

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MARINA CASTELAN DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER GRÁVIDA POR DANOS CAUSADOS
AO NASCITURO, EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

CRICIÚMA

2015

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MARINA CASTELAN DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER GRÁVIDA POR DANOS CAUSADOS
AO NASCITURO, EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia de Conclusão de Curso,
apresentada para obtenção do Grau de
Bacharel, no curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Daniel Ribeiro Preve.

CRICIÚMA

2015

MARINA CASTELAN DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER GRÁVIDA POR DANOS CAUSADOS
AO NASCITURO, EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 10 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Daniel Ribeiro Preve - Mestre - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC) - Orientador

Prof.^a Rosângela Del Moro - Especialista - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC)

Prof. Marcelo Ronzoni - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã, por serem as pessoas que nunca mediram esforços para que eu pudesse atingir meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Especialmente, agradeço a Deus por não deixar minha fé falhar em todo o trajeto trilhado até aqui, me proporcionando saúde e força para que a cada dia eu pudesse percorrer ao lado da minha família, construindo meu futuro.

À minha mãe Kelly Cristina Castelan da Silva e ao meu pai Wladimir Albertino da Silva por, sobretudo, me prestarem amor, um sentimento nobre que nunca faltou em nosso lar. Por transmitirem princípios morais e valiosos valores religiosos, e me mostrarem que sem estes as conquistas não seriam dignas. Por despenderem seus ensinamentos, exemplos, esforços, a fim de me educarem para a vida. Minha eterna gratidão a eles.

À minha irmã Mariana Castelan da Silva, por compartilhar comigo todos os momentos únicos do meu desenvolvimento. Pelo seu amor e carinho, que nunca me deixaram desprotegida. Por se dedicar, junto aos meus pais, para que minhas condutas fossem pautadas em Deus, no respeito e no merecimento. Fonte de inspiração para o meu crescimento, minha riqueza.

Estendo meus agradecimentos a todos os meus familiares, que sempre acreditaram em mim e foram presentes em minha vida, em especial, meus avôs maternos e paternos, bem como, em memória dos que não estão mais presentes fisicamente, mas que acompanham minha história do céu. Minha lembrança neste momento feliz.

Aos meus colegas de sala de aula, pelo caminho que percorremos juntos, dividindo as alegrias e angustias em rasteiros cinco anos de estrada acadêmica. De nosso convívio boas recordações restarão.

Aos mestres professores da UNESC, que me despertaram o prazer de adentrar em sala de aula em razão de seus conhecimentos e maneira singular de ensinamento. Obrigada pelo incentivo, e por me fazer acreditar que valeria a pena estudar e persistir.

Às pessoas com quem estagiei, àqueles que me deram oportunidade de inserção no mercado de trabalho e, principalmente, aos que trabalham comigo atualmente, na certeza de que adquiri e ainda adquirei, além de experiências profissionais, ensinamentos na vida pessoal e amigos que, diariamente, me impulsionam e me agregam momentos de diversão.

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”

Immanuel Kant

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil, seus elementos e aplicabilidade, entrelaçado ao estudo sistemático da Carta Magna, especificadamente, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação à responsabilidade da mulher grávida pelos danos causados ao nascituro. Foi realizada uma abordagem acerca da questão da tutela do nascituro amparado pelo sistema normativo jurídico brasileiro, com base estritamente doutrinária, abrangendo as teorias adotadas no ordenamento, o começo de sua personalidade e a inserção de seu direito enquanto pessoa humana. Além disso, sobre o reflexo dos direitos e deveres da gestante, foi verificada a possibilidade de indenização ao nascituro por danos causados em razão de condutas praticadas, ainda no ventre materno, pela mulher grávida, abarcando além da possibilidade de reparação do dano, a legitimidade para propositura da ação. Por fim, constatou-se que o nascituro está abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e tem a salvo seus direitos desde a concepção. A mulher grávida, embora tenha direitos resguardados, ao agir de forma que configure ato contrário a norma, ferindo o direito fundamental do nascituro, insere elementos que ensejam a responsabilidade civil. Os atos da gestante devem ser voltados à proteção ao nascituro, em razão de sua vulnerabilidade, podendo este pleitear pela reparação do dano, por meio de seu representante legal, curador ou pelo Ministério Público, quando restar lesionado por condutas da mulher grávida. Para a elaboração do trabalho, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, de natureza teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dignidade da pessoa humana. Nascituro. Mulher grávida. Indenização.

ABSTRACT

The objective of the present study is to analyze the institute of the civil responsibility, its elements and applicability, with the systematic study of the Brazilian's federal constitution, specifically about the principle of human dignity, regarding to the responsibility of the pregnant woman for damages caused to the unborn child. It was made an approach about the protection of the unborn child supported by the Brazilian's legal system, based on strictly doctrinarian considerations, embracing all theories adopted in the law, as also the beginning of his personality and his rights as an human being. Besides, about the reflex of pregnant rights and duties, it was studied the possibility of compensation to the unborn child by the damages caused to him, still in the womb, by the pregnant woman, and also about the legitimacy for the proposal of legal action. At least, it was found that the unborn is protected by the principle of human dignity and have his rights saved since the conception. The pregnant woman, although her rights are safeguarded, once she acts in a way against the rules, injuring the fundamental right of the unborn, she will be responsible civilly. The pregnant woman's acts must be related to the protection of the unborn child, because of his vulnerability, guaranteed his right to compensation, through his legal representative, curator or the Public Prosecutor, when injured by conduct of the pregnant woman. This monograph was developed by using the deductive method, with theoretical and qualitative researches, with bibliographic material and legal documentation.

Keywords: *Civil Responsibility. Human Dignity. Unborn child. Pregnant woman. Compensation.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/16	Código Civil de 1916
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.2.1 A conduta humana fracionada à ação ou omissão do indivíduo	17
2.2.2 O dano	19
2.2.3 Nexo causal	20
2.2.4 O ato ilícito	21
2.2.5 A culpa	22
2.3 O DESMEMBRAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELAS SUAS ESPÉCIES	23
2.3.1 Responsabilidade civil e penal	24
2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	25
2.3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	26
3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	30
3.1 DIRETRIZES CONCEITUAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ÂMBITO MUNDIAL.....	34
3.3 A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	37
3.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO ENCONTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER GRÁVIDA POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO EM ALUSÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	46
4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	46
4.2 A VULNERABILIDADE DO NASCITURO E O SEU AMPARO NORMATIVO.....	49
4.3 DIREITOS E DEVERES DA MULHER GRÁVIDA EM RELAÇÃO AO NASCITURO	53

4.4 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO NASCITURO POR DANOS CAUSADOS PELA MULHER GRÁVIDA E OS LEGITIMADOS PARA POSTULAR AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL	56
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica da pessoa humana começa com o seu nascimento com vida, porém, é assegurado o respaldo aos direitos do nascituro desde a sua concepção. É o que retrata o artigo 2º, do Código Civil de 2002, que enfaticamente pressupõe ao nascituro uma potencialidade de personalidade jurídica, ainda assim resguardando seus direitos de acordo com a teoria concepcionista.

O nascituro é compreendido como aquele que está por nascer. Em razão disso, a lei põe a salvo seus direitos desde a concepção. Nascendo com vida, será capaz de pleitear por todos os direitos adquiridos desde o momento em que se encontrava no ventre materno. Enquanto detentor de direitos fundamentais, o nascituro, na vida intrauterina, permanece em estado de vulnerabilidade e intimamente ligado a todas as condutas repassadas pela mulher grávida.

Por este turno, em que pese o ato de liberdade possa direcionar as condutas da gestante, o nascituro, dentro do ventre materno, possui direito à vida digna. Inicialmente, os direitos da mulher grávida merecem uma provável redução em favor do desenvolvimento adequado do nascituro que, muito embora seja possuidor dos mesmos direitos fundamentais da gestante, não possui autonomia sobre sua própria vida, que lhe é assegurada de forma inviolável.

O princípio da dignidade da pessoa humana é integralmente respaldado pela Constituição Federal de 1988. Resguarda a todos o direito de uma vida digna, tendo como base de sua formação o desenvolvimento íntegro da saúde física, psíquica e mental, à honra, intimidade, privacidade, entre outros. E, em compasso com o sistema normativo civilista, estudado juntamente com o princípio em apreço, denota-se para o emprego do nascituro como pessoa humana e detentor de direitos fundamentais a partir da concepção, sendo capaz de tutelá-los a partir de seu nascimento com vida.

A responsabilidade civil adapta sanções, em favor dos lesionados, por ações ou omissões, condutas culposas ou dolosas, causadas por sujeito que provoque prejuízo ou dano. O objetivo maior é repudiar atos de terceiros que firam direitos jurídicos de outrem, pelo descuido que se deixou de aplicar, ou pela vontade intuitiva que se despendeu. Por se entender o nascituro como propagador da dignidade da pessoa humana, e a sua concepção propulsora da obtenção dos direitos fundamentais, em consonância com a teoria adotada pelo Código Civil e

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mister se faz o estudo sobre a possibilidade da mulher grávida ser responsabilizada civilmente pelos danos causados ao nascituro.

O escopo do presente trabalho tem por enfoque a resolução da situação antagônica entre a (im)possibilidade de responsabilização da mulher grávida por danos causados ao nascituro, tendo em vista o esclarecimento da condição de pessoa humana do mesmo, capaz de ser titular de direitos fundamentais invioláveis, alinhados ao princípio da dignidade da pessoa humana, para poder postular ação de indenização em face da mãe, pelos acometimentos danosos na sua vida intrauterina.

A relevância social da monografia está em requerer a implementação de um sistema jurídico que garanta seguramente os direitos do nascituro, sua reparação e, em consequência disso, a responsabilização das mulheres grávidas que, por seus atos, causarem prejuízos a este, a fim de conscientizar que o momento da gravidez induz a possíveis restrições e limitações pessoais da mulher grávida em favor da proteção de vida digna do filho.

Em um primeiro momento, far-se-á um delineamento histórico, em âmbito mundial, do instituto da responsabilidade civil até os dias de hoje, esclarecendo quais eram suas diretrizes à época e como está consolidada em nosso sistema normativo. Ademais, esclarecem-se as premissas da responsabilidade civil, para fins didáticos, expondo quais as causas que lhe dão ensejo, ou seja, os elementos basilares para verificação do instituto, como: ação ou omissão, culpa, dano, ato ilícito e nexos causal. Serão abordadas, também, para esgotamento do instituto, as espécies de responsabilidade civil.

Continuamente, cuida-se do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana. Será feito um estudo acerca do conceito do princípio em âmbito mundial e o adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, serão realizadas considerações a respeito da reflexão do princípio ao encontro da responsabilidade civil, colecionando pensamentos que entrelaçam o princípio da dignidade da pessoa humana junto à responsabilidade civil, considerando a aplicação de reparação por dano moral na violação de direito fundamental.

Além disso, abordar-se-á sobre os direitos do nascituro em relação aos direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal de 1988, em especial, o direito à vida digna, bem como, a ligação direta dos direitos fundamentais contidos

na norma civilista, que traduzem a personalidade jurídica do nascituro. Seguidamente, será exposto sobre a proteção dos direitos fundamentais do nascituro, no tocante à sua vulnerabilidade, como um ser em formação, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo um estudo analógico do cuidado dado à criança ao nascituro.

Por derradeiro, analisa-se a problemática sobre o estudo do direito do nascituro à vida digna em face dos danos causados pela mulher grávida, introduzindo, neste contexto, a possibilidade, ou não, de indenização ao nascituro, especificando as causas capazes de defender o direito a indenização do mesmo e quais seriam os possíveis legitimados à propositura da ação de reparação civil.

Ao longo do presente trabalho, utilizar-se-á do método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A pessoa humana, há tempos, se insurge contra conflitos pessoais em busca de uma solução que deslinde a seu benefício em questões materiais e morais. O poder judiciário tem sido recentemente, o grande “abrigo” para os que se sentem lesionados terem a oportunidade de se socorrerem. O descontentamento pessoal surge, em sua grande parte, por divergências que resultam em consequências na esfera patrimonial/moral de uma das partes litigantes.

Em âmbito mundial, o princípio da Lei de Talião foi o corolário para medida de justiça na sociedade romana, que iniciou o instituto da responsabilidade civil, com a aplicação do mesmo ato danoso sofrido pela vítima em desfavor do praticante, atribuindo o meio de retribuição do mal pelo mal. Entendia-se, assim, que o ato danoso teria alcançado sua reparação, considerando que a reação do mal pelo mal traduzia um comportamento violento do homem, ensejando o mesmo malefício ao indivíduo propulsor da atitude maldosa injusta, materializando. O elemento da responsabilidade civil, portanto, nasce com o princípio da natureza humana de vingança, que até hoje seria prevalecente se não fosse a represália imposta pelo ordenamento jurídico (VENOSA, 2013, p. 18).

