

# **DIREITOS DA PERSONALIDADE: A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO**

## **RIGHTS OF PERSONALITY: THE CLASSIFICATION OF RIGHTS OF THE UNBORN CHILDREN**

### **GIORGE ANDRE LANDO**

Pós Doutorado pela Università degli Studi di Messina - Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP (2014). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2008). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2006) e Graduação em Direito (2003) também por esta Universidade. Atualmente é advogado, Professor Adjunto da Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão - FACEMA e Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco - UPE, com experiência em cargos de gestão, tais como, Coordenação de Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), Coordenação de Curso e Coordenador da Comissão Própria de Avaliação - CPA. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Processual Civil.

### **RITA DE CÁSSIA LEITE CORSO**

Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão - FACEMA

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo identificar a existência e, por conseguinte, classificar os direitos da personalidade do nascituro. Para tanto, faz-se necessário apresentar a natureza jurídica do nascituro. Nesse sentido, o estudo parte do pressuposto que ao nascituro é atribuído personalidade jurídica, fundamentada na teoria concepcionista que assegura direitos da personalidade desde a concepção.

Embora, o nascituro seja respeitado como sujeito de direitos, é reconhecido que se trata de pessoa em condição diferenciada daquelas que já nasceram, o que não lhe impede a atribuição da capacidade de direito, contudo há especificidades que devem ser consideradas para realizar uma classificação adequada dos seus direitos da personalidade. Para que o nascituro nasça com vida, é imprescindível que a sua integridade psicofísica seja assegurada por direitos fundamentais, tais como: o direito à saúde durante a gestação; o direito de nascer com vida; e o direito a nascer sem malformação congênita. Nesse sentido, conclui-se que o nascituro, por ter vida intrauterina é dotado de personalidade jurídica, o que lhe garante a capacidade de direitos, os quais, no que se referem aos direitos da personalidade, são classificados como direito à integridade física e à integridade moral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Personalidade; Classificação; Nascituro.

#### **ABSTRACT**

This article aims to identify the existence and classify the personality rights of the unborn. Therefore, it is necessary to present the legal nature of the unborn child. In this sense, the study assumes that the unborn child is assigned legal personality grounded in the Conceptionist theory that assures personality rights from the conception. Although the unborn child is respected as a subject of rights, it is recognized that he or she is a person in differentiated condition of those who already were born, which does not prevent him/her from assigning the capacity of law, however there are specificities that should be considered to make an appropriate classification of his/her personality rights. In order for the unborn is born alive, it is essential that his/her psychophysical integrity is assured by fundamental rights, such as: the right to health during pregnancy; the right to be born alive; and the right to be born without congenital malformation. Accordingly, we conclude that the unborn child, for having intrauterine life, is endowed with legal personality, which guarantees him/her the capacity of rights, which, related to personality rights, are classified as the right to physical integrity and moral integrity.

**KEYWORDS:** Personality; Classification; Unborn child.

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 teve um significado singular para o Direito Civil. Primeiro, porque a Constituição passou a dar unidade ao sistema jurídico, retirando do Código Civil de 1916 essa função exercida tacitamente. A partir dela, nasceu no Brasil o fenômeno doutrinário denominado de constitucionalização do Direito Civil, que significou a adequação do Direito Civil aos novos valores inaugurados naquela Constituição. Ademais, possibilitou a aplicação de princípios constitucionais diretamente nas relações privadas, pois o Código Civil de 1916 nunca fez questão da utilização de princípios entre as suas normas. A constitucionalização do Direito Civil operou mudanças importantes que auxiliaram na sua revitalização, sem, contudo, alterar a sua natureza e matérias. Entre as modificações, consideradas relevantes, promovidas pela Constituição a favor do Direito Civil, devem ser mencionadas a tutela dos direitos da personalidade.

Enquanto o atual Código Civil não nascia, os direitos fundamentais, bem como sua espécie, direitos da personalidade, eram aplicados no Poder Judiciário para a resolução de conflitos pertencentes ao âmbito do direito privado. O Código Civil de 2002 foi promulgado com capítulo específico para os direitos da personalidade. Como o referido documento não quis ousar, restringiu-se a tratar sobre a disposição do corpo, nome e pseudônimo, direito de imagem e de privacidade. Não se pode considerar que os dispositivos seriam taxativos. Pelo contrário, o legislador apenas fez constar algumas hipóteses de direitos da personalidade, pois sabia não ser possível fazer a previsão de todos os direitos da personalidade que existem e que ainda surgirão. Nesse sentido, o atual Código Civil aceita as modificações proporcionadas pela Constituição Federal, coloca a pessoa como centro do sistema jurídico civil e o patrimônio, em segundo plano.

No atual sistema jurídico, não há disposição de modo *ipsis litteris* a respeito da personalidade do nascituro. A Constituição Federal, conforme visto, cuidou da personalidade atribuindo à pessoa humana a condição essencial de existência do sistema jurídico. O Código Civil vigente também perdeu a grande oportunidade de esclarecer literalmente a questão da personalidade jurídica do nascituro, pois

apenas fez repetir no artigo 2º a redação do artigo 4º da Lei Civil revogada. Para tanto, a doutrina vem se posicionando fortemente em favor da teoria concepcionista, que sustenta a tutela dos direitos da personalidade do nascituro desde a concepção.

Os direitos da personalidade não podem ser entregues para a pessoa somente na data do seu nascimento ou com a condição de nascer com vida, como defendem as teorias natalista e da personalidade condicional. Existem direitos que devem ser tutelados ainda durante a gestação do nascituro para que este possa vir a nascer com vida. Aguardar o nascimento com vida para aplicar os direitos da personalidade para o nascituro pode ser atitude tardia demais para a sua sobrevivência intra ou extrauterina. Se o direito à vida não for uma preocupação imediata, o nascituro não nascerá com vida. Se o seu direito à saúde não for assegurado ainda na gestação, essa criança, possivelmente, não terá autonomia para viver de forma digna. Contudo, é possível encontrar no ordenamento jurídico normas garantindo-lhe direitos enquanto ele ainda está nessa condição. Desse modo, pretende-se apresentar a classificação dos direitos da personalidade do nascituro, com o objetivo de publicizar quais direitos pertencem ao nascituro, desde a concepção.

