

# O dano à pessoa no direito civil brasileiro

Francisco Amaral\*

Sumário: Introdução. A pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica brasileira. A personalização do direito. O personalismo ético. 1. Os desafios da sociedade tecnológica. 2. A tutela da personalidade humana na ordem jurídica brasileira. 3. A tutela jurídica do nascituro. O embrião. 4. O dano à *pessoa*. 5. O dano à *saúde*. O dano à vida. 6. O dano à *integridade física*. O corpo humano. 7. O dano à *integridade moral*. 8. O dano à *integridade intelectual*. 9. A reparação do dano. A valoração do dano à pessoa humana.

## **Introdução. A pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica brasileira. A personalização do direito. O personalismo ético.**

Dois diplomas jurídicos fundamentais enriquecem hoje a ordem jurídica brasileira e podem constituir-se em novos rumos para a sua evolução. Refiro-me à Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup>, que protege os direitos fundamentais e preside à organização da sociedade política, e ao Código Civil<sup>2</sup>, que tem por objeto a vida de relação na sociedade civil, protegendo os direitos particulares da pessoa, considerada em si mesmo, na sua dimensão familiar e nas suas relações patrimoniais.

A importância desses diplomas reside não só na matéria que disciplinam como também no papel de renovação que podem ter no pensamento jurídico brasileiro, tanto no campo do direito positivo como no da teoria, no da filosofia e no da metodologia jurídica. Constituição e Código dispõem de novas estruturas jurídicas, de que são exemplo os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Dão uma função social a institutos consagrados, como a propriedade e o contrato, e estabelecem novos deveres de comportamento, como a boa-fé, condição essencial da atividade ética e jurídica<sup>3</sup>, principalmente no campo contratual. O Código Civil revela, ainda, e principalmente, entre outras inovações, o reconhecimento da pessoa humana como seu fundamento prioritário, a que agrega outros princípios fundamentais, entre os quais

---

\* Doutor *honoris causa* das Universidades de Coimbra e Católica Portuguesa. Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1 Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

2 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

3 Miguel Reale. *História do novo Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 241.

a operabilidade e a equidade<sup>4</sup>. A operabilidade como princípio metodológico de realização do direito que orienta a concretização da norma adequada ao caso concreto, assente que o raciocínio jurídico parte hoje de problemas para a invenção e crítica das respectivas soluções, e a equidade como princípio que visa, no direito civil, a igualdade material.

A realização dos objetivos desses diplomas, como pretende o legislador, exige, porém, do estamento jurídico nacional, principalmente dos civilistas, a consciência de ser necessário um esforço de criação que, superando o dogmatismo conceitual do positivismo legalista do século XIX<sup>5</sup>, ainda dominante, promova significativa mudança em nossa cultura jurídica, no sentido de um pensamento prático-jurisprudencial, que contribua para uma nova racionalidade no direito brasileiro do século XXI.

Mantendo-se fiel à idéia de sistema, paradigma científico do direito ocidental moderno<sup>6</sup>, de que resultaram as constituições e os códigos civis liberais do século XIX, o legislador brasileiro conservou a estrutura do Código Civil anterior, de 1916, enriquecendo-a com novos princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, do que resultou um sistema aberto e flexível na sua estrutura, socializado na sua função, e claramente personalista no seu fundamento. Deve registrar-se, porém, que esses novos elementos, se por um lado permitem superar a sistematicidade axiomática-dedutiva do positivismo jurídico, por outro lado afetam características que lhe são intrínsecas, como a unidade, a completude e a coerência de suas regras, predicados tão louvados pelo normativismo. Essa abertura tem sido apontada, por isso mesmo, como fator de insegurança e incerteza jurídica, mas sem razão, por que um novo Código exige um novo pensamento, uma nova atividade interpretativa-criativa do direito, capaz de superar a exegese legal da modernidade.

---

4 Ressaltam-se esses princípios pela pertinência que têm com a matéria deste trabalho. O princípio da operabilidade, concretitude ou concretude orienta a interpretação jurídica no sentido da criação da norma jurídica adequada ao caso concreto, tendo em consideração o ser humano *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito de direito *in abstracto*. O princípio da equidade visa a realização da igualdade material. Tem função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente em matéria contratual, e função quantificadora, como ocorre, por exemplo, no caso de ser critério de fixação do valor de uma indenização. Recorre-se à equidade, entre outros casos, em matéria de responsabilidade civil na fixação do valor da indenização (Código Civil, art. 944, parágrafo único, e art. 953, parágrafo único).

5 Antonio Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 25.

6 Michel van de Kerchove e François Ost. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 19. Jaime M. Mans Puigarnau. *Lógica para Juristas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978, p. 154.

Inovou, também, o legislador, sob o ponto de vista axiológico, ao considerar claramente a pessoa humana como valor prioritário e fundamental da nova ordem jurídica brasileira, diversamente da anterior, (séc. XIX), que tinha na liberdade, na vontade individual e na propriedade privada, enfim, no patrimônio, seus principais interesses e referenciais axiológicos. A posição central que hoje se atribui à pessoa humana na ordem jurídica brasileira justifica, portanto, a importância do dano que se lhe causar, como razão determinante de dever de indenizar.

A pessoa é o sujeito de direito, titular de direitos e deveres, como expressão da sua personalidade jurídica.

Todo ser humano é pessoa, mesmo que não disponha da plena consciência de si e da sua autonomia<sup>7</sup>, e é pessoa em relação com outras, o que dá, ao direito, o seu caráter humano e social, uma das suas históricas características<sup>8</sup>. O conceito de pessoa é, por isso, o mais importante e fundamental do direito. Não é uma categoria inata da razão, mas uma idéia que representa “o resultado de uma longa conquista ligada à aventura ocidental do Homem”<sup>9</sup>, um produto histórico que o direito contemporâneo recebe e consagra como fundamento legitimador. É, assim, natural que se considere a pessoa humana como um *prius*, relativamente à ordem jurídica privada (o Código Civil) e à ordem jurídica pública (a Constituição da República)<sup>10</sup>.

Assente que o direito é um produto histórico e social, uma brevíssima retrospectiva histórica mostra como surgiu e se desenvolveu o conceito, processo em que se conjugaram perspectivas teológicas, filosóficas e jurídicas. Na cultura antiga, o termo *prósopon*, (Grécia), e *persona*, (Roma), designavam a mesma coisa, a máscara que se usava para individualizar os diversos personagens da vida social. A pessoa representava um papel no “cenário do mundo”, desempenhando determinada função, que não se confundia com a individualidade de cada um<sup>11</sup>. Foi precisamente com referência ao papel ou função exercida no meio social, que o termo pessoa incorporou-se ao léxico jurídico para designar, em Roma, o sujeito de direito, desde que este fosse também livre (*status libertatis*), cidadão romano (*status civitatis*) e chefe de família (*status familiae*). Santo Agostinho (*De Trinitate*), baseado em

7 Marie-Thérèse Meulders-Klein. *La personne. La famille. Le droit*. Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 1.

8 Digesto, 1.5.2. . “... *hominum causa omne ius constitutum sit*.”

9 Marie-Thérèse, p. 2.

10 Carlos Lasarte. *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p.176.

11 Fábio Konder Comparato. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, p. 455.

Aritóteles (*Ética a Nicômaco*), considerava a pessoa como “substância”, o que permanece na definição de Boécio, segundo a qual “Pessoa é a substância individual de natureza racional” (*Persona est naturae rationalis individua substantia*), definição clássica por toda a idade média e integralmente adotada por São Tomás de Aquino (*Suma Teológica*), para quem a pessoa é substância individual e racional em relação consigo mesmo. No mesmo sentido, Kant e Max Scheler reafirmam que “as pessoas são entes racionais marcados por sua própria natureza como fins em si mesmos, e em relação com outros.” A pessoa é, assim, um ser em relação com o mundo. Define-se por suas relações com os outros<sup>12</sup>. “Do tipo de subsistência própria do ser pessoa retira São Tomás a sua dignidade: a pessoa humana é o ente mais digno em toda a natureza por ser precisamente natureza intelectual e existir por si”<sup>13</sup>. E a dignidade, de difícil conceituação, passa a considerar-se como “uma qualidade ligada à pessoa humana, oponível por ela a terceiros<sup>14</sup>, portanto, um valor absoluto e objetivo.”

O ser humano é pessoa, valor fundamental do direito. E ser pessoa é ser titular de direitos e de deveres. “Fundado na natureza, na biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que exige ser reconhecida<sup>15</sup>. Como decorrência do seu relacionamento social, sobressai, no âmbito do direito civil, o sentido ético da pessoa, o que leva ao personalismo ético, concepção jurídico-filosófica segunda a qual o ser humano, porque é pessoa em relação, é um valor em si mesmo e tem, por isso, uma dignidade que lhe é inerente.

Esse valor exprime-se como *princípio ético* segundo o qual a pessoa não é um meio mas um fim em si mesmo, e positiva-se como *princípio jurídico*, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>, em virtude da qual a pessoa deve ser respeitada por todos, na sua vida de relação. O princípio da dignidade da pessoa humana é, por isso, a expressão normativa da idéia de que a pessoa humana é um valor fundamental do direito e da cultura de um povo. Disso resulta que a dignidade é um atributo que todo o ser humano tem, e do qual decorre o direito de não ser prejudicado em sua existência, isto é, na sua

12 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Mestre Jou, 1982, p. 733.