Ainda no sistema Romano, a *Lex Aquilia* estabeleceu no ramo da responsabilidade extracontratual, a possibilidade de indenização, através do pagamento, ao titular de bens pela destruição ou deterioração que lhe fosse acometida injustamente. A punição por uma conduta que incorresse em danos ampliou a concepção da responsabilidade civil extracontratual e possibilitou a interpretação da punição ser devida quando, por culpa, resultassem danos, independente da relação anterior existente entre as partes. A partir disto, a culpa passou, cada vez mais, por processos de ampliação nos seus elementos e na transformação de seu destino, servindo, posteriormente como fundamento central do dano. O Direito Romano, por fim, passou por aperfeiçoamentos inseridos pelo Direito Francês (VENOSA, 2013, p. 19).

O Direito Francês, com o Código Napoleão, teve grande influência para o Código Civil Brasileiro de 1916, bem como para outros países latino-americanos, por sua codificação de normas e inalterabilidade num período de um século, em razão

de sua adaptabilidade conforme a transformação societária (STOCO, 2013, p. 142-143). No que se refere ao atual Código Civil Brasileiro de 2002 acompanhado pela riqueza do Código Napoleão, Arnaldo Wlad (*apud* STOCO, 2013, p. 147-148), explica:

Se o Código Civil de 1916 tinha princípios e regras que não se afastavam muito dos constantes do Código Napoleão, ao contrário o Código de 2002 tem raízes distintas e diverge da versão original do diploma francês, mas adota as lições da doutrina e da jurisprudência francesas, assim como inovações introduzidas nas legislações de outros países, sem prejuízo de apresentar soluções próprias, considerando a realidade social e econômica do nosso país.

Nesse sentido, conota-se a ideia que uma reparação pecuniária do dano dar-se-ia sobre a existência do fato gerador da culpa, a qual serviria como principal fundamento para aplicação da responsabilidade civil, sob a ótica da *Lex Aquilia*, atribuindo ao dano a conduta culposa, tão somente (DINIZ, 2005, p. 11).

Concernente à teoria da reparação de danos, expõe Venosa (2013, p. 19):

A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito Francês aperfeiçoou as ideias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil.

De acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 1-2) a responsabilidade civil, portanto, é o grande foco de demandas por ser instrumento que visa à composição da lide, para satisfação íntegra das partes com a diminuição/reparação das consequências relacionadas aos atos de terceiros, inclusive, que atinjam interesses alheios. O sistema brasileiro judiciário se resumia basicamente a um único artigo caracterizador e desencadeador da responsabilidade civil, qual seja o artigo 159, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2015c), que regulamentava um tipo genérico de responsabilidade civil.

Assim, estava previsto apenas a culpa, por seus elementos caracterizadores na redação do artigo supracitado (omissão voluntária, negligência ou imprudência), como base de responsabilização. Portanto, se regulamentava a responsabilidade civil de modo subjetivo, ao passo que se recaía à comprovação da

culpa de alguém, por violação ao direito ou a causa de prejuízo ao(s) outro(s) (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 2).

Contudo, pela forma global em que foi empregada a responsabilidade civil no Código Civil de 1916, existia uma vasta lacuna e impossibilidade de provas para, efetivamente, se poder ajuizar uma reparação do dano sofrido sem saber a quem cabia tal responsabilização.

As conseqüências históricas da Revolução Industrial foram introduzidas pelo CC/02. A produção e comercialização dos produtos passaram a ser depositados aos consumidores em massa. Desta relação com o Estado Liberal, iniciou-se a intervenção na sociedade, com predominância no setor econômico, que era à força da época, para a “realização da justiça social, para o fortalecimento da sociedade solidária”, conforme Cavalieri Filho (2014, p. 4).

Imperioso ressaltar que a responsabilidade subjetiva continua a vigor na norma civilista, entendendo-se pela dependência de culpa para o enquadramento do instituto, sendo aplicada quando a norma especificadamente assim preferir. De imediato, a responsabilidade civil com sua evolução, vem perdendo o caráter estritamente concebido sobre a prerrogativa que um ato culposos, gerador de conseqüências, acarretaria ao autor do fato uma obrigação de reparação.

A atualidade pede e busca bem mais que isso. Em verdade, a responsabilidade objetiva corrobora com as feitas sociais, tendo em vista que após a Revolução Industrial – base histórica inovadora – ensejou um emaranhado de circunstâncias incontrolláveis, tanto em aspectos de saúde (como epidemias), como os males das operações de trabalho, com o manuseio de máquinas e produção de atividades perigosas. Nesse diapasão, explanou-se a atenuação das gravidades ocorrida pelos fatores explanados, com a aplicação da teoria de risco - de importante aplicabilidade nos últimos tempos – que amolda a responsabilidade civil apenas pelo fato de alguém estar/ser vulnerável e sujeito a danos de efeitos incontrolláveis (RIZZARDO, 2013, p. 30-31).

Contudo, segundo Rizzardo (2013, p. 30) o predominante em nosso ordenamento jurídico é a aplicabilidade da teoria do risco adjunto a responsabilidade subjetiva, afirmando que o Código Civil de 2002 contempla, em regra, a isenção da caracterização de culpa para a responsabilização, se restringindo, também, aos prejuízos produzidos pela atividade de risco como mero fato sancionador.

Tracejando o histórico da responsabilidade civil, conclui-se que as inovações do Código Civil de 2002 mantiveram-se conservadoras em grande parte, em relação ao Código revogado, resumindo a ideia de alteração puramente conceitual, sem modificação, portanto, de seu conteúdo substancial. Porém, as mudanças efetivamente acrescidas, no que tange ao regulamento da responsabilidade civil, merecem sua importância. São elas: a adoção da responsabilidade objetiva na atividade proposta pela teoria do risco, bem como a conquista adotada do princípio constitucional de garantia dos direitos de personalidade concentrados na CF/88, inserido à pessoa humana detentora de direitos intrínsecos, intransmissíveis e irrenunciáveis (STOCO, 2013, p. 140-141).

Mensurando os lineamentos evolutivos que trouxeram a responsabilidade civil no patamar mister que se encontra, os pressupostos da responsabilidade civil tem o condão de delimitar e enriquecer sua aplicabilidade, sustentando as escassas alternâncias introduzidas no Código Civil de 2002, ocorridas através do procedimento material de revogação do Código Civil de 1916 no Brasil, sobre a relevante adoção dos princípios basilares do Direito Romano e Francês.

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Extrai-se da redação do artigo 186, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2015b): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sendo assim, determináveis os pressupostos seguindo os principais elementos que atuam sobre a óptica conceitual.

Formular-se-á, portanto, conforme análise doutrinária, a divisão dos pressupostos da responsabilidade civil, conforme sua apresentação de caráter geral como sendo: a conduta humana (ação ou omissão), o dano, nexos causal e o ato ilícito e, de outro lado, a intitulação da culpa no que se refere a responsabilidade subjetiva, aclaradas nessa ordem respectivamente.

2.2.1 A conduta humana fracionada à ação ou omissão do indivíduo

A responsabilidade civil subjetiva tem sua insurgência baseada no pressuposto da culpa. Porém, a culpa isoladamente não gera consequências, já a

conduta culposa descarrega danos que são reparados ao encontro da responsabilidade civil. O artigo 186, do CC/02 (BRASIL, 2015b), enquadra a conduta humana subdividida nas espécies de ação ou omissão. Conceituando o termo conduta, temos os elementos constitutivos de exteriorização da atividade humana (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 37-38).

Nesse contexto, não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano cuja conduta voluntária tenha se exteriorizado em razão da manifestação contrária à ordem jurídica (STOCO, 2013, p. 178). À guisa deste enlace, a ação ou omissão, traduzidas por uma conduta humana exteriorizada capaz de desencadear um resultado lesivo a outrem ou a terceiros no plano existencial, serão tratadas concomitantemente.

Imperiosamente, a ação e a omissão são espécies de conduta humana que constituem a classificação da responsabilidade civil como possível ou não. Assim sendo, a primeira análise diante o caso lesivo concreto, deve ser mensurado sobre o enfoque da ação ou da omissão, para, posteriormente, atentar-se aos outros pressupostos – não menos importantes – para a decisão no que tange a indenização sobre o plano da responsabilidade civil.

A ação é a forma mais corriqueira de uma exteriorização de conduta, isto porque, ante de qualquer ato contratual - que gera obrigações recíprocas - as pessoas não se encontram obrigadas a manter condutas contrárias ao dever legal que acabe por causar lesão ao Direito ou a violação a alguém. Consiste, pois, em um comportamento voluntário positivo, predominando a força da atividade consciente e livre (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

A omissão, por sua vez, é uma conduta negativa que surge mediante a não realização de algum ato que deveria ser praticado por alguém (STOCO, 2013, p. 179). Por ser essencialmente uma atitude negativa, a omissão, a rigor, não pode gerar objetivamente ou subjetivamente, danos à vítima sobre a perspectiva de que do nada, nada provém (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

Vale ressaltar o posicionamento doutrinário de Cavalieri Filho (2014, p. 38):

Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Por esta vertente, será capaz de ser responsabilizado, somente aquele, que agindo de forma omissiva, detenha o dever jurídico de fazê-lo corretamente, mas não o faz. Assim, conclui Cavalieri Filho (2014, p. 38) de modo didático: “Somente os pais, por exemplo, respondem, civil e penalmente, pela omissão alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimentá-los”.

2.2.2 O dano

O dano, por sua vez, configura elemento essencial para a afirmação da responsabilização, porquanto, a responsabilidade advém do prejuízo acarretado, e este prejuízo causado é o dano provocado pelo agente (STOCO, 2013, p. 148).

A responsabilidade civil é determinada em razão da existência do dano, servindo este elemento como pressuposto amplo para a injeção da compensação. A incidência da responsabilidade civil, para tanto, está condensada sobre o prisma do pressuposto dano, que se encontra como elemento central no que tange a obrigação de indenizar (MARQUES, 2012).

O dano, para a responsabilidade civil, será indenizado segundo as medições de sua extensão ou de sua quantidade, relacionadas à dimensão de seus efeitos. Ao contrário, acontece no Direito Penal, onde o ato doloso nem sempre precisa ocorrer para haver a punibilidade do agente (STOCO, 2013, p. 176).

Assevera Stoco (2013 p. 176) quanto à indispensabilidade do dano para configuração da responsabilidade civil, em sentido lato:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O dano pode ser, por fim, conceituado como sendo uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, quer seja de um bem patrimonial, quer seja de um bem inserido na personalidade da vítima. Em resumo, denomina-se dano como uma lesão a um bem jurídico, na esfera patrimonial ou moral, decorrendo por assim dizer a subdivisão do dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93).

Quanto às vertentes que o pressuposto dano proporciona, podemos citar como os de suma importância: o dano moral e o dano material. O dano moral, primeiramente, restringe-se àquele que causa ofensa à pessoa, atingindo bens e valores de ordem interna do indivíduo, ou seja, a todos os atributos da personalidade. Quanto ao dano material, por segundo turno, destaca-se a mensuração daquilo que efetivamente perdeu – lucros emergentes – ou o que efetivamente deixou de ganhar – lucros cessantes – ao reflexo do prejuízo atribuído ao patrimônio da vítima (STOCO, 2013, p. 177).

A ideia de dano, todavia, há de ser considerada em razão de suas consequências para poder-se aplicar a ideia de reparação civil. A inteligência do artigo 927, do Código Civil (BRASIL, 2015b), corrobora nesse sentido ao dispor que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

2.2.3 Nexo causal

A vítima que experimentou o dano aplicado pelo agente que o fez com imprevisibilidade por meio de uma conduta culposa, se não demonstrar o nexos causal, não há o que se falar em ressarcimento. É o explanado por Venosa (2013, p. 54) no que tange ao conceito e a importância do nexos causal:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.

O nexos causal, nesse sentido, configura o segundo pressuposto da responsabilidade civil, cuja importância está sobre o vínculo da conduta e o resultado. Ou seja, não basta o “erro de conduta”, o agir contra um dever jurídico, para a definição da responsabilidade civil, tampouco o infortúnio de um dano, porquanto se não houver um prejuízo no dever jurídico, não há ensejo da obrigação de indenizar (STOCO, 2013, p. 203-204).

Seguindo nessa esteira, dispõe Stoco (2013, p. 204-205) que “é necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuricidade da ação e o mal causado”. Ainda, complementa o autor que o nexo causal, no entanto, forma elemento indispensável para perfilar a responsabilidade civil, em matéria subjetivista, contando que o dano há de ter sido causado pela culpa do indivíduo, salientando que a análise da culpa apenas será objetivada após o exame de quem deu causa ao resultado.

2.2.4 O ato ilícito

Os atos ilícitos são aqueles provenientes direta ou indiretamente da vontade humana, e que proporcionam efeitos jurídicos contrários ao ordenamento jurídico. O ato voluntário - que deve ser revestido de ilicitude - é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil (VENOSA, 2013, p. 24-25).

O ato ilícito, doutrinariamente é considerado o fato gerador da responsabilidade civil. A conduta contrária aos comandos jurídicos é ilícita por si só, mesmo que não seja oriunda de uma vontade consciente e livre do agente. Em termos genéricos, conceitua-se o ato ilícito como sendo uma conduta descompassada com o Direito, em desarmonia jurídica, provocando uma ilicitude. Já no aspecto subjetivo, o ato ilícito importa num resultado consciente e livre do agente da conduta, que por vontade agiu com antijuricidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 20-23).