## 1 BREVE HISTÓRICO

A Segunda Guerra Mundial marcou a necessidade da reconstrução do conceito de pessoa, ou, nas palavras de Pietro Perlingieri, na tentativa de reconstruir o conceito de “valor” da pessoa, denominado de personalismo.<sup>1</sup> A influência do personalismo nos sistemas jurídicos considerados democráticos ensejou a atribuição de dignidade ao homem como indivíduo, isoladamente. Luiz Edson Fachin explica que a dignidade humana atribuída às pessoas e prevista nos diplomas legais era apenas de ordem formal. Porém, teria sido suficiente para criar a disciplina das noções de personalidade, ato jurídico e capacidade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-36.

<sup>2</sup> FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. *Raízes Jurídicas*. Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun., 2007, p. 54.

A categoria dos direitos da personalidade é considerada uma formulação recente, “porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia.”<sup>3</sup> Nem todos os doutrinadores, porém, têm a mesma opinião. José Adércio Leite Sampaio refere que foi apenas na “Idade Média que o homem, voltando-se mais para o mundo sobrenatural e cultuando a espiritualidade, através de uma busca interior, tomou consciência de sua própria personalidade e, via de consequência, da necessidade de sua proteção.”<sup>4</sup> É também na Idade Média que é encontrada a Magna Carta (1215), a qual já assegurava algumas garantias legais contra a violação de direitos. Todavia, no Renascimento e no Humanismo, no séc. XVI, e no Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, que se “reconhece o indivíduo como valor central do direito e se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos como tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa, admitindo-se, como objeto desses direitos, a própria pessoa humana.”<sup>5</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apresentam de forma resumida três elementos históricos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos da personalidade:

a) O *advento do cristianismo*, em que se ressalta a idéia de dignidade do homem como filho de Deus, reconhecendo a existência de um vínculo interior e superior, acima das circunstâncias políticas que determinavam em Roma os requisitos para o conceito da pessoa (*status libertatis, status civitatis e status familiae*).

b) A *Escola do Direito Natural*, que assentou a concepção de direitos inatos ao ser humano, correspondentes à sua natureza, e a ela unidos de forma absoluta e preexistente ao reconhecimento estatal.

c) A *filosofia iluminista*, que realçou a valorização do indivíduo em face do Estado.<sup>6</sup>

Gustavo Tepedino (1999, p. 24) acrescenta que os direitos da personalidade são uma categoria de direitos subjetivos, derivados de elaborações doutrinárias

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do Direito Civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

<sup>4</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada – uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 49.

<sup>5</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 254.

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, v. I: parte geral*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

germânicas e francesas da segunda metade do século XIX. O autor esclarece ainda que tal categoria de direitos era compreendida como direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.<sup>7</sup> Não havia, porém, uma unanimidade quanto ao referido pensamento, ou seja, havia autores que criaram teorias que negavam a possibilidade de implemento da categoria dos direitos da personalidade, entre os quais, o mais citado é Savigny:

No século XIX, Friedrich Carl Von Savigny, em *System des heutigen Römischen Rechts* [Sistema de direito romano atual], negou estatuto científico à categoria sob exame, por considerá-la uma *contradictio in terminis*: o homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar direitos sobre sua vida ou sua existência.<sup>8</sup>

Entretanto, as críticas desfavoráveis aos direitos da personalidade aos poucos foram sendo superadas. E os horrores do holocausto nazista motivados pela Segunda Guerra Mundial “despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade. Laços de solidariedade formaram-se em torno do propósito maior de preservação da humanidade.”<sup>9</sup> A preocupação em proteger os direitos subjetivos e a consequente inserção da dignidade da pessoa humana são refletidos nos diversos diplomas internacionais e Constituições democráticas criados a partir de então, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Europeia, de 1950; o Pacto Internacional das Nações Unidas, de 1966; a Constituição Italiana; a Constituição Portuguesa; e a Constituição Espanhola, considerados marcos históricos da construção teórica dos direitos da personalidade.

## 2 DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito Constitucional existe em função da pessoa humana e, não, do Estado. Portanto, no claro entendimento de Paulo Otero, “se tudo o que existe no

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 24.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. *In*: Direitos da Personalidade. Org. Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Gustavo Bonato Fruet. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

Direito e em função do Homem – incluindo o próprio Estado -, então o fenômeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano.”<sup>10</sup> A atual Constituição brasileira faz referência à dignidade da pessoa humana já no primeiro dispositivo legal (art. 1.º, III). A inclusão da dignidade humana entre os fundamentos da República deve ser compreendida como um avanço sem par da legislação brasileira. “A dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas.”<sup>11</sup>

Além da dignidade da pessoa humana, outros direitos humanos ganharam uma proteção especial na Constituição e, ao serem positivados com tal finalidade, foram denominados de direitos fundamentais. Contudo, entre os direitos fundamentais, existe uma categoria de direitos subjetivos caracterizados por valores essenciais da personalidade humana. É possível, portanto, fazer a classificação dos direitos fundamentais como gênero, enquanto os direitos da personalidade são denominados de espécie. O que leva à afirmação feita por Francisco Amaral, segundo o qual todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas o contrário não é recíproco.<sup>12</sup>

Ainda a respeito da introdução da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira, faz-se oportuno mencionar o pensamento de Luis Roberto Barroso: “No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade.”<sup>13</sup> Observa-se, desse modo, a importância do princípio da dignidade, não apenas como base inspiradora para a sua existência, mas também para a própria consolidação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>10</sup> OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. *In: Pessoa humana e direito*. Coord. Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 351.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

<sup>12</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 256.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o Direito Civil. *In: Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Organizador: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 259-260.

Mesmo o Código Civil de 1916 não fazendo referência aos direitos da personalidade, Rubens Limongi França já se antecipava ao tratá-los de forma geral e os definia como: “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”<sup>14</sup> Definição também é defendida por Adriano De Cupis, ao afirmar que a denominação de direitos da personalidade é reservada ao direitos essenciais da pessoa, pois os direitos essenciais se identificam precisamente com os direitos da personalidade, afinal, para o autor, os direitos essenciais da pessoa são o conteúdo dos direitos da personalidade, sem os quais, estes últimos estariam incompletos e desprovidos de qualquer valor real.<sup>15</sup> Luiz Edson Fachin complementa e detalha o pensamento ora esboçado a respeito dos aspectos da pessoa que são objetos dos direitos da personalidade, e ainda divide os direitos em privado e público.

São direitos que têm uma feição privada por dizerem respeito a um particular, mas a garantia é pública. Direito à liberdade é o direito de um indivíduo, e a tutela desse direito é de ordem pública. Esses direitos personalíssimos, no sentido clássico, nascem e se desenvolvem no âmbito das relações privadas.<sup>16</sup>

Maria Helena Diniz reconhece nos direitos da personalidade uma dupla dimensão. Segundo a autora, a primeira delas é a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada. A outra é denominada de objetiva e consiste em direitos assegurados legal e constitucionalmente que deverão protegê-los contra quaisquer abusos.<sup>17</sup> No entanto, Silvio de Salvo Venosa apresenta uma definição dos direitos da personalidade simples, de fácil compreensão e de grande valor prático.