13 Joaquim de Souza Teixeira. *Pessoa* in Logos. *Enciclopedia Luso-Brasileira de Filosofia*, 4, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1992, p. 102

14 Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauche. *La dignité de la personne humaine. Recherches sur un processus de juridicisation*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 25/26.

15 Gérard Cornu. *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, 11e. édition, Paris, Montchrestien, 2003, p. 200.

16 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, III.

vida, no seu corpo, na sua saúde, direito esse reconhecido em nível positivo e supra-positivo. A dignidade é também, e por isso, um limite à disposição, pela pessoa, do seu próprio corpo<sup>17</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana configura-se, assim, como supremo modelo ético<sup>18</sup>, um dos princípios fundamentais da República<sup>19</sup>, e fundamento dos direitos e garantias fundamentais expressos no art. 5º do mesmo diploma legal<sup>20</sup>. Esse princípio positiva o valor que a pessoa humana, por sua qualidade intrínseca, é hoje para a ética e o direito, constituindo-se em fonte de outros valores e direitos. Fundamenta e legítima, por isso mesmo, o surgimento de uma tríplice categoria jurídica, a dos Direitos Humanos, assim reconhecidos no âmbito das Declarações Internacionais, a dos Direitos Fundamentais, assim designados nas cartas constitucionais<sup>21</sup>, e ainda a dos Direitos da Personalidade no âmbito do Código Civil. Essas espécies não são, porém, idênticas. Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, enquanto que os direitos da personalidade integram relações de igualdade. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do direito constitucional, os direitos da personalidade ao do direito civil<sup>22</sup>, em cujo Código se disciplinam, no respectivo livro I da Parte Geral.

Pode, assim, afirmar-se que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos que nela se fundamentam é consequência jurídica de uma evolução histórica e de uma reflexão ética que elevou a pessoa à condição de valor fundamental da ordem jurídica, positivado no direito brasileiro, nos diplomas legais inicialmente referidos. Significa isso também que a “patrimonialidade” do direito privado substituiu-se pelo primado e pela cultura do imaterial, no sentido de verificar-se hoje “uma desmaterialização da riqueza,

---

17 Charlotte Girard et Stéphanie Henneville-Vaucher, p. 90. Antonio Junqueira de Azevedo, “Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 22.

18 Fábio Konder Comparato, p. 479.

19 Constituição da República Federativa do Brasil, art 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

20 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

21 Fábio Konder Comparato, p. 48.

22 Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 1993, p. 58; João de Castro Mendes. *Direito Civil. Teoria Geral*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1979, p. 685; J.J.Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 396.

do patrimônio, do jurídico, dos documentos, o que se acompanha de uma desterritorialização do Estado, da soberania etc.”

É nesse contexto, o da crença na personalização do direito contemporâneo e na importância e efetividade do valor da pessoa humana, que se enfrenta aqui o problema da responsabilidade civil pelo dano à pessoa, particularmente o dano extra-patrimonial, na perspectiva da pessoa como vítima da ilicitude e não de titular do direito à indenização, que lhe é inerente, mas que pode nascer também de danos de outra natureza. Abstração se faz, também, aqui, da pessoa jurídica, embora a ela se estenda a tutela jurídica dos direitos da personalidade, no que couber<sup>23</sup>.

### 1. Os desafios da sociedade tecnológica.

A tutela jurídica da pessoa é hoje tema relevante no direito vigente, como efeito do notável desenvolvimento da ciência e da tecnologia que caracteriza a sociedade contemporânea, levantando problemas que exigem novas estruturas jurídicas de resposta.

A tecnologia é o conjunto de instrumentos e processos desenvolvidos pelo ser humano para atender a finalidades práticas e cognitivas. Na indústria moderna, tecnologia e ciência são parceiros, cada qual com seu atributo específico para o êxito da tarefa que buscam realizar<sup>24</sup>. A tecnologia é útil e até indispensável, para a solução de muitos problemas, mas cria, também, riscos. Pode sair do controle humano, tornando-se onipotente. Pode deixar de ser meio e transformar-se em um fim. Pode afetar o ser humano na sua liberdade, dominando as pessoas e não sendo, apenas, instrumento de sua realização.

O notável progresso tecnológico faz com que se viva hoje sob o paradigma do conhecimento e da informação, como decorrência das grandes revoluções científicas da segunda metade do século passado. No campo da medicina, experiências com novos fármacos, medicamentos e vacinas, transplantes de órgãos e enxertos, modalidades de tratamento e novos estudos sobre a morte, com o progresso na prática da reanimação, suscitam as principais questões. Na biologia adquire-se o controle da reprodução humana, com a prevenção da gravidez, a inseminação artificial, nas suas diversas espécies (inseminação artificial, e fecundação *in vitro*), o controle da hereditariedade por meio da engenharia genética, com a possibilidade

---

23 Código Civil, art.52.

24 George Basalla. *The Evolution of Technology*, tradução de Sérgio Duarte Silva, Porto, Porto Editora, 2003, p. 29.

de sanar enfermidades genéticas, mas também de manipular a espécie humana, e o controle do sistema nervoso, com a utilização dos recursos da psicofarmacologia, da neurobiologia e das pesquisas psicossociológicas e psicológicas<sup>25</sup>. No campo da informática cresce aceleradamente o domínio da eletrônica, o que leva a novos problemas causados pela utilização crescente dos meios virtuais na sociedade de massa<sup>26</sup>.

O elevado nível científico e tecnológico alcançado levanta porém, a questão preliminar de saber-se se tudo que é tecnicamente possível também o será ética e juridicamente, o que faz surgir novos campos de reflexão como a *bioética*, o *biodireito*, o *direito da informática*. A bioética examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, estabelecendo limites morais para o agir científico no campo da vida e indicando os caminhos e o modo de se respeitar o valor da pessoa humana, como unidade e como um todo. O biodireito apresenta-se como conjunto de princípios e normas que disciplinam a prática social no campo das inovações tecnológicas, tendo sempre como paradigma o valor da pessoa humana<sup>27</sup>. O *direito da informática* enfrenta a questão da disciplina jurídica do uso do computador, com a necessidade de tutelar aspectos da personalidade humana, como a privacidade, a imagem, a dignidade e a honra das pessoas. Todos esses campos interagem com o direito civil na solução dos problemas relacionados com o dano à pessoa, tendo como critério decisivo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa e dos direitos da personalidade.

Essa matéria não tem ainda, como é natural, a necessária sedimentação jurídica, o que justifica a ausência de normas específicas no novo Código Civil, além das referentes aos direitos da personalidade (artigos 11 a 21), e das regras gerais sobre responsabilidade civil, contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, que protegem a pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual.

---

25 Jean Bernard. *A Bioética*, São Paulo, Editora Ática, 1998, p. 57.

26 Vittorio Frosini. *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, p. 205.

27 Cfr. Do Autor, *Direito Civil. Introdução*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008, p. 297, nota 35; “Carlos Maia Romeo Casabona. *El derecho Y la bioética ante lo límites de la vida humana*, p. 29. A respeito dessa matéria surgem dois novos campos temáticos. A bioética, como a “disciplina que examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de se respeitar a pessoa humana”. E o biodireito, como processo de concretização normativa dos princípios e valores fixados pela ética, tomando também como paradigma o valor da pessoa humana. Cfr. Vicente Barreto, *Problemas e perspectivas da Bioética*, in *Bioética no Brasil*, p. 53 e segs.”

## 2. A tutela da personalidade humana na ordem jurídica brasileira.

Pode agora dizer-se que a tutela jurídica da personalidade humana no direito brasileiro encontra-se em nível constitucional, civil e penal, embora a *sedes materiae* seja o Código Civil.

A tutela da personalidade é de natureza constitucional no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação infraconstitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece como princípio fundamental<sup>28</sup>, a dignidade da pessoa humana. Este princípio, por sua vez, é fundamento dos direitos e deveres individuais e coletivos expressos no art.º 5º do mesmo diploma, a saber, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. É também direito fundamental, se bem que de natureza social, o direito à saúde<sup>29</sup>, entendendo-se esta como sendo “o estado da pessoa cujas funções orgânicas, físicas e mentais funcionam bem”, segundo a Organização Mundial da Saúde. Esse direito compreende, no âmbito do direito civil, o direito à vida e à integridade física e psíquica.

O respeito à pessoa humana é, assim, o marco jurídico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei, como expresso no preâmbulo da Constituição.

Outros direitos subjetivos invioláveis, previstos no texto constitucional<sup>30</sup> são os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, o direito de resposta, o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o direito de autor, a proteção à participação individual em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas o direito de inventor<sup>31</sup>.

28 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º.

29 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º.

30 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, *caput*.

31 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º. Nesse mesmo artigo, estabelece-se que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (V); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (X); é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (XII); aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (XXVII); são assegurados, nos termos da lei a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (XXVIII); o direito de inventor (XXIX).

