dano extrapatrimonial *in re ipsa*. É posicionamento isolado na bibliografia consultada.

Sérgio Cavalieri parece seguir linha semelhante, ao dizer assistir razão a quem entende que o dano extrapatrimonial estaria compreendido na ofensa em si e “decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*;

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência Número 513. Brasília, 6 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/4013/4236>>. Acesso em 22 fev. 2021.

¹⁵² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

¹⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].

deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo”.¹⁵⁴ Porém, logo após o autor destaca que esta regra não se aplica a todo ato ilícito, pois somente haveria falar em presunção do dano após o evento ter passado por um juízo de experiência pelo julgador, com o intuito de verificar se a situação narrada tem potencial de causar o dano alegado pela suposta vítima.

Este juízo de experiência ou pelas “máximas da experiência comum”, referido na obra de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto consiste em uma aferição orientada por uma técnica de ponderação e avaliação pautada na proporcionalidade, que considerará as peculiaridades do caso levado à apreciação do Poder Judiciário para então verificar se houve dano a algum interesse existencial.¹⁵⁵

Ocorre que isto em grande parte das vezes não ocorre na prática, tornando a figura do dano extrapatrimonial *in re ipsa* uma modalidade que acaba tendo a sua finalidade esvaziada diante da falta de argumentação e fundamentação convincente por parte dos julgadores, os quais simplesmente afirmam estar diante de uma situação de dano *in re ipsa* sem tecerem maiores considerações acerca do caso decidido. O conceito é empregado de forma abstrata e sem maiores atenções acerca da alegada violação ao direito de personalidade ou fundamental e quem são as partes envolvidas.

Embora os três doutrinadores reconheçam a presença de casos de fácil resolução e aplicação da modalidade do dano *in re ipsa* (como uma situação envolvendo amputação por acidente automobilístico), destacam que muitas vezes há omissão por parte do julgador em avaliar casos mais complexos (como a ofensa à integridade psíquica ou algum embate entre o direito à intimidade e o interesse público, por exemplo),¹⁵⁶ o que é necessário, considerando a dificuldade de prova da existência desta modalidade de dano.

Em artigo sobre o tema, Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman relatam que a prova do dano *in re ipsa* pelo ofendido não ocorre de forma direta, mas sim por uma construção lógica efetuada no caso. Criticando o tratamento da matéria no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afirmam que a existência do dano extrapatrimonial é precedida por um juízo dedutivo amparado não no fato principal (no prejuízo propriamente em si), mas sim por indícios, definidos como circunstâncias conhecidas e provadas que, tendo relação com o fato, autorizam por indução concluir pela existência de outras circunstâncias¹⁵⁷ (o

¹⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 97.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 302

¹⁵⁶ Ibidem, p. 302-304.

¹⁵⁷ “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em:

conceito é retirado do Art. 239 do Código de Processo Penal). A presunção do dano extrapatrimonial é alcançada pela utilização destes indícios (fatos provados de caráter secundário) aliados às máximas da experiência comum (Art. 375 do Código de Processo Civil).¹⁵⁸ Em conjunto, estes geram a convicção da concretização do fato principal. É uma operação lógico-dedutiva que, por intermédio de um juízo de inferência, permite reconhecer a existência do prejuízo. Assim, afirmam que o “dano moral não se prova, acha-se *in re ipsa*; o que se provam são os indícios, ou seja, os fatos que acarretaram dor, sofrimento, abalos psicológicos etc., todos sentimentos íntimos à vítima”.¹⁵⁹

Os autores também são críticos em relação à postura dos Tribunais que muitas vezes dizem estar tratando de um caso nos qual o dano em discussão é *in re ipsa* sem o emprego da fundamentação adequada para tanto, conduta que implica em violação do dever de fundamentação das decisões de titularidade dos magistrados, contidos Art. 489 do Código de Processo Civil e 93, inc. IX, da Constituição Federal. Além disso, afirmam que todo o julgador deve “elencar as razões pelas quais se acredita que, naquele caso, não há necessidade de produção da prova”,¹⁶⁰ em se considerando a vagueza e indeterminabilidade do conceito, que sempre deve concretizado de acordo com a situação posta.

Para corroborar a constatação, expõem a ausência de uniformidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no enfrentamento de temas envolvendo o reconhecimento da modalidade do dano *in re ipsa* em dois casos de grande incidência nos Tribunais Brasileiros. O primeiro refere-se às situações de saques fraudulentos em contas bancárias, no qual demonstram que ora a Corte defende a necessidade de prova de dano, ora afirma tratar-se de hipótese *in re ipsa*. O segundo refere-se à presença de corpos estranhos em produtos alimentícios, no qual por vezes exige-se a ingestão do alimento para a configuração do dano e, em outras ocasiões, decide-se que a mera exposição ao produto contaminado afasta o ônus probatório do prejuízo.¹⁶¹

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

¹⁵⁸ “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março e 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16 mar. 21.

¹⁵⁹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. **O dano moral in re ipsa e sua dimensão probatória na jurisprudência do STJ**. Revista de Processo, v. 291, p. 311-336, 2019.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

3.4 LEGITIMIDADES A SOFRER DANO EXTRAPATRIMONIAL

Os capítulos anteriores destinaram-se a conceituar o dano extrapatrimonial, explicar o fundamento legal pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro lhe reconhece como uma modalidade autônoma e independente do dano patrimonial, ainda que possam estar relacionados entre si. Também expôs da modalidade de dano *in re ipsa*, em que se buscou explicitar, valendo-se do posicionamento de alguns doutrinadores, que a sua aferição não ocorre de uma maneira ideal no âmbito judicial, o que acaba enfraquecendo a sua finalidade. Passa-se, agora, a demonstrar quem pode sofrer dano extrapatrimonial e se o nascituro é um destes sujeitos.

Carlos Alberto Bittar leciona que os “titulares do direito à reparação – lesados ou vítimas – são as pessoas que suportam os reflexos negativos de fatos danosos; vale dizer, são aqueles em cuja esfera de ação repercutem os eventos lesivos”.¹⁶² A lesão extrapatrimonial, como já destacado, é tipo de dano que afeta atributos usualmente associados à personalidade, como a honra, respeitabilidade, imagem, boa fama, intimidade, entre outros ou que possuem alguma relação com os direitos fundamentais inerentes à condição de pessoa humana.

O autor, tratando da personalidade, assevera que a pessoa humana pode ser considerada em duas esferas: a psíquica e a social. A esfera psíquica, também chamada de afetiva, se apresenta “reagente a estímulos exteriores, com sua inteligência (esfera do conhecimento e da representação), com seus elementos ativos (esfera motora) e com seus elementos afetivos (estados agradáveis ou desagradáveis que as representações provocam)”.¹⁶³ A esfera social, por sua vez, é onde o indivíduo encontra-se inserido no meio social que habita, sujeitando-se à apreciação e valoração de uma coletividade de pessoas com as quais se inter-relaciona (como o grupo familiar, profissional, educacional).

Assim opina o jurista:

É nesse contexto que, de um lado, cada pessoa forma e desenvolve os bens culturais, ou valores que integram a personalidade, ou de beleza, de justiça, de integridade, de inteligência, de trabalho, de verdade, de bondade, de elegância, de utilidade. De outro, recebe do meio, ou de cada grupo em que se inscreve, conceitos ou considerações, com os quais passa a ser identificada em suas interações sociais: daí deriva o modo como é recebida, respeitada, considerada, ou tratada, nos diferentes ambientes ou circuitos em que transita, social ou profissionalmente.¹⁶⁴

¹⁶² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

Qualquer ofensa que macule alguma destas duas esferas do indivíduo pode ser considerada como um prejuízo extrapatrimonial. Portanto, o primeiro sujeito apto a ser vítima deste tipo de lesão é o ser humano. Além dele, é possível cogitar em lesão aos atributos da personalidade de pessoas jurídicas. Como se destacou acima, a esfera social abarca atributos como a honra, consideração e respeitabilidade. Tais sentimentos, embora originalmente tenham sido associados tão somente à pessoa humana, acabaram por ser reconhecidos também a pessoas jurídicas, as quais também se encontram inseridas em um meio social e gozam de atributos como a boa-fama, respeito e consideração dentro de uma coletividade. Se tais faculdades também forem alvo de ofensa, não há motivo para que também não possam ser compensadas.

Em estudo sobre o tema, Jorge Shiguemitsu Fujita expõe a existência de duas correntes: a negativista e a favorável ao reconhecimento do dano extrapatrimonial à pessoa jurídica. Todos os argumentos utilizados pelos adeptos da primeira corrente têm por premissa a impossibilidade de observar na pessoa jurídica “a ocorrência de fenômenos biológicos e psicológicos próprios do ser humano, nos quais a dor, o sofrimento, a decepção, a depressão, o constrangimento são decorrentes da sua mente, do seu centro nervoso”.¹⁶⁵ A pessoa jurídica não poderia suportar ou sentir tais sensações em virtude de não ser dotada de elementos sensoriais.¹⁶⁶

Em sentido diverso, a corrente favorável (e majoritária) destaca que o sentimento de dor física e/ou psicológica não é requisito para o dano extrapatrimonial ser configurado (tanto é verdade que um incapaz é suscetível de sofrer dano extrapatrimonial ainda que não tenha compreensão do fato). Além disso, seus defensores sinalizam que o dano extrapatrimonial sofrido pela pessoa jurídica gera conseqüências em relação a sua imagem, consideração, honra, respeitabilidade no meio social que integra.¹⁶⁷ Aguiar Dias, por exemplo, concebe que além

¹⁶⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Pessoa jurídica e o dano moral**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 22, p. 92-114, 2008.

¹⁶⁶ O autor cita as seguintes obras e autores para demonstrar os adeptos da corrente negativista: ALSINA, Jorge Bustamante. *TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. 8. ed. BuenosAires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 251 e 252.; CIFUENTES, Santos. *El daño moral y la persona jurídica, derecho de daños*. 1.ª Parte. BuenosAires: La Rocca, 1996. p. 393-413; SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 650-652; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 219-220; LEÃO, Antônio Carlos Amaral. *Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica*. RT 689/7(DTR\1993\591)-13. São Paulo: Ed. RT, mar. 1993.

¹⁶⁷ O autor cita as seguintes obras e autores para demonstrar os adeptos da corrente favorável DE CUPIS, Adriano. *Il danno – Teoria general de la responsabilidad civil*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 124.; MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947. vol. 1, p. 295.; MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1934. vol. 3, p. 685; BREBBIA, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. Rosário: Juris, 1997. vol. 2, p. 429.

de pessoas jurídicas privadas e públicas, as autarquias e sindicatos também seriam sujeitos suscetíveis de sofrer dano extrapatrimonial.

O tema está pacificado nos Tribunais, considerando a existência da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.¹⁶⁸ Interessante apontar que no julgamento do Recurso Especial nº. 129.428/RJ, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar e que deu origem ao enunciado citado, há menção ao Recurso Especial nº. 60.033/MG, também de sua relatoria, na qual se distinguiu os conceitos de honra subjetiva e objetiva.