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar

---

<sup>14</sup> FRANÇA, Rubens Limonge. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1025.

<sup>15</sup> CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*, t. 1. Milano: Giuffrè, 1959, p. 13.

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102-103.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do Direito Civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade.<sup>18</sup>

Conforme já observado por Silvio de Salvo Venosa, os direitos da personalidade são irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, o que significa dizer que existem direitos subjetivos que estão intimamente ligados à vida, os quais não podem ser renunciados pelo seu titular. Em regra, o titular não tem permissão de renunciar dos seus direitos da personalidade. É desse modo que o Código Civil atual fez previsão no artigo 11, estabelecendo a irrenunciabilidade desses direitos. “Esse caráter realça a natureza cogente, ou de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico da codificação.”<sup>19</sup>

Outra característica apontada pela doutrina, de modo geral, e também prevista no já citado artigo 11 é a intransmissibilidade dos direitos da personalidade. A intransmissibilidade não permite nenhuma forma de disposição dos direitos da personalidade. Portanto, a proibição se estende a todo tipo de cessão a outra pessoa, por ato gratuito ou a título oneroso. Contudo, Carlos Alberto Bittar esclarece a possibilidade de abrir exceções. Segundo ele, “certos direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se seus caracteres intrínsecos.”<sup>20</sup> O autor está fazendo referência a algumas possibilidades de relativização de direitos da personalidade, como é o caso da possibilidade de cessão de direitos patrimoniais dos direitos do autor e da imagem, contudo as mencionadas cessões não podem ser permanentes. O artigo 11 dispõe que os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária. Entretanto, conforme foi relatado no exemplo acima, é possível realizar uma cessão patrimonial do direito de imagem – limitação voluntária – porém, não de forma permanente.

Existem outras características próprias dos direitos da personalidade, mas que o legislador não fez constar nos dispositivos do Código Civil atual. Entre elas,

---

<sup>18</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. v. 1. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2012, p. 156.

<sup>20</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. atual. e aum. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 12.

são sempre citados o caráter inato e o absoluto. Os direitos da personalidade são classificados em duas categorias: os adquiridos e os inatos. “Os ‘adquiridos’ (como decorrência do status individual) existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina. Os ‘inatos’ (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral).”<sup>21</sup> Para fazer uma diferenciação mais prática entre as duas categorias, vale, novamente, citar como exemplo os direitos autorais, os quais não nascem com a pessoa, mas são adquiridos por ela de acordo com a legislação aplicada. Já os inatos pertencem ao seu titular desde a concepção.

### 3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

O nascituro, portanto, tem os seus direitos da personalidade, da classificação de inatos, desde a concepção. A característica de absoluto diz respeito ao fato de que os direitos da personalidade podem ser oponíveis *erga omnes*. Acrescentam-se também a característica “impenhorável”, a qual, da mesma forma que as anteriores, é relativizada. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que: “Os direitos morais de autor jamais poderão ser penhorados, não havendo, porém, qualquer impedimento legal na penhora do crédito dos direitos patrimoniais correspondentes.”<sup>22</sup>

No que diz respeito aos direitos da personalidade do nascituro, é oportuno lembrar que o desafio no tópico anterior foi demonstrar que o nascituro, embora ainda no ventre materno, deve ser reconhecido como pessoa natural, uma vez que se trata de um ser humano em desenvolvimento, com direitos assegurados, não somente para quando nascer com vida. Desde a concepção, já é sujeito de direitos e, portanto, pode titularizar relações jurídicas, embora ainda impossibilitado de fazê-lo pessoalmente. A verdade é que o ser humano está sempre em desenvolvimento, é da natureza humana perpassar por diversas fases para que ocorra o seu desenvolvimento e maturação, e nem sempre, ou praticamente nunca, será possível afirmar que, ao passar por todas as etapas da vida, o ser humano consiga alcançar

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 204.

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

o desenvolvimento completo. Isso deveria ser motivo para desclassificar o ser humano como sujeito de direitos?

As crianças e os adolescentes, até os dezesseis anos incompletos, têm apenas capacidade de direito porque ainda não tem discernimento para realizar os atos da vida civil. E os adolescentes, com idades entre dezesseis anos completos e dezoito anos incompletos, têm capacidade, de fato, restrita para certos atos porque seu discernimento ainda é reduzido. Percebe-se que a lei, com intenção de proteger essas pessoas, pela sua condição de menoridade, deixa claro que o faz de tal modo em virtude de elas não terem desenvolvimento completo. A fragilidade da condição em que se encontram as crianças e adolescentes é protegida pelo ordenamento, que reconhece nelas a incapacidade para exercerem direitos de fato, sem retirar delas o *status* de pessoa, ou seja, de sujeito de direitos.

A condição de pessoa humana, em uma expressão consagrada pela Lei Fundamental brasileira, é garante ao indivíduo a tutela e salvaguarda de direitos. Em reconhecendo essa condição, ter-se-á todos os direitos a ela inerentes. E os direitos da personalidade são exatamente isso, direitos inatos à pessoa, ou seja, independem de qualquer declaração do Estado. Basta existir pessoa para que eles também existam.<sup>23</sup>

Quanto ao nascituro, são concedidos pela lei direitos para o nascimento com vida, e também se verifica no sistema jurídico a existência de direitos pessoais conferidos ao nascituro enquanto está no ventre materno. Isso, porque se reconhece nele o *status* de pessoa, pessoa em desenvolvimento, como são as crianças e adolescentes, e da mesma forma, ao nascituro deve ser atribuída personalidade jurídica formal e poder de titularizar relações jurídicas para ter o seu direito à vida efetivamente garantido. Sabe-se que o nascituro não terá, de fato, capacidade para, sozinho, reivindicar o citado direito, mas terá o direito assegurado, inclusive de ser representado por curador nomeado para exercê-lo em seu favor.