O Código Civil, por sua vez, reconhece os direitos especiais da personalidade, aqueles que têm por objeto atributos ou qualidades essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual<sup>32</sup>.

Apresentam-se, assim, os direitos da personalidade não só como poder de agir do ser humano, no campo da sua autonomia pessoal, mas também como poder de exigir de terceiros e do próprio Estado, o respeito à sua integridade física, moral e intelectual, baseados no princípio superior da dignidade da pessoa humana. O direito à integridade física compreende a proteção jurídica da vida e do corpo humano; o direito à integridade intelectual compreende a proteção aos direitos de autor; o direito à integridade moral consiste na proteção à honra, liberdade, intimidade, imagem e nome.

Deve recordar-se que a construção doutrinária dos direitos da personalidade é posterior ao movimento codificador da modernidade, século XIX, devendo-se o seu aparecimento tardio ao “avanço acelerado da técnica e das novas possibilidades que oferece para lesar os aspectos mais inerente da pessoa”<sup>33</sup>, isto é, ao advento da sociedade tecnológica, com os problemas e desafios que levanta relativamente à dignidade do ser humano.

A tutela que o Código Civil dispensa à pessoa humana compreende a possibilidade de exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direitos da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (art. 12); a proteção ao corpo humano, admitindo-se porém a possibilidade de sua disposição gratuita e proibindo-se o constrangimento a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (arts. 13 a 15), a proteção do direito ao nome, à identidade pessoal, familiar e social (arts. 16 a 19), a proteção do direito à integridade intelectual, nela se compreendendo a liberdade de pensamento e os direitos de autor e de inventor (art. 20), e finalmente, no art. 21, o direito à integridade moral, como o direito ao recato e à proteção da vida privada<sup>34</sup>. Os direitos da personalidade encontram

---

32 Diogo Leite de Campos. *Lições de Direito da Personalidade*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, LXVI, 1992, p. 52 e segs. Rubens Limongi França. *Manual de Direito Civil*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 321; Rabindranath V.A. Capelo de Souza. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 106; Adriano de Cupis. *Os direitos da personalidade*, tradução de Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro, Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961, p. 17 e segs.

33 Rodrigo Bercovitz y Rodriguez-Cano “*Derecho de la persona*”, Madrid, Editorial Montecorvo, 1976, p. 201.

34 No Código Civil de 1916 inexistiam disposições específicas sobre os direitos da personalidade. Havia apenas referências à imagem (art. 666, X), ao sigilo da correspondência (art. 671, par. único), ao direito moral do autor (arts. 649, 650, par. único, 651, par. único e 658), à cessão do direito de ligar o nome do autor à sua obra (art. 667), hoje deslocadas para a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que regula os direitos autorais.

ainda proteção em leis especiais, designadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>35</sup>, a do transplante de órgãos<sup>36</sup>, a relativa à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados<sup>37</sup>, a referente à reprodução assistida<sup>38</sup>, à proteção à propriedade intelectual<sup>39</sup>, à proteção de propriedade intelectual sobre programas de computação<sup>40</sup>, à proteção aos direitos relativos à propriedade industrial<sup>41</sup>, o Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>42</sup>, a Lei de Imprensa<sup>43</sup>, a de Política Nacional de Informática<sup>44</sup>, a dos Organismos Geneticamente Modificados<sup>45</sup>, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética, visando a proteção do patrimônio genético do país, da qualidade de vida e do meio ambiente, tendo como diretriz essa proteção à vida e à saúde humana, a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado<sup>46</sup>.

Na ordem processual civil, o titular do direito da personalidade dispõe, ainda, de medidas judiciais e extrajudiciais, de natureza preventiva e ressarcitória<sup>47</sup>. As preventivas compreendem a tutela antecipada<sup>48</sup>, e os procedimentos cautelares específicos dos arts. 813 a 889 do Código de Processo Civil. Pode ainda o juiz recorrer às medidas cautelares inominadas<sup>49</sup>, quando inexistente providência específica para atender à necessidade cautelar. No Código Civil prevê-se ainda a tutela ressarcitória, já no campo da responsabilidade civil, com a finalidade de reparar-se o dano, material ou moral, causado pelo comportamento ilícito do agente ofensor<sup>50</sup>.

35 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Título II, arts. 7 a 69.

36 Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, e Decreto 2.268, de 30 de junho de 1997. A Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988.

37 Lei nº 10.205, de 21.03.2001.

38 Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

39 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

40 Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

41 Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

42 Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, arts. 53 e 56.

43 Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, arts. 16, 18 e 49.

44 Lei nº 7.232, de 19 de outubro de 1984, art. 2º, VIII e IX.

45 Lei nº 11.105, de 24 de março de 2.005.

46 Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988.

47 Carlos Alberto Bittar. *Os Direitos da Personalidade*, 6ª edição revista, atualizada e ampliada por Eduardo C.B. Bittar, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 53.

48 Código de Processo Civil, arts. 273 e 461, § 3º.

49 Código de Processo Civil, art.798.

50 Código Civil, arts 186, 187 e 927.

No Código Penal a tutela jurídica reside na condenação do homicídio (art. 121), da provocação ou auxílio ao suicídio (art. 122), do infanticídio (art. 123), do aborto (art. 124) dos crimes de perigo para a vida e a saúde (art. 130 a 136), do crime de lesão corporal (art. 129) dos crimes contra a honra (art. 138), da difamação (art. 139), da injúria (art. 146) do seqüestro e do cárcere privado (art. 148), da violação do domicílio (art. 150), dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152) e dos segredos (arts. 153 e 154). No direito administrativo regula-se a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros por seus agentes, conforme preceito constitucional<sup>51</sup>.

### 3. A tutela jurídica do nascituro. O embrião.

A tutela jurídica da pessoa humana estende-se ao nascituro e ao embrião. Esta assertiva levanta, porém, o problema do início da personalidade jurídica.

O Código Civil brasileiro, que é a expressão do direito pertinente à matéria, dispõe que “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”<sup>52</sup>. A interpretação desse enunciado jurídico não é, porém, unânime. Confrontam-se a teoria *natalista*, aparentemente a do Código Civil brasileiro, segundo a qual a personalidade começa do nascimento com vida, com a teoria *concepcionista*, que defende começar a personalidade da concepção, e ainda a teoria da *personalidade condicional*, pela qual a personalidade inicia-se com a concepção, sob condição do nascimento com vida<sup>53</sup>. Considero esta uma variante da segunda, tendo em vista que o direito brasileiro estabelece ser a expectativa de direito um direito subjetivo adquirido, o que implica reconhecer seu direito à vida e a legitimidade de eventual pretensão à sua proteção jurídica<sup>54</sup>.

A doutrina dominante no Brasil segue, porém, a teoria *natalista*, e nega personalidade jurídica ao nascituro, tendo por base o art. 2º do Código Civil que, repetindo a fórmula do Código Civil de 1916, dispõe no seu art. 2º como

51 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, § 6º.

52 Código Civil, art. 2º

53 Rubens Limongi França, p. 127. Silmara Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do nascituro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 161 e segs.. Eduardo de Oliveira Leite. *O direito do embrião humano: mito ou realidade*, Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 78, p. 22 e segs. William Artur Pussi. *Personalidade jurídica do Nascituro*, Curitiba, Juruá Editora, 2005, p. 8 e 9.

54 Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 6º, § 2º.

supramencionado. Uma interpretação sistemática leva, porém, a conclusão diversa à que a teoria natalista defende.

O ponto de partida é Constituição da República que reconhece o direito à vida como direito fundamental<sup>55</sup>, em uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito subjetivo à vida configura-se, obviamente, quando a vida começa, isto é, da concepção, que fixa o início da personalidade e da titularidade jurídica do ser humano, já que não mais tem propósito a idéia de um direito sem o seu titular.

O nascimento não é condição para que a personalidade se inicie, mas sim para que se consolide. Para aquisição da personalidade basta a *individualidade*, que decorre do código genético, do genoma, surgido com a concepção, não sendo necessária a *autonomia*, ou *independência*, que significa auto-suficiência<sup>56</sup>, o que nem todos os nascidos têm, por exemplo, os irmãos siameses, as pessoas em estado de coma, os já nascidos mas ligados a aparelhos que lhes garantem a manutenção da vida.

Em favor da teoria da concepção deve-se levar em conta as diversas situações jurídicas de que o nascituro pode ser titular, no direito civil brasileiro. Ele tem direito subjetivo à vida<sup>57</sup>, à titularidade da propriedade dos bens doados<sup>58</sup> ou herdados<sup>59</sup>, a ser protegido pela curatela do nascituro<sup>60</sup>, a ser reconhecido como filho<sup>61</sup>, pode ser beneficiário de um contrato a favor de terceiro<sup>62</sup> e de um seguro de vida<sup>63</sup>, tem direito a receber alimentos<sup>64</sup>, direito de indenização por morte de seus genitores<sup>65</sup>, direito a participar de relações processuais civis. A titularidade dessas situações contribui decisivamente para o reconhecimento da sua personalidade jurídica, pois só pode ser titular de direitos quem tem personalidade, e ter personalidade é ser pessoa.

---

55 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º.