A honra subjetiva é inerente e exclusiva à pessoa física, inserida no psiquismo de cada uma e “pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame”.¹⁶⁹ No que se refere à honra objetiva, estaria relacionada ao aspecto externo do sujeito, como respeito e admiração no âmbito social em que vive. Assim, ainda que a pessoa jurídica não tenha capacidade de ter a sua esfera subjetiva atingida “pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua”.¹⁷⁰

Além das pessoas jurídicas, também podem sofrer dano extrapatrimonial os entes despersonalizados, como grupos de pessoas (uma classe, um partido político, agrupamento norteado pelos mesmos ideais) e, caso se adote a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, o próprio nascituro (o capítulo subsequente abordará este tema). O ordenamento jurídico brasileiro se vale de mecanismos voltados a tutelar os direitos destes grupos (divididos entre coletivos, difusos ou individuais homogêneos).¹⁷¹ Até a memória de

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 227. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em 25 fev. 2021.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 60.033/MG. Recorrente: Banco Nacional S/A. Recorrida: Boerger E Boerger Classivideo Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 08 ago. 1995. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 60.033/MG. Recorrente: Banco Nacional S/A. Recorrida: Boerger E Boerger Classivideo Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 08 ago. 1995. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁷¹ Nesse sentido é o Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

quem não mais detém personalidade, em virtude de falecimento, é passível de sofrer algum tipo de ataque que atinja essa esfera extrapatrimonial, fato que permite que a reparação desse prejuízo seja buscada por seus sucessores. O próprio Código Penal tipifica, a partir do Art. 209, crimes que atingem o respeito aos mortos.

3.5 DANO EXTRAPATRIMONIAL E O NASCITURO

Na primeira parte deste trabalho, realizou-se a exposição das três principais teorias acerca da existência ou não de personalidade ao nascituro no Direito Brasileiro. São elas as correntes natalista, condicional e concepcionista. Estas linhas de pensamento, mesmo divergindo em seu conteúdo, têm por comum o pressuposto de que as noções de personalidade e sujeito de direito seriam sinônimas e inseparáveis, não sendo possível existir uma sem a outra. Além disso, demonstrou-se a existência de outro posicionamento minoritário que defendendo a independência da personalidade e da qualidade de ser sujeito de direito entendia a redação do Art. 2º do Código Civil não impedimento reconhecer o nascituro como sujeito de direito, ainda que não lhe seja atribuída a personalidade.

Em seguida, buscou-se explanar as linhas gerais do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o seu fundamento constitucional e suas características peculiares que muito se afastam do dano patrimonial. Aliado a isso, relatou-se que a doutrina e jurisprudência moderna vêm acolhendo a existência desta modalidade tanto no caso de pessoas físicas como pessoas jurídicas, na medida em que estas últimas também seriam titulares de uma série de direitos que, juntos, se conjugam no que se conhece por honra objetiva.

Posto isso, passa-se agora a avaliar se o nascituro pode ou não ser considerado como indivíduo suscetível a vir sofrer dano extrapatrimonial, de acordo com cada uma das teorias que lhe reconhece ou não a existência de personalidade. Também serão tecidos alguns comentários acerca do dano morte, modalidade pouco difundida no Brasil e se o nascituro também pode sofrê-lo. Após, se demonstrará como o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul e os Tribunais Superiores vêm se pronunciando em situações envolvendo o reconhecimento de direitos ao nascituro nos últimos anos.

3.5.1 SEGUNDO A TEORIA NATALISTA

A teoria natalista, em interpretação literal do Art. 2º do Código Civil, ao reconhecer o atributo da personalidade unicamente ao ser nascido com vida, equipara o nascituro a uma coisa, ou seja, ente sem personalidade. Por se tratar de corrente fundamentada na equiparação entre os conceitos de personalidade e de ser sujeito de direito, se o nascituro não tem personalidade, por ainda não ter nascido, invariavelmente não poderá titularizar o direito de ser reparado por algum dano que atinja esta esfera extrapatrimonial. Em suma, não se poderia reparar um dano à personalidade se ela sequer existe.

O posicionamento nesse sentido é encontrado apenas em obras mais antigas da literatura jurídica brasileira (como a de Caio Mário¹⁷² e Sílvio Rodrigues,¹⁷³ por exemplo), mas não mais subsiste na jurisprudência e doutrina moderna, principalmente em razão da constitucionalização do Direito Civil, cujas disposições devem ser interpretadas em atenção aos princípios insculpidos na Constituição Federal, a qual eleva a pessoa humana (noção na qual o nascituro indiscutivelmente está compreendido) como valor fundamental no ordenamento.¹⁷⁴

Além disso, há de se considerar a contribuição das ciências médicas em demonstrar, de forma cabal, que o nascituro pode sofrer danos, sejam eles físicos (o caso do medicamento Talidomida é um exemplo) ou psicológicos (como caso que serviu de paradigma a este estudo, no qual os sentimentos negativos suportados pela gestante foram diretamente transmitidos aos bebês.¹⁷⁵ Em sentido semelhante são as indenizações pagas pelo Estado Brasileiro aos fetos cujas mães foram torturadas na ditadura).¹⁷⁶ Diante disso, não parece razoável dizer que o ente ainda não nascido, por força de simples previsão legal, não pode ser titular de direito a ser reparado por prejuízos manifestos no mundo concreto. Não bastando isso, destaca-se a desnecessidade de o nascituro suportar alguma sensação de desvalia ou insatisfação, o que afasta eventual argumento de não poder ser indenizado em razão da

¹⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [livro eletrônico].

¹⁷³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil, volume 1: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 35

¹⁷⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

¹⁷⁵ Nesse sentido é a reportagem “Loja e fábrica da Serra são condenadas a indenizar família de grávida estuprada por montador de móveis”, datada de 25/06/2019. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/policia/noticia/2019/06/loja-e-fabrica-da-serra-sao-condenadas-a-indenizar-familia-de-gravida-estuprada-por-montador-de-moveis-10948158.html>>. Acesso em 15 mar. 21.

¹⁷⁶ Nesse sentido é a reportagem “DITADURA MILITAR: Estado indeniza segundo feto como vítima de tortura”, datada de 11/02/2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1102200722.htm>>. Acesso em 15 mar. 21.

ausência de capacidade de sentir ou de dimensionar o dano. A aferição do dano extrapatrimonial orienta-se não pela capacidade de sentir, mas pela ofensa a algum interesse ou direito existencial. A teoria natalista, justamente por ignorar tais fundamentos, acabou por cair em desuso.

3.5.2 SEGUNDO A TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Também é inviável indenizar o nascituro em se considerando a teoria condicional, que afirma que personalidade do não nascido está em um estado de suspensão cujo término é o nascimento com vida. A tese vislumbra somente a titularidade de direitos de cunho patrimonial pelo nascituro, com amparo no Art. 130 do Código Civil,¹⁷⁷ norma que faculta ao titular do direito eventual praticar atos voltados a preservar bens ou direitos tangíveis e economicamente mensuráveis, de natureza claramente patrimonial. A personalidade e os direitos a ela associados possuem caráter extrapatrimonial, não são bens tangíveis e não são passíveis de uma mensuração monetária e por isso não são abarcadas pelo artigo. Cumpre destacar que dano extrapatrimonial não é reparado, mas sim compensado, sendo que o arbitramento de uma quantia determinada a título de dano extrapatrimonial não significa dizer que o bem atingido tem um preço. Assim afirma Sérgio Cavalieri Filho, ao apontar que “o ressarcimento do dano extrapatrimonial não tende ao *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou humilhação sofrida”.¹⁷⁸

A tese da personalidade condicional também parece provocar alguns problemas práticos. Explica-se. Não há discussão de que o nascituro pode sofrer danos físicos ou psicológicos. Igualmente inexistente controvérsia de que a responsabilidade civil se orienta pelo princípio da reparação integral,¹⁷⁹ cuja finalidade é “repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto” e quando isso não for possível (caso do dano extrapatrimonial, pois não se restitui ao *status quo ante* quem sofreu dor física, aflição psicológica ou mácula à honra), ofertar uma forma de compensação, de forma a contrabalancear o mal causado, que embora confortado não é apagado ou anulado do mundo dos fatos.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

¹⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 49.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 318.

Suponha-se que a tese fosse adotada, se o nascituro sofre algum dano ainda em gestação, teoricamente necessitaria nascer para então poder postular a reparação ao seu direito de personalidade eventual que se concretizou com a implementação da condição do nascimento com vida. Pode-se até dizer que, em relação a lesões a atributos como honra ou imagem, não haveria problema em esperar o momento do nascimento. Mas, por exemplo, em se tratando de lesões físicas que poderiam ser tratadas com alguma intervenção custeada pelo ofensor, por estar o nascituro com a personalidade “suspensa”, direitos como saúde e vida, a ela associados também teriam a sua eficácia restringida até que ele nascesse.

Desta forma, apenas se poderia exigir o pagamento do tratamento para salvaguardar a vida se o nascituro nascesse com vida. É solução ineficiente, pois nega observância à reparação efetiva e integral do dano, basta pensar em um caso em que alguma intervenção cirúrgica intrauterina necessariamente tenha de ser realizada durante a gestação para evitar danos irreversíveis ao feto. Seria necessário que houvesse o nascimento com vida – momento em que a lesão provavelmente estaria consolidada – para então poder ser buscada a reparação, já que antes disso a personalidade estava suspensa. Nesse caso, é mais benéfico ao ofensor se o nascituro perde a vida, pois então nunca adquire a personalidade e não se torna detentor do direito à vida.

A teoria também parece ignorar que tanto a lesão ao ente ainda em gestação quanto a sua morte estão tipificadas no Código Penal e inseridas no capítulo destinado aos crimes contra a vida e desconsidera o nascituro como pessoa humana suscetível de sofrer toda sorte de prejuízos extrapatrimoniais, além de negar observância ao princípio da reparação integral e a direitos fundamentais.

A única hipótese que talvez permitisse reconhecer o nascituro como capaz de postular a proteção de seus direitos extrapatrimoniais no âmbito da teoria da personalidade condicional seria por meio de uma interpretação “forçada” do Art. 130 do Código Civil (“ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”).¹⁸¹ Diz-se forçada, pois primeiro, ou admite-se que a personalidade é direito eventual e passível de suspensão (constatação incoerente com o nosso ordenamento jurídico) ou que o termo “eventual” contido na norma especificamente não se aplica ao nascituro (o que o legislador não diz em lugar algum e não menciona na exposição de motivos

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

do Código Civil de 2002)¹⁸² e, segundo, teria de se admitir que a personalidade é um direito e é passível de ser conservada, o que tecnicamente não é correto (pois ela é uma aptidão, uma capacidade genérica de exercer direitos e deveres) e porque ela não pode ser conservada, mas sim os direitos a ela relacionados.

Em nenhuma das obras consultadas encontrou-se alguma orientação nesse sentido. Sílvio Venosa, tratando da condição do nascituro em comentário ao Art. 2º do Código Civil, menciona que ele sequer pessoa é, tem apenas a faculdade de exercer direitos de cunho patrimonial em situação de suspensão (nesse sentido, são citados os Arts. 1.609, 1.779 e 542 do Código Civil). Tratando da personalidade em específico o autor relata que o fato de “o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade ampla tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade [...] talvez uma quase-personalidade”.¹⁸³ Também não há menção ao nascituro quando trata do Art. 186 e do Art. 927, embora o jurista reconheça a figura do dano extrapatrimonial à pessoa jurídica. No que tange ao Art. 130, também passa longe das considerações acima feitas, apenas associando a norma à conservação de bens e direitos patrimoniais.