As crianças e os adolescentes, pelo fato de estarem vivos, são pessoas com capacidade de direito e somente irão adquirir a capacidade de fato ao completar a maioridade ou por ocasião da emancipação, quando preenchidos os requisitos legais. Ressalta-se que, embora elas tenham garantidos os direitos pessoais e

---

<sup>23</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 64.

patrimoniais, estes não poderão ser exercidos sem representação ou assistência enquanto não extinta a incapacidade. Direitos como à saúde, à educação, à família, ao lazer, estão à disposição das crianças e dos adolescentes e são assegurados de forma prioritária, mas os direitos patrimônios dependem de certos fatores para o exercício sem representação ou assistência. Situação semelhante ocorre com o nascituro, pois seus direitos personalíssimos estão à disposição desde a concepção, dependendo apenas do nascimento com vida para receber os direitos patrimoniais.

Entende-se que o nascimento com vida é uma condição técnica necessária para que a pessoa adquira capacidade de direito para receber direitos patrimoniais, porque, somente com o implemento de tal condição, a pessoa teria capacidade para, também, transferir direitos. Portanto, ao reivindicar a personalidade jurídica ao nascituro, não se pretende requerer a ele a capacidade de direito para direitos patrimoniais enquanto está no ventre materno, até porque seria totalmente contrário ao que dispõe a Lei Civil, mas que seja reconhecido o seu *status* de pessoa para gozar dos seus direitos da personalidade. Se a condição para ter direitos da personalidade é ser pessoa, e todo ser humano é pessoa pelo simples fato de existir, o nascituro preenche tais requisitos, haja vista que ele existe e tem vida intrauterina.

Nesse diapasão, Ralpo Waldo de Barros Monteiro ensina que direitos da personalidade constituem direitos privados subjetivos, “uma vez que o ordenamento jurídico positivo dedica, na esfera privada, específica proteção aos bens inerentes à pessoa humana, atribuindo-lhe posições de vantagem em relação a outras pessoas e concedendo-lhe meios para garantir a eficácia dessas mesmas posições”<sup>24</sup>, o que corrobora com tal entendimento, no sentido de atribuir ao nascituro os direitos da personalidade, inclusive com a possibilidade de utilização dos atos de conservação dos referidos direitos, mesmo que não sejam exercidos pessoalmente por ele, mas, sim, por seus representantes legais.

É bem verdade que o nascituro, enquanto estiver nessa condição, está impossibilitado de gozar de todos os direitos da personalidade, mas, quais são todos os direitos da personalidade? Sabe-se que os direitos da personalidade constituem-

---

<sup>24</sup> MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros. Direitos da personalidade e dignidade humana. *In*: Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Coord. Florisbal de Souza Del’Olimo; Luís Ivani de Amorim Araújo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 264.

se de caracteres essenciais aos seres humanos, os mesmos que fundamentam a formulação de sua dignidade e os caracterizam como pessoas. Mas, na verdade, existem vários direitos da personalidade, e, como já registrado, a Lei Constitucional ou Civil não tiveram a intenção de relacionar todos os direitos da personalidade, porque não é possível a identificação imediata de todos, conhece-se apenas a diretriz, que é fornecida pelo princípio da dignidade humana.

Diante da impossibilidade de enumerar os direitos da personalidade, mas de posse da diretriz para a identificação destes, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, pretende-se a seguir classificar os direitos da personalidade atribuídos aos nascituros. A classificação ora referida não intenciona enumerar de forma exaustiva os direitos então mencionados e, sim, demonstrar que o nascituro goza de direitos de personalidade mesmo ainda não tendo nascido com vida.

#### **4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO**

Na doutrina é possível encontrar alguns posicionamentos divergentes quanto à classificação dos direitos da personalidade, o que importa dizer que o tema está longe de ser pacificado, justamente porque, talvez, as críticas, estejam corretas. De modo geral, as censuras, de uma ou de outra forma de classificar os referidos direitos giram em torno da insuficiência de critérios científicos adotados por cada autor ou falta de importância prática da classificação. Todavia, os autores esclarecem que a classificação não tem o objetivo de esgotar a relação de direitos da personalidade, portanto, não se deve considerá-las taxativas.

Rubens Limongi França classifica os direitos da personalidade, considerando três aspectos: o físico, o intelectual e o moral, o que implica nas seguintes classes de direitos: direito à integridade física; direito à integridade intelectual; e direito à integridade moral. O autor assinala para o fato de que existem direitos classificáveis em mais de uma das espécies, a exemplo do direito à imagem, que, segundo ele, identifica-se com o grupo de direitos que têm natureza moral, mas também com o grupo de direitos que têm natureza física.<sup>25</sup> Gustavo Tepedino prefere outra classificação. O autor distingue os direitos da personalidade em dois grupos: os

---

<sup>25</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1029.

direitos à integridade física e os direitos à integridade moral. E explica a existência dessas classes fundamentadas na “previsão constitucional e em leis especiais, as quais fornecem elementos normativos capazes de permitir sua configuração dogmática.”<sup>26</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho se utilizam de terminologias um pouco diferentes, sem uma classificação muito parecida com a de Rubens Limongi França. Esses autores se utilizam da tricotomia corpo, mente e espírito, que decorre na proteção: a) à vida e integridade física; b) à integridade psíquica física e criações intelectuais; e c) à integridade moral.<sup>27</sup>

Apesar da classificação feita por Rubens Limongi França aparentar ser a mais completa, no que se refere aos direitos da personalidade do nascituro, a classificação adotada neste trabalho diz respeito à de Gustavo Tepedino, porque dispõe de direitos da personalidade inatos, ou seja, que desde a concepção já pertencem ao nascituro, quais sejam: os direitos à integridade física (direito à vida e aos alimentos; direito sobre o próprio corpo) e à integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal). Quanto aos direitos à integridade intelectual, são direitos da personalidade adquiridos, e, para estes, o nascituro, somente após o nascimento, poderia ou não ter a proteção (direito pessoal de autor científico, direito pessoal de autor artístico e direito pessoal de autor inventor), uma vez que exigem do titular uma autonomia física e intelectual que o nascituro ainda não dispõe.

Contudo, é mais comum encontrar no ordenamento jurídico normas protegendo direitos patrimoniais do nascituro. Enquanto o feto se encontra, portanto, nessa condição, o sistema jurídico lhe atribui capacidade de receber direitos patrimoniais, desde a sua concepção. O nascituro tem capacidade para receber doação, conforme estabelece o artigo 542 do Código Civil, e, para tal, seu representante legal tem legitimidade. Situação semelhante àquela que acontece com os menores, tem apenas capacidade de direito, o que implica a necessidade de representação legal para a aceitação e administração dos bens correspondentes aos direitos patrimoniais.

Outro exemplo, expressamente previsto na legislação, de atribuição de capacidade para o nascituro receber direitos patrimoniais, está relacionado aos

---

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 35.