56 Silverio Grassi, *I nascituri concepti e i concepti artificiali*, Torino, G. Giappichelli Editori, 1995, p. 32.

57 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º.

58 Código Civil, art. 542.

59 Código Civil, art. 1.798.

60 Código Civil, art. 1779.

61 Código Civil, art. 1.609, par. único.

62 Código Civil, art. 436.

63 Código Civil, art. 792.

64 Código Civil, art. 1694.

65 Código Civil, art. 948, II.

No direito processual, reconhece-se ao nascituro capacidade para ser parte. A jurisprudência brasileira tem reconhecido a capacidade processual ativa do nascituro<sup>66</sup> e também capacidade processual passiva<sup>67</sup>. Tudo isso demonstra a titularidade de situações jurídicas de direito material e de direito processual do nascituro, a comprovar a sua subjetividade jurídica, o que inviabiliza a contestação à sua personalidade de direito. Conclui-se portanto que, se em termos imediatos, o enunciado formal do art. 2º do Código Civil brasileiro permite afirmar ser o nascituro destituído de personalidade jurídica, uma interpretação sistemática leva a conclusão diversa pois, sendo o nascituro sujeito de vários direitos, é, também, e por isso mesmo, pessoa.

No que diz respeito ao embrião, que é o produto da concepção até à nona semana de vida, constitui ele o início do processo vital, que se inicia com a fecundação do óvulo. Tem vida, pelo que deve-se considerá-lo também um ser humano, se bem que em potência, já intrinsecamente dotado da dignidade própria da pessoa humana. Não é simples conjunto de células, é o começo da vida, o início de uma pessoa, um sujeito de direito, reconhecendo-se que "é a vida, fato biológico, que governa a personalidade, do começo até o fim"<sup>68</sup>. "Fundado na natureza, na biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida, ele a confirma: é a vida que exige seja ela reconhecida"<sup>69</sup>. Considerar-se o embrião, ou o feto, que é o organismo humano a partir de nove semanas, como ser humano, implica reconhecer-se-lhe subjetividade jurídica e, como tal, titularidade de direitos, como acima evidenciado. A subjetividade jurídica, em matéria de ser humano, é expressão da personalidade jurídica. O embrião é, conseqüentemente, titular de alguns direitos da personalidade e, como tal, agente passivo de eventual dano. Pode ser vítima de negligência, imprudência ou imperícia nos processos de sua conservação ou eventual implantação. Embora contrariando preceitos éticos e jurídicos, pode ser, eventualmente, utilizado como objeto de pesquisa ou experiência científica, com fins comerciais ou industriais. O seu patrimônio genético pode ser manipulado, sem finalidades terapêuticas, em clara violação do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. De tudo isso decorre um dano à pessoa e conseqüente responsabilidade civil, patrimonial ou extra-patrimonial dos autores do ato ilícito.

---

66 Ação de alimentos em seu favor, Revista dos Tribunais 625/177 e 587/182, e ação cautelar de reserva de bens.

67 Ação anulatória de testamento que contempla nascituro, ação anulatória de doação em que o nascituro é donatário.

68 Cornu, p. 201.

69 Cornu, p. 200.

#### 4. O dano à pessoa.

Dano é o prejuízo decorrente de uma lesão a um bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar. Resulta de uma ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que faz nascer, para o ofendido, o direito a uma indenização<sup>70</sup>. Bem jurídico é, em sentido amplo, tudo aquilo que pode satisfazer uma necessidade humana. Em sentido restrito, é o objeto de um direito. Como tal, objeto de tutela jurídica.

Os bens externos, fora do sujeito, portanto, e que têm um valor economicamente apreciável, constituem o seu patrimônio. Chamam-se, por isso, bens patrimoniais. De outra parte, os bens inerentes ao sujeito, que integram a sua pessoa, confundindo-se com ela e, por isso mesmo, sem utilidade econômica direta, são insuscetíveis de avaliação pecuniária. Chamam-se bens não patrimoniais ou extra-patrimoniais. Compreendem, basicamente, a vida e a integridade física, a liberdade, a honra, a privacidade, a fama, constituindo-se em objeto dos chamados direitos da personalidade. Desfrutam hoje de proteção jurídica constitucional<sup>71</sup> e infra-constitucional<sup>72</sup>. São também bens extra-patrimoniais os direitos políticos e sociais, assim como as situações jurídicas de família. Pode assim dizer-se que “o patrimônio determina o que a pessoa *tem*, e o seu âmbito pessoal de atividades, o que a pessoa *é*”<sup>73</sup>.

Considerando-se o objeto sobre que recai o dano, distingue-se este em patrimonial e não patrimonial ou extra-patrimonial, podendo configurar-se ambos como efeito do mesmo fato jurídico. Por exemplo, quando um motorista profissional sofre uma lesão na sua integridade física, um dano extra-patrimonial portanto, e fica temporariamente impossibilitado de trabalhar na profissão, isto implica dano patrimonial. Este é suscetível de avaliação pecuniária, o que não ocorre com o dano extra-patrimonial, que diz respeito a “valores de ordem espiritual, ideal ou moral”. É dano patrimonial o estrago feito numa coisa ou a privação do seu uso, a incapacitação para o trabalho em resultado de ofensas corporais. “É dano não

---

70 João Casilo. *Dano à pessoa e sua indenização*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 50. A responsabilidade por danos culposamente causados em coisa alheia foi estabelecida pela *Lex Aquilia de damno dato* (286 a.C.). Cfr. J.S. Othon Sidou, “*Lex Aquilia*”, Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 49, São Paulo, Saraiva Editora, 1977, p.311.

71 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º.

72 Código Civil, arts. 11 a 21, e Código Penal, arts.121 a 154 .

73 Rafael García López. *Responsabilidad civil por daño moral*. Doctrina y jurisprudencia”, Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, S.A, 1990, p.78.

patrimonial, por exemplo, o sofrimento ocasionado pela morte de uma pessoa, o desgosto derivado de uma injúria, as dores físicas produzidas por uma agressão”<sup>74</sup>.

O direito alemão prefere a expressão dano não patrimonial<sup>75</sup>, no que é seguido pelo direito italiano<sup>76</sup> e pelo direito português<sup>77</sup>. Por influência da doutrina francesa, que usa a expressão “*dommage moral*”, no sentido de prejuízo não econômico<sup>78</sup> o dano extra-patrimonial é chamado, no direito brasileiro, de dano moral, com previsão expressa, hoje, na Constituição da República<sup>79</sup> e no Código Civil<sup>80</sup>. Dano extra-patrimonial e dano moral não são, porém coincidentes. O dano moral consiste em dor e sofrimento, aflição, desânimo, sofrimento espiritual, enquanto o extra-patrimonial diz respeito ao dano sem valoração pecuniária, em um conceito mais amplo e genérico, que abrange, evidentemente, o sofrimento psicológico da pessoa. Não fazendo essa distinção o direito brasileiro considera dano moral o que decorre da lesão de bem jurídico não patrimonial, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade, os direitos políticos e sociais, e os direitos ou situações jurídicas de família, como as de cônjuge, a de parente, as de poder familiar etc. Dano moral é, portanto, a lesão de bem jurídico sem valor exclusivamente patrimonial<sup>81</sup>. É a lesão a direito personalíssimo produzida ilicitamente por outrem<sup>82</sup>. Para alguns juristas o dano moral identifica-se mais com a esfera

---

74 Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*, 10ª edição reelaborada, Coimbra, Almedina, 2006, p. 592. Pontes de Miranda, na esteira do direito alemão, faz essa distinção, ao dizer que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio de ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 3ª ed., 1971, p. 30.

75 “*der nicht Vermögensschaden ist*”, BGB § 253, 847, 1300.

76 Codice civile, art. 2059.

77 Código Civil, art. 496º.

78 Henri et Léon Mazeaud / André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, sixième édition, I, Paris, Éditions Montchrestien, 1965, p. 394.

79 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, V.

80 Código Civil, art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

81 Clóvis do Couto e Silva. *O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991, agora também in *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Vera Maria Jacob de Fradera, Organizadora, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 230.

82 Orlando Gomes. *Obrigações*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 16ª edição, revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito, 2004, p. 330. Cf. Ainda Wilson Melo da Silva. *Dano moral*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 22, p. 266.

dos bens ou direitos da personalidade<sup>83</sup>. Com a mesma concepção, o Código das Obrigações suíço<sup>84</sup>.

O dano extra-patrimonial ou dano moral, compreende assim o dano resultante da lesão de direitos extra-patrimoniais da pessoa, como são os direitos subjetivos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança<sup>85</sup> e também o direito à saúde, este um direito social<sup>86</sup>, e ainda os direitos políticos, sociais e de família como acima referido. Não afeta, *a priori*, o patrimônio do lesado, embora nele possa vir a repercutir.

O dano pode ser direto, quando resultante imediatamente do fato lesivo, e indireto, quando representa uma repercussão ou efeito da causa em outros bens que não os diretamente atingidos pelo fato<sup>87</sup>. Decorre de circunstâncias ulteriores, que aumentam o prejuízo, ou o que repercute na esfera de outros sujeitos, vinculados por laços afetivos à vítima<sup>88</sup>. Verifica-se dano moral indireto, por exemplo, em caso de morte da vítima, afetando a família ou terceiros não familiares. Distingue-se ainda o dano contratual, quando resultante do descumprimento de obrigação, do extracontratual, se decorrente da infração de dever legal.