Fábio Ulhoa Coelho em comentário ao Art. 130 segue a mesma interpretação de que a regra aplica-se aos bens patrimoniais, dando o seguinte exemplo “se me tornarei proprietário de uma fazenda, caso ocorra o evento contratado, e vejo que a estão invadindo, encontro-me já legitimado à ação possessória, mesmo antes de implementada a condição suspensiva”.¹⁸⁴ Já em sua obra doutrinária destinada ao estudo das Obrigações e da Responsabilidade Civil, sequer é analisada a figura do dano extrapatrimonial ao nascituro. Somente há a menção ao cabimento de indenização por dano extrapatrimonial no caso de morte do recém-nascido, seguido de outras hipóteses arroladas pelo autor em que a indenização seria possível, como a morte prematura,¹⁸⁵ ofensa à honra ou à liberdade pessoal, inscrição indevida em cadastro

¹⁸² BRASIL, **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005. [livro eletrônico]. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em 03 mar. 2021.

¹⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

¹⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral i, volume 1**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [livro eletrônico].

¹⁸⁵ Embora o termo “premature” possa induzir em equívoco no sentido de que o autor estaria tratando do nascituro, na verdade ele foi utilizado para ilustrar casos nos quais um indivíduo adulto morre antes do momento em que uma pessoa comum usualmente morreria dentro do curso normal na vida. Como um sujeito de vinte anos que perde a vida em um acidente, por exemplo.

restritivo de crédito, dano estético, valor da afeição, assédio sexual e dissolução de casamento.¹⁸⁶

A doutrina da personalidade condicional, assim como a natalista, não mais subsiste na atualidade, ainda que existam alguns poucos autores que a defendam. Em suma, a principal crítica que lhe é direcionada é no sentido de ser impossível submeter a personalidade a alguma condição, por relacionar-se a uma série de direitos fundamentais e interesses existenciais que, pela sua própria natureza e importância reconhecidas a nível constitucional, não podem ter sua eficácia submetida a um termo final criado por legislação infraconstitucional.

3.5.3 SEGUNDO A TEORIA CONCEPCIONISTA E A DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE

A teoria concepcionista, por sua vez, preceitua que a fixação do ente concebido nas paredes do útero é o momento de surgimento da personalidade. Considerando que o dano extrapatrimonial ou dano extrapatrimonial é o prejuízo que atinge direitos fundamentais ou relacionados à personalidade, como a honra, a imagem, a vida, a saúde e que relacionam ao conceito de dignidade da pessoa humana¹⁸⁷ e que o nascituro é dotado de personalidade a partir da nidação, não há dúvida de que, sofrendo lesão extrapatrimonial (seja ela física, psicológica ou que atinja a sua honra subjetiva ou objetiva) poderá postular a reparação. A tese leva em consideração o papel central ocupado pela pessoa humana no ordenamento jurídico, como é reconhecido na Constituição Federal e, além de uma série de outras disposições contidas no Código Civil e Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Biossegurança.

O nascituro também pode ser indenizado no âmbito da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade. Os defensores da corrente natalista, condicionalista e concepcionista pressupõem que o conceito de pessoa e o de sujeito de direito se confundem, o que fazem com base na redação do Art. 2º do Código Civil. A teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, em sentido diverso, preceitua que pessoa (e, portanto, a personalidade) é espécie do gênero “sujeito de direito” (definido como um centro de imputação de direitos e deveres no ordenamento jurídico) e que, embora o Art. 2º estabeleça o início da personalidade no nascimento com vida, não há problema em considerar o nascituro como sujeito de direitos

¹⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, volume 2. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [livro eletrônico].

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93

de cunho patrimonial e extrapatrimonial, sendo estes últimos relacionados justamente à sua qualidade de pessoa humana e que, se forem ofendidos, podem ter a sua reparação exigida. Pode-se dizer que a teoria da personalidade condicional e a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade são caminhos diferentes para alcançar o mesmo destino que é conferir tratamento igualitário entre o nascituro e o indivíduo já nascido.

3.6 PRETIUM MORTIS: O DANO MORTE E O NASCITURO

Os capítulos anteriores demonstraram que o ordenamento jurídico, por expressa previsão constitucional, admite o ressarcimento do dano extrapatrimonial. A maioria dos manuais, entretanto, costuma exemplificar a modalidade deste dano citando ofensas que atingem bens jurídicos como saúde, integridade física, honra, entre outros, mas pouco ou nada trabalham a indenização pela perda da vida em si. Maria Isabel de Matos Rocha constata que “a vida em si mesma é um bem jurídico, e a ofensa desse bem, pela forma mais drástica, que é sua supressão, tem de merecer reparação, em si mesma, sem indagação da eventual capacidade produtiva desse ser humano”.¹⁸⁸ Trata-se da modalidade chamada de “dano morte”.

Em estudo comparando a modalidade entre Portugal e Brasil, Tula Wesendonck e Daniella Guimarães Etori¹⁸⁹ relatam que a perda da vida é evento capaz de gerar repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais em relação à vítima direta e aos seus familiares, atingidos indiretamente. É a modalidade do dano por ricochete ou reflexo, sofrido por terceiros que tenham uma relação de dependência com a vítima,¹⁹⁰ também passível de reparação, em virtude do princípio da reparação integral constante no Art. 944 do Código Civil.

O prejuízo material causado indiretamente aos familiares tem a sua ressarcibilidade amparada no Art. 948 do Código Civil ao ser reconhecida a possibilidade de condenar o causador do dano ao pagamento de pensão civil e despesas com o funeral. Já o prejuízo extrapatrimonial, também chamado de prejuízo de afeição, por sua vez, tem fundamento na parte final do caput do supracitado artigo que permite cumular outras formas de indenização

¹⁸⁸ ROCHA, Maria Isabel de Matos. **A reparação do dano moral da morte**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, p. 100-105, 1993.

¹⁸⁹ WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. **Pretium mortis: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte**: um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, v. 3, p. 729-761, 2017.

¹⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

ao empregar o termo “sem excluir outras reparações”.¹⁹¹ É “modalidade de dano moral stricto sensu (pretium doloris) possuindo como característica fundamental a dor”,¹⁹² englobando a dor física em relação à vítima direta e o desconforto psicológico sofrido, como também o desconforto psicológico causado aos seus familiares.¹⁹³

É o Art. 948 que serve como fundamento para o argumento de que seria permitido cogitar na figura do dano morte no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, se a vítima tem o seu bem mais precioso extirpado, tal dano também poderia ser compensado. Esta reparação não pode ser confundida com o dano reflexo sofrido pelos familiares, vítimas indiretas cujo prejuízo sofrido tem por origem a interrupção abrupta do convívio com o falecido. É justamente nesse ponto que a jurisprudência brasileira costuma faltar com a devida técnica, ao dizer que se indeniza o dano morte sofrido pelos familiares quando na verdade o correto seria referir pelo dano extrapatrimonial reflexo.

Além da confusão entre as modalidades de dano, as autoras expõem que os Tribunais adotam uma orientação que carece de sentido em relação ao ressarcimento do dano morte, o que atribuem a uma provável falta de desenvolvimento da temática em âmbito nacional.¹⁹⁴ Isto porque os Tribunais costumam indenizar casos nos quais a vítima sobrevive com sequelas ou amputações, mas, em contrapartida, não indeniza a perda do direito à vida, circunstância evidentemente mais grave, ao menos na maioria dos casos. Isto não ocorre no Direito Português, em que predomina o entendimento de que o prejuízo extrapatrimonial resultante na perda da vida faz surgir um direito de conteúdo patrimonial que, por ostentar tal natureza, transmite-se à sucessão do *de cuius*. Desta maneira, os familiares titularizam o direito indenizatório pelos danos indiretos reflexos da morte do ente querido, mas também herdam o direito indenizatório resultante da vida extirpada deste último e que até então era de sua titularidade.¹⁹⁵

¹⁹¹ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

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

¹⁹² WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. Op. cit.

¹⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

¹⁹⁴ A ausência de desenvolvimento do tema no Direito Brasileiro já era denunciada em 1993 por Maria Isabel de Matos Rocha no artigo “A reparação do dano moral da morte” anteriormente citado, a qual explica que isto se dá em virtude de que por muito tempo a doutrina e jurisprudência sequer admitia a figura do dano extrapatrimonial em si, o que tornava mais difícil ainda discutir o dano morte.

¹⁹⁵ As autoras citam três correntes acerca da matéria. A primeira entende pela impossibilidade de indenizar a perda da vida, sob o argumento de que a morte faz cessar a personalidade jurídica e, portanto, impede que o falecido se torne titular de direito. A segunda e a terceira ambas entendem pela transmissibilidade do direito à indenização do dano morte à sucessão, residindo a divergência em relação à fundamentação legal em relação a

Diferente do Código Civil Português que reconhece a transmissibilidade do dano à personalidade da vítima fatal aos familiares, o Código Civil Brasileiro não apresenta previsão expressa nesse sentido, todavia isto não é impeditivo para o acolhimento do dano morte no Brasil. Nessa linha, as juristas citam a parte final do Art. 948 e os Arts. 943 e 944 do Código Civil de 2002¹⁹⁶ como normas de caráter aberto das quais se poderia extrair a possibilidade de indenização e transmissão do direito à reparação pelo dano morte aos herdeiros. Também destacam o teor do enunciado 454 da V Jornada de Direito Civil: “o direito de exigir reparação a que se refere o Art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima”.¹⁹⁷

Diante de tais apontamentos, não se verifica impeditivo para reconhecer o dano pela morte do nascituro, considerando a orientação predominante no Direito Brasileiro em lhe reconhecer como sujeito de direitos no ordenamento jurídico. Tanto o ente em gestação como o já nascido são titulares do direito à vida e a Constituição Federal é clara em não estabelecer qualquer forma de diferenciação ou discriminação entre estes. Isso pode ser depreendido do Art. 3º, inc. IV, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos sem qualquer forma de preconceito ou discriminação e do Art. 5º, caput, no ponto em que reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O dano morte, por tratar-se de espécie do gênero de dano extrapatrimonial, também pode ser inserido no inc. V do Art. 5º.¹⁹⁸

Nosso ordenamento jurídico tutela o direito à vida e tipifica criminalmente quaisquer condutas que atentam de forma injusta contra a vida (como os crimes de homicídio e aborto). É seguro concluir que a vida é um bem jurídico de elevada importância em nosso sistema legal. Não parece razoável, desta maneira, entender que a perda da vida em si não seja capaz de fazer surgir um direito indenizatório autônomo e diferente do prejuízo da afeição sentido por terceiros relacionados à vítima. No caso do nascituro, estes terceiros são personificados na

esta hereditabilidade, já que a aquela se ampara no Art. 496, alíneas 2 e 3 do Código Civil Português, enquanto esta se sustenta no Art. 564, alínea 2 do mesmo diploma legal.

¹⁹⁶ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 mar. 2021

¹⁹⁷ V Jornada de Direito Civil/Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJP, 2012, p. 76.

Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2020.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

figura dos seus genitores, que na qualidade de sucessores, poderiam postular indenização pela perda da vida e, em representação própria, os danos reflexos a eles causados pelo óbito.

Discussão interessante pode ser travada no que tange aos parâmetros que eventualmente seriam utilizados para a mensuração da indenização que compensaria a perda da vida do não nascido comparativamente com os casos em que a vítima é pessoa adulta ou de idade avançada. Como se mencionou acima, o legislador constituinte é claro em estabelecer a igualdade do direito à vida e em vedar qualquer forma de discriminação em razão da idade. Parece possível argumentar, entretanto, que a perda da vida de um ente de oito meses com uma perspectiva de viver por muitos anos¹⁹⁹ talvez seja mais impactante do que a morte de alguém já em idade avançada, que construiu uma família e estabeleceu um legado. Porém, ao mesmo tempo, há de se considerar a citada vedação a qualquer tratamento discriminatório fundamentado na idade. Certamente também não seria bem-vinda qualquer tentativa de implementação do temido tabelamento de danos, com a previsão de concessão de uma indenização gradualmente menor com o passar dos danos comparativamente com a idade da vítima (o que não impediria que o Poder Judiciário, indiretamente, assim o fizesse, como se observa na praxe jurídica em casos de inscrição indevida, por exemplo).²⁰⁰ Não há uma resposta correta e caberá, no final, ao julgador o dever de sopesar as circunstâncias do caso em julgamento e à doutrina o dever de aprofundar melhor a temática do dano morte, o que não parece estar acontecendo até o presente momento.