Parafraseando Orlando Gomes (*apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 22) na seara do ato ilícito de modo objetivo e subjetivo, esclarece-se:

Mas a antijuricidade objetiva distingue-se nitidamente da antijuricidade subjetiva. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na *antijuricidade objetiva*, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, pode ser provocada por um fato *stricto sensu*, enquanto a *antijuricidade subjetiva* sempre é consequência de ato voluntário.

De plano, consideramos que ato ilícito é sempre um comportamento voluntário que fira um dever jurídico efetivamente, de tal modo que, desde o momento em que o ato ilícito foi praticado está-se diante de um processo executivo, auferindo consequências determinadas através de uma conduta voluntária. Em

síntese, ato ilícito engloba os demais pressupostos preponderantemente da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 25).

2.2.5 A culpa

No que tange a culpa, é possível perceber que a responsabilidade civil se conduz por uma ação ou omissão de alguém deferida a outrem e que lhe cause um dano, seja por violação ao direito (fato negativo) ou não. Sendo assim, sujeitando-se a outrem um prejuízo, que não teria acontecido sem a presença do agente e sua conduta negligente, imprudente ou imperita - que consagram o dano - resta àquele a obrigação de reparação do ilícito.

O conceito de culpa é bem sintetizado por Cavalieri Filho (2014, p. 50) como “[...] conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. Portanto, de acordo com o autor, a culpa é composta por uma violação ao dever de cuidado abolido pelo indivíduo ao momento em que deixou de agir com diligência, na falta de cumprir as normas de dever.

Para a caracterização da culpa, em sentido estrito, cumpre ressaltar a incidência do comportamento do homem através de uma ação ou omissão, permitindo que ocorra um dano, por negligência, imprudência ou imperícia. No entanto, estes configuram princípios de culminante importância no que tange a configuração da culpa.

Tais princípios são conceituados, separadamente, por Stoco (2013, p. 180):

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da *imprudência* (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da *negligência* (quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); e da *imperícia* (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano).

Nesse passo, examinando a conduta do indivíduo em alusão a congruência da negligência, imperícia ou imprudência, há a relevância de uma conduta voluntária que, por sua vez, permite uma consequência involuntária, abastecendo-se de uma consciência dos resultados que a conduta poderia provocar

ou a sua simples previsibilidade, determinadas pela falta de cuidado com o dever jurídico que, se fossem empregadas, acabariam por consagrar uma ação cautelosa ou atenciosa por parte do agente (VENOSA, 2013, p. 30).

A conduta do homem, vivendo em sociedade, há de ser preventiva, pautada em cuidado com o bem estar do próximo, de tal modo que não se deva causar mal/dano a ninguém, visando evitar a concretude de lesão a bens jurídicos alheios. Desse modo, o resultado de um ato culposo pode resultar danos a terceiros, quando inobservado o dever de cuidado, enquanto poderia ter evitado ou agido de outro modo, tal qual não acarretaria nenhum prejuízo a outrem (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 47/48).

A culpa traduz, portanto, um comportamento equivocado da pessoa desprovida de intenção violenta, que não almeja uma lesão ou violação de direito, mas que, por falta de uma conduta adequada e cautelosa, ao agir de forma contrária ao dever legal, acaba por cometer um erro inescusável ou sem justificativa capaz de poder evitar o dano ao homem médio (STOCO, 2013, p. 179).

2.3 O DESMEMBRAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELAS SUAS ESPÉCIES

O instituto da responsabilidade civil é utilizado para acarretar a alguém, seja pessoa física ou pessoa jurídica, o dever de indenizar sobre o foco das consequências geradas pelo ato do agente ou de terceiros sob sua responsabilidade. Desse modo, há um emaranhado de princípios que embasam as normas regentes da obrigação de indenizar (VENOSA, 2013, p. 1).

Compulsa Cavalieri Filho (2014, p. 29) sobre as espécies da responsabilidade civil, que “[...] a responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta”.

Por este ângulo, é certo determinar quais pressupostos da responsabilidade civil serão aplicados, a depender das suas classificações, tendo em vista que as espécies do instituto são categorizadas conforme a relação obrigacional, existente ou não, bem como os elementos indispensáveis na concretização do ato e por fim geradores de efeitos lesivos passíveis de reparação.

2.3.1 Responsabilidade civil e penal

A ilicitude, em sua predominância, não é exclusiva do Direito Penal. Ela é bem conceituada quanto à essência no que se refere sua contrariedade relativamente à conduta e a norma jurídica. Nesse sentido, a ilicitude é premente quando houver violação a norma jurídica por um dever violado pelo agente, servindo como base para o ilícito penal, a infringência da norma penal, e para o ilícito civil, a infringência da norma civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 29).

A distinção do ilícito na seara penal para a seara cível é aperfeiçoado por Stoco (2013, p. 163):

[...] O ilícito penal, enquanto ofensa a toda a coletividade, porque conduta que contraria as regras de comportamento e de convivência perante a sociedade, conduz à imposição de pena de natureza afliativa, inclusive com possibilidade de privação da liberdade do autor do delito. O ilícito extrapenal ou civil impõem ao autor do dano a obrigação de reparar a própria vítima. Assim, a infringência à norma de Direito Público, que tipifica as condutas puníveis com penas afliativas e restritivas da liberdade, ofendem a sociedade como um todo, enquanto que o ilícito civil viola o Direito Privado e leva ao dever de reparar a pessoa que individualmente sofreu o dano.

O dano penal tem a premissa de atingir a paz social, muito embora, atinja, por muitas vezes, um só indivíduo. A responsabilidade penal, no entanto, tem sua área mais restrita quando comparada a responsabilidade civil, levando-se em conta que as pessoas jurídicas – privadas ou públicas – não são apenáveis no âmbito criminal. Dessa forma, a responsabilidade civil envolve “o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém” (STOCO, 2013, p. 164).

Sendo assim, os ilícitos de maior gravidade social são os sancionados pela lei penal. Os ilícitos cíveis configuram os de menor gravidade, respaldados apenas no fato do interesse da reparação do dano ser privado, embora tenha interesse social, porém, não afetando a segurança pública em razão de a conduta ser menos gravosa (VENOSA, 2013, p. 20). Complementa Cavalieri Filho (2014, p. 30), compulsando para este norte: “Tanto é assim que uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à penal, caracterizando dupla ilicitude, dependendo de sua gravidade”.

Ademais, ainda Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 30) exemplifica quanto ao enlaçamento das duas responsabilidades e a distinção de suas naturezas:

[...] O motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, acaba por atropelar e matar um pedestre fica sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio culposo e, ainda, obrigado a reparar o dano dos descendentes da vítima. Em tal caso, como se vê, haverá dupla sanção: a penal, de natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e a civil, de natureza reparatória, consubstanciada na indenização.

Coaduna Venosa (2013, p. 21) no mesmo ramo: “[...] Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima”. Essa é a razão da qual a sentença penal condenatória faz coisa julgada no âmbito cível, no que refere ao dever de indenizar o dano decorrente do crime. Haverá o acompanhamento, portanto, do ilícito menos grave à sobreposição do ilícito e da culpa mais grave (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

O grande divisor de águas nessa espécie de responsabilidade civil é saber se o ato danoso foi derivado de uma obrigação preexistente, de um contrato ou um negócio unilateral. Imperioso enfatizar, portanto, que a responsabilidade contratual como a extracontratual não se diferenciam conceitualmente, condensando em seus objetivos. Assim sendo, a simples violação de um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ensejar um ressarcimento imposto ao agente do dano, bastando, portanto, a violação do dever, não importando se ocasionada dentro ou fora de uma relação contratual (VENOSA, 2013, p. 22).

Acerca da divergência puramente didática entre responsabilidade contratual e extracontratual, enfatiza Cavalieri Filho (2014, p. 31):

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. [...] Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

O atual Código Civil, contudo, distingue a responsabilidade contratual, fundamentando seu conceito nos defeitos do negócio jurídico, no artigo 389, antigo

184 do CC/16, e extracontratual, ou também conhecida como aquiliana, aludindo o ato ilícito como pressuposto no artigo 186 (STOCO, 2013, p. 192).

Haverá sempre àquele que infringir um dever jurídico em sentido amplo resultante de um dano à terceiro, a obrigação de indenizar. Esta obrigação pode ser dispersa em dois sentidos, quais sejam: fonte de uma relação jurídica obrigacional já existente anterior ao contrato, seja em razão da imposição de uma norma convencional já limitante ao comportamento dos contratantes ao qual ficam adstritos, seja em razão da relação jurídica desvinculada do dever jurídico, ao qual se faz presente em todas as espécies de responsabilidade civil. E de outro lado, a responsabilidade extracontratual que se apresenta como uma obrigação aderida por preceito geral de Direito ou pela própria lei (CAVALIEIRI FILHO, 2014, p. 30-31).

Consolidando este posicionamento, tem-se que existem pontos importantes para a distinção entre uma e outra responsabilidade. Portanto, na relação contratual, há o dever de adimplir o contratado, sendo que incorrendo em culpa, violando o dever jurídico entre as partes, por inadimplemento ou mora, haverá logo a responsabilidade contratual. Quanto à responsabilidade extracontratual, estará caracterizada quando houver a transgressão de um dano por uma conduta humana culposa (VENOSA, 2013, p. 24).

2.3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Indubitavelmente, a culpa está estritamente relacionada à composição geral da responsabilidade civil, servindo como núcleo central para a interpretação da espécie subjetivista. O artigo 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2015b), manteve o elemento culpa como elementar da responsabilidade civil subjetiva, aqui adstrita ao sentido amplo de sua configuração, também indicativa do dolo.

Com a evolução da responsabilidade civil no Brasil em face da Revolução Industrial, a cláusula geral de culpa do artigo 159 do Código Civil de 1916, passou a ser descartada como único fundamento do instituto. Com isso, houve a consideração da implantação da indústria, da operação humana ao maquinismo, entre outros fatores de risco provenientes da força do trabalho. A culpa, então, não faria mais sentido isoladamente, posto que nem sempre seria possível a determinação do elemento configurador da responsabilidade civil, que passou a obrigar a reparação quando houvesse o dano e o nexos causal que o ensejou. Destarte, houve uma

migração parcial da culpa - da subjetiva em especial - no que tange a propositura da responsabilidade objetiva do Estado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 5).

Em suma, o artigo 159, do Código Civil de 1916 foi se tornando equidistante das necessidades sociais e da evolução normativa. Para uma proximidade entre necessidade e efetividade normativa, o Código Civil de 2002, propôs um novo paradigma da responsabilidade civil. Muito embora, se trabalhe quase que como regra, com a responsabilidade de modo objetivo, a responsabilidade subjetiva não é dispensada no atual Código Civil, passando apenas a ser inserida de forma subsidiária ou quando a norma assim dispuser. Desta forma, Cavalieri Filho (2014, p. 6) cristaliza:

É possível afirmar que, se o Código de 1916 era **subjetivista**, o Código atual prestigia a **responsabilidade objetiva**. Isso, entretanto, não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido banida. Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela Constituição e leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva. (grifo original).

Num segundo momento, a desnecessidade da culpa como elemento indispensável, passou a ser latente nos termos da responsabilidade civil, surgindo, sem objetivo compensatório, a teoria objetivista que desconsidera a necessidade do ato culpável (STOCO, 2013, p. 213).

Notoriamente, a responsabilidade subjetiva anteriormente prevista em todo o contexto do artigo 159, do Código Civil de 1916, que determinava a incidência e a comprovação de culpa para se poder responsabilizar o agente, abre espaço para a responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil em vigor, que não mais se limita a elementos probatórios de culpabilidade para a incidência da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil subjetiva foi bem defendida por Stoco (2013, p. 213):

E, realmente, a teoria subjetiva da culpa já não era suficiente para solucionar todas as hipóteses surgidas. A necessidade de maior proteção da vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

Portanto, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2015b), traz ao conjunto normativo a responsabilidade objetiva, que desconsidera a necessidade de prova do elemento culpa como fator único de responsabilização. Nos termos do artigo 927, do diploma legal contemporâneo, foram incluídos elementos característicos da responsabilidade objetiva, que impõe limites a necessidade de prova da subjetividade.

A teoria do risco, em síntese, se contrapõe a teoria do dano objetivo. Quanto à teoria do risco, para que ocorra a responsabilização é preciso que a prática de atividade, meio ou instrumento de utilização, acarrete um dano que deve ser de pronto indenizado ou reparado. Já a teoria do dano objetivo, advinda do mesmo contexto histórico e teórico de que sobreveio a teoria do risco, é distinta quanto à forma de responsabilização, porquanto a esta cabe o ressarcimento do dano singelamente pela sua verificação, sem a ocorrência evidente do ato, prevenindo de imediato a superveniência de uma ofensividade (RIZZARDO, 2013, p. 32-33).

Independentemente de culpa, a responsabilidade objetiva recai sobre aqueles que habitualmente exerçam atividades de risco, que porventura, em grande probabilidade, possam causar dano(s) a outrem. Nesse caso, entende-se por exclusão, que serão responsabilizados objetivamente, além dos fornecedores, do Código de Defesa do Consumidor, outros que forneçam atividades perigosas a sociedade, não incluídos como partes da relação de consumo. Daí a importância da objetivação da culpa, ou seja, a proteção da sociedade – do risco em massa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 7-8).