O dano à pessoa, particularmente o de natureza extra-patrimonial, desperta hoje crescente interesse pelos riscos que o desenvolvimento científico e tecnológico pode criar para os direitos da personalidade, o que se demonstra por sua previsão nos textos constitucional e civil.

## 5. O dano à *saúde*. O dano à *vida*.

A saúde é “um estado de completo bem estar físico, mental e social” (Organização Mundial da Saúde), a que todos têm direito. Compete ao Estado o dever de garantir a eficácia desse direito, que é fundamental, individual e social. Faz parte, simultaneamente, dos chamados direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

---

83 Paulo Luiz Netto Lobo. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*, Revista Jurídica, v. 49, n. 284, São Paulo, p. 5-17; Rafael Garcia Lopez, p. 97. Com opinião diversa, Maria Celina Bodim de Moraes. *Danos à Pessoa Humana*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 183.

84 “Art. 49 Quem é ofendido ilicitamente na sua personalidade tem direito à prestação de uma soma, a título de reparação moral, desde que a gravidade da ofensa o justifique e que o autor não a tenha reparado de outro modo”.

85 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º.

86 Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 6º e 196.

87 Antunes Varela, “Dano indireto”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 22, p. 261.

88 Rafael Garcia Lopez, p. 247.

A lesão a esse direito causa o chamado dano à saúde ou biológico, que é um dano não-patrimonial, em senso estrito, e moral, pelo objeto ou interesse que afeta<sup>89</sup>. Compreende o dano à vida e ao corpo (integridade física), e também o dano psíquico, que é a lesão às funções psíquicas do ser humano.

A vida é o bem jurídico fundamental, protegido por vários diplomas da ordem jurídica brasileira, a Constituição da República<sup>90</sup>, o Código Civil<sup>91</sup> e o Código Penal<sup>92</sup>. A sua defesa suscita hoje importantes questões que os juristas são convocados a resolver. Essas questões dizem respeito ao início da vida (nascituro, embrião), à sua criação por meios técnicos (reprodução assistida), à sua interrupção (aborto), à sua extinção (morte), ao seu prolongamento artificial, ou até mesmo à sua prevenção, fases em que progresso da sociedade tecnológica pode criar risco de dano.

Quanto ao início, o direito subjetivo à vida e à sua proteção jurídica surge, como já acima mencionado, quando a vida começa. Este fato é natural, verifica-se com a concepção, a fusão dos gametas, células reprodutivas, e é jurídico, por sua eficácia legal.

A vida pode também iniciar-se por efeito de meios técnicos, a chamada reprodução assistida, processo que torna possível “a fecundação sem existência de relação sexual, ou seja a união entre o espermatozóide e o óvulo fora do coito”<sup>93</sup>. Esses meios compreendem a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a maternidade de aluguel. A primeira é uma técnica que possibilita a fecundação no útero, após injeção do gameta masculino. Quando impossível esta técnica, promove-se o encontro dos gametas em uma proveta. É a chamada fecundação *in vitro* (FIVET). Ambas podem fazer-se com a utilização de semen do cônjuge, é a chamada fecundação homóloga, ou de semen de doador que não seja o marido, a chamada fecundação heteróloga. Outra espécie de procriação assistida é a chamada maternidade substituta ou de aluguel, que se realiza quando determinada mulher leva adiante uma gravidez, substituindo a que, por diversos motivos, não pode ser feita. Desse processo não decorre para a mãe substituta qualquer direito sobre a criança que nasce.

---

89 Francesco Donato Busnelli. *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giapichelli Editore, 2001, p. 101.

90 Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 1º, III, e 5º, III.

91 Código Civil, arts. 13 e 15.

92 Código Penal art. 121 (homicídio), art. 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), art. 123 (infanticídio), e art. 124 (aborto).

93 María Carcaba Fernandez. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, Bosch Editor, 1995, p.15.

A reprodução assistida pode contrariar princípios e lesar direitos fundamentais e civis, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à intimidade pessoal e familiar, o princípio da igualdade, o direito de propriedade, a proteção da família, o direito à saúde etc, levando à configuração de responsabilidade civil contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva<sup>94</sup>. Levantam-se, assim, questões morais de que se ocupa a bioética, e causam-se eventuais danos que interessam ao direito. Por exemplo, a reprodução assistida heteróloga não tem aval ético e constitui-se em causa de responsabilidade civil<sup>95</sup>.

O nascimento é o processo pelo qual vem ao mundo uma nova pessoa. Pode ser eventualmente danoso para o nascido, em caso de negligência, imprudência ou imperícia médica, criando uma situação de responsabilidade civil, em desfavor do médico que atua. Esta responsabilidade também ocorre no caso do chamado dano da procriação, dano pré-natal ou dano do nascimento, que é o decorrente de nascimento não desejado. Verifica-se quando a pessoa nasce com graves lesões e deformações, imputando-se ao médico a responsabilidade por não ter informado o hospital da possibilidade desse dano. O nascituro tem expectativa de nascer como pessoa sadia. Uma avaliação inexata do quadro clínico que precede ao parto pode comprometer a integridade psico-física do nascido gerando para ele uma pretensão ressarcitória. Hipótese idêntica é a do nascimento de uma criança com sífilis, transmitida pelo pai<sup>96</sup>.

Ainda em matéria de nascimento, cabe uma referência ao aborto, que é a interrupção espontânea ou voluntária da gravidez. O que importa para o direito é o voluntário, o aborto provocado, a interrupção dolosa, tipificada como ilícito civil<sup>97</sup> e como ilícito penal<sup>98</sup>.

Quanto ao fim da vida, esta extingue-se com a morte, prevalecendo hoje a opinião segundo a qual ela se caracteriza pela cessação da atividade cerebral.

---

94 Maria Carcaba, p. 44.

95 Wanderby Lacerda Panasco. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 283.

96 Pietro Rescigno. *Dano da procreazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 126. Em matéria de direito comparado, é de citar-se o *affaire Perruche*, no qual a Corte de Cassação francesa, em 17 de novembro de 2000, decidiu que “a culpa imputável ao médico e ao laboratório na execução dos contratos realizados com a gestante, a tinha induzido a confiar na sua exatidão e, assim, impedido de exercer o seu direito de interromper a gravidez, para evitar dar à luz um filho portador de deficiência”, e que “o filho é legitimado a obter o ressarcimento do dano resultante da deficiência e causado pela culpa comprovada”. Guido Alpa. *Che cos'è il diritto privato*, Bari, Latenza, 20077, p. 138.

97 Código Civil, art. 186.

98 Código Penal, art. 124.

A extinção da vida por terceiro tipifica o crime de homicídio, doloso ou culposo. Conseqüência desse ilícito é o dano da morte, assim chamado por ser conseqüência imediata do evento morte. É direto e extra-patrimonial, no sentido de que afeta a pessoa vítima no bem supremo que ela tem, a sua vida, e indireto, patrimonial ou extra-patrimonial, no sentido de que pode afetar terceiros interessados. “O dano da morte é o prejuízo supremo, é a lesão de um bem superior a todos os outros”. É um dano único que absorve todos os outros prejuízos não-patrimoniais. O montante de sua indenização deve ser, pois, superior à soma dos montantes de todos os outros danos imagináveis<sup>99</sup>.

“Em caso de morte, entre os indenizáveis danos não patrimoniais sofridos pelo defunto, figura, para além das dores e sofrimentos físicos e espirituais sofridos pela vítima entre o momento da agressão e o da morte, o dano da perda da vida em si mesmo, mesmo no caso de morte instantânea”<sup>100</sup>.

Outro exemplo de um dano à saúde, atual, é o que decorre do contágio pelo vírus da Aids, com culpa do companheiro. Também são hoje relevantes o dano estético, (aleijões, deformidades), assim como o dano causado pela cirurgia plástica, pela tortura.

O grande problema do dano biológico são os critérios de avaliação desse dano para fins de responsabilidade civil, seja ele o dano direto ou indireto.

## 6. O dano à integridade física. O corpo humano

A integridade física diz respeito ao estado ou característica do que está inteiro, é a incolumidade do corpo humano, o estado ou a qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano.

O corpo humano é a própria pessoa, É bem jurídico também protegido pela Constituição da República arts. 1º, III, e 5º, III, pelo Código Civil (arts. 13 e 15), e pelo Código Penal (art. 129). Este tipifica as hipóteses mais freqüentes de lesão à integridade física, designadamente o crime de lesões corporais<sup>101</sup>, os crimes de perigo para a vida ou a saúde<sup>102</sup>, compreendendo o perigo para a vida ou a saúde de outrem, o abandono de incapaz, a exposição ou abandono de recém-nascido, a omissão de socorro e os maus tratos.

99 Diogo Leite de Campos. *A Vida, a Morte e sua Indenização*, Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 7, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 90 e 91.