Poucos são os casos nos quais há menção do dano morte pela jurisprudência. No trabalho elaborado por Tula Wesendonck e Daniella Guimarães Etori, há referência a diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a transmissibilidade do direito de postular reparação de dano extrapatrimonial sofrido pela vítima fatal aos familiares, como o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 978.651/SP, cuja ementa refere que ainda que a “violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad

¹⁹⁹ A expectativa média do Brasileiro, em 2019, era de 76,6 anos. Informação disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2020/11/26/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-foi-de-766-anos-em-2019-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 05 mar. 2020.

²⁰⁰ Nesse sentido, chama-se a atenção à parametrização do valor de R\$ 8.000,00 adotado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em casos envolvendo a matéria. O resultado pode ser verificado aqui: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=inscri%C3%A7%C3%A3o+indevida+dano+moral&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em 05 mar. 2021.

causam para ajuizar ação indenizatória [...]”.²⁰¹ Em sentido semelhante é o Recurso Especial nº. 1.143.968/MG, no qual a Corte reforma decisão singular ratificada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais de extinção do processo por ilegitimidade ativa e consigna que a existência de entendimento sedimentando “acerca da possibilidade de o espólio ajuizar – ele próprio e originariamente – ação com suporte em dano material ou moral experimentado pelo falecido ainda em vida, mesmo que este não tenha manifestado a pretensão antes do óbito”.²⁰² No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.127.913 há referência expressa pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino sobre a possibilidade de indenizar o dano morte no Direito Brasileiro, conforme se depreende deste trecho:

[...] mostra-se perfeitamente viável a indenizabilidade dos prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima falecida com o dano-morte (*pretium mortis*), transmissível aos seus herdeiros, visto que a indenização pecuniária correspondente se transmite como crédito pela herança, na forma do Art. 943 do CC, podendo eles exigir o seu pagamento do agente responsável pelo evento danoso.²⁰³

Contudo, no caso discutido, a menção à figura do dano morte, embora relevante em demonstrar que a tese já é de conhecimento da Corte Superior, foi utilizada como *obiter dictum*, não influenciando diretamente a resolução do caso, já que o problema jurídico consistia em determinar se a indenização dos danos morais suportados por vários familiares de vítimas fatais de acidente de helicóptero deveria ser paga individualmente às vítimas por ricochete ou se deveria ser repartida entre os dois grupos familiares distintos nos quais estavam inseridas, implicando em uma diminuição do montante indenizatório final.

As autoras também referem a existência de um caso em específico no qual a temática do dano morte é tratada de forma direta. Trata-se da Ação Cível 0005983-80.2011.8.08.0006, demanda indenizatória ajuizada por mãe e demais familiares de vítima de atropelamento que sofreu graves lesões, ficou em estado de comatose e, pouco tempo após retornar para casa, veio a óbito. Embora a vítima também estivesse grávida, os familiares postularam apenas a

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 978.651/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Antonio Ferreira da Silva e Outro. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 17 mar. 2019. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.143.968/MG. Recorrente: Maria Da Purificação Magalhães de Oliveira - Espólio. Recorrido: Hospital Mater Dei S/A e Outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 fev. 2013. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.127.913-RS. Embargante: Pedro Yates Porto da Silva e Outros; Alice Treib Porto da Silva e Outros. Embargado: Bradesco Companhia Nacional de Seguros; Rio Grande Energia S/A; AGF Brasil Seguros; Aeromed Participações LTDA; IRB Brasil Resseguros S/A. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 4 jun 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

indenização pela sua morte. Na origem, fazendo referencia à transmissibilidade do direito de ajuizar ação por danos morais aos herdeiros, por se tratar de direito patrimonial e ao teor dos Arts. 12 e 943 do Código Civil, o juízo singular condenou os demandados ao pagamento de indenização por dano moral pretium mortis à vítima, a ser recebida por sua mãe, no importe de R\$ 50.000,00, acrescido de juros desde o evento danoso e correção monetária da data do julgamento.²⁰⁴

A decisão singular foi objeto de recurso de apelação interposto por ambas as partes. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, além de ratificar os termos da sentença, também acolheu recurso interposto pela parte autora reconhecendo o cabimento da condenação dos réus ao pagamento dos danos estéticos causados à vítima e, em contrapartida, negou provimento ao recurso interposto pelos réus,²⁰⁵ os quais interpuseram Recurso Especial contra a decisão. A insurgência teve seguimento negado, sendo a decisão objeto de Agravo

²⁰⁴ O inteiro teor do dispositivo segue:

“Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelas Autoras, e via de consequência CONDENO o Requerido e a denunciada, esta nos limites da apólice de seguro, solidariamente, a pagarem:

a) pensão mensal em favor da Sra. Maria Conceição Nicolau Tintore, substituta processual da vítima Lorraine, no valor de 2/3 do salário mínimo vigente, tendo como marco inicial o dia do falecimento da vítima até a data em que a mesma completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade (26/01/2020), quando, então, será reduzida para 1/3 do salário mínimo vigente até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos ou se a Autora vier a óbito antes das referidas datas.

b) indenização por dano moral pretium mortis para a vítima Lorraine, a ser recebida por sua única herdeira e genitora, Maria Conceição Nicolau Tintore, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser acrescida de juros de mora mensais de 1% (um por cento), incidentes desde a data do acidente (01/01/2011), conforme súmula 54 do STJ e correção monetária a partir desta data, nos termos da súmula 362 do STJ.

c) indenização por dano moral por ricochete para a Autora Maria Conceição Nicolau Tintore, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser acrescida de juros de mora mensais de 1% (um por cento), incidentes desde a data do acidente (01/01/2011), conforme súmula 54 do STJ e correção monetária a partir desta data, nos termos da súmula 362 do STJ.

d) indenização por dano moral por ricochete para a Autora Rayane Nicolau Tintore da Silveira, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a ser acrescida de juros de mora mensais de 1% (um por cento), incidentes desde a data do acidente (01/01/2011), conforme súmula 54 do STJ e correção monetária a partir desta data, nos termos da súmula 362 do STJ”.

BRASIL. 2ª Vara Cível, Família e de Órfãos e Sucessões. Ação Ordinária 0005983-80.2011.8.08.0006. Parte autora: MARIA CONCEICAO NICOLAU TINTORE E Outros. Parte ré: MILLER PERINI SCOPEL e ALFA SEGURADORA S A. Juíza GLICIA MONICA DORNELA ALVES RIBEIRO. Aracruz. Disponível em: <<http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/exibirDadosProcesso.xhtml>>. Acesso em 09 mar. 2021.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Cível nº. 0005983-80.2011.8.08.0006. Recorrentes/Recorridos: MILLER PERINI SCOPEL E ALFA SEGURADORA S.A e MARIA CONCEIÇÃO NICOLAU TINTORE E RAYANE NICOLAU TINTORE DA SILVEIRA. Relator Des. Convocado JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS. Vitória, 10 fev. 2014. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00059838020118080006&Justica=Comum&CFID=182828794&CFTOKEN=10593757>. Acesso em 09 mar. 2021,

em Recurso Especial, autuado sob o n.º. 715.983/ES, que acabou não conhecido por ausência de fundamentação.²⁰⁶

A pesquisa do termo “pretium mortis” e “dano morte” não apresenta resultados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.²⁰⁷ Pesquisando o termo “pretium mortis” no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se apenas o Agravo em Recurso Especial n.º. 715.983/ES e os Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.127.913, acima citados. Há resultados em se tratando do termo “dano morte”, porém da leitura das ementas, observa-se a sua utilização de forma imprecisa, porquanto empregado pelos julgadores com a intenção de referir-se ao dano reflexo causado pela morte aos familiares, que não se confunde com o dano morte. É comum a seguinte expressão constar nas ementas “a jurisprudência desta Corte Superior tem arbitrado, em regra, para as hipóteses de dano-morte, a indenização por dano moral em valores entre 300 e 500 salários mínimos”, porém, do conteúdo dos acórdãos verifica-se que na verdade estipulam verba indenizatória a título de dano extrapatrimonial indireto aos familiares.

Nesse sentido, é o AgInt no AREsp 1.527.136/AC, julgado em 20/10/2020, em que foi reconhecido o direito a cada um dos genitores em receberem indenização de R\$ 50.000,00 em virtude da interrupção da gestação que poderia ter sido evitada ante a falta de prestação de cuidado médico adequado pela ré.²⁰⁸ AgRg no AREsp 598.315/PE, julgado em 25/08/2015, no qual familiares foram indenizados pelo dano extrapatrimonial indireto suportado com o falecimento de gestante e nascituro em R\$ 70.000,00.²⁰⁹ Outra menção é o AgRg no REsp 1.471.155/RN, julgado em 23/10/2014, em que se indenizou danos morais suportados pelos

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 715.983/ES. Agravante: MILLER PERINI SCOPEL E ALFA SEGURADORA S.A. Agravada: LORRAINE NICOLAU TINTORE e Outros. Relator: Min. MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, 02 abr. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²⁰⁷ Nesse sentido, em relação ao termo “pretium mortis”: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=pretium%20mortis&sort=_score&sortBy=desc>; Em relação ao termo “dano morte”: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dano%20morte%22&sort=_score&sortBy=desc>. Ambas as pesquisas efetuadas em 16 mar. 2021.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.527.136/AC. Recorrente: Estado do Acre. Recorrida: Gessane Oliveira Dos Santos e Outros. Relator: Min. Napoleão Maia Nunes Filho. Brasília, 20 out. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 598.315/PE. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrida: I H A DE O (menor) e Outros. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 25 ago. 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

familiares em R\$ 100.000,00 pela morte do nascituro.²¹⁰ Cita-se, ainda, AgRg no REsp 1.341.790/RS, de 24/09/2013, em se que indenizou irmão pela perda de genitora e irmão nascituro.²¹¹ Além dele o AgRg no AREsp 1.447.94/RJ,²¹² de 05/02/2013, no qual se indenizou genitora pela perda do feto em gestação e do útero. Contudo, em nenhum dos precedentes encontrados verificou-se o arbitramento de indenização pela perda da vida em si, tão somente havia a quantificação de verba reparatória relativa aos danos morais indiretamente suportados.²¹³

3.7 O TRATAMENTO DO NASCITURO PELO TJRS, STJ E STF

Demonstrou-se, até o presente momento, que a doutrina brasileira é caracterizada por diferentes teorias acerca do reconhecimento de direitos ao nascituro. Em obras mais modernas, os autores vêm se posicionando no sentido de reconhecerem o nascituro como indivíduo dotado de personalidade e legítimo titular de diversos direitos cuja reparação por ele pode ser postulada em juízo, desde que devidamente representado.