<sup>27</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, v. I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

direitos sucessórios. O artigo 1798 do Código Civil prescreve: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Claramente o legislador admite a existência de pessoa concebida, conferindo a esta a capacidade para suceder. O que significa dizer que o nascituro pode ser herdeiro e, como detentor desse direito, ele também poderá transferir direitos para os seus herdeiros, com a ocorrência do evento morte.

Salienta-se que, no instante em que o nascituro tem os primeiros sinais de atividade encefálica, aperfeiçoa-se a sua condição de herdeiro, não mais importando que venha a falecer logo em seguida, pois já terá herdado os bens do *de cuius*, transmitindo-os, agora, aos seus herdeiros.<sup>28</sup>

O artigo 1798 do Código Civil considera, portanto, que o nascituro é pessoa e, como tal, é sujeito de direitos e obrigações, das quais, no que se refere aos direitos sucessórios, tem capacidade para ser herdeiro, desde que tenha potencial de vida e, como herdeiro, recebe todos os direitos patrimoniais relativos à sucessão. Thiago Ferreira Cardoso Neves ainda esclarece que o nascituro não precisa nascer vivo ou mesmo permanecer vivo enquanto estiver no útero da mãe, tanto que se vier a falecer, os seus direitos percebidos são transmitidos aos seus herdeiros, porque o importante é estar vivo no momento da abertura da sucessão.<sup>29</sup> O dispositivo, portanto, de forma alguma exige o nascimento com vida para ser considerado pessoa; pelo contrário, desde a concepção, comprovado que o nascituro tem potencial de vida, já é sujeito de direitos e obrigações, logo tem personalidade jurídica.

Ao analisar as outras teses a respeito do tema, observa-se a existência de um esforço doutrinário para distorcer o conteúdo do artigo 1798 do Código Civil. Uma das correntes afirma que é preciso que o nascituro nasça com vida para receber a herança, e se utiliza do artigo 1800, § 3º do Código Civil para fundamentar o argumento mencionado. No entanto, tal dispositivo se refere à herança testamentária, ou seja, só deve ser aplicado havendo testamento que beneficie nascituro, enquanto o artigo 1798 diz respeito à sucessão geral, que abrange a

---

<sup>28</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 123.

<sup>29</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 123.

sucessão legítima e a testamentária.<sup>30</sup> A segunda corrente defende que o nascituro adquire a herança no exato momento do falecimento do *de cuius*, contudo, o falecimento posterior do nascituro ou se nascer sem vida, opera a retroatividade do direito para a data da morte do autor da herança.<sup>31</sup>

Nada disso é preciso para a aplicação do artigo 1798 do Código Civil. O nascituro tem capacidade de direito para adquirir herança no momento da abertura da sucessão, bastando a demonstração de que o nascituro existe e tem potencial de sobrevivência na ocasião do falecimento do autor da herança, e isso se deve à atribuição de personalidade jurídica ao nascituro. Diferentemente ocorre, se, passado esse momento e comprovado o potencial de vida, venha o nascituro a falecer, ou mesmo a nascer sem vida. Diogo Leite de Campos explica que: “Ao ser chamado a suceder, o nascituro é-o como pessoa já existente, com todas as consequências jurídicas que daqui derivam. Assim, se falecer (antes ou depois do nascimento) os bens adquiridos transmitem-se para os herdeiros.”<sup>32</sup> Esse também é o entendimento de Silmara Juny de Abreu Chinellato, a qual defende que: “A capacidade sucessória do nascituro é reconhecida pelo Código Civil brasileiro desde 1916 (artigo 1.718) e respaldada pelo inciso I do artigo 1.799 do Código vigente.”<sup>33</sup> A autora se utiliza do inciso I do artigo 1799 do Código Civil com a justificativa de inserir na definição de nascituro toda pessoa concebida, independente do local da concepção. O tema é curioso e polêmico, contudo tratar agora de embriões pré-implantatórios excederia os limites desse trabalho, que tem como objetivo analisar apenas as pessoas concebidas dentro do ventre materno.

Embora não estejam expressamente contemplados pelo ordenamento, há também exemplos de direitos patrimoniais aos quais se verifica a existência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de atribuí-los ao nascituro. É o caso do direito a alimentos ao nascituro. A definição de alimentos abrange a alimentação da pessoa, o vestuário, a habitação, lazer, educação e

---

<sup>30</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

<sup>32</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed. rev. atual. 3ª reimpressão da edição em 1997, Coimbra: Almedina, 2005, p. 514.

<sup>33</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: *Pessoa humana e direito*. Coord. Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 541.

assistência médica. Para o nascituro, a alimentação é indispensável para que se desenvolva dentro do útero materno de forma sadia, bem como a assistência médica. Seria impossível falar em potencial de vida do nascituro.

Devem os alimentos abarcar a adequada assistência pré-natal e perinatal com os respectivos atendimentos médico-cirúrgicos que são mais comuns a cada dia quando se trata de fetos, permitindo técnicas de transfusão de sangue e ultra-sonografias, por exemplo.

Assim, tem os pais e demais parentes o dever de prestar toda essa assistência material ao conceito para que ele possa desenvolver-se dignamente, vindo à luz com saúde e com a possibilidade de ter uma vida extra-uterina.<sup>34</sup>

No ano de 2008, foi editada a Lei de Alimentos Gravídicos (lei n.º 11.804/08), que prevê a prestação de alimentos para a gestante. Embora o texto da lei não tenha destinado diretamente os alimentos para o nascituro, sabe-se que ele é a verdadeira razão para a existência da lei, pois, caso contrário, não haveria gestante. O artigo 2.º do citado diploma deixa claro que os alimentos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez. E o parágrafo único, de forma expressa, determina que a responsabilidade de cumprir com tal obrigação será dos futuros pais do nascituro. Portanto, a Lei de Alimentos Gravídicos consagra a tutela aos alimentos ao nascituro por via indireta. Luciano de Camargo Penteado argumenta no mesmo sentido quando faz referência à Lei de Alimentos Gravídicos:

Ela estende a obrigação alimentar da concepção ao nascimento (art. 2.º da Lei 11.804/2008), autorizando conversão judicial dos gravídicos em pensão alimentícia em favor do filho (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 11.804/2008), em clara demonstração de que o titular do interesse juridicamente protegido é o embrião.<sup>35</sup>

É ainda possível citar outros exemplos correspondentes a direitos patrimoniais extraídos na legislação. Todavia, o cerne da discussão se restringe aos direitos da personalidade do nascituro, sobre os quais nada é contemplado de forma expressa pela legislação, pouco se discute na doutrina e pouco se vê aplicado nas

---

<sup>34</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 115.