Aplica-se, pois, sempre que almejável, a responsabilidade subjetiva, atentando-se que não foi excluída do sistema normativo, a qual permanece em busca de uma cautela sobre a responsabilização civil na mera ocorrência do dano, sem a configuração da atividade que se desempenha para abrir viés à teoria do risco ou não (RIZZARDO, 2013, p. 31).

Por derradeiro, os pressupostos da responsabilidade civil foram, em boa parte, objetivando a satisfação pessoal e patrimonial do lesionado, alcançando uma minimização de efeitos que não se efetivaria por vontade própria da vítima. Para tanto, os terceiros ocasionadores do dano, os responsáveis objetivamente pelas atividades de risco a que se expõem aos homens (transporte público, por exemplo), são regulamentos para uma busca da proteção da Dignidade da Pessoa Humana,

da integralização social, da diminuição social dos impactos. Impactos estes, que seus fatores podem propiciar aos outros também expostos aos riscos, considerando em primeiro plano, não mais o ressarcimento do dano, mas a pura responsabilização pelo simples risco de um dano ser concentrado, visando prevenir a sociedade em seu âmbito de relações humanas (RIZZARDO, 2013, p. 33-34).

Nesse condão, considerando que os pressupostos da responsabilidade civil foram indispensáveis para a efetiva compensação de danos percebidos por vítimas de ações por terceiros, desmistificou-se o conteúdo meramente patrimonial, tendo em vista que alguns danos não podem ser aferidos de valor pecuniário, mas que ao fim e ao cabo são transformados em pecúnia para se permitir atingir uma pequena ou irrisória satisfação.

O que se merece é a minimização dos efeitos; uma espécie de redução do abalo sofrido (se possível) por meio de uma responsabilização ao agente de modo que se compensem, minimamente, as consequências espirituais agravadas. Desta forma, a responsabilidade civil almeja grande importância na atualidade, tendo em vista que os danos causados, muita das vezes, em nossa sociedade, não mais atingem bens patrimoniais do lesionado, mais sim, bens intrínsecos a sua personalidade, ou seja, que causam condição física limitada, vida desestruturada, etc. Estas consequências, no plano civil, vão contra o direito fundamental entrelaçado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 DIRETRIZES CONCEITUAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou por um trâmite revolucionário, em âmbito mundial, muito embora partindo do entendimento unânime de que todos os indivíduos são pessoas de respeito integral no que tange a defesa do princípio em tela. Assim, cabe esclarecer com precisão, como o procedimento de evolução deste princípio constitucional foi sendo disposto até a inserção de suas prerrogativas na Constituição Federal de 1988.

A consistência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana está inserida de acordo com os processos históricos baseado nos pensamentos religiosos, filosóficos e científicos. Deste modo afirma Comparato (1999, p. 1):

Tudo gira, assim, em torno do homem e sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana? A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência.

O que se pretende, portanto, é uma aproximação da abrangência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sem, pois, querer esgotá-la, tendo por lógica o foco à aplicabilidade do conceito mais próximo a interpretação atual.

No campo da doutrina cristã, a concepção de dignidade da pessoa humana está exclusivamente relacionada à idealização do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual, extrai-se o viés de que o ser humano possui valor próprio, por via de consequência, não pode ser usado como mero objeto ou instrumento de condutas alheias (SARLET, 2015, p. 32-33).

Quanto ao conceito filosófico recorre-se para o pensamento de que a pessoa humana era determinada pela posição social em que ocupava, bem como pela força do reconhecimento que os demais se faziam prestar ao mesmo. Essencialmente, no campo filosófico, a Dignidade da Pessoa Humana está vinculada ao cenário político, cuja definição dar-se-ia a respeito da inserção do indivíduo às elites políticas e a causas-efeito das ações do homem-político em relação aos resultados, positivos ou negativos, reconhecidos pela comunidade (SARLET, 2015, p. 33).

No campo científico, o conceito sobreveio em razão do processo de evolução da espécie humana. Para os adotantes do princípio antrópico, o mundo e o homem são existentes e evoluem por vontade superior divina, de um ser transcendente, motivo pelo qual a ciência não é capaz de afirmar (COMPARATO, 1999, p. 5).

Hoje, no entanto, no meio científico, aplica-se a teoria de que o curso de evolução vital foi influenciado pela presença do homem, surgindo a partir de então, seres capazes de agir sobre o mundo, seja para si ou para outras espécies vivas, integrantes da biosfera. Sobre o assunto, elucida Comparato (1999, p. 6) que “O homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza – por assim dizer, inacabada – ao mesmo tempo em que “hominiza” a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio”.

Sobretudo, o conceito da Dignidade da Pessoa Humana, à guisa da sua importância na vida social, é especialmente amparado no pensamento do Catolicismo. A igreja católica cria a cada ser humano, o seu valor supremo e absoluto (MOURA, 2002, p. 77).

Assim, há o pensamento estoico referenciado por Tomás de Aquino, que Sarlet (2015, p. 33) esclarece:

Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

De acordo com Sarlet (2015, p. 35), São Tomás de Aquino trouxe ao contexto uma inspiração cristã com a noção adotada ao fato do homem ser criado à imagem e semelhança de Deus, acrescida da capacidade de liberdade e de autodeterminação, que por ser indivíduo se interliga à sua própria condição natural de livremente escolher a destinação de seus atos/vontades.

Um ponto importante, portanto, foi que com a sequência de explicações dos mais alternados campos e formas de pensar, o conceito de dignidade passou e ainda passa pelo processo de desenvolvimento racional, tendo como base unânime

a afirmação de que toda pessoa humana possui dignidade e liberdade, conjuntamente (SARLET, 2015, p. 37).

O conceito de pessoa surgiu, contudo, na corrente filosófica e teológica, precisamente com a religião cristã, que se fundamenta na vertente que Deus é supremo, impecável, superior e autossuficiente, aderindo ao ser humano as virtudes de liberdade e racionalidade. Do conceito de pessoa decorre a iminência da dignidade, que são interligadas na origem de todos os seres e não apenas os racionais (MOURA, 2002, p. 29-30).

Moura (2002, p. 30-31) explica que é nesse sentido que São Tomás de Aquino caracteriza o ser humano, pelo catolicismo, da seguinte forma: “pessoa significa o que há de mais perfeito de toda a natureza, isto é, o que subsiste em natureza racional”.

Muito embora as três correntes, notoriamente, tenham tido o condão de caracterizar e até mesmo chegar o mais próximo possível do alcance da conceituação máxima da dignidade considerando suas verdades, Sarlet (2015, p. 39-40) disserta que foi Immanuel Kant que proporcionou a concepção mais aceita e fundamentada da Dignidade da Pessoa Humana. O autor explica que este tomou por chão a natureza racional do homem, determinada pela autonomia da vontade, que, por sua vez, dá ao indivíduo a opção de se autodeterminar em suas condutas/escolhas e em querer, assim, agir conforme as normas impostas.

Na seara da filosofia é que o conceito de pessoa foi logrado ao ser humano, adotando-se o atributo de liberdade como norte das responsabilidades humanas e, ainda assim, compulsando para um aspecto de superioridade do ser humano aquém dos valores e bens corpóreos, a fim de desempenhar no mundo um sentido de predominância do ser humano (MOURA, 2002, p. 28).

A importância de Kant para a conceituação à explanação da Dignidade da Pessoa Humana é corroborada por Comparato (1999, p. 19) ao pregar: “A terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana”.

Consoante Sarlet (2015, p. 39-40), Immanuel Kant foi um grande nome da evolução histórica da dignidade, e traz o objeto primordial quando hoje se fala em Dignidade da Pessoa Humana, isso porque Kant enfatiza que o ser humano é inalcançável de qualquer valor pecuniário, pois o homem está acima de qualquer

dinheiro, não se permitindo ser equivalente a qualquer custo, porquanto, se assim sobrevier, não há que se falar em dignidade.

A dignidade, para tanto, não é passível de valor mensurável, tampouco equivalente a quaisquer outros valores econômicos, trazendo a ideia suprema de valor intrínseco do ser humano. É nesse sentido que a doutrina jurídica, nacional e estrangeira têm adotado constitucionalmente, corroborando a inaceitação do homem como coisa e como meio ou instrumento de desumanização (SARLET, 2015, p. 40-44).

Ainda segundo Sarlet (2015, p. 39-40), Kant certifica que o princípio que rege moralmente o ser humano racional é envolto pela existência como fim, e não como meio pelo qual possa servir. Posto isto, a Dignidade da Pessoa Humana resulta da autonomia de sua vontade racional, capaz de se guiar em decorrência da elaboração de suas próprias leis.

Em razão disso, acrescenta Comparato (1999, p. 20):

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Ao propor um Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 registrou a dignidade da pessoa humana vigente em Lei Fundamental na perspectiva de proporcionar a todos uma vida cuja existência seja digna. Nesse sentido afirma Sarlet (2015, p. 74): “a dignidade da pessoa e, nessa quadra, a própria pessoa humana, mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva”.

A concretude que se visa é a conceituação de significado único ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tal dificuldade é decorrente da amplitude do termo, ainda mais quando se tratando de pessoa humana na sua essência. Vincula-se, portanto, o princípio condensado ao conteúdo valorativo empregado. Apesar das tentativas a serem feitas sobre sua conceituação, é mister salientar que estas tentativas vão ser *ad eternum*, ao passo que a definição da Dignidade da Pessoa Humana é mutável em cada tempo e espaço, de acordo com o meio social (MARTINS, 2003, p. 111).

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, invariavelmente, um direito de conceito amplo e genérico, capaz de jamais ser almejável, com o passar dos tempos, a uma noção específica do conteúdo que aborda, por deveras fazer menção ao ser humano que, indiscutivelmente, é adaptável e constantemente mutável em suas condições, valores, princípios e necessidades.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ÂMBITO MUNDIAL

A normatização do princípio da dignidade da pessoa humana, antes de fazer parte do conteúdo jurídico brasileiro, passou por, além de evoluções históricas em seu conceito basilar, a uma gama de instalações nas mais variadas legislações internacionais. Desta feita, em que pese o princípio da Dignidade Humana seja relevante no Brasil, o conteúdo do mesmo, de válida importância, é também aderido nas normas supremas de outros países, visados à época da compulsória necessidade de garantia dos direitos humanos e sociais.

Asseverando que todo ser humano é um ser racional e livre é que se conclui que a sua dignidade está entrelaçada como razão primordial no “conjunto de direitos fundamentais e inalienáveis”, a serem observados e garantidos por todos os Estados, inclusive em se tratando de âmbito internacional (MOURA, 2002, p. 33).

A empregabilidade do princípio, abrangida pelas demais Constituições internacionais, é esclarecida por Sarlet (2015, p. 74-75), nesse contexto:

Dentro os países da União Européia, colhem-se os exemplos das Constituições de Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (art. 1º), que consagraram expressamente o princípio. Também na Constituição da Itália (art. 3º), encontra-se referência expressa à dignidade na passagem em que reconhece a todos os cidadãos a mesma dignidade social, inobstante não se tenha referido expressamente a dignidade da pessoa humana. A Constituição da Bélgica, quando de sua revisão em janeiro de 1994, passou a incluir dispositivo (art. 23) assegurando aos belgas e estrangeiros que se encontrem em território belga, o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana.

Cumprindo ressaltar que a incorporação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana ainda é considerada muito recente no ordenamento jurídico-positivo brasileiro. Atentando-se ao século XX, precisamente na Segunda Guerra Mundial, decorreu a necessidade explícita do reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições, ainda mais depois da Declaração Universal da

ONU, no que tange aos Direitos Humanos, impulsionar para sua consagração (SARLET, 2015, p. 74).

O marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos é consequência de uma aprovação dos representantes dos povos em sua plenitude, abrangendo todas as raças, culturas e religiões. Esta Declaração, por sua vez, enfatiza que as diferenças seriam amenizadas em favor da universalização do valor do ser humano e de sua dignidade, que é base para garantia dos direitos fundamentais bem como de liberdade (MOURA, 2002, p. 10).

Nesse molde, salienta Moura (2002, p. 10): “É, contudo, imperativo que não se perca esta conquista, que foi fruto do impacto sobre a consciência da humanidade de abomináveis excessos ocorridos durante o período que procedeu a Segunda Guerra Mundial”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que pese não tenha feito menção explícita sobre a dignidade que envolve a origem do ser humano, provoca esta alusão ao conceito da pessoa humana em seu artigo 1º, que preconiza: “Artigo I – Todos os homens 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” (MOURA, 2002, p. 31).

Relativamente ao que se refere aos países do Mercosul, o Brasil e o Paraguai aderiram a Dignidade da Pessoa Humana em seus princípios fundamentais. No que tange a outros países americanos, como Cuba e Venezuela, há referência direta do princípio em tela decorrente da Constituição do Peru, onde são reconhecidos outros direitos, desde que decorrentes da positivação da dignidade humana, entre outras seguridades sociais (SARLET, 2015, p. 75).

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, projetou a conscientização do devido respeito aos direitos humanos como requisito à condição de paz entre as nações. Diferentemente da Liga das Nações que previa a arbitragem e regulação dos conflitos oriundos da guerra, a ONU objetivou a expurgação desta pela raiz. Nessa via, Comparato (1999, p. 200) dá continuidade:

Por isso, enquanto a Liga das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.