Embora a legislação seja a principal fonte de Direito no Brasil, é inegável o papel exercido pela jurisprudência na interpretação, integração e ressignificação dos textos legais, definindo os seus objetos, alcances e limites, sempre em atenção às mudanças sociais e, principalmente, com vistas às finalidades estabelecidas pelo Constituinte. Diversos são os exemplos que se pode citar, como a definição pelo Supremo Tribunal Federal de que a imunidade tributária contida no Art. 150, inc. VI, alínea “d” da Constituição Federal²¹⁴ aplica-

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.471.155/RN. Recorrente: Estado Do Rio Grande Do Norte. Recorrida: F S R (menor). Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 23 out. 2014. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 1341790 / RS. Agravante: Transportadora Fanti Sa. Agravado: Marcelo de Oliveira Alimena Teixeira e Outros. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 24 set. 2013. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 144794/RJ. Agravante: Município Do Rio De Janeiro. Agravada: Andira Bravo Dos Santos. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 09 mar. 2021.

²¹³ Além destes, citam-se os seguintes casos: REsp 1.919.185/AM, Min. Moura Ribeiro, acórdão publicado em 12/02/2021; AREsp 1.760.347/RS, Min. Humberto Martins, acórdão publicado em 03/12/2020; REsp 1.749.948/SP, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, acórdão publicado em 13/11/2020; REsp 1.895.036/PE, Min. Herman Benjamin, acórdão publicado em 12/11/2020.

Informações disponíveis em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> com o termo de busca “dano morte”. Acesso em 13 mar. 2021.

²¹⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

[...]

se a *e-books*²¹⁵ ou a alteração do significado dado ao Art. 1.723²¹⁶ do Código Civil, com o consequente reconhecimento da existência da figura da união estável em se tratando de casais homoafetivos.²¹⁷ O tratamento do nascituro é tema que sofreu bastante alteração nas últimas décadas, principalmente pela influência de ramos de conhecimento alheios à ciência jurídica, como a biologia e a medicina, e também em virtude da legislação e produção doutrinária estrangeira. Ainda que perdure posicionamento de autores mais antigos em sentido diverso, as contribuições de ordenamentos jurídicos estrangeiros já são bem-vindas e incorporadas em obras modernas.²¹⁸ Os parágrafos seguintes buscam expor como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm se pronunciando sobre o tema.

3.7.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, encontram-se julgados relativamente antigos já reconhecendo a personalidade jurídica ao nascituro, a iniciar pela Apelação Cível nº. 70013935192, julgada em 22/06/2006, na qual a tese concepcionista foi utilizada para reconhecer o dever do Cartório Civil da Comarca de Cachoeira do Sul/RS em lavrar certidão de óbito para feto com 14 semanas de gestação que veio a óbito diante de aborto espontâneo causado por acidente automobilístico no qual sua genitora esteve envolvida em 1996.²¹⁹

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

²¹⁵ Nesse sentido, destaca-se a seguinte notícia no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337857>>. Acesso em 12 dez. 2020.

²¹⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²¹⁷ Nesse sentido, destaca-se a seguinte notícia no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 12 dez. 2020.

²¹⁸ A constatação de que alguns autores tratam o tema desconsiderando a contribuição da ciência e da legislação e doutrina estrangeira não deve ser interpretada como uma crítica negativa, porquanto é necessário considerar que grande parte de suas obras foi elaborada em períodos nos quais não se tinha notícia de avanços científicos significativos na área da ciência e em que o próprio acesso à informação era dificultado pelas limitações intrínsecas ao tempo em que escritas.

²¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70013935192. Recorrente: Iolanda Elizabete Carvalho Da Silva. Recorrida: A Justiça. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, 04 jul. 2006.

Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Da leitura do acórdão que reformou sentença de improcedência, depreende-se que tanto o juízo singular, como o Ministério Público – que opinou pelo desprovimento da apelação – e o próprio Cartório demandado consideravam, com base na medicina, que somente haveria falar em nascituro após a 22ª semana de gestação, momento a partir do qual então poderia ser enquadrado como natimorto e, portanto, confeccionada certidão atestando essa qualidade. O relator, filiando-se à doutrina de Maria Helena Diniz e Teixeira de Freitas, afirmou que o nascimento com vida era condição necessária apenas a determinados direitos patrimoniais, entretanto a personalidade já existiria desde a concepção. Sobre este tema, destaca-se que, posteriormente, a I Jornada de Direito Civil elaborou o seguinte enunciado “1 – Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.²²⁰

Menciona-se também a Apelação Cível nº. 70010345999, julgada em 24/11/2005, em caso envolvendo a indenização pelo DPVAT postulada por mãe de nascituro falecido em acidente automobilístico em 1997.²²¹ O relator, também se filiando à doutrina de Teixeira de Freitas e fazendo menção à cátedra de Silmara Chinellato, reconheceu que a genitora titularizava o direito à percepção de indenização a dano extrapatrimonial que lhe foi causado indiretamente pela morte do ente em gestação.²²² Cumpre pontuar que este julgado referiu, integralmente, aos termos constantes no teor do acórdão da Apelação Cível nº. 70002027910, datada de 28/03/2001 que, analisando caso com similitude fática, consignou que o nascimento com vida era pertinente apenas para direitos patrimoniais.²²³ Em igual sentido são os Recursos Inominados nº. 71000856724, da 1ª Turma Recursal Cível, julgado em 23/02/2006 e nº.

²²⁰ Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 17.

Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2021.

²²¹ Importa diferenciar a indenização pelo dano morte com aquela prevista na Lei nº. 6.914/1974. A indenização pretium mortis fundamenta-se do Código Civil, enquanto esta última tem por origem lei específica que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não (DPVAT). Além disso, a reparação do dano morte tem natureza jurídica de indenização extracontratual, enquanto a indenização pelo seguro DPVAT tem caráter securitário. Não há impeditivo, portanto, para cumulá-las.

²²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70010345999. Recorrente: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. Recorrida: Poliana Belo de Lima. Relator: Ney Wiedemann Neto, 24 nov. 2005. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>.

Acesso em: 20 jan. 2021.

²²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70002027910. Recorrente: Joao Doli Dutra Porto. Recorrida: HBSC Bamerindus Seguros. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 28 mar. 2001. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>.

Acesso em: 20 jan. 2021.

71000854430, da 3ª Turma Recursal Cível de 24/01/2006. Por último, destaca-se a Apelação Cível nº. 70079361051, de 22/05/2019, que julgou os recursos interpostos contra a sentença exarada no caso utilizado como paradigma para este trabalho. A decisão colegiada foi clara em indicar a inclinação dos julgadores à tese concepcionista ao reconhecerem a possibilidade de titularização ao direito de percepção de verba indenizatória por dano extrapatrimonial aos nascituros por toda a situação experienciada.²²⁴

3.7.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 399.028/SP, em 15/04/2001, reconheceu direito ao recebimento de indenização por dano extrapatrimonial a filho que teve seu pai vitimado em acidente ferroviário em 1975 e que, no momento da fatalidade, ainda se encontrava em gestação, nascendo apenas dois meses após o evento. O fato de não ter conhecido o pai em vida, contudo, exerceu influência na fixação da verba indenitória, arbitrada em valor menor comparando-se com os demais familiares que já haviam conhecido o *de cujus* em vida.²²⁵ Em sentido semelhante se pronunciou a Corte na apreciação do AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 150.297/DF, ratificando decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e confirmando a condenação em pagamento de danos morais a nascituro em virtude de acidente causado por empresa de transporte e turismo que também vitimou o seu pai.²²⁶ No julgamento do Recurso Especial 1.120.676/SC,²²⁷ datado de 07/12/2010, pai e mãe receberam indenização pelo seguro obrigatório DPVAT após a morte de nascituro com 35 semanas de gestação causada por atropelamento da genitora.²²⁸ O

²²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70079361051. Recorrentes/Recorridos: TDT Moveis Planejados LTDA e Todeschini S.A. Indústria e Comércio. Recorrente/Recorrida: Ermes Salvagni, Margarete Izabel Fogliato, Rafael Salvagni, Carolina Salvagni. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 22 maio. 2019. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>.

Acesso em: 20 jan. 2021.

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 399.028/RS. Recorrente: Antônio Nival Leonidas e Outros. Recorrida: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU. Relator: Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira. Brasília, 26 fev. 2002. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 04 jan. 2021.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Agravante/Agravado: Guarany Transportes e Turismo LTDA. Agravante/Agravado: B W DA S C (Menor). Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, 19 fev. 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.120.676/SC. Recorrente: Nivaldo Da Silva e Outro. Recorrida: Liberty Seguros S/A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 07 dez. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 20 jan. 2021.

²²⁸ Em sentido semelhante é o acórdão referente ao Recurso Especial nº. 1.415.727/SC, utilizado para a explicação dos fundamentos da teoria concepcionista,

acórdão, fazendo distinção entre as três teorias predominantes no Direito Brasileiro, consignou que:

“Na verdade, o nascituro titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo. O nascituro é, portanto, titular dos direitos da personalidade, nestes compreendidos a vida (que, no meio intra-uterino, deve ser propiciada por meio de assistência pré-natal, de alimentos - gravídicos - e todas as demais condições que proporcione o desenvolvimento saudável da gestação), a honra, a imagem, o nome etc. A proteção à vida humana, desde o seu nascedouro (concepção) até o surgimento da pessoa natural (nascimento com vida), é reflexa, decorrente da proteção que o ordenamento jurídico confere à Pessoa natural, esta, sim, centro de imputação de todos os direitos e deveres na ordem jurídica por excelência. Ordenamento jurídico, ressalte-se, que tem por norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”.

Há ainda o caso emblemático referente ao Recurso Especial nº. 1.487.089/SP, envolvendo piada sobre o bebê da artista Wanessa Camargo feita pelo humorista Raffinha Bastos, à época vinculado ao programa CQC da Rede Bandeirantes.²²⁹ A Corte Superior ratificou o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que o nascituro teria seus direitos resguardados desde a concepção, sendo que o nascimento com vida mera condição para o exercício efetivo destes direitos, assim “ficando investido na titularidade da pretensão de direito material [...] de obter reparação moral por dano à sua personalidade provocado pelo réu”.²³⁰ No caso em concreto, foi estipulada indenização no valor de R\$ 50.000,00 aos genitores e ao filho que, no momento da piada, estava em estado gestacional.

Por fim, menciona-se o Informativo de Jurisprudência nº. 547 do Superior Tribunal de Justiça, datado de 2014 em que constou a seguinte conclusão (grifou-se):

“[...] o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista - para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos - para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.487.089/SP. Recorrente: Rafael Bastos Hocsman. Recorrida: Wanessa Godoi Camargo Buaiz e Outros. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 0201838-05.2011.8.26.0100. Recorrente: Rafael Bastos Hocsman. Recorrida: Wanessa Godoi Camargo Buaiz e Outros. Relator: Roberto Maia. Brasília, 06 nov. 2012. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do Art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina”.²³¹

O teor dos acórdãos acima citados permite concluir que o Superior Tribunal de Justiça se orienta pela tese concepcionista e reconhece a personalidade ao nascituro, considerando-lhe como titular de direitos da personalidade como a vida, a honra, a dignidade e imagem, entre outros, e inclusive como parte legítima para postulá-los em juízo seja quando ainda estiver em estado gestacional ou quando haja nascido com vida.