100 Rabindranath Capelo de Souza, p. 460.

101 Código Penal, art. 129.

102 Código Penal, art. 130.

O corpo humano é o conjunto de órgãos e tecidos que, formando uma unidade, constituem a parte material do ser humano. É um bem jurídico, objeto de tutela jurídica cível e penal, que se traduz nos dispositivos penais condenatórios das e dos crimes de perigo para a vida e ainda no poder de decisão pessoal sobre tratamento médico-cirúrgico, exame médico e perícia médica, seja o corpo humano nascido, seja apenas o concebido.

O corpo humano sem vida é cadáver, coisa fora do comércio, insuscetível de apropriação, mas de possível disposição, na forma da lei. A tutela jurídica sobre o cadáver tanto se manifesta na proibição de destruir, subtrair, ocultar ou vilipendiar cadáver<sup>103</sup>, como na possibilidade de disposição gratuita de próprio corpo, ou parte dele, com objetivo altruístico ou científico para depois da morte<sup>104</sup>.

Projeção do princípio da dignidade humana<sup>105</sup> e do direito à integridade física, o direito ao corpo refere-se tanto a este, na sua totalidade, quanto aos seus tecidos, órgãos e partes que dele se possam destacar e de se individualizar, e sobre as quais a pessoa exerce o direito de disposição, desde que gratuita e com fins altruísticos ou científicos. Essa disposição realiza-se por meio de transplante, que consiste na retirada de um órgão, tecido ou parte do corpo humano, vivo ou morto, e sua utilização, com fins terapêuticos, num ser humano<sup>106</sup>.

A retirada e disposição de elementos orgânicos para fins de transplante é possível tanto em vida como em cadáver<sup>107</sup>. Quando em vida, só se permite a pessoa juridicamente capaz, e quando se tratar de órgãos duplos ou de elementos cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora<sup>108</sup>. A doação, revogável pelo doador ou seus responsáveis legais, deverá ser autorizada preferencialmente por escrito, diante de testemunhas.

No caso de doação *post-mortem*, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deverá preceder-se de diagnóstico de morte encefálica, consta-

---

103 Código Penal, arts. 211 e 212.

104 Código Civil, art. 14.

105 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, III.

106 Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.286, de 30 de junho de 1997.

107 Código Civil, arts. 13 e 14.

108 Lei nº 9.434, art. 9º, par. 3º.

tada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, utilizando-se critérios clínicos e tecnológicos definidos pelo Conselho Nacional de Medicina.

Disso se deduz que, para a utilização de tecidos, órgãos ou partes do cadáver humano, são imprescindíveis o consentimento para a prática do ato e a incontestabilidade da morte, assim como a finalidade terapêutica e a gratuidade da disposição.<sup>109</sup> No caso da retirada *post-mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, a pessoa legitimada para concordar ou discordar é o cônjuge sobrevivente ou o parente consanguíneo mais próximo, titular dos direitos de personalidade do *de cujus* sobre o seu corpo, agora cadáver. Além do corpo humano, o sangue, como produto extraído do organismo, é bem jurídico alienável, tem sua doação estimulada por meio de uma política que disciplina a atividade homoterápica no Brasil<sup>110</sup>, e organiza um sistema de coleta, processamento, armazenamento e transfusão<sup>111</sup>, sendo vedada a sua comercialização<sup>112</sup>. A transfusão de sangue pode ser causa de dano extra-patrimonial, como tem ocorrido no caso de transmissão do vírus da aids.

Outro produto de organismo humano é o esperma, que pode ser objeto de cessão para fins de reprodução assistida, nos casais com problemas de esterilidade, podendo, da mesma forma que a transfusão de sangue, ser causa de transmissão de doenças. É legítima a doação de gametas, células destinadas à reprodução, quando não existe ânimo de lucro e se realiza sob supervisão médica e em cessão restrita. A sua disposição exige consentimento expresso, livre, e responsável. No que diz respeito aos óvulos, a moderna tecnologia permite o seu aproveitamento para fins de implante, mediante doação<sup>113</sup>.

## 7. O dano à integridade moral.

Caracteriza dano à pessoa a violação do direito à sua *integridade moral*, no sentido da plenitude do seu patrimônio espiritual, que compreende a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem e o nome<sup>114</sup>, causando à pessoa dor e sofrimento.

---

109 Lei nº 9.434, art. 9º, de 4 de fevereiro de 1997.

110 Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988.

111 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 199, p. 4º.

112 As técnicas de coleta, processamento e transfusão de sangue estão hoje disciplinadas pela Portaria 1.376, de 19.11.93 do Ministério da Saúde.

113 Antonio Chaves. *Direito à vida e ao próprio corpo*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 191.

114 Código Civil, arts. 17 a 20.

Honra é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social, estima própria e boa reputação.

Como expressão do reconhecimento dos direitos da personalidade, a ordem jurídica brasileira protege a honra da pessoa por meio de dois diplomas fundamentais, o Código Penal e o Código Civil. O primeiro tipifica como crimes os atos de calúnia, injúria e difamação (arts. 138, 139 e 140). Esses atos, além do dano moral, podem produzir danos patrimoniais (desprestígio profissional ou empresarial, por exemplo), pelo que o segundo reconhece a obrigação de ressarcir o dano causado ao ofendido pela injúria, difamação ou calúnia (art. 953).

A lei de Imprensa,<sup>115</sup> por sua vez, considera crime os abusos cometidos pelos meios de informação e divulgação, que possam caracterizar a prática de calúnia, difamação e injúria, inclusive contra a memória dos mortos (art. 24). Essa lei assegura o direito de resposta às pessoas atacadas em sua honra, pelo mesmo jornal, emissora ou agência de notícias, publicando-se a resposta, ou retificação, da mesma forma por que foi divulgada a publicação ofensiva.

A liberdade é um estado pessoal que se caracteriza pela ausência de impedimentos e como poder de ação sem interferência do Estado ou de outras pessoas. É, assim, um dos direitos de personalidade, complexo, que se manifesta e realiza sob vários aspectos. Tem-se a liberdade física, a liberdade de pensamento, a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade profissional, a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de iniciativa econômica, a liberdade de disposição do próprio corpo, espécies que o direito protege em preceitos constitucionais<sup>116</sup> e penais<sup>117</sup>. Acrescente-se a liberdade de disposição do próprio corpo, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, na forma da lei<sup>118</sup>.

A intimidade é o recato da vida privada. Consiste no direito de cada um de estar só, e de ter preservada a intimidade de sua vida familiar e doméstica da intromissão alheia. Traduz-se no direito à imagem, no direito ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunica-

---

115 Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

116 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, IV, IX, XIII, XV, XVI, e LXVIII, art. 170.

117 Código Penal, art. 148.

118 Lei nº 9474, de 4 de fevereiro de 1997, art. 1º.

ções telefônicas salvo, neste último caso, por ordem judicial<sup>119</sup>. A defesa da intimidade relaciona-se com o sigilo bancário e com segredo profissional, de especial relevância no exercício de profissões liberais, como a de advogado, de médico, de jornalista.

O direito à imagem é o direito que a pessoa tem de não ver publicada, exposta ou utilizada a sua imagem, sendo proibida a exposição ou reprodução nos casos atentatórios à honra, boa fama e respeitabilidade da pessoa retratada, admitindo-se indenização por danos sofridos<sup>120</sup>. É lícita, porém, a caricatura, desde que não ofensiva. O direito à imagem pertence à pessoa; só ela pode publicá-la ou comerciá-la. Proíbem-se também a divulgação de escritos. É a transmissão da palavra, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

O direito ao nome<sup>121</sup>, é manifestação do direito à integridade moral, no sentido de que a pessoa deve ser reconhecida em sociedade por denominação própria, que a identifica e diferencia. Nome é a expressão que distingue a pessoa. Sua importância está no fato de que as relações jurídicas estabelecem-se entre pessoas, naturais e jurídicas, cujo exercício dos respectivos direitos exige que se saiba quem são os titulares.

A tutela do ao nome é absoluto, pois todos têm o dever de respeitá-lo. É como os demais direitos da personalidade, intransmissível, imprescritível, irrenunciável.

O uso indevido de nome alheio pode causar dano. Para conservar e defender o seu direito de uso de seu nome, a ordem jurídica põe à disposição do titular diversas medidas, diversos procedimentos, de natureza pública e privada.. Na *ação de reclamação* o autor exige que terceiros respeitem o direito que ele tem de usar seu nome. Na *ação de usurpação*, o titular do direito ao nome pretende que cesse o uso indevido e prejudicial que terceiro, sem legitimidade, faz desse nome, pessoalmente. Na *ação de proibição de nome*, o respectivo titular pede que cesse o uso ilícito que terceiro faz desse nome, de modo não pessoal. Quanto à *ação de responsabilidade civil*, cabe sempre que se verifique dano, causado por ofensa ou usurpação ao nome de alguém<sup>122</sup>.

---

119 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XII; Código Civil, art. 21; Código Penal, art.151.