Há de ressaltar que a Liga das Nações cumpriu função de 1920 a 1946 e, em contrapartida, a ONU de 1945 prevalece até hoje, sendo assinada por 51 Estados, compulsando no sentido de que se tratou de uma larga transformação à vida social natural do século XX (MOURA, 2002, p. 18-19). A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um dos marcos inaugurais da fase histórica proveniente do século XX, que está em constante e pleno desenvolvimento (COMPARATO, 1999, p. 44).

Ademais, a Constituição da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1946, proporcionou o caminho da dignidade humana em âmbito internacional. Declara em seu preâmbulo a dignidade como inerente a todos os membros da família (SARLET, 2015, p. 76). A criação da OIT ensejou a proteção dos trabalhadores assalariados e garantiu uma regulamentação convencional entre vários Estados (COMPARATO, 1999, p. 43).

No escopo da OIT afirmar em plano internacional os direitos individuais bem como os econômicos e sociais, impende do fato da abrangência da proteção dos trabalhadores, deslindada por Comparato (1999, p. 42):

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de se admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos pelo mundo afora.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, por sua vez, contempla a dignidade como consequência da garantia de liberdade, igualdade e justiça que os povos africanos aspiravam. A lei divina condiciona a concessão de dignidade e honra aos seres humanos, afirmação essa declarada pelo Estado Islâmico (SARLET, 2015, p. 76). A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 1981, inseriu a garantia de que todos os povos serão tratados igualmente em respeito, possuindo direito de autodeterminação e de liberdade para dispor de suas riquezas, além da unânime paz e segurança a todos devida. Com isso, o reconhecimento da humanidade vigorou a solidariedade de direitos (COMPARATO, 1999, p. 45).

Por recente, mas não menos importante, a instituição da União Europeia na asserção da dignidade, por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000, constata a inviolabilidade da dignidade do ser humano, conferindo seu respeito e proteção. Por esse aspecto, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem se posicionado no sentido de que é competente para conferir proteção a dignidade da pessoa humana, conforme os atos que tenham sido empregados, além do direito fundamental à integridade, vinculando-se, nesse campo, à Carta dos Direitos Fundamentais (SARLET, 2015, p. 76).

Por assim estar o princípio da dignidade da pessoa humana expurgado em constituições internacionais é que se dá a importância de sua aplicabilidade e garantia na positivação dos direitos fundamentais de cada Estado. Ainda que não contemplado em todos os países do mundo, denota-se para a concretização ao respeito à liberdade e individualidade de cada cidadão, aderindo um direito irrevogável e personalíssimo capaz de exprimir uma proteção à vida, de forma íntegra e unânime, de todas as pessoas.

3.3 A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os apontamentos feitos até então, que não atingem o conceito absoluto do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e tampouco tem a intenção de fazê-lo, se satisfazem em contornar o conceito da pessoa humana ao valor da dignidade defendido como direito fundamental.

Não se pode olvidar, portanto, que a pessoa humana, em sua plenitude, é fonte de meio da atividade estatal, mas sem dúvida, motivo de fim, já que é este quem constitui aquele (MARTINS, 2003, p. 72). No entanto, aproveitando, em partes, a função estatal para as relações privadas, no mesmo sentido, o homem é quem acarreta as maiores proporções inconsequentes que, por sua vez, afetam o bem estar e o desenvolvimento humano. Nessa acepção, compulsando com o narrado, Martins (2003, p. 73) cita:

[...] o valor da dignidade da pessoa humana só se pode aferir a partir de uma perspectiva concreta que contemple a pessoa humana como ser dotado de uma dignidade própria; não enquanto categoria jurídica meramente ideal e abstrata, mas enquanto pessoa real. Isto significa que no constitucionalismo brasileiro contemporâneo os conceitos de Estado,

República e Democracia são funcionalizados a um objetivo, a uma finalidade, qual seja, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. De tal modo que privar a pessoa humana de sua dignidade, quer por ação quer por omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Brasileira.

Entende-se que a violação à honra, o sentimento de dor, etc., são questões intrínsecas ao ser humano, imensurável de qualquer valor monetário, ou tampouco a ser incluso, por falta de outra previsão legal, na esfera do dano patrimonial. Foi na esteira da Constituição Federal com a adição da responsabilidade do Estado que o Código de Defesa do Consumidor enfatiza esta vertente, dispondo que o fornecedor que expor o consumidor à aquisição de produtos ou serviços defeituosos ou viciados, se responsabiliza objetivamente ou de modo solidário com o produtor, pelos prejuízos causados ao vulnerável, apenas com a constatação do nexo causal (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 6).

Nesta trilha, trata-se de princípio constitucional fundamental, e que diante de uma gama de danos previstos na Constituição Federal de 1988, inclui o dano moral como dano indenizável, além de acrescentar a responsabilidade do Estado, pelos serviços públicos, inclusive, como responsáveis, sem a necessidade deste provar a culpa, ou seja, de se concentrar de modo objetivo, em favor do prejudicado.

Afirma Martins (2003, p. 113) que: “na linguagem coloquial o termo ‘dignidade’ possui quase sempre o sentido de honestidade e honradez”. E, ainda, o autor acrescenta outra concepção: “na linguagem jurídica, em sua origem, a expressão dignidade serviu para designar o encargo ou título que poderia ser conferido a uma pessoa e, por extensão, acentuar o respeito que esta pessoa deve ao mandato ou à função que exerce”. O que se nota, em síntese, é que dentre os sentidos explanados, o adotado na norma suprema brasileira foi o coloquial, contudo.

A dignidade, por aderir a ideia de vida digna, faz pressuposição que também cabe a cada qual preservar seu direito de honradez. Nesse contexto, pode-se sujeitar, em encontro, a ideia de liberdade (autonomia) que cada um tem de “autodeterminar sua conduta”, por sua vez não dependendo de sua efetiva realização para poder ser dispensado de sua dignidade (SARLET, 2015, p. 54-55).

Do fato do homem ser uma pessoa livre e racional, existente no mundo e capaz de pertencer à sociedade é donde se advém a dignidade. Assim, a pessoa humana é aquela capaz de desempenhar à si própria, dentro da sociedade, um

papel que depende de sua consciência de ser humano a fim de alcançar seu espaço no mundo (MOURA, 2002, p. 75-79).

Nesse sentido, a doutrina traz informação à guisa do narrado para elucidar, que: “[...] o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz” (SARLET, 2015, p. 55). Assim, a dignidade em sua qualidade de valor intrínseco do ser humano, na iminência de sua liberdade adquirida, gera o direito do homem ir a favor, de forma autônoma, na decisão de sua existência e dignidade, não se podendo olvidar que, mesmo quando a autonomia não puder ser sua fonte de decisão, haverá consideração e respeito pela condição humana que lhe é atribuída (SARLET, 2015, p. 61).

Esta, porém, é a predominância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, o reconhecimento sobre os valores imensuráveis, não alcançados por qualquer modo de satisfação, relacionados à condição humana, na sua integralidade moral. É nesse ponto, que se ventila um conceito base sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conquanto, a Dignidade da Pessoa Humana é perceptível quando houver o respeito pelas condições mínimas existenciais, bem como aos valores morais e físicos do ser humano, abrangendo, neste âmbito, o respeito pela sua vida de modo geral (SARLET, 2015, p. 69).

Os direitos individuais estão previstos na Constituição Federal de 1988 como aqueles que sujeitam proteção à individualidade da pessoa humana. Tais direitos, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2015a) garantem o direito de vida, liberdade, integridade física entre outros representativos de Dignidade da Pessoa Humana. Por se tratar de direitos centrais ao indivíduo diante do Estado e da sociedade, constituem uma forma de representação do Estado em ações negativas (deixar de agir) ou em ações positivas (de agir) (RAMOS, 2014, p. 63-64).

Dentro desta perspectiva, os direitos individuais são introduzidos à toda constituição, tais como os direitos políticos e sociais (RAMOS, 2014, p. 64).

Relativamente aos direitos sociais, adenda Ramos (2014, p. 64), ao retratar a predominância da OIT na evolução história do princípio em foco. Vejamos:

O conteúdo dos *direitos sociais* é essencialmente prestacional, exigindo-se ação do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva a dignidade. Há também *direitos sociais de abstenção* (ou *de defesa*), pela qual o Estado deve se abster de interferir de modo indevido em determinado direito social, como, por exemplo, a liberdade de associação sindical ou ainda o direito à greve. (grifo original).

Ainda assim, mesmo que com constantes mutações conceituais, há de se esclarecer que o conceito base, a definição única, é imutável e prevalecente. O que muda, no entanto, é a sua aplicabilidade ao tempo em que se insurge. Logo, entendimentos diversificados são expostos, porém, todos com o mesmo objetivo, ou seja, a defesa da violação dos direitos inerentes ao sentimento e personalidade individual da vítima, que por sua vez, envolve uma série de formas, seja por uma perda física ou unicamente o abalo moral.

Em suma, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 2015a), engessa o valor da Dignidade da Pessoa Humana como valor central do ordenamento pátrio, indispensável para orientação dos aplicadores do direito (RAMOS, 2014, p. 77).

3.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO ENCONTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é disponível e abrangível para todo caso que tenha por objeto a ferida de direito indispensável de outrem. Na seara da responsabilidade civil, a cláusula aberta é recepcionada de tal sorte que o dano extrapatrimonial é aquele que atinge noções íntimas, despercebidas, sendo incompreensíveis por qualquer um e, por isto, nada mais justo que o respaldo do direito fundamental à garantia de uma vida digna (MARTINS, 2003, p. 67).

Levando-se em consideração a construção conceitual, evidencia-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana clareia os instrumentos sancionatórios cíveis, para poder implicar na reparação do dano a direitos personalíssimos interligado diretamente a dignidade humana. Não se pode olvidar, nesse passo, a interferência do dano moral na aplicabilidade da Dignidade da Pessoa Humana, que por sua vez, se intera na responsabilidade civil (MARQUES, 2012).

Nesse sentido, afirma Cavalieri Filho (2014, p. 82):

[...] a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

De plano, denota-se que o sentido norteador do princípio constitucional apregoado é o aderido pela responsabilidade civil, fixando que, ao contrário dos danos que conseguem ser substituídos por completo em pecúnia, o dano sofrido pela pessoa humana em sua dignidade é imensurável de valor, tampouco suficiente para que a condição humana anterior ao fato seja retroagida. Por tal razão é que se adota a mutabilidade do conceito, haja vista a análise do real dano sofrido em sua interligação pessoal com a vítima, bem como, os valores sociais e pessoais inscritos no tempo e no íntimo do homem (MARTINS, 2003, p. 115).

Na seara do dano, imprescindível, dentre as suas mais variadas formas, destacar a integralização do dano moral, em razão deste poder conceituar a indenização como meio de reparar o dano causado a outrem, e não mais tão somente uma forma monetária de compensação. Sendo assim, segundo Gonçalves (2013, p. 384) "Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio.", em uma primeira análise da questão.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, inciso X, prevê, de maneira contundente, a possibilidade de indenização por dano moral bem como aos direitos invioláveis quando atingidos. Considerando que a previsão constitucional é meramente exemplificativa, entende-se pela ligação ínsita do dano moral ao instrumento da responsabilidade civil, desmitificando a exclusividade unicamente patrimonial da aferição ao dano como previsão de violação moral.

É o que sustenta Caio Mário da Silva Pereira (*apud* GONÇALVES, 2013, p. 400):

A enumeração é meramente exemplificativa, sendo ilícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito, aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de 'numerus clausus', ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar [...].

Na esteira que a responsabilidade civil alcança a danos imensuráveis na esfera pessoal da vítima, se percebe, com presteza, a justa ligação desta com o

princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, no seu espectro amplo. Há, certamente, danos causados que jamais terão a oportunidade de, uma vez contrapesados, voltarem ao *status quo ante*. É nesse sentido, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem corroborar com a Responsabilização Civil no cenário contemporâneo. O direito fundamental, constituído no ordenamento jurídico atual, invoca com maior consideração ao cumprimento estrito pelos limites morais de cada ser humano (MARQUES, 2012).

Assim, Sarlet (2015, p. 70-71) afirma que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Não obstante a inserção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana na seara da responsabilidade civil há que se levar em conta a pendência do caso concreto, bem como do aplicador do direito. A interpretação cabe, exclusivamente, sobre a análise das repercussões juntadas ao fato danoso (MARQUES, 2012). No mais, a título de uma compreensão sem amarras, cumpre esclarecer os conceitos básicos da terminologia que compõem o princípio em questão.

Destarte, quanto à baila da responsabilidade civil é importante destacar a seguinte explicitação sobre a dignidade: “[...] é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente” (KANT *apud* MARTINS, 2003, p. 115).

A responsabilidade civil, ao defender a violação aos direitos garantidos e, por muitas vezes, aos direitos indisponíveis e inatingíveis de qualquer montante compensatório, impulsiona a utilização do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como instrumento indispensável de responsabilização, pois a dignidade é valor concedido pela Constituição Federal que, ao ser violada, deve ser contrapesada por sanção competente ao instituto cível (MARQUES, 2012).