3.7.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a baixa incidência de julgados envolvendo a matéria aqui trabalhada não permite extrair, de forma tão certa quanto o Superior Tribunal de Justiça, a orientação adotada pela Corte Suprema. O primeiro julgado que se pode citar é o Recurso Extraordinário nº. 99.038, julgado em 1983, de relatoria do Ministro Francisco Rezek. Trata-se de demanda ajuizada por menor de idade que buscava anular escritura pública de compra e venda de terras feita por seus pais a sua irmã quando ainda era nascituro.²³²

O argumento do demandante era de que a conduta praticada pelos seus pais configurava simulação, ato jurídico passível de ser anulado, e de que a compra e venda deveria ter sido precedida de sua anuência. Citou, para isso, os Arts. 102, inc. I; 147, inc. II e 1.132 todos do Código Civil de 1916 (os dois primeiros dispositivos correspondem aos Arts. 167, §1º, 171, inc. II do Código Civil de 2002 e o último encontra correspondência parcial com o Art. 496 deste mesmo diploma).²³³

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência Número 547. Brasília, 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em 11 ago. 2020.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.038/MG. Recorrente: Margarida Ilza de Lima e Outro. Recorrido: Geraldo Magela de Lima. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 18 out. 1983. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²³³ Código Civil de 1916:

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas das a quem realmente se conferem, ou transmitem [...];

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

[...] II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (Art. 86 a 113);

Na origem, o feito foi julgado improcedente pois o autor, por tratar-se de nascituro à época, teria mera expectativa de direito e porque a legislação, quando queria se reportar ao nascituro, assim o fazia de forma explícita. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sob o fundamento de que a adoção deste raciocínio terminaria por tornar inócua a redação do Art. 4º do Código Civil de 1916 (“a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”)²³⁴ e porque disposições especiais não teriam o poder de revogar normas gerais.

A parte vencida, então, interpôs Recurso Extraordinário alegando negativa de vigência do Art. 4º do Código Civil de 1916. O relator votou pelo não conhecimento, diante da ausência de fundamentação suficiente a robustecer a tese de inobservância da referida norma e que o precedente trazido aos autos (que tratava da extensão da cidadania brasileira às pessoas concebidas e parcialmente geradas no Brasil) não era capaz de demonstrar a similitude das situações. Também afirmou, na mesma linha do Tribunal Mineiro, de que os direitos do nascituro não se limitam às hipóteses expressamente referenciadas pelo legislador, de forma que o Art. 1.132 do Código Civil de 1916 (que veda a venda de ascendente a descendente sem a anuência expressa de outros descendentes) seria também aplicável ao nascituro e, portanto, poderia se reconhecer a simulação no caso em concreto.

A relatoria, contudo, foi vencida pelos demais ministros votantes que, seguindo a divergência inaugurada pelo Ministro Moreira Alves, entenderam pela necessidade de interpretação restritiva da legislação civil, no sentido de que somente poderia cogitar em reconhecer determinados direitos ao nascituro quando a lei lhe fizesse menção de forma clara. Diante disso, o ente em gestação teria somente expectativa de direito, não se equiparando aos já nascidos no que tange aos direitos patrimoniais e sucessórios.

Art. 1.132. Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam.

(BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 11 mar. 2021).

Código Civil de 2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem [...];

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores;

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

(BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021).

²³⁴ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 11 mar. 2021.

Pertinente, também, destacar o teor da Reclamação nº. 2.040-1/DF. Trata-se de caso em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela existência de direito, cuja titularidade era do nascituro, em ter reconhecida a sua filiação por meio de exame de DNA pela coleta da placenta contra o qual a sua genitora Glória Trevi – que alegava ter sido vítima de estupro carcerário quando presa nas dependências da Polícia Federal²³⁵ – se insurgia, sob o argumento de que gozava de direito exclusivo de autorizar ou não exame genético em si ou em seu filho. A mãe ainda destacou princípios como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem e de que era assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.²³⁶

Embora o embate principal tenha sido o citado direito à intimidade em contraposição ao direito à honra dos policiais federais e da instituição como um todo, o voto de relatoria do Ministro Néri da Silveira menciona o Art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe tratar-se o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. Tal argumento permite constatar que naquele momento o Supremo Tribunal Federal estaria reconhecendo personalidade ao nascituro ou ao menos lhe reconhecendo como sujeito de direitos.

A orientação mudou, entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, em que prevaleceu tese contrária. Relatou-se no capítulo destinado à abordagem da teoria concepcionista que a existência da Lei nº. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) era um indicativo de que o legislador havia se filiado a tal corrente. Porém, no julgamento da ação proposta pela Procuradoria Geral da República contra o Art. 5º da referida lei que afirmava que a norma violava o direito à vida humana e à sua dignidade.²³⁷ Prevaleceu a linha

²³⁵ Embora posteriormente tenha sido comprovada a inexistência do crime de estupro imputado aos Policiais Federais já que Gloria Trevi revelou ter engravidado de seu empresário Sérgio em visita, o caso foi objeto de muita polêmica à época.

Nesse sentido, destaca-se o teor das seguintes notícias: “Gloria Trevi diz a deputados ter sido estuprada por policial”, datada de 28/11/2001, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u41417.shtml>>; Gloria Trevi acusa "autoridade" da PF, datada de 29/11/2001, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2911200117.htm>>; "Glória Trevi foi estuprada", datada de 21/11/2001, disponível em: <<http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,,MUL904268-16021,00-GLORIA+TREVI+FOI+ESTUPRADA.html>>. Todos os acessos às reportagens ocorreram em 11 mar. 2021.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 2040-1/DF. Reclamante: Glória De Los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 21 fev. 2002. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Destaca-se também a seguinte notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: “Interesse público prevalece em julgamento de Gloria Trevi”, datada de 21/02/2001. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58411>>. Acesso em 11 mar. 2021.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Conectas Direitos Humanos e Outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em:

argumentativa sustentada pelo Ministro Ayres Britto, que referiu a existência de personalidade somente após a ocorrência do nascimento com vida, apoiando-se na redação o Art. 2º do Código Civil para tanto.

Menciona-se também ADPF/54,²³⁸ na qual se declarou inconstitucional a tipificação do crime de aborto na forma do Art. 24, 126 e 128, inc. I e II, do Código Penal em casos de anencefalia. Prevaleceu o entendimento do relator Ministro Marco Aurélio Mello, o qual sustentou que a anencefalia e vida seriam termos diametralmente opostos entre si, pois o anencéfalo é um natimorto cerebral sem expectativa de direito à vida ou à dignidade justamente porque não viverá, tratando-se de ser juridicamente morto e, portanto, carecedor de proteção pelo ordenamento jurídico. Em contrapartida, o nascituro, por ter expectativa e viabilidade de vida, fato que lhe proporcionaria sentir emoções, relacionar-se com seus pares, ter consciência e interagir no meio social em que estivesse inserido, deveria ter os seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico. E assim prossegue citando, como exemplo destes direitos, os Arts. 542, 1.609, 1.779, 1.798 do Código Civil, bem como a lei de alimentos gravídicos.²³⁹

Além destes, cita-se o Recurso Extraordinário nº. 287.905/SC, de junho de 2005, no qual se discutia a possibilidade de concessão de licença-maternidade a professora contratada em regime de contratação temporária, em conformidade com o Art. 2º da Lei Estadual de Santa Catarina 8.391/1991²⁴⁰. Da leitura dos apartes feitos pelos Ministros na discussão do caso, verifica-se que a professora estava submetida a contratação temporária de três meses objeto de constante renovação. O primeiro lapso destas contratações ocorreu entre 03/02/1997

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Requerentes: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²³⁹ A votação teve resultado de oito votos a favor da não criminalização do aborto (Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes e Celso de Mello e dois votos contra (Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski). Acórdão disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em 15 dez. 2020.

²⁴⁰ Art. 2º: A admissão de pessoal em caráter temporário dar-se-á, por tempo determinado, em substituição aos afastamento legais dos titulares.

§ 1º - A admissão de que trata este artigo poderá ocorrer excepcionalmente nos seguintes casos:

I - em virtude de existência de vaga não ocupada em concurso público;

II - em virtude de existência de abertura de novas vagas por criação ou por criação ou por dispensa de seu ocupante;

III - para atender necessidades administrativas peculiares do ensino profissionalizante.

§ 2º - Nas hipóteses referidas nos incisos, a necessidade da admissão deverá estar devidamente comprovada e o prazo não poderá exceder ao término do ano civil. (Redação dada pela Lei Complementar nº 128/1994)

Disponível em:

<<https://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-8391-1991-santa-catarina-disciplina-a-admissao-de-pessoal-em-carater-temporario-sob-regime-administrativo-especial-no-ambito-do-magisterio-publico-estadual-e-da-outras-providencias-1994-10-09-versao-compilada>>. Acesso em 13 mar. 2021.

e 30/12/1997. Ao tentar a readmissão em fevereiro de 1998, houve a negativa sob a justificativa de que estava grávida.

Na origem, houve a impetração de mandado de segurança no qual foi postulada a concessão de licença-maternidade e nova admissão como professora temporária. Somente o primeiro pedido foi acatado, contra o qual o Estado de Santa Catarina interpôs o Recurso Extraordinário, ao qual a relatora Min. Ellen Gracie deu provimento, argumentando que a situação relatada pela parte autora não se enquadrava nos conceitos de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas tão somente de mero encerramento do prazo regular da contratação temporária permitida pela Lei Estadual, tornando, portanto, inaplicável o Art. 10 do ADCT, inc. II, alínea “b” (utilizado como fundamento para a concessão da licença na origem).

O voto, contudo, foi vencido pela divergência inaugurada pelo Min. Carlos Velloso, cujo argumento era de que a não readmissão ao cargo temporário constantemente renovado em razão da gravidez nada mais era do que uma forma de despedida, o que permitiria a aplicação da supracitada norma do ADCT. Assim, era possível conceder a licença-maternidade no período de cinco meses após a gravidez com base nos Arts. 7º, inc. XVIII e 39, §3º da Constituição Federal. Além disso, foi mencionado de forma expressa que estas normas são garantias de índole social cuja titularidade é da gestante trabalhadora e do próprio nascituro.²⁴¹

Há também algumas decisões monocráticas tratando do tema, como o Mandado de Segurança nº. 30.519/DF, no qual se travou discussão acerca da concessão de estabilidade provisória a gestante nomeada em cargo em comissão. A Min. Carmen Lúcia aplicou os mesmos fundamentos utilizados no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 287.905/SC, no sentido de que seria aplicável ao caso o Art. 10, inc. II, alínea “b” do ADCT.²⁴² Destaca-se o Habeas Corpus nº. 155.351/PB, julgado em 30/04/2018, impetrado com o propósito de revogar prisão preventiva alegadamente decretada sem a indicação dos fundamentos previstos no Art. 312 do Código de Processo Penal (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria). O relator, Min. Gilmar Mendes, embora tenha entendido pela configuração de alguns dos fundamentos indicados na

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 287.905/SC. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrida: Elizandra Maria Fontana. Relator: Min. Ellen Gracie. Redator: Carlos Velloso, 28 jun. 2005. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 30.519/DF. Impetrante: Cristiane Veríssimo Bastos Sarausa. Impetrado: Câmara Dos Deputados. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 28 jun. 2011. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

norma, fez referência ao Art. 318, inc. IV e V do Código de Processo Penal que faculta ao juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente for gestante ou mãe de filhos de até doze anos incompletos. No caso julgado, a paciente estava em estado gestacional e já tinha dois filhos nascidos menores de doze anos. O Ministro fez os seguintes apontamentos acerca dos destinatários da norma (grifou-se):

A adequada aplicação do referido dispositivo passa, antes de qualquer coisa, pela compreensão da sua ratio, especificamente no que tange ao destinatário da norma. Apesar de, prima facie, parecer que a gestante e a mãe são as destinatárias diretas do benefício, **é preciso entender que, antes de qualquer coisa, o dispositivo tutela os nascituros e crianças que, em detrimento da proteção integral e da prioridade absoluta que se lhes confere a ordem jurídica brasileira, ou são encarcerados em condições desumanas, pelo menos na maioria das vezes, ou são afastados do convívio de suas mães, logo em uma fase da vida em que se definem importantes traços de personalidade.** Neste sentido, tendo em vista a proteção integral e a prioridade absoluta conferidas a crianças e adolescentes, julgo que a substituição da preventiva pela domiciliar, nos casos dos incisos V e VI do Art. 318 do CPP deva ser a regra. A exceção, ou seja, a recusa à substituição, deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado, e só deve ocorrer em casos graves, tais como a prática de crime com violência ou grave ameaça à pessoa.²⁴³

Há também outros dois casos semelhantes nos quais foi empregada idêntica fundamentação, todos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, quais sejam o Habeas Corpus nº. 156.079/SC e a Reclamação nº. 30.353/ES, julgados, respectivamente, em 11/05/2018 e 21/09/2018. Estes são os poucos casos encontrados pela pesquisa dos termos “nascituro” e “personalidade” no sítio eletrônico do Site do Supremo Tribunal Federal.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 155.351/PB. Impetrante: Wellington Gualberto do Nascimento. Paciente: Damiana Prudencio do Nascimento. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 abr. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um caso real julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o objetivo central deste trabalho foi questionar se o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a possibilidade de o nascituro sofrer dano extrapatrimonial e se tem o direito subjetivo de exigir em juízo a recomposição destes prejuízos.