<sup>35</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*. Ano 13, n.º 49, Editora: RT, jan.mar. 2012, p. 82.

jurisprudências. Pretende-se, a seguir, proceder à classificação dos direitos da personalidade de maior relevância para o nascituro.

## 5.1 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

Para demonstrar que o direito à integridade física corresponde a um dos direitos da personalidade do nascituro, faz-se necessário apresentar cada uma das teorias que discutem e intencionam responder sobre quando começa a vida humana, na verdade será suficiente transcrever o período cronológico para o começo da vida humana exposto por cada teoria. Portanto, antes de realizar uma abordagem ao direito à integridade física do nascituro, é preciso tratar da vida humana, ou melhor, do início da vida humana, porque sem a existência dela, não há motivos para estudar sobre a integridade física.

Para a teoria da concepção a vida humana já estaria presente no momento em que o espermatozoide encontra e fecunda o óvulo. De acordo com essa definição, e mediante as técnicas de reprodução assistidas, não se exige que a fecundação ocorra dentro do útero materno. A ciência médica avançou tanto que a fecundação pode ser tranquilamente realizada em laboratório para, somente depois de fecundado, o embrião seja inserido no ventre da futura genitora, ou ainda, ser criopreservado.

A teoria da nidação passa a admitir a existência da vida humana somente após 06 (seis) dias da fecundação, quando o embrião se fixa na parede do útero. Ana Cecília Rosário Ribeiro menciona que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida reconhece que antes da nidação já existe vida humana, porém a existência da pessoa só é admitida em razão da ocorrência da nidação.<sup>36</sup> Portanto, há uma diferenciação entre vida humana e vida pessoal. Para o presente estudo, é relevante a identificação de vida humana, pois esta é que deve ser protegida – havendo vida humana, haverá potencial de nascer com vida.

A terceira teoria se utiliza de uma das fases da evolução da gravidez denominada de gástrula, ou seja, período no qual as células continuam a se dividir e

---

<sup>36</sup> RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77.

passa a ocorrer o aumento do volume do embrião, havendo a transformação do disco embrionário didérmico, ou seja, composto por duas camadas, em tridérmico. A função é a condução de nutrientes da mãe para o feto para que ocorra o desenvolvimento da placa neural. Mais uma vez, Ana Cecília Rosário Ribeiro sustenta que “eleger a formação da gástrula como marco inicial para a vida é o mesmo que aleatoriamente escolher qualquer outro momento evolutivo.”<sup>37</sup>

A última teoria é conhecida como atividade cerebral e está fundamentada no artigo 3º da Lei nº 9.434/97, que estabelece como critério o fim das atividades encefálicas para verificar o fim da vida humana. Contudo, faz uso do dispositivo levando em consideração as atividades encefálicas para identificar o início da vida humana. Portanto, a partir da atividade cerebral conclui-se que há vida humana. Frediano José Momesso Teodoro ensina que: “A partir da oitava semana após a nidação, observa-se o esboço das principais estruturas do organismo e já se pode constatar atividade elétrica cerebral.”<sup>38</sup> Contudo, a atividade cerebral, da mesma forma que a gástrula, também é uma etapa da evolução da gestação, e, diferentemente do que acontece com a morte cerebral que pode ser instantânea, na gestação, a atividade cerebral acontece de modo gradual, pois há uma continuidade na construção do sistema nervoso.

A existência do nascituro depende de ele estar no ventre materno, o que significa dizer que, para o direito em qualquer fase da gestação, ele ainda continuará sendo nascituro – sujeito de direitos, merecedor de ter sua vida protegida pela família, sociedade e Estado. As teorias ora apresentadas não interferem na existência do nascituro, e, quanto ao início da vida humana, o que importa é a demonstração do potencial de vida. A partir da concepção, portanto, já é possível observar a existência de vida, por isso, as atividades encefálicas devem ser compreendidas como mais uma etapa da gravidez, que somente aparecem na oitava semana de gestação e servirão para identificar os casos de nascituros com anencefalia, por exemplo, que é anomalia letal, podendo ser, por isso, curetados sem a configuração do crime de aborto.

---

<sup>37</sup> RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77.

<sup>38</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico, delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

Sobre o direito à vida do nascituro, Maria Helena Diniz faz uma exposição bastante esclarecedora ao vincular os direitos da personalidade ao direito à vida, uma vez que este é considerado um direito fundamental básico desde a concepção do nascituro, que deve ser reconhecido como pessoa e detentor de direitos da personalidade.

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.<sup>39</sup>

José Cretella Júnior confere dois sentidos ao direito à vida: o primeiro seria o direito a continuar vivo, mesmo tendo saúde, que diz respeito à segurança física da pessoa humana; o segundo, o direito de subsistência, que se compreende como o direito de prover a própria existência.<sup>40</sup> Ao aplicar os referidos entendimentos sobre o direito à vida do nascituro, de imediato se observa que o nascituro não tem condições de prover a sua própria subsistência, portanto, da mesma forma que uma criança, é completamente dependente de seus representantes legais. Em função disso, o nascituro faz jus ao direito a alimentos, porque estes serão praticados para manutenção da subsistência dele. A situação de fragilidade do nascituro também o impede de se proteger, sua integridade física está sujeita à tutela da família, da sociedade e do Estado. Percebe-se que, mesmo impossibilitado de exercer pessoalmente o direito à vida, nos sentidos trazidos pelo autor, o nascituro, ainda assim, goza desse direito por intermédio de seus representantes.

O nascituro tem direito à vida, uma vez que esta é um direito decorrente da personalidade jurídica, bem como, tem direito à integridade física, por ser este um desdobramento do direito à vida, ou seja, mais um sentido da expressão, e qualquer sentido que se dê a este direito também será cabível para o nascituro. O direito à integridade física diz respeito ao físico do nascituro, ao seu corpo (manutenção da

---

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5.ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

<sup>40</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 183.

idoneidade e imaculabilidade corporal), que, mesmo estando no útero materno, precisa ser protegido contra outros indivíduos, contra atos atentatórios da vida do nascituro, inclusive os atos praticados pela sua própria genitora, ocasião em que a sociedade e o Estado deverão interferir para dar efetividade aos direitos da personalidade do nascituro.