Portanto, a contribuição do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como valor fundamental, é de suma importância para a evolução da

responsabilidade civil. A dignidade é aplicável a toda e qualquer matéria porquanto é inerente a todo e qualquer ser humano. Por esse turno é que se afirma a necessidade de um fortalecimento da responsabilidade civil à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Observando que tal princípio é direito indispensável e passível de violação, cabe ao Estado e o recorrente instituto jurídico da responsabilidade civil reparar os efeitos da violação, na remota hipótese de satisfação, ao considerar que a dignidade é insubstituível, mas sujeita a compensações que diminuam ou amenizem a irreparabilidade completa do feito (MARQUES 2012).

Nesse contexto, a dimensão da Dignidade da Pessoa Humana refletida ao meio jurídico, provoca a indispensabilidade da responsabilidade civil na organização do sistema, tendo o Estado representação fundamental na função de responsabilizar. A sociedade e seus interesses individuais devem ser contrabalanceados quando o Estado, por omissão, for propulsor de violação do princípio constitucional fundamental da dignidade, cabendo ao instituto civil, aplicar sanção ao terceiro - causador do dano - de modo que viabilize a condição humana essencial prejudicada.

Logra-se, entretanto, que o dano moral, fundamentado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é entrelaçamento necessário para uma busca atingível da compensação cível, cujo objetivo está direcionado a uma realização, minimamente possível, dos impactos sofridos provocados por outrem. Uma vez amenizados os atos praticados por força alheia a vontade do indivíduo, está-se diante da satisfação do resultado pelos efeitos amplamente largos no que tange aos valores fundamentais restaurados.

Por conseguinte, Hironaka (2005, p. 348) elucida:

Há algo de intrínseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes na essência do homem, ou mais que isso, está na essência da humanidade, da qual ele faz parte. A este algo – dentro de nós há uma coisa que não tem nome, e essa coisa é o que somos – se dá o nome de dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade civil interligada ao princípio da dignidade da pessoa humana está veemente instalada em nossa sociedade, pois é o instrumento jurídico capaz de suprimir danos, em uma busca primária de satisfação/reparação. Os danos, ao atingirem valores que estão atrelados a moralidade pessoal de cada um, e

ao provocar não somente uma “despersonalização moral”, mas também uma solidariedade social, resultarão satisfatórios tão somente quando o sofrimento alheio for contrapesado com a indenização de quem sofreu o dano (MARQUES, 2012).

Desta forma, Cavalieri Filho (2014, p. 26), com respaldo à efetivação da responsabilidade civil, comenta:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar senso de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior a lesão.

Com a certeza de que um dano comum a todas as pessoas humanas – o dano moral – pode ser amenizado por um sistema jurídico eficaz, capaz de reintegrá-los nos seus sentimentos próprios, por meio de uma indenização e na conseqüente condenação do causador do dano, haverá a propulsão de uma benfeitoria humana e por sua vez, social, satisfatoriamente boa, e possível, almejada.

Desta maneira, quando se trata de dano moral junto à violação do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, torna-se evidente que a reparação integral do prejuízo é medida inalcançada, porquanto, são valores incalculáveis, onde qualquer reparação não tornará suficientemente completa para restaurar o que foi ferido.

O dano, por sua vez, é indenizável quando o ato ilícito provocar “diminuição ou subtração de um ‘bem jurídico’, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção” (GONÇALVES, 2013, p. 362). Por esse turno, evidencia-se o desejo máximo da sociedade: a condenação do infrator e a indenização da vítima por dano moral. Ambas são sustentadas na ideia homogênea embasada sobre o aspecto do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que abrange todos os elementos comuns inerentes ao valor pessoal dos homens.

Sabidamente, Gonçalves (2013, p. 363), sintetiza tocante a indenização:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na

maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

Ao que interessa, o citado vai de encontro com a falta de reintegração integral quando se trata de violação a direito fundamental, ou seja, quando atingível o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que engloba valores impossibilitados de serem controvertidos em pecúnia. Por este fato é que se busca uma condição mínima de reparação, para o avenço de segurança jurídica, no intuito de que as providências possam, infimamente, satisfazer o indivíduo.

Cavaliere Filho (2014, p. 27) disserta que, na visão do grande filósofo Aristóteles, resta clara a ideia inatingível de reparação integral do estado anterior a lesão moral, porquanto, dadas as devidas proporções, dano moral é incomensável por qualquer valor monetário que possa reintegrar a totalidade do que lhe foi perdido. Nesse aspecto, pode-se, sem sombra de dúvidas, utilizar-se de tal ideologia ao poder dos juristas, tocante a mensuração do valor da indenização por dano moral, muito embora, o maior valor aferido ainda seja irrisório ao que foi retirado pela conduta de outrem (MARQUES, 2012).

Porém, o que se pretende buscar, nada mais é do que um sentimento, ao menos, de satisfação pessoal àquele que retirou forçadamente algo intrínseco ao “ser-eu”, que jamais retroagirá, requerendo para si uma condição de sobrevivência ainda passível de ser digna e inteira, respeitadas as circunstâncias. Nestes termos é a afirmação imperiosa de Gonçalves (2013, p. 397): “Tem-se entendido hoje, com efeito, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem”.

No compasso do que foi explicitado, incontestável a incorporação do dano moral, quando da ofensa ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Frisa-se que as questões elementares que as envolvem são, em sua amplitude, valores ligados a própria essência humana, valores que fazem parte de uma construção personalíssima inerente, por sua vez, a todos, mesmo que potencialmente, na Constituição Federal de 1988 (MARQUES, 2012).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER GRÁVIDA POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO EM ALUSÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal do Brasil abrange invioláveis direitos, invocados sobre a natureza de cláusulas pétreas, entre elas os princípios basilares para a tutela do direito positivado. O nascituro, como pessoa de direito, é amparado na Constituição Federal, que preconiza suas diretrizes logradas no certame da Dignidade da Pessoa Humana.

Plácido e Silva (*apud* PEREIRA, 2008, p. 232) explica que a terminologia *nasciturus* faz referência àquele que está para nascer, que foi gerado ou concebido no ventre materno, ou seja, que está em vida intrauterina. No direito brasileiro o nascituro tem sua proteção jurídica no Código Civil, que trabalha no sentido de identificar a vida e personalidade civil do ser humano, enquanto a Constituição Federal avoca as garantias sobre a pessoa humana.

Nesse sentido, destaca Hofmeister (2002, p. 65) referente ao exposto: “[...] a personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição Federal [...]”.

O surgimento da personalidade jurídica, dentro do direito positivo e constitucional brasileiro depende do entendimento de duas teorias, quais sejam a teoria natalista e a teoria concepcionista. A teoria natalista era resguardada, à primeira vista, na redação do artigo 4^o do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2015c) e confere a personalidade a partir da concepção do filho, dando-lhe uma expectativa de direito, a partir de seu nascimento com vida. Antes de nascer, todavia, não há pessoa humana, logo não há personalidade jurídica, e entre a concepção e o

¹ Atualmente, encontra-se respaldada no artigo 2^o do Código Civil de 2002, que dispõe: “Art. 2^o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2015b).

nascimento existe apenas uma expectativa de personalidade (ALMEIDA, 2000, p. 145-148).

Já em relação à teoria concepcionista, está-se diante da aplicação da personalidade jurídica a partir da concepção do filho. A restrição existente é, portanto, referente aos direitos patrimoniais. O direito à vida, em sua plenitude, é largamente defendido no Direito, precisamente no Civil e Constitucional (ALMEIDA, 2000, p. 158).

Com efeito, o direito brasileiro acrescenta em sua normatização as duas teorias – natalista e concepcionista – cada qual a sua limitação e sobre a tutela pertinente. No Código Civil, por exemplo, adiciona a teoria natalista apenas no que se refere ao início da personalidade jurídica quanto a garantia dos direitos patrimoniais da criança. Por outro turno, a teoria concepcionista é abrangida pelo ordenamento jurídico constitucional, por priorizar o direito à vida, a proteção da dignidade humana, a igualdade em direitos de todos, e por outros elementos caracterizadores disponíveis ao ser humano, sem restrições.

Assevera Berti (2008, p. 46), nesse passo:

Está assentado que, juridicamente, os direitos do homem começam a partir do nascimento com vida. Atestam-no, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem, a Organização das Nações Unidas (ONU) e códigos civis, o brasileiro inclusive.

Assim, denota-se que a primeira parte do artigo 4º, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2015c), que citou “A personalidade civil do homem começa no nascimento com vida” apregoa a teoria natalista, em contraponto, quando continua “mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” enfatiza a teoria concepcionista (ALMEIDA, 2000, p. 197). Ainda, expõe Almeida (2000, p. 198) em seu posicionamento sobre o referido: “Segundo pensamos, apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente dos direitos patrimoniais, como a doação e a herança”.

No entanto, ao fazer referência aos direitos extrapatrimoniais, quais sejam aqueles tocados pela teoria concepcionista, remete-se ao nascituro direitos subjetivos não mensuráveis por pecúnia, que uma vez invioláveis podem ser minimizados por prestação em dinheiro quando se tratar de sanção/indenização (BERTI, 2008, p. 112-113).

Isto posto, pode-se afirmar que os direitos extrapatrimoniais adquiridos pelo nascituro desde a sua concepção põem em garantia direitos fundamentais expostos no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2015a), razão pela qual o direito civil está estritamente vinculado no direito constitucional.

Clóvis Beviláqua (*apud* PEREIRA, 2008, p. 247) traz razão plausível para adoção da teoria concepcionista ao início da personalidade jurídica do nascituro, ao ressaltar que: “[...] desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito, tanto que o aborto constitui crime”.

A proteção da vida, que é o direito fundamental do nascituro, está inserido no Título II, especificamente no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2015a), o qual dispõe: “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 [...]”.

Berti (2008, p. 119) explica que, em relação ao momento em que se deve dar proteção à vida, este é esclarecido no inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 2015a), que ao fazer menção ao julgamento de crimes dolosos contra a vida com a inclusão, implícita, do aborto, evidencia o alcance de se querer resguardá-la.

É para esta vertente que a constituição brasileira caminha, a fim de propagar ao nascituro direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, pois se coloca ao alcance do mesmo direitos extrapatrimoniais que conservam sua vida, integridade física, privacidade, honra, entre outros salvos também pelo Código Civil (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 26).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também pode ser adotado como fonte de aplicação subsidiária aos direitos fundamentais do nascituro, como disserta Pereira (2008, p. 235):

O art. 3º, ECA, estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei nº 8.069/90. Não se pode, portanto, afastar a criança do conceito de pessoa. Ao assegurar-lhe o direito à vida, a Carta Magna e a Lei 8.069/90 se alinham à orientação adotada pela Convenção Internacional dos Direitos da criança ao identificá-la no art. 1º como “todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”.

Ao se falar em pessoa humana, portanto, está-se falando do feto, do nascituro, bem como da pessoa em estado terminal ou aquela sem discernimento ou doente mental (PEREIRA, 2008, p. 227).

Desse modo, o artigo 2º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2015b), antigo art. 4º, CC/16, traduz que a personalidade jurídica do nascituro, “potencialmente”, se inicie ao nascer com vida, asseverando que os direitos deste retroagem à data da concepção (PEREIRA, 2008, p. 227).

Logo, ao nascituro cabe a integral proteção dada como se criança fosse, resguardada suas proporções, tendo sua personalidade jurídica o condão de torná-lo pessoa, detentora de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, que somados, resultam em uma vida digna (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 26).

Segue para o mesmo argumento, Pereira (2008, p. 227) ao explicar que: “A dignidade é, portanto, valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente, no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral”.

Nesse diapasão, se conclui que os direitos fundamentais do nascituro estão elencados à mesma medida e proteção jurídica dos direitos que são incluídos no rol dos direitos constitucionais do artigo 5º da Constituição Federal, sendo, por sua vez, aplicados em obediência ao princípio máximo da isonomia em relação ao nascituro, onde há tutela pela sua vida em compasso normativo.

4.2 A VULNERABILIDADE DO NASCITURO E O SEU AMPARO NORMATIVO

Indubitavelmente, o ser que está para nascer, é um ser com expectativa de vida, cuja dependência para sua concretização está largamente relacionada a vida intrauterina. Desse modo, o nascituro se conceitua como um ser vulnerável de vários danos decorrentes de uma gestação má disciplinada.

O feto encontrado no útero materno, *a priori*, não teria proteção jurídica, porquanto os direitos só poderiam ser gozados a partir do seu nascimento com vida. A contrário *sensu*, desde a concepção até o nascimento, a pessoa humana é possuidora *per si* de direitos (BERTI, 2008, p. 98).

Nesse sentido, assevera Berti (2008, p. 98):

Apesar da orientação do direito pátrio, preconizada pelo art. 2º do Código Civil Brasileiro, não há que se associar a consolidação da personalidade jurídica com a tutela da vida humana. Negar ao nascituro a tutela da vida,

ou de outros direitos, seria não apenas contrariar valores éticos e morais, como também contrariar a ordem jurídica, pelo que se pode inferir da segunda parte do mesmo art. 2º.

A fragilidade que o nascituro está iminente coaduna com o comportamento da gestante, que se torna responsável pelo desenvolvimento sadio daquele. Confirma a esta relação de causa e efeito, Almeida (2000, p. 109), ao afirmar que “o útero contém e alimenta o concepto até que venha a nascer”.