Para resolver a questão proposta, tornou-se necessário inicialmente entender qual era o tratamento a ele fornecido pelo Código Civil. Tal indagação resultou num primeiro desafio, porque o Art. 2º é categórico em não reconhecer personalidade o nascituro, o que parecia conflitar com a possibilidade de indenizá-lo por uma modalidade de dano caracterizada justamente por ter relação a atributos da personalidade.

Em razão desta aparente impossibilidade de se cogitar na figura do dano extrapatrimonial a quem, segundo a lei, não tem personalidade, recorreu-se à opinião de autores civilistas, os quais apresentavam posicionamentos contrastantes entre si, mas que podiam ser reunidos em duas categorias. Ainda que se tenha encontrado grande dificuldade em acessar diretamente algumas fontes bibliográficas, em razão das restrições impostas pela atual situação pandêmica – o que resultou na utilização majoritária de obras em formato digital disponíveis nas plataformas on-line da UFRGS e de citações indiretas de algumas ideias autorais – logrou-se êxito em expor, de forma clara, a existência de duas orientações principais sobre a matéria.

A primeira delas abarcava três orientações desenvolvidas a partir da premissa de que os conceitos de pessoa e sujeito de direito eram iguais: teoria natalista, da personalidade condicional e concepcionista. A segunda categoria, por sua vez, considera sujeito de direito gênero do qual a pessoa é espécie, originando a chamada teoria dos sujeitos de direito sem personalidade. É posição minoritária e pouco citada nas obras consultadas.

Considerando que o objeto de pesquisa deste estudo limitou-se a apresentar o conteúdo propriamente dito das teorias acima aludidas, não se buscou entender a razão pela qual o legislador preferiu a atual redação controversa do Art. 2º do Código Civil e nem o porquê de grande parte dos doutrinadores civilistas consultados, para o desenvolvimento das suas teorias acerca da existência de personalidade do nascituro, pressuporem que sujeito de direito e pessoa seriam sinônimos. Nas obras utilizadas, não se encontrou explicações acerca da preferência pela teoria da equiparação. Ademais, expor a razão desta escolha demandaria a realização de pesquisa que, provavelmente, iniciariam na análise dos antigos textos do Direito

Romano e das suas inúmeras ramificações e modificações sofridas durante séculos até chegar ao atual Código Civil, o que embora relevante, dista do propósito deste estudo.

O mesmo não se observou em relação à teoria dos sujeitos de direito sem personalidade. Os trabalhos utilizados, ainda que em menor quantidade (o que se atribui à baixa popularidade no Brasil) ofertaram respostas mais satisfatórias acerca da origem da teoria e da motivação que os seus defensores apresentavam para adotá-la, já que expuseram e contextualizaram as diversas transformações que culminaram com o que hoje se conhece por pessoa humana. Houve um maior esforço por parte de tais juristas em explicar que o conceito de pessoa humana originou-se nas máscaras utilizadas na Roma Antiga e, após um longo processo, resultou no reconhecimento do ser humano como indivíduo dotado de dignidade e que é o núcleo do ordenamento jurídico dos Estados de Direito. Em virtude desta evolução histórica, os defensores da teoria relataram que a afirmação de inexistência de direitos em relação ao nascituro com base apenas na redação do Art. 2º é incorreta e, mais do que isso, a adoção da teoria da equiparação criou uma desnecessária polêmica doutrinária instaurada pelas teses natalista, condicional e concepcionista.

De qualquer forma, o que se procurou demonstrar é que tanto a teoria concepcionista – ao reconhecer o nascituro como ente dotado de personalidade – como a dos sujeitos de direito sem personalidade – ao reconhecer o nascituro como ser humano também titular de direitos – evidenciam uma alteração no enfoque dado à pessoa no ordenamento jurídico. O Direito Civil que em sua origem tinha preocupações eminentemente patrimoniais (tanto é verdade que os adeptos da teoria natalista e da personalidade condicional apresentavam argumentos lastreados em direitos patrimoniais para a defesa de suas ideias) sofreu uma ressignificação conceitual, passando a priorizar e proteger o ser humano e os seus respectivos direitos à vida, integridade física, liberdade, segurança, dignidade, honra, boa-fama e respeitabilidade, pouco importando se este indivíduo é nascido ou não.

Assentada esta premissa de que o nascituro era titular de direitos, deu-se início à segunda parte do trabalho na qual se propôs a averiguar se ele poderia ser indenizado por danos de caráter extrapatrimonial. A conclusão é de que a resposta é afirmativa, justamente por ser titular de direitos de cunho não patrimoniais passíveis de serem ofendidos e que poderão ter a sua compensação livremente exigida perante o Poder Judiciário. Outro fato relevante foi expor a desnecessidade de compreensão e dimensionamento da lesão pelo nascituro para exigir a reparação, já que somente a existência do prejuízo atingir atributos pessoais é suficiente para originar a pretensão reparatória. A modalidade de dano extrapatrimonial, portanto, não é precedida de sentimentos como aborrecimento, incômodo, dissabor e

estímulos e pensamentos negativos. Evidenciou-se também que a aplicação dos conceitos defendidos pelos autores adeptos das teorias natalista e da personalidade condicional em casos práticos levam a situações iníquas que atentam frontalmente contra o princípio da reparação integral que norteia a Responsabilidade Civil. A defesa de tais posicionamentos, na atualidade, não mais subsiste embora ainda existam autores mais antigos que replicam estas ideias, por clara influência do patrimonialismo que permeava o antigo Código.

Não se procurou, entretanto, realizar um maior desenvolvimento das questões envolvendo o prejuízo extrapatrimonial em se tratando dos embriões. Embora se tenha conhecimento de doutrina minoritária defensora da existência de personalidade também ao embrião – a ponto de conceber direitos relacionados à imagem científica (DNA) – é opinião pouco difundida e trabalhada nas obras às quais se teve acesso. Além disso, o estudo do assunto de forma aprofundada acabaria por afastar-se dos propósitos deste trabalho.

Outro resultado relevante alcançado relaciona-se à possibilidade de reparação do dano morte no caso do nascituro. Tratando-se o direito à vida de um bem jurídico de importância suprema do qual este também é titular, não se vislumbrou a existência de qualquer impedimento do ponto de vista teórico para que a perda da vida do nascituro seja passível de ser indenizada. Notou-se que o dano *pretium mortis* é modalidade pouco trabalhada nos manuais consultados e é usualmente tratado em artigos jurídicos, nos quais inclusive não se encontrou menção à figura do nascituro, o que demonstra tratar-se de tema ainda inexplorado no âmbito do Direito Brasileiro. Outro desafio com o qual se deparou relaciona-se à baixa incidência da modalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consultada.

De fato podem existir casos nos quais o dano morte tenha sido acolhido em julgamentos de Tribunais de Justiça dos Estados do Brasil, porém estas decisões provavelmente seriam alvo de recursos às instâncias superiores, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça, primeiro por tratar-se do principal responsável pela interpretação de leis federais (sendo o Código Civil uma delas) e, segundo, porque certamente o valor arbitrado para “compensar” (por falta de melhor expressão) a perda da vida seria elevado, consequência que implicaria na utilização de todos os meios recursais possíveis para afastar ou minorar o valor arbitrado.

Outra razão que também pode explicar a ausência da modalidade talvez seja a composição voluntária entre as partes. É comum a realização de acordos em casos com potencial de criação de novos precedentes relevantes, sem falar que muitas partes preferem chegar a um meio-termo para evitar que perdure o desgaste provocado por demandas deste

caráter e que envolvem a perda de entes queridos. No caso do dano morte, por exemplo, há potencial de surgimento de um entendimento reconhecendo a possibilidade de postular a indenização de dois prejuízos autônomos originados de um mesmo evento: a indenização pela perda da vida em si (pretensão que passaria a ser de titularidade dos herdeiros do falecido) e a indenização pelo dano reflexo que o evento morte provocou aos familiares (tanto de caráter patrimonial – por meio da condenação ao pagamento de despesas funerárias e prestação de alimentos – como de caráter extrapatrimonial – para compensar o prejuízo da afeição). Certamente tais condenações teriam o potencial de atingir cifras milionárias. Diz-se isso porque apenas o arbitramento da indenização pelo dano moral reflexo em evento morte pelo Superior Tribunal de Justiça orbita na faixa dos trezentos até quinhentos salários-mínimos; o valor somente aumentaria caso se passasse a reconhecer a possibilidade de indenizar a perda da vida em si. A criação de um precedente como este certamente é um risco que determinados indivíduos não gostariam de correr, sendo muitas vezes mais benéfico a celebração de um acordo do que permitir a publicização de decisões deste caráter.

Em se tratando das demais modalidades de dano extrapatrimonial que não o dano pretium mortis, pode-se dizer, com segurança, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça reconhece a viabilidade de sua indenização em relação ao nascituro. Em relação a esta última, notou-se uma maior incidência de casos tratando do tema da personalidade do nascituro temática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em comparação com o Supremo Tribunal Federal. A maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, embora tenham reconhecido a existência da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, seguem a teoria concepcionista como o principal fundamento para o reconhecimento do direito postulado, provavelmente em razão de sua adoção pelos doutrinadores citados pelos julgadores.

O Supremo Tribunal Federal por sua vez não possui um entendimento tão consolidado como o Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria a ponto de se poder dizer, com absoluta certeza, que se inclina à tese concepcionista. A afirmação se dá em razão da baixa incidência de casos tratando da matéria levados à sua apreciação e de que o entendimento adotado nos acórdãos oscilou entre ora reconhecer direitos ao nascituro e ora não reconhecer. Contudo, há de se considerar que os acórdãos que se enquadram nesta última hipótese são mais antigos. Em julgamentos recentes, a Corte Suprema reconheceu que o nascituro era titular do direito à vida, à saúde, à segurança, inclusive empregando os fundamentos adotados pelos autores concepcionistas. Aliado a isso, considerando a posição do Superior Tribunal de

Justiça acerca do assunto e posicionamento doutrinário atual reconhecendo direitos ao nascituro, é improvável que o Supremo Tribunal Federal decida em sentido diverso.