Diferentemente do que se possa pensar, a integridade física, quando lesada, não reflete unicamente em perdas materiais, porque está interligada a outros direitos individuais, como o direito à honra e o direito de imagem. Portanto, quando o direito à integridade física do nascituro é ofendido, nasce para ele, como para qualquer outra pessoa que tenha dano em decorrência da violação a sua integridade física, o direito de ser reparado por danos materiais e/ou morais, porque o nascituro tem direito de nascer com vida e de ter uma vida pautada na dignidade humana, o que se torna mais difícil de se realizar quando a pessoa nasce com alguma deficiência decorrente de dano a sua integridade física enquanto estava no ventre materno.

## 5.2 DIREITO À INTEGRIDADE MORAL

O direito à integridade moral abrange diversos direitos, entre os quais é possível mencionar direito à liberdade civil, o direito à honra, o direito à imagem, o direito à identidade pessoal e familiar. Todos os referidos direitos, separadamente, são direitos individuais e pertencem aos direitos da personalidade. O direito à integridade moral também é tutelado pela Constituição Federal de 1988, da mesma forma que o é o direito à integridade física, e, por isso, a doutrina passou a denominá-los de direito à integridade psicofísica do ser humano.<sup>41</sup> Conforme já informado, a ocorrência de um dano à integridade física não se limita a perdas materiais, e isso se deve ao fato de os direitos individuais estarem interligados, logo, um dano físico pode, conseqüentemente, macular a integridade moral.

A frustração do projeto existencial decorrente de um dano à integridade física é um excelente exemplo para ilustrar o dano à integridade moral. O projeto de vida está fundamentado na liberdade. Yussef Said Cahali preconiza que: “o ser humano se apresenta como um ser livre, ainda que tal liberdade não seja absoluta mas

---

<sup>41</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 33.

condicionada, tanto por ação do mundo interior da pessoa como do mundo exterior onde o homem projeta sua existência.”<sup>42</sup> O autor afirma, ainda, que a liberdade é dividida em duas instâncias:

A primeira, que é a interior ou primária, se refere ao momento subjetivo da decisão, às convicções e crenças, aos desejos e sonhos, tudo o que não é necessariamente comunicável, o que não é fenomênico. O segundo momento, na unitária sequência da liberdade, é aquela referente a concreção das decisões, livremente assumidas pela pessoa, o das realizações no mundo exterior;<sup>43</sup>

A doutrina replica exemplos como o caso do pianista profissional que, em virtude de um acidente, perdeu os dedos e não poderá continuar realizando o seu projeto de ser pianista; ou o caso de um tenor que, após a ocorrência de um dano à sua voz, está impedido de exercer sua profissão novamente; e ainda, o caso da bailarina que teve sua perna lesionada. É certo que em todos esses casos houve violação à integridade física, e o ofendido terá direito a ser ressarcido pelos danos materiais e morais, mas terá sofrido um dano subjetivo que o privará definitivamente de seu projeto existencial.

Quanto ao nascituro, quando sua integridade física é violada, causando-lhe dano, esse fato, com toda certeza, atinge o seu direito à liberdade, mesmo ainda estando no útero materno, e restringe os desejos e sonhos que, certamente, surgirão depois do seu nascimento e dos quais muitos não haverão de ser concretizados em decorrência do dano à integridade física. O dano causa ao nascituro o impede de desenvolver livremente sua personalidade, de realizar o seu projeto de vida, porque nasceu com determinada deficiência ou anomalia que limitam a execução de suas vontades.

A imagem também é um direito individual que compõe o direito à integridade moral. O Código Civil, no artigo 20, *caput*, estabelece que a pessoa pode proibir a utilização da sua imagem, sendo possível, ainda, requerer indenização nos casos em que o uso da imagem atingiu a honra, a boa fama e a respeitabilidade, ou foi destinada para fins comerciais sem autorização alguma. No entanto, Anderson

---

<sup>42</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.<sup>a</sup> ed. ver., ampl. e atual. conforme Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 246.

<sup>43</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.<sup>a</sup> ed. ver., ampl. e atual. conforme Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247.

Schreiber discorda da prescrição imposta pelo dispositivo citado. O autor explica que é desnecessária a lesão à honra para fundamentar a tutela do direito à imagem, e argumenta: “Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade.”<sup>44</sup>

Sobre o direito à imagem, o autor é categórico – não havendo autorização da pessoa, a utilização da imagem por si só já implica em responsabilização, independente de ter configurado ou não lesão à honra, ou mesmo se o uso ocorreu sem fins comerciais. O direito à imagem é um direito autônomo, integrado aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, está sujeito à autorização do seu titular, e é totalmente dispensada a necessidade de provar que o uso da imagem resultou em degradação da dignidade do seu titular.

O nascituro também é titular do direito à imagem, nesse caso, trata-se de imagem intrauterina. Thiago Ferreira Cardoso Neves narra situação em que uma clínica médica especialista em assistência pré-natal realizou a exploração, em comerciais, de imagem de ultrassonografia do nascituro, sem a autorização dos pais.<sup>45</sup> Verifica-se que a falta de autorização é elemento suficiente para ingressar com ação de reparação, mesmo que a exposição não tenha atingido a honra, boa fama ou respeitabilidade, por isso o direito à imagem deve ser considerado autônomo. O dano ao direito de imagem é a própria exposição sem autorização do titular, mas, caso a divulgação tenha violado, também, a honra do titular, então se terá ofensa a dois direitos autônomos.

Outro direito autônomo é o direito de identidade familiar, ou também denominado de direito de filiação, definido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald como a “relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o

---

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101.

<sup>45</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 113.

desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.”<sup>46</sup> Os autores definem a filiação sob o ponto de vista técnico-jurídico, porém, fundamentados nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais avançados a respeito do tema. Primeiro, porque não se limitaram a dizer que a relação de parentesco estabelecida é apenas a consanguinidade, pelo contrário, a definição abrange também o parentesco proveniente da adoção ou da socioafetividade; Segundo, porque os autores esclarecem que a perfilhação favorece o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.

A identidade da pessoa consiste no direito ao nome, compreendidos, segundo o artigo 16 do Código Civil, o prenome e o sobrenome (nome de família), por essa razão é extremamente relevante a perfilhação. Tem-se consciência de que o formato da família não é mais o mesmo de antigamente, composta pelo pai, mãe e filho(s). A sociedade é composta de significativa variedade de famílias, que apenas acompanha a própria evolução ao se adequar as necessidades de cada pessoa. Entretanto, a pluralidade familiar, que é protegida na Constituição, não deve ser um fator inibidor do direito da personalidade de se conhecer a sua verdadeira origem biológica, o que significa que os filhos têm direito à identidade familiar, mesmo quando estão em família monoparentais ou adotivas. A recente modificação no Estatuto da Criança e do Adolescente fez constar o direito dos filhos adotivos de conhecerem a sua origem biológica (art. 48 e parágrafo único), antes proibida pela lei. A identidade familiar é direito que compõe a personalidade da pessoa humana, sem a qual será considerada incompleta e poderá impedir a sua realização pessoal.