Diante desta afirmação, entre outras que emanam para o mesmo sentido, é possível alcançar a principiologia lógica de que o nascituro depende integralmente do ser de capacidade e personalidade que o “sustenta”.

Não obstante, o nascituro, por estar impossibilitado, mediante situações biológicas, de se auto satisfazer, fica à mercê de cuidados perante a sua vulnerabilidade. Posto isto, Berti (2008, p. 123) disserta: “Trata-se de um ser *in fieri*, já se disse, indivíduo não completamente formado, que não dispõe de autonomia, nem biológica, nem legal”.

Se tal fato não tivesse pertinência no cenário brasileiro e católico, não existiria repúdio ao aborto, previsto como crime e pecado, respectivamente. Se o direito à vida é garantido no ECA (artigo 8º) desde a concepção, assegurando os cuidados de atendimento pré e perinatal, abarcaria ampla contradição aceitar a liberação do aborto. O Estado, nessa circunstância, “deve proteger o direito à vida” e repugnar o aborto, salvo em situações prevista em lei (PEREIRA, 2008, p. 254).

A pessoa humana, desde o seu nascimento até grande parte de seu amadurecimento, é um ser frágil, que nasce com “necessidades de cuidado” para regular sobrevivência. Sobre este ser, é preciso alguém que por seu dispêndio forneça o mínimo existencial àquele. O cuidado e o zelo são desencadeadores do “processo de aquisição de autonomia e, conseqüentemente, de humanização” (PEREIRA; OLIVEIRA, 2009, p. 163).

Relativamente a construção revolucionária da medicina, principalmente a fetal, há ululante majoração da ciência com o embrião e o feto, em todas suas etapas, a fim de almejar a perfeita saúde e garantir o direito ao desenvolvimento de sua dignidade (BERTI, 2008, p. 2).

O nascituro - já concebido e que está por nascer - impulsiona semelhança à pessoa humana – ou pessoa humana em potencial – que, por sua vez, declarará em razão de sua própria existência o reconhecimento do Princípio da Dignidade da

Pessoa Humana, cuja proteção é reclamada. O direito fundamental do nascituro, portanto, deve harmonizar-se com outros direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (BERTI, 2008, p. 135). Por este viés é que se reitera a compulsoriedade dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88 à toda pessoa humana, inclusive o nascituro – ao princípio da isonomia – por se tratar de essência ingênita interligada à pessoa humana da mãe e pelos direitos que estão entrelaçados à vida que lhe é esperada.

Em igual análise, Pereira e Oliveira (2009, p. 108) trazem à baila:

A dignidade da pessoa humana concretiza-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana. A efetivação dessa cláusula, em qualquer caso, deve levar em conta a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas e as diferenças existentes entre elas, para que se possa obter, o quanto possível, a igualdade substancial. A proteção que lhes é assegurada deve dar-se integralmente, em todas as situações, existenciais ou patrimoniais, de modo a contemplar todas e cada uma de suas manifestações. Indispensável pôr em destaque que, além da complexidade do processo de vida do ser humano, que o expõe com frequência à vulneração, há um grande número de pessoas que já se encontram, quando já não nascem, vulneradas, atingidas em sua dignidade, em razão de condições adversas de ordem psicofísica, social e/ou econômica. Não há para tais pessoas possibilidade de exercer seus direitos, por vezes sequer de ter acesso a eles, em igualdade de condições, sendo necessário que o direito lhes propicie os meios para tanto.

O valor jurídico da dignidade da pessoa humana depende do cuidado como base para reflexão dos direitos fundamentais. Assim, haverá a presença do direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, entre outros, quando presente o cuidado à criança e o adolescente (PEREIRA, OLIVEIRA, 2008, p. 144). Considerando o nascituro como pessoa de direito, em analogia ao Estatuto da Criança e do Adolescente que é aplicador e estimulador da teoria concepcionista, prevalece o entendimento de que ao nascituro cabem os mesmos direitos que cabem à criança e o adolescente.

Nesse ínterim, prosseguem Pereira e Oliveira (2008, p. 21):

Por outra banda surge, numa relação de maior proximidade com a criança carecida de cuidado, o cuidado parental, a assunção do dever de decidir o melhor para a criança que não é suficientemente autônoma para corretamente orientar sua vida.

Ora, se a vida, atos e conseqüências da criança são transferidos ao poder familiar, ao nascituro, por decorrência, toda a sua perspectiva de vida depende do

cuidado da mãe. A gravidez é o momento em que condensa a relação de mãe e filho, sendo que a vida uterina é o primeiro ambiente em que o ser humano tem conhecimento e dá origem as “primeiras percepções que irão determinar o modo como ele se relacionará com o mundo externo” (PEREIRA, 2008, p. 245). A constitucionalização da proteção do direito da criança e do adolescente tem como base o cuidado, conduzido pelo artigo 227, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a), ao inserir o direito à vida, à saúde, entre outros.

Silva (2005, p. 420) ensina que o uso de tóxicos pelos pais, por exemplo, é conduta que pode, futuramente, “afetar o nascituro em seu desenvolvimento psíquico”, bem como o físico. Nesse caso, o ato ilícito provocará com grande probabilidade um dano moral ao nascituro. Em vista disso, o nascituro tem direito reservado de reparação desde a fecundação, visando impedir danos futuros no seu desenvolvimento. O nascimento com vida o fará adquirir a personalidade jurídica prevista potencialmente no ventre materno, razão pela qual, poderá após o nascimento pleitear pela reparação moral e material.

A vida humana vai além do individualismo, ainda que se mantenha o foco sobre um indivíduo, ela mesma, em si própria, necessita da vida de outras pessoas (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 129). A mulher grávida, logo, é indivíduo que deve preservar a outra vida que carrega consigo. O artigo 2º, do atual Código Civil, parte final, traz a ideia de personalidade jurídica e tutela da dignidade da pessoa humana – entre outros direitos fundamentais – à vida que está por nascer. O cuidado é representativo de responsabilidade, preocupação e envolvimento com o outro (BOFF *apud* PEREIRA, 2008, p. 58). Ainda, reforça Pereira (2008, p. 73): “O cuidado é parte integral da vida humana: nenhum tipo de vida subsiste sem ‘cuidado’”.

A proteção integral que se emprega às crianças e adolescentes é, no entanto, estendida também ao nascituro, porquanto tem sua personalidade consolidada desde a concepção. Por seu turno, uma vez que é incapaz de ter autonomia sobre seus próprios direitos fundamentais, tão somente, potencialmente, depende da tutela da gestante para a garantia de seus direitos pós o nascimento. Compulsa-se, portanto, que a vida do nascituro tem significativa – se não, total – sujeição das condutas exprimidas pela gestante.

4.3 DIREITOS E DEVERES DA MULHER GRÁVIDA EM RELAÇÃO AO NASCITURO

A natureza do sexo feminino permite que se encontre na mulher uma faculdade de maternidade. Rotineiramente, há cenários de mulheres grávidas, gerando um conceito instintivo de procriação. A gestação é o primeiro contato afetivo entre mãe e filho, contudo, os direitos e deveres da mulher grávida englobam perspectivas, por muitas vezes, ambíguas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao passo que normatiza direitos e deveres das crianças e adolescentes e protege o nascituro, também dá previsão aos direitos da gestante. Ao Poder Público cabe a responsabilidade de prestação do atendimento pré e perinatal à gestante (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 36).

Considera-se, para tanto, o artigo 8º do ECA que aplica proteção e atendimento desde a concepção do nascituro, provocando o reconhecimento dos direitos do mesmo desde a sua fecundação e lhe garantindo os direitos de personalidade, “que interessam à criança antes do seu nascimento, a exemplo do direito à vida” (PEREIRA, 2008, p. 203).

O Código Civil dá formas aos direitos fundamentais de personalidade. Há proibição de se dispor do próprio corpo quando ocorrer redução da integridade física, ou ir contra aos bons costumes, aplicando ressalva quando se tratar de intervenção médica (PEREIRA, 2008, p. 203). Sobre a ótica dos direitos da mulher grávida, nessa dimensão é possível prever que seus direitos de personalidade são tutelados tal como são os do nascituro quando fazem menção aos direitos fundamentais. Porém, a lei põem a salvo casos específicos. Muito embora exista uma massa de mulheres que optam por não terem filhos, há por outro lado, aquelas que exalam ânimo de vontade, mas que por diagnósticos médicos, não conseguem tê-lo. Por essa razão, a lei deve ser interpretada de um modo genérico.

O artigo 21, do CC (BRASIL, 2015b) conjuntamente com o artigo 5º, X, da CF/88 (BRASIL, 2015a), determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização aos que se entenderem violados.

O direito à vida privada aponta relevância ao fundamento que para evitar qualquer tipo de contradição a este, o Poder Público pode interferir para a sua garantia. Caminhando para a manutenção da convivência familiar como direito

fundamental, é admissível a interferência do Estado nos casos, por exemplo, de abuso, maus tratos, entre outros abrangidos pelo ECA (PEREIRA, 2008, p. 202). Nesta linha de raciocínio, pode-se entender que os direitos tutelados no ECA, relativamente aos direitos da criança e do adolescente - especialmente ao nascituro - apresentam maior interesse de ser protegido, por se tratar de direito fundamental inviolável em que o Estado tem o poder-dever de cancelar.

Justificando o comentário, Pereira (2008, p. 202) afirma a predominância dos direitos da criança e do adolescente:

Tratando-se de criança e adolescente há que se considerar a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que conduz à identificação de atributos da personalidade infanto-juvenil diversos da personalidade dos adultos. Deve-se considerar a igualdade jurídica, gozando da mesma gama de direitos fundamentais independentemente da posição que ocupem no seio da sociedade.

À mãe é depositado o privilégio de ser o corpo guardião do filho, de alimentá-lo, de proporcionar cuidados específicos e necessários, antes e depois do nascimento. Daí evidencia-se a natureza materna como mais essencial do que a paternidade, muito embora ainda seja inteiramente fundamental a presença paterna para o desenvolvimento da vida do filho. Com efeito, o filho concebido, permanecendo no ventre materno, deve ser inteiramente protegido pela gestante, sobretudo na vulnerabilidade dos primeiros meses de vida. Esse é o motivo de ênfase ao período da concepção até o nascimento, uma vez que é de suma importância para o direito à vida do nascituro (BERTI, 2008, p. 138).

Em aceção ao direito do nascituro de ter vida digna, dentro e fora do ventre materno, corroborando com toda a tutela que desenvolve o ECA, a CF/88 concomitantemente com o CC, o direito deste está, ainda que temporariamente, sobre a guarda e acima da dignidade da mãe, haja vista, ser estritamente enlaçado as condutas e cuidados desta. Não obstante, tenha direitos resguardados como gestante pelo ECA, e como pessoa humana, na norma constitucional, à mulher grávida também se aplica, sobretudo deveres. Sendo assim, é dever da gestante “garantir o desenvolvimento saudável do nascituro” (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 37).

Logo, desde a concepção, pela teoria adotada no Brasil pelo Código Civil, e em analogia ao ECA, o nascituro possui uma série de direitos, quais sejam: alimentos, assistência pré-natal, à vida, de reparação, etc (SILVA, 2005, p. 297). Em

atenção ao direito de vida resguardado ao nascituro, proíbe-se o aborto, visando proteger juridicamente o nascituro no ventre materno, levando-se em conta que está na iminência de sofrer danos morais, como deformações, traumatismos etc (DINIZ *apud* SILVA, 2005, p. 297).

Nesse sentido, também discorre Berti (2008, p. 196):

Não mais se ignora que a saúde e o comportamento da mulher grávida podem influenciar na qualidade da saúde e da vida do filho que espera. E que, nem toda grávida segue modelo de vida ideal, voltado prioritariamente para o bem estar do filho, podendo até, com sua conduta, destruir chances dele de levar uma vida independente. Surge então, uma das mais controvertidas questões sobre o controle da mulher grávida, concernente à possibilidade de tratamento imposto à mãe no interesse do filho.

A vista da polêmica proposta pela limitação dos direitos e deveres da gestante em favor do nascituro, o fato daquela se opor aos direitos fundamentais deste, não seria medida cabível e justa. Está-se diante da bilateralidade da proteção do nascituro e da liberdade da gestante. Trazendo o foco à atualidade, não mais se leva ao sentido da justiça a violação dos direitos do nascituro por mero capricho da mulher grávida, que sem zelo, planejamento familiar e cuidado, engravidou. Consequência mínima que se espera, é a vigilância sobre seu próprio filho em face de seu próprio corpo, como salienta Berti (2008, p. 199):

Tratando-se, porém, de mulher em estado de gravidez, o exame da situação deve voltar-se especificamente para os efeitos que de seu comportamento podem resultar. Deve-se esperar uma redução da sua liberdade em favor do filho, embora existam leis que estabelecem certa supremacia dos direitos da mulher em relação aos filhos que concebeu.

Capta-se que à gestante não é pertinente a disposição dos direitos fundamentais do nascituro em detrimento de sua liberdade. Ainda que fisicamente ligados, o nascituro e a mãe são seres distintos, cada qual com seus direitos e deveres próprios, cabendo à mulher grávida, enquanto mãe – no sentido aprofundado e literal – harmonizar os direitos do filho mesmo que significando uma provável redução de sua liberdade (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 39).