Considerando a exposição realizada nos parágrafos anteriores, entende-se que o objetivo proposto neste trabalho, no sentido de responder se o nascituro pode sofrer dano extrapatrimonial, foi alcançado. Do ponto de vista prático, entende-se que a indenização a esta modalidade de dano pode ser tanto sustentada pelo viés da teoria concepcionista, como também por meio da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, pois, no fundo, são duas maneiras distintas de reconhecer o ente não nascido como uma pessoa humana que deve ser protegida e ter os seus direitos resguardados no ordenamento jurídico. Contudo são relevantes as críticas feitas pelos autores que propõem a adoção da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade no que tange ao grande embate doutrinário (desnecessário segundo as suas opiniões) travado em relação ao nascituro causado pela ausência de um maior desenvolvimento acerca de quem pode ser sujeito de direitos no nosso ordenamento jurídico. A transposição de conceitos e ideias estrangeiras sem um olhar mais crítico como expuseram estes juristas acabou resultando na adoção da teoria da equiparação que acabou por negar, por muito tempo, direitos ao nascituro até que surgisse a teoria concepcionista. Felizmente, ainda que este posicionamento externado por alguns poucos autores ainda filie-se a entendimentos já ultrapassados no que tange ao ente não nascido, o atual panorama do Direito Brasileiro vem reconhecendo, de forma clara, o nascituro como pessoa humana que desde a sua concepção é considerada como um sujeito de direitos e que deve ser protegida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL E NO DIREITO CONSTITUENDO DO BRASIL PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E PROJETO DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, p. 681-691, out. 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. Concursos públicos: terminologias e teorias inusitadas. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [livro eletrônico].

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16 mar. 21.

BRASIL, Lei nº. 11.105/2005 de 24 de Março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL, Lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL, Lei nº. 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL, Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005. [livro eletrônico]. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em 03 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 11 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 634 de 1975. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1>. Acesso em 11 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 715.983/ES. Agravante: Miller Perini Scopel E Alfa Seguradora S.A. Agravada: Lorraine Nicolau Tintore e Outros. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 02 abr. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 598.315/PE. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrida: I H A de O (menor) e Outros. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 25 ago. 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Agravante/Agravado: Guarany Transportes e Turismo LTDA. Agravante/Agravado: B W da S C (Menor). Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, 19 fev. 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.471.155/RN. Recorrente: Estado Do Rio Grande Do Norte. Recorrida: F S R (menor). Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 23 out. 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 1341790 / RS. Agravante: Transportadora Fanti SA. Agravado: Marcelo de Oliveira Alimena Teixeira e Outros. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 24 set. 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 144794/RJ. Agravante: Município Do Rio De Janeiro. Agravada: Andira Bravo Dos Santos. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.127.913-RS. Embargante: Pedro Yates Porto da Silva e Outros; Alice Treib Porto da Silva e Outros. Embargado: Bradesco Companhia Nacional de Seguros; Rio Grande Energia S/A; AGF Brasil Seguros; Aeromed Participações LTDA; IRB Brasil Resseguros S/A. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 4 jun 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência Número 513. Brasília, 6 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/4013/4236>>. Acesso em 22 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência Número 547. Brasília, 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em 11 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.527.136/AC. Recorrente: Estado do Acre. Recorrida: Gessane Oliveira Dos Santos e Outros. Relator: Min. Napoleão Maia Nunes Filho. Brasília, 20 out. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.120.676/SC. Recorrente: Nivaldo Da Silva e Outro. Recorrida: Liberty Seguros S/A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 07 dez. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.143.968/MG. Recorrente: Maria Da Purificação Magalhães de Oliveira - Espólio. Recorrido: Hospital Mater Dei S/A e Outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.415.727/SC. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrida: Seguradora Líder do Consorcio do Seguro DPVAT AS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.487.089/SP. Recorrente: Rafael Bastos Hocsman. Recorrida: Wanessa Godoi Camargo Buaiz e Outros. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.629.423/SP. Recorrente: L DA S J. Recorrida: M H F (MENOR). Relator: Min. Marco Aurélio Belizze. Brasília, 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 399.028/RS. Recorrente: Antônio Nival Leonidas e Outros. Recorrida: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU. Relator: Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira. Brasília, 26 fev. 2002. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 60.033/MG. Recorrente: Banco Nacional S/A. Recorrida: Boerger E Boerger Classivideo Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 08 ago. 1995. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 60.033/MG. Recorrente: Banco Nacional S/A. Recorrida: Boerger E Boerger Classivideo Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 08 ago. 1995. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 978.651/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Antonio Ferreira da Silva e Outro. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 17 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 227. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 491. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula491/false>>. Acesso em 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Conectas Direitos Humanos e Outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Conectas Direitos Humanos e Outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Requerentes: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 155.351/PB. Impetrante: Wellington Gualberto do Nascimento. Paciente: Damiana Prudencio do Nascimento. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 abr. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 30.519/DF. Impetrante: Cristiane Veríssimo Bastos Sarausa. Impetrado: Câmara Dos Deputados. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 20 jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 2040-1/DF. Reclamante: Glória De Los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 21 fev. 2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 287.905/SC. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrida: Elizandra Maria Fontana. Relator: Min. Ellen Gracie. Redator: Carlos Velloso, 28 jun. 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 59.111/CE. Recorrente: Jose Rodrigues. Recorrido: Prefeitura Municipal De Fortaleza. Relator: Min. Djaci Falcao. Brasília, 15 mai. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 59.940/SP. Recorrente: Vicente Damico E Outro. Recorrido: Auto Ônibus Jundiaí. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, 26 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 64.711/GB. Recorrente: Nelida Derina Tombo Soggi. Recorrido: Transportes Amigos Unidos LTDA. Relator: Min. Thompson Flores. Brasília, 17 abr. 1969. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 65.281/SP. Recorrente: Virgílio Mota. Recorrido: Irmãos Rocha. Relator: Min. Victor Nunes. Brasília, 23 set. 1969. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 71.884/CE. Recorrente: Alberto Targino. Recorrido: Sabino Alves Teixeira e Outro. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, 21 mai. 1971. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.038/MG. Recorrente: Margarida Ilza de Lima e Outro. Recorrido: Geraldo Magela de Lima. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 18 out. 1983. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 0201838-05.2011.8.26.0100. Recorrente: Rafael Bastos Hocsman. Recorrida: Wanessa Godoi Camargo Buaiz e Outros. Relator: Roberto Maia. Brasília, 06 nov. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Cível nº. 0005983-80.2011.8.08.0006. Recorrentes/Recorridos: Miller Perini Scopel E Alfa Seguradora S.A E Maria Conceição Nicolau Tintore E Rayane Nicolau Tintore Da Silveira. Relator Des. Convocado Jorge Henrique Valle Dos Santos. Vitória, 10 fev. 2014. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProc>

esso=00059838020118080006&Justica=Comum&CFID=182828794&CFTOKEN=10593757
>. Acesso em 09 mar. 2021.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. O DANO MORAL IN RE IPSA E SUA DIMENSÃO PROBATÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. *Revista de Processo*, v. 291, p. 311-336, 2019.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil, volume 2*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [livro eletrônico].

_____. *Curso de direito civil: parte geral i, volume 1*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [livro eletrônico].

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil I*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. Disponível em: <https://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/programa_de_direito_civil-I-OCR.pdf>. Acesso em 28 fev. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julho 1889. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

ESPÍRITO SANTO. 2ª Vara Cível, Família e de Órfãos e Sucessões. Ação Ordinária 0005983-80.2011.8.08.0006. Parte autora: Maria Conceicao Nicolau Tintore e Outros. Parte ré: Miller Perini Scopel e Alfa Seguradora S A. Juíza Glicia Monica Dornela Alves Ribeiro. Aracruz.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Lei nº 8391, de 13 de novembro de 1991. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-8391-1991-santa-catarina-disciplina-a-admissao-de-pessoal-em-carater-temporario-sob-regime-administrativo-especial-no-ambito-do-magisterio-publico-estadual-e-da-outras-providencias-1994-10-09-versao-compilada>>. Acesso em 13 mar. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____, Felipe Peixoto Braga. Manual único de direito civil. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. [livro eletrônico].

FIÚZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. DITADURA MILITAR: Estado indeniza segundo feto como vítima de tortura. Disponível em:<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1102200722.htm>>. Acesso em 15 mar. 21.

FOLHA DE SÃO PAULO. Gloria Trevi acusa "autoridade" da PF. Disponível em:<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2911200117.htm>>. Acesso em 11 mar. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Gloria Trevi diz a deputados ter sido estuprada por policial. Disponível em:<<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u41417.shtml>>. Acesso em 11 mar. 2021.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. PESSOA JURÍDICA E O DANO MORAL. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 22, p. 92-114, 2008.

G1. Expectativa de vida do brasileiro ao nascer foi de 76,6 anos em 2019, diz IBGE A expectativa média do Brasileiro, em 2019, era de 76,6 anos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2020/11/26/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-foi-de-766-anos-em-2019-diz-ibge.ghhtml>>. Acesso em 05 mar. 2021.

G1. Glória Trevi foi estuprada. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,,MUL904268-16021,00-GLORIA+TREVI+FOI+ESTUPRADA.html>>. Acesso em 11 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

_____. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [livro eletrônico].

GAÚCHA ZH. Loja e fábrica da Serra são condenadas a indenizar família de grávida estuprada por montador de móveis. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/policia/noticia/2019/06/loja-e-fabrica-da-serra-sao-condenadas-a-indenizar-familia-de-gravida-estuprada-por-montador-de-moveis-10948158.html>>. Aceso em 15 mar. 21.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de *et al*; PELUZO, César (Coord.). Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico];

_____. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro eletrônico].

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 4. ed. São Paulo: Alamedina, 2020.

MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 30, n. 923, p. 251-264, 2007.

PARIS. Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 24 fev. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil, volume 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro eletrônico].

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [livro eletrônico].

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal: parte especial – arts.121 a 249 do CP, volume 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70013935192. Recorrente: Iolanda Elizabete Carvalho Da Silva. Recorrida: A Justiça. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, 04 jul. 2006. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70010345999. Recorrente: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. Recorrida: Poliana Belo de Lima. Relator: Ney Wiedemann Neto, 24 nov. 2005. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70002027910. Recorrente: Joao Doli Dutra Porto. Recorrida: HBSC Bamerindus Seguros. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 28 mar. 2001. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70079361051. Recorrentes/Recorridos: TDT Moveis Planejados LTDA e Todeschini S.A. Indústria e Comércio. Recorrente/Recorrida: Ermes Salvagni, Margarete Izabel Fogliato, Rafael Salvagni, Carolina Salvagni. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 22 maio. 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. Introdução ao direito e parte geral do código civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DA MORTE. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, p. 100-105, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, volume 1: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. Direito civil: volume 1: parte geral. edição desconhecida. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/04/silvio-rodriques-direito-civil-parte-geral-1.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2021. [livro eletrônico].

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIDOU, J. M. Othon (org.). Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 2. ed. ver., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Interesse público prevalece em julgamento de Gloria Trevi. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58411>>. Acesso em 11 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que livros digitais têm imunidade tributária. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337857>>. Acesso em 12 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 12 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: UMA PÁGINA A SER VIRADA NO DIREITO BRASILEIRO. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral – v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [livro eletrônico].

V Jornada de Direito Civil/Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJP, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

_____. Direito civil: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico].

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. Código Civil interpretado. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [livro eletrônico].

WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. PRETIUM MORTIS: QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DO DANO MORTE: um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, v. 3, p. 729-761, 2017.