Para ao nascituro o direito à identidade familiar está expresso nos artigos 1609, parágrafo único do Código Civil; e 26, parágrafo único da Lei n.º 8.069/90. Portanto, a perfilhação pode preceder ao nascimento, ou seja, o nascituro tem direito à identidade familiar mesmo ainda não tendo nascido. Portanto, a identidade familiar “[...] deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade.”<sup>47</sup> Ademais, nos casos onde o reconhecimento do nascituro não ocorre de forma voluntária, a legislação oferece ferramentas jurídicas aliadas ao

---

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 476.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

avanço da medicina para forçar o reconhecimento de filiação, cita-se, como exemplo, a realização do exame de DNA, antes mesmo do nascimento do nascituro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 marcou grande avanço para a matéria da personalidade humana por reconhecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e fazer constar entre os direitos fundamentais a espécie de direitos da personalidade. A dignidade humana prevista no artigo 1.º, III da Constituição representa o direito geral de personalidade. É tida como vértice do Estado de Direito, princípio maior que deve ser fundamento para qualquer legislação ou ato realizado. Desse modo, ao consagrar de forma expressa a dignidade da pessoa humana, a Constituição deixa clara a necessidade de tutela e valorização da personalidade e do indivíduo.

O Código Civil vigente atribui à personalidade jurídica para a pessoa natural. No entendimento clássico do instituto, a personalidade jurídica é considerada o primeiro bem jurídico de onde surgem todos os demais direitos da personalidade. Toda pessoa natural tem personalidade jurídica: trata-se de um valor jurídico atribuído a pessoa para que ela possa reclamar proteção jurídica mínima dos direitos que são próprios da existência humana. Com a personalidade jurídica, nasce a capacidade de direito, o que garante a tutela dos direitos, mas que difere da capacidade de exercício, porque esta dependerá de outros requisitos, além da própria existência da pessoa, como idade, saúde e desenvolvimento mental. Portanto, a personalidade nasce com a própria existência humana no sentido de atribuir direitos da personalidade para que a pessoa possa ter uma vida digna.

Todavia, mesmo com a compreensão de que a personalidade jurídica deve ser considerada o primeiro bem jurídico da pessoa natural, uma questão ficou mal resolvida no atual Código Civil: ela se refere ao nascituro. Isso aconteceu porque o legislador, ao mesmo tempo em que não consignou a atribuição expressa da personalidade jurídica para o nascituro, garantiu a proteção dos seus direitos desde a concepção.

Sendo assim, o nascituro deve ser considerado pessoa, e como tal dotada de capacidade de direitos e deveres, mesmo não os podendo exercê-los por inexistência de capacidade de exercício. Compreende-se que é possível a comparação da situação do nascituro com a da criança, que por completa falta de discernimento é definida como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

O nascituro, enquanto se encontra nessa condição, tem seus direitos assegurados, dentre eles o direito de ter um representante legal, que naturalmente seriam os seus genitores e, na falta ou impossibilidade, o curador especial. O representante legal tem o encargo de zelar pelos interesses do nascituro, sejam eles patrimoniais ou personalíssimos.

É comum observar no ordenamento jurídico brasileiro normas beneficiando o nascituro quanto os direitos patrimoniais. Ele pode receber doações (art. 542 do C.C.), herança e legado (art. 1798 C.C.), tem direito à alimentos gravídicos (art. 2.º da Lei n.º 11.804/08). Portanto, o nascituro não precisa aguardar nascer com vida para fazer *jus* a tais direitos, uma vez recebidos passam a integrar o seu patrimônio. A abertura da sucessão estabelece a transmissão imediata para a pessoa nascida ou já concebida, portanto, a transmissão produz efeitos imediatamente, independentemente de a pessoa concebida nascer com vida ou não. Observa-se que tal condição não está prevista no dispositivo legal. Quanto aos direitos da personalidade do nascituro, cerne da presente discussão, acredita-se, seguramente, que o nascituro tem direito à integridade física e à integridade moral.

Quando se afirma que o nascituro é pessoa com vida, não se esquece que a referida vida se manifesta no útero da mulher, espaço para o desenvolvimento natural do nascituro até a época do seu nascimento. Contudo, para que o nascituro nasça com vida e saudável, sua integridade física precisa ser protegida a todo tempo durante a gravidez. Percebe-se aqui a responsabilidade da gestante frente a fragilidade da vida intrauterina do nascituro.

A integridade física é um direito oriundo do direito à vida. O nascituro tem direito à nascer com vida, mas para isso, o período da gravidez deve possibilitar esse potencial de vida, encargo, principalmente, destinado a genitora. No entanto, a integridade física não se limita a proteção única da vida, mas também a proteção da

incolumidade corporal do nascituro porque isso infere na tutela da integridade completa, ou seja, física e psíquica.

A saúde do nascituro é um direito da personalidade garantido constitucionalmente; é essencial propiciar o bem-estar ao nascituro, antes ou depois do parto, para que este desfrute de uma vida digna. No que tange a integridade moral, sabe-se que um dano à integridade física pode ocasionar na vítima o sentimento de frustração em virtude da lesão física impor restrições a sua liberdade de escolher um projeto de vida diferente daquele que é possível.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e o direito civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12-28.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3.<sup>a</sup> ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2<sup>a</sup> ed. rev. atual. 3<sup>a</sup> reimpressão da edição em 1997, Coimbra: Almedina, 2005.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro**. In: CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 412-466.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**, t. 1. Milano: Giuffrè, 1959.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. 5.<sup>a</sup> ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil**. Raízes Jurídicas. Curitiba, v. 3, n. 1, p. 53-60, jan./jun., 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito da família: de acordo com a lei n.º 11.441/2007 – lei de separação, divórcio e inventário extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limonge. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. I: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil aplicado: direito das sucessões**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado.** In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-23.

MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros. **Direitos da personalidade e dignidade humana.** In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 261-302.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O nascituro e os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

OTERO, Paulo. **Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional.** In: CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade.** *Revista de Direito Privado*. Ano 13, n.º 49, p. 73-109, jan./mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida.** Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral.** v. 1. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2012.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico, delito qualificado pelo preconceito ou discriminação.** Curitiba: Juruá, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.