Em virtude disso, Berti (2008, p. 198) atesta sobre a conduta da mulher grávida, ao retratar que “um gesto seu pode ser decisivo para a boa saúde, a boa qualidade de vida do filho, podendo também provocar-lhe a morte”. A liberdade da

mulher grávida se restringe ao passo que uma conduta sua, ainda que inocente, pode causar danos ao nascituro.

Por essa banda, o período de gestação é o momento em que se figura um ser que depende do comportamento e zelo na vida intrauterina. Para a mãe é dado o direito a liberdade, e ao nascituro o direito à vida desde a concepção. A liberdade e autonomia do próprio corpo são condicionadas até o final da gestação. A maternidade acarreta não somente as privações de condutas durante o período gestacional, mas também o dever de proteção sob pena de agir em desacordo com a normatização.

4.4 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO NASCITURO POR DANOS CAUSADOS PELA MULHER GRÁVIDA E OS LEGITIMADOS PARA POSTULAR AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL

O ordenamento jurídico nunca tolerou o fato de alguém causar prejuízo a outrem. Para restabelecer o equilíbrio entre as relações pessoais, por conta dos malefícios que uns podem causar aos outros, prevê-se uma gama de punições com o intuito de compensação ao lesado. A responsabilidade civil vincula-se a este enlace. Conjuntamente com a responsabilidade civil há o dano que a constitui (PEREIRA, 2008, p. 169-179).

Ao causador do dano cabe a reparação em espécie, e quando não possível, a conversão do prejuízo em pecúnia (PEREIRA, 2000, p. 327). A reparação por equivalente traduz a indenização, que pode ser entendida como sanção indireta ao interesse atingido. O pagamento em dinheiro terá o caráter de indenização que almeja a compensação do que lhe foi lesado, ou seja, “o dinheiro é apenas um meio necessário de liquidação da prestação em certo momento” (DINIZ, 2014, p. 155).

Nada obstante, com excelência, Pereira (2008, p. 192-193) aduz que “consolidou-se o entendimento de que a finalidade da reparação por dano moral seria a de punir o causador do dano e compensar a vítima pelo sofrimento resultante da conduta do agente”.

Em decorrência do artigo 5º, da CF/88, que emprega direitos fundamentais, ficou entabulada a reparação por dano moral, nos incisos V e X do mesmo artigo constitucional, e consagrou a dignidade da pessoa humana como

valor democrático essencial no ordenamento jurídico. Diante disso, a Constituição Federal de 1988 viabiliza o dano moral em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o princípio basilar de todos os valores morais, essencialmente indisponíveis aos direitos personalíssimos (PEREIRA, 2008, p. 194).

Posto isto, a proteção do nascituro contra os genitores, que cometam comportamentos indignos, negligentes ou imprudentes está introduzida no instituto da responsabilidade civil (BERTI, 2008, p. 198).

O artigo 186, do Código Civil (BRASIL, 2015b) intitula a reparação do dano moral ao prever àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, será responsabilizado civilmente. O parágrafo único do artigo 927, do Código Civil (BRASIL, 2015b), também certifica o comento em tela, mencionando 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” (PEREIRA, 2008, p. 194-195).

Em um julgado citado por Diniz (2014, p. 230-231) há sábia condensação das nuances da matéria:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. Receberá tal indenização a partir do nascimento até completar a maioridade civil (2º TACSP, 10ª Câm. Ap. c/Rev. 489.775-0/7, Mogi Guaçu, j. 29-10-1997).

No Estado Americano foi alcançada a primeira possibilidade de indenização por dano intrauterino. O dano pré-concepcional proposto na ação permitiu o entendimento do princípio o qual uma criança pode postular em juízo por danos causados enquanto incluído no período gestacional. O dano resultou em uma anomalia, detectável no útero, cujo resultado se deu por danos físicos e psicológicos, e por essa razão, a ação foi proposta em face dos médicos, pelas negligências profissionais que, omissivamente, reduziram a dignidade de vida do autor (BERTI, 2008, p. 191-192).

Nessa linha, tomando atento que é possível a responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro, semelhante é o caso da mãe, que por negligência ou imprudência, dá causa a violação de direito fundamental do filho, qual seja, o direito a dignidade humana (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 38).

Aderindo o exposto, Berti (2008, p. 194-195) ressalta que em 1980 a jurisprudência americana registrou uma ação proposta pelo filho contra a mãe, por danos causados à dentição da criança, pelo fato da mãe ter consumido medicamentos cuja substância foi prejudicial ao feto. Em grau de apelação, a Corte reconheceu a existência do dever legal da mãe de zelar pelo filho desde a concepção. A fundamentação foi em favor do filho, sustentada no argumento que à mãe caberia evitar “comportamento abusivo ou negligente que pudesse causar dano ao filho em formação”.

As condutas que ofendem a vida do nascituro, tanto pelo médico quanto pela mulher grávida, além de atos ilícitos, acabam por transformar o feto em mero objeto de vontade, ferindo a dignidade do nascituro como pessoa humana (DINIZ, 2014, p. 231).

Ao sistema normativo não cabe a análise se a vítima do dano sofreu ou não, mas imperiosamente verificar se houve violação de seus direitos fundamentais. Nesse contexto, pouco importa a falta de discernimento para propositura da ação de indenização por dano moral, tendo em vista que crianças ou mesmo os portadores de deficiência mental, necessitam de amparo jurídico, devendo o seu direito de ressarcimento ser defendido e garantido (PEREIRA, 2008, p. 203).

Apona assertivamente, Berti (2008, p. 199) em importante conclusão:

Assim, a responsabilidade civil, resultante do comportamento da mulher grávida, apesar do enigma que encerra, e de ser um tabu, só pode ser fundada sobre o direito comum da responsabilidade civil, de maneira semelhante à que é tratada a responsabilidade do profissional da saúde. Em razão da natureza particular e especial da atividade maternal, deve o tratamento dado a ela ser submetido a um conjunto de regras éticas, morais e naturais, bem precisas, cuja violação parece voltada tanto para a responsabilidade civil quanto para a responsabilidade moral, em cujo âmbito não cabe o direito intervir.

Diante deste raciocínio, torna-se inegável a responsabilização da mulher grávida por danos causados ao nascituro (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 40). Contudo, surge a problemática de quem teria legitimidade para propor a ação. Em um primeiro

momento, se endossa a regra geral da vítima figurar no polo ativo, ou seja, quem sofreu o dano tem o direito de ação.

Porém, distorcidamente, é o caso do infante ou do incapaz, quando mesmo interessado na causa, não puder por si só ingressar (PEREIRA, 2000, p. 328/329). Sendo assim, os representantes legais poderão tutelar pelos lesados do dano moral com o foco de reparar o bem jurídico violado (DINIZ, 2014, p. 242).

Desse mesmo modo, nas palavras de Diniz (2014, p. 242):

Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes à sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a intrasmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via subrogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano possam reclamar a sua reparação.

Neste ângulo, clara é a impossibilidade do nascituro legitimar pessoalmente em favor de seus direitos fundamentais violados. Uma vez, necessária a representação, poderá o nascituro propor a ação mediante representação do pai, ou valendo-se de um curador, para pleitear a reparação dos danos sofridos na vida dentro do útero (BERTI, 2008, p. 217).

Desta maneira, a ação poderá ser proposta pelo representante do lesado, se absoluto ou relativamente incapaz, e por intervenção do Ministério Público, à vista que apenas o prejudicado tem o direito de agir e ter a seu favor o proveito ao ressarcimento do dano (DINIZ, 2014, p. 243).

O nascituro, por conseguinte, terá seu dano amparado mediante o instituto da responsabilidade civil, provocando ação reparatória em desfavor da mãe, uma vez representado pelo seu pai, curador ou pelo Ministério Público, enquanto não detentor de capacidade postulatória (PAZÓ; BARBOSA, 2013, p. 39).

Ao resumo de tudo, está o ato de liberdade, e da liberdade advém à consequência de responsabilidade. Para tanto, a liberdade dada à mulher, na faculdade de se tornar mãe, demanda uma escolha que acarreta, especialmente, a adesão de valores comportamentais. A mulher grávida, notoriamente, tem contatos diretos com o nascituro, que interferem no seu desenvolvimento físico, psicológico, emocional e mental (BERTI, 2008, p. 211-212).

Ao nascituro só lhe cabe ser submisso ao comportamento da mãe. Já à mãe, na condição de mulher grávida, lhe cabe a prudência de seus atos em respeito

à vida do filho que sustenta e, ao tempo que desempenha uma função que enseja obrigações. A reparação civil, por meio de sanção jurídica, se torna possível, e impõem ao ofensor meio de ressarcimento à vítima por seus abalos sofridos (BERTI, 2008, p. 212).

Sensatamente, os direitos fundamentais do nascituro ficam sobre a guarda da mãe, dentro do ventre materno. Uma vez ofendidos esses direitos, lhe cabe a prestação de reparação pelos danos sofridos, tendo em vista que o comportamento da mulher grávida, se não consciente e prudente, pode acabar por definhar a vida do próprio filho, eternamente. A responsabilidade civil abarca atos que causam danos a outrem, por condutas descritas na lei, atentando-se ser perfeitamente possível *in totum*, ainda que excepcional, a reparação civil do nascituro pelos danos sofridos através das condutas da mulher grávida.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal apurar e proteger os direitos do nascituro, sobre a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, respaldos no instituto da responsabilidade civil, quando lesionado em seus direitos fundamentais, por condutas da mulher grávida, que resultem danos à vida do nascituro, ainda no ventre materno.

Para esse fim, foi visto que o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no plano constitucional, é tido como norma basilar para a concretização de uma vida digna a todas as pessoas humanas. Observando os direitos relativos à pessoa do nascituro e a sua perspectiva no contexto jurídico normativo, identifica-se a aquisição de sua personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, resguardados seus direitos fundamentais desde a concepção, com efeito do artigo 2º, do Código Civil de 2002.

Nesta senda, constatou-se que há prevalência de cuidado ao nascituro, por satisfazer condição de vulnerável, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao ser submisso às condutas da mãe, bem como em relação íntima e intensa que se verifica entre a mãe e o feto, no útero materno, durante o período gestacional. Despreendeu-se, para tanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é valor fundamental para a sobrevivência digna da pessoa humana, e que o nascituro é detentor, tanto quanto a mulher grávida, deste princípio.

Destarte, o nascituro, por ser abastecido de todos os direitos fundamentais, e enquanto pertencente da vida intrauterina, está submisso à todas as condutas da mulher grávida, não sendo permitido reclamar ou tutelar pela dignidade de sua própria vida. Diante disto, em contraponto a liberdade da mulher grávida e a dolorosa possibilidade de ação proposta pelo filho contra a própria mãe, veemente à gestante é repassada toda responsabilidade de proteção a vida do nascituro - o filho que está por nascer - sem que para isso cause-lhe danos.

Em ascensão ao artigo 186, do Código Civil de 2002, toda ação ou omissão, culposa ou dolosa, que provoque ato ilícito e resulte na violação de direito e cause dano a outrem, verificado o nexos causal da conduta, obriga o autor a reparar o dano à vítima, ou com a reparação integral do bem lesionado ou com a recompensa do direito subjetivo violado em pecúnia. Desse modo, a responsabilidade civil, tão logo, engloba o princípio da dignidade da pessoa humana,

e defende sua violação pela previsão de restituição de bens subjetivos lesionados, ao passo que normatiza sanções de compensação de cunho moral, por meio de restituição em dinheiro. Desta maneira, configurou-se a importância da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, ao invocar valores morais que, pela responsabilidade civil são compensados, ainda que minimamente, por reversão monetária.

Inferindo, o artigo 5º, inciso X, da CRFB/88, é aderido pelo nascituro em compasso com o artigo 2º, do CC/02, haja vista ter seus direitos aperfilhados desde a concepção, resultando na afirmativa de que a ele é assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, verificou-se que o retro artigo constitucional, juntamente com o artigo 186, do CC/02, dão previsibilidade a indenização por dano moral decorrente da violação de direito.

Assim, ainda que não configure ato ilícito – pela falta de um sistema sancionatório –, o ato da mulher grávida que cause dano ao nascituro constitui ato violador de responsabilidade. Portanto, ao provocar ato ou omissão que viole o direito à vida digna, e que por esta esteira, ocasione dano moral ao nascituro, há, com certeza, que se falar em responsabilidade civil da mulher grávida, sendo parte legítima para propositura da ação, o representante legal do nascituro, como o seu pai ou curador, ou mesmo pelo Ministério Público, ao satisfazer a tutela daqueles que não tenham discernimento.

REFERÊNCIAS

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

BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2015a.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 out. 2015b.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 20 out. 2015c.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. A reparação do dano e a dignidade humana. In: **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>. Acesso em: 20 nov. 2015.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação**. São Paulo: Loyola, 2002.

PAZÓ, Cristina Grobério; BARBOSA, Thais Dumas Simoneli. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. In: **Revista Panóptica**. Vitória, vol. 8, n. 1 (n. 25), 2013. Disponível em:
<https://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=danos+causados+ao+nascituro+&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 20 out. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.