120 Código Civil, art. 20.

121 Código Civil, art. 16.

122 Código Civil, arts. 186 e 927.

## 8. O dano à integridade intelectual.

O direito à integridade intelectual é o que tem por objeto a propriedade dos bens imateriais, especificadamente as obras literárias, artísticas e científicas, que constituem a chamada propriedade intelectual, e as criações técnicas voltadas para a atividade industrial, objeto da chamada propriedade industrial. Esses direitos gozam de proteção constitucional<sup>123</sup> e infraconstitucional, pela lei de Direitos Autorais<sup>124</sup> e pela Lei da Propriedade Industrial<sup>125</sup> respectivamente, além do Código Penal<sup>126</sup> e de Convenções Internacionais pertinentes.

Consagra-se assim a liberdade de pensamento e de criação, que se realiza pelo direito autoral de personalidade, isto é, o poder que o autor tem de ligar seu nome à obra que produziu ou às invenções que criou, de utilidade para a indústria. É a proteção jurídica às obras da inteligência, garantindo-se ao autor o poder de publicar, reproduzir ou explorar a produção de seu espírito, punindo os que se apropriarem das concepções da inteligência de outrem.

Esses direitos compreendem o direito *moral* do autor, isto é, o direito de reivindicar a paternidade da obra, e o direito *patrimonial* que é o direito de explorá-la e dela dispor<sup>127</sup>, e são objeto da tutela jurídica que reconhece à pessoa o seu direito à *integridade intelectual*<sup>128</sup>.

As sanções pela violação dos direitos autorais e de propriedade industrial, são objeto de ações cíveis e penais, sem prejuízo das indenizações por perdas e danos decorrentes dos atos de violação.

## 9. A reparação do dano. A valoração do dano à pessoa humana.

A existência do dano dá ao lesado o direito de exigir a respectiva indenização, que deve ser a mais ampla possível, sendo indiferente haver dolo ou culpa. Consiste essa indenização no pagamento em dinheiro (prestação pecuniária), cujo valor deve ser fixado, por acordo entre as partes, pela lei ou pelo juiz.

Tratando-se de dano patrimonial, a indenização mede-se pela extensão do dano<sup>129</sup>, que é avaliado pelo cálculo da diferença entre o patrimônio atual e o

123 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXVII e XXIX.

124 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

125 Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

126 Código Penal, arts. 184 a 186.

127 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

128 Este item reproduz, com algumas modificações o item 11 do capítulo VII do livro do Autor *Direito Civil. Introdução*, 6a edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 270.

129 Código Civil, art. 944.

que seria sem o ato ilícito. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

O problema surge quanto à valoração do dano extra-patrimonial, hoje sinônimo, no direito brasileiro, de dano moral. Sua ressarcibilidade é hoje pacífica como atestam a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual “é indenizável o acidente que causa morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” e a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Discute-se se é indenização ou satisfação ao ofendido, se é pena ou compensação, e qual o fundamento da indenização<sup>130</sup>. A tese contrária à reparação alega a heterogeneidade de valores, referentes à dor e à estimativa pecuniária: é impossível a fixação do *pretium doloris*, pelo que a dor não se indeniza. Aceitando-se, porém, a responsabilidade civil como sanção, não há por que recusar-se o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação.

No direito anterior, o Código Civil de 1916 não previa a indenização do dano moral, embora alguns dispositivos permitissem a sua dedução (*verbi gratia* os artigos 1.537 e 1.538). Embora favorável a doutrina dominante, a jurisprudência era contrária, até meados do século XX, à reparabilidade do dano moral<sup>131</sup>.

Hoje o panorama é diverso, encontrando-se no sistema legal brasileiro dispositivos que reconhecem o dano moral e permitem a sua indenização, a saber, art. 5º V e X da Constituição da República Federativa do Brasil; os arts. 186, 950, 951, 953 e par. único, e 954 do Código Civil; o art. 244, § 1º, do Código Eleitoral<sup>132</sup>, o art. 24 e segs. da Lei dos Direitos Autorais<sup>133</sup>, e os arts. 49 e 53 da Lei de Imprensa<sup>134</sup>. Além de admitido e garantida sua reparação, a Constituição da República Federativa do Brasil não estabelece nem a admite limites quanto à fixação do seu valor<sup>135</sup>. O sistema brasileiro é também, nesse aspecto, aberto e flexível, estabelecendo a eqüidade como critério básico de valoração do dano à pessoa de natureza não patrimonial.

---

130 Jaime Santos Briz. *La Responsabilidad Civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1977, p. 155.

131 Roberto Rosas. *Direito Sumular*. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, p. 225.

132 Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

133 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

134 Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

135 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Primeira Câmara Cível, Apelação Cível 5.260/41, Relator Desembargador Carlos Alberto Direito.

A jurisprudência brasileira, por muito tempo contrária à reparabilidade do dano moral, mudou sua posição, como demonstram a Súmula nº 491 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, supracitadas. No campo matrimonial, defende-se a indenização por dano moral decorrente da violação de direitos personalíssimos do cônjuge, diversos dos que decorrem do casamento<sup>136</sup>, designadamente a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, o sustento, guarda e educação dos filhos, e o respeito e consideração mútuos.

Qualquer que seja a espécie de dano, patrimonial ou moral, a fixação do *quantum* devido faz-se pela liquidação, que é legal, quando determinada em lei, convencional, quando feita por acordo (transação), e judicial quando estabelecida em sentença, por meio de arbitramento, que é a liquidação feita por meio de perito nomeado pelo juiz<sup>137</sup>.

No caso de dano não patrimonial, a liquidação é mais complexa. A forma de liquidação legal está expressa no Código Civil, arts. 948 a 954, compreendendo os casos de homicídio (art. 948), lesões corporais (arts. 949 e 950), usurpação ou esbulho (art. 952), obrigação de diligência (art. 951), e de dano moral (arts. 952, par. único e 954, par. único).

A liquidação judicial, incluindo as hipóteses legais mencionadas, faz-se por arbitramento, meio com que os técnicos (peritos) calculam o *quantum* a ser pago à vítima. Não se aplica, assim, no direito brasileiro, o sistema da tarificação, isto é, a pré-fixação legal dos valores a serem pagos como indenização, previstos em leis especiais como a Lei de Imprensa<sup>138</sup>, ou o Código de Telecomunicações.

O Código Civil estabelece critérios gerais de orientação para casos de dano extra-patrimonial. Dispõe assim que, no caso de homicídio, a indenização consiste, *sem excluir outras reparações*, no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, e na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima<sup>139</sup>. Trata-se aqui de uma hipótese de dano indireto, porque o fato jurídico da morte afetou interesses de terceiros, os credores da prestação alimentar devida pelo falecido. E no caso de dano da morte, que é direto, sobre a vítima? A esse respeito, embora sem referência expressa a esse tipo de dano, os tribunais têm criado *outras reparações*, sendo paradigmáticos os valores fixados pelo Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte

---

136 Código Civil, art. 1.566.

137 Código de Processo Civil, art. 607.

138 Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

139 Código Civil, art. 948.

competente, em grau de recurso, para a matéria. Para o dano da morte de pai de família, esse Tribunal já fixou o valor de 600 salários mínimos<sup>140</sup> e o de 100 salários mínimos<sup>141</sup>. Para o dano da morte de filho 300 salários mínimos<sup>142</sup>, 250 salários mínimos<sup>143</sup>, 200 salários mínimos<sup>144</sup>, e R\$ 65.000,00<sup>145</sup>.

Em caso de morte ocasionada por erro médico, independente da posição familiar ocupada pelo falecido: 300 salários mínimos<sup>146</sup>.

No caso de lesão à saúde, dispõe o Código Civil que o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido<sup>147</sup>. Independentemente desse preceito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, para o caso de “lesões físicas de pequena monta, que não deixam seqüelas e ocasionam incapacidade temporária para o trabalho”, a indenização no valor de R\$ 6.000,00<sup>148</sup> e outra indenização no valor de 20 salários mínimos<sup>149</sup>.

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu<sup>150</sup>.

Essas mesmas disposições aplicam-se no caso de indenização devida por culpa em atividade profissional, que se verifica quando o agente, no exercício

---

140 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 468.934 – SP, de 20 de maio de 2004, Relator Ministro Fernando Gonçalves.

141 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 435.719 – MG, de 19 de setembro de 2002, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

142 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 514.384–CE, de 18 de março de 2004, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

143 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 565.290–SP, de 10 de fevereiro de 2004, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

144 Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial nº 419.206–SP, de 22 de agosto de 2002, Relator Ministro Garcia Vieira.

145 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 506.099–RS, de 16 de dezembro de 2003, Relator Ministro Catro Filho.

146 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 493.423–MT, de 24 de junho de 2003, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

147 Código Civil, art. 949.

148 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 453.874–RJ, de 4 de novembro de 2003, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

149 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 488.024–RJ, de 22 de maio de 2003, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

150 Código Civil, art. 950.

dessa atividade, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho<sup>151</sup>.

Para um caso de lesões físicas graves, que causaram incapacidade total e permanente para o trabalho, o Tribunal fixou a condenação em 570 salários mínimos<sup>152</sup>, R\$ 200.000,00 para um autor e R\$ 250.000,00 para o outro<sup>153</sup>.

Para um caso de lesões físicas razoáveis, de incapacidade parcial para o trabalho, R\$ 54.000,00<sup>154</sup>, e para outro, que ocasionou apenas cegueira de um olho, 100 salários mínimos<sup>155</sup>. Para um caso de amputação de dois terços da mão esquerda, 200 salários mínimos<sup>156</sup>.

Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes. Faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele<sup>157</sup>.

Na hipótese de comprovada injúria, difamação ou calúnia, a indenização consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Se este não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso<sup>158</sup>. Trata-se aqui de lesão à integridade moral da pessoa, a respeito do que são inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça, como se exemplifica:

Erro da instituição bancária na devolução de cheque e conseqüente encerramento da conta corrente, sem a inscrição do nome do autor nos cadastros de restrição de crédito indenização de R\$ 5.000,00<sup>159</sup>.

---

151 Código Civil, art. 951.

152 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 469.137-RS, de 8 de maio de 2003, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

153 Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial nº 505.080-DF, de 14 de outubro de 2003, Relator Ministro Luiz Fux.

154 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 480.836-SP, de 9 de setembro de 2003, Relator Ministro Castro Filho.

155 Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 509.362-PR, de 26 de junho de 2003, Relator Ministro Franciulli Netto.

156 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº nº 479.935-SP, de 22 de maio de 2003, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

157 Código Civil, art. 952.

158 Código Civil, art. 953, parágrafo único.

159 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 577.898-SC, de 4 de dezembro de 2003, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

Apresentação de cheque pré-datado pela empresa credora antes do prazo ajustado, acarretando a sua devolução, 50 salários mínimos<sup>160</sup>.

Transferência indevida de valores de conta corrente para a conta de terceiros, por negligência na conferência das assinaturas, R\$ 5.000,00<sup>161</sup>.

Cobrança equivocada de cheques que, em verdade, haviam sido emitidos pelo homônimo do autor, 30 salários mínimos<sup>162</sup>.

Protesto indevido de título de crédito, 50 salários mínimos<sup>163</sup>.

Inscrição indevida do nome do autor em cadastros restritivos de créditos. Os valores indenizatórios variam 50 salários mínimos<sup>164</sup>, R\$ 5.000,00<sup>165</sup>, R\$ 6.000,00<sup>166</sup> e R\$ 7.500,00<sup>167</sup>.

Manutenção do nome do autor em cadastros de restrição do crédito, mesmo após a quitação da dívida, R\$ 3.000,00<sup>168</sup> e R\$ 6.000,00<sup>169</sup>. Ou seja, varia aproximadamente entre 15 e 25 salários mínimos.

Divulgação de mensagem ofensiva à honra do autor, mas não por meio da imprensa, R\$ 20.000,00<sup>170</sup>, caso em que “a mensagem denominando-o de

---

160 REsp. 213.94090, José Roberto Ferreira Gouvêa e Vanderlei Arcaño da Silva. *A Quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça*, in Revista Jurídica, nº 323, Setembro de 2004, p. 31 e segs.

161 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 623.441–RJ, de 18 de março de 2004, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

162 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 550.912–SC, de 16 de março de 2004, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

163 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 503.892–PB, de 5 de fevereiro de 2004, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior e Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 435.228 – RJ, de 26 de maio de 2003 e EDcl no Recurso Especial nº 435.228 - RJ, de 7 de outubro de 2003, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

164 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 432.177–SC, de 23 de setembro de 2003, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

165 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 303.888–RS, de 21 de novembro de 2003, Relator Ministro Castro Filho e Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, EDcl no Recurso Especial nº 303.888-RS, 26 de outubro de 2006, Relator Ministro Castro Filho.

166 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 564.552–RS, de 25 de novembro de 2003, Relator Ministro Barros Monteiro.

167 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 577.898–SC, de 04 de dezembro de 2003, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

168 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 299.456–SE, de 19 de dezembro de 2002, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

169 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 511.921–MT, de 9 de março de 2004, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

170 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 463.946–DF, de 17 de junho de 2003, Relator Ministro Carlos Castro Filho.

‘mau caráter’ e de ‘péssima formação profissional’ passou a ser de conhecimento de todas as empresas de viagens, ramo no qual trabalhava o ofendido, tendo, até mesmo, que se explicar perante o gerente da firma na qual trabalhava para que não fosse demitido”.

Divulgação, pela imprensa, de notícias e matérias caluniosas e ofensivas à honra da vítima a indenização varia entre 200 e 500 salários mínimos.

Imputação temerária ao autor, em notícia-crime perante autoridade policial, de delito que ele não praticou, R\$ 40.000,00<sup>171</sup> e R\$ 60.000,00<sup>172</sup>.

Acusação infundada de furto em interior de supermercado, seguida de atitudes humilhantes do preposto do réu, R\$ 25.000,00<sup>173</sup>. Acusação indevida de furto em loja de roupas, havendo condução do acusado à delegacia de polícia, R\$ 20.000,00<sup>174</sup>.

Falsa imputação ao autor (empregado) de crime de apropriação indébita e conseqüente despedimento por justa causa, R\$ 54.000,00<sup>175</sup>.

Prisão indevida do autor, “por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença”, R\$ 30.000,00<sup>176</sup>.

Divulgação equivocada de imagem do autor, R\$ 36.000,00<sup>177</sup>.

Utilização de imagem do autor sem sua autorização, R\$ 50.000,00<sup>178</sup>.

Constrangimento a que foi exposto o autor ao ser barrado em porta giratória de estabelecimento bancário, além de disparo de alarme sonoro, R\$ 10.000,00<sup>179</sup>.

171 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 470.365–RS, de 18 de março de 2003, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

172 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 494.867–AM, de 05 de junho de 2003, Relator Ministro Castro Filho.

173 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental de Recurso Especial nº 512.881–CE, de 10 de fevereiro de 2004, Relator Ministro Ari Pargendler.

174 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 566.114–RS, de 4 de maio de 2004, Relator Ministro Barros Monteiro.

175 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 510.336–MG, de 29 de outubro de 2003, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

176 Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial nº 434.970–AM, de 26 de novembro de 2002, Relator Ministro Luiz Fux.

177 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 480.625–DF, de 9 de março de 2004, Relator Ministro Barros Monteiro.

178 Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 230.268–SP, de 11 de fevereiro de 2002, Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira.

179 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 504.144–SP, de 6 de junho de 2003, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

Realização de exame preventivo em gestante para constatação de vírus HIV, cujo resultado foi erroneamente positivo, recusando-se o Posto de Saúde a fornecer-lhe o resultado do segundo exame, 100 salários mínimos<sup>180</sup>.

Recusa na aceitação de cartão de crédito do autor perante um estabelecimento comercial de cidade onde não residia: redução de R\$ 75.000,00 para R\$ 2.400,00<sup>181</sup>.

Cobrança indevida em operação com cartão de crédito, redução para 50 salários mínimos<sup>182</sup>.

Falsificação e comercialização indevida de produtos do autor (titular da marca): R\$ 25.000,00 para cada autor<sup>183</sup>.

Em caso de indenização por ofensa à liberdade pessoal, ela consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, caberá ao juiz fixar equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé, e a prisão ilegal<sup>184</sup>.

Pelo que facilmente se deduz das decisões acima relacionadas, que demonstram os valores que o Superior Tribunal de Justiça tem fixado para hipóteses mais comuns e emblemáticas, os preceitos estabelecidos pelo Código Civil, a *sedes materiae*, são meramente indicativos, deferindo-se ao prudente arbítrio do juiz, baseado na equidade, a valoração do dano moral e a fixação do montante indenizatório, observados os seguintes critérios que a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido: “o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as conseqüências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das seqüelas, a permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social”<sup>185</sup> e ainda, acrescentando-se a posição social, política, profissional e familiar do ofendido, a necessi-

---

180 Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 546270-PR, de 9 de março de 2004, Relator Ministro Franciulli Netto.

181 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 488.159-ES, de 6 de maio de 2003, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

182 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 467.213-MT, de 3 de fevereiro de 2004, Relator Ministro Fernando Gonçalves.

183 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 466.761-RJ, de 3 de abril de 2003, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

184 Código Civil, art. 954.

185 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 318.379, Relatora Ministra Nancy Andrighi, de 20 de setembro de 2001.

dade de desestímulo ao enriquecimento ilícito ou sem causa, e o nível de propagação da ofensa.

Em conclusão, a valoração do dano não patrimonial causado à pessoa humana, no direito brasileiro contemporâneo, é deixado ao livre arbitramento judicial, tendo como critérios decisórios, além das regras do Código Civil, em matéria de ato ilícito e de obrigação de indenizar, o princípio da equidade e a jurisprudência já existente, elementos de um sistema aberto e flexível, que exigem do intérprete grande saber e prudência na arte de decidir e criar.

## Referências Bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Mestre Jou, 1982.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, 10ª edição reelaborada, Coimbra, Almedina, 2006.
- ALMEIDA, Silmara Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2000.
- ALPA, Guido. *Che cos'è il diritto privato*, Bari, Latenza, 20077
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Dano indireto*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 22.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Editora Saraiva, 2004.
- BASALLA, George. *The Evolution of Technology*, tradução de Sérgio Duarte Silva, Porto, Porto Editora, 2003.
- BERNARD, Jean. *A Bioética*, S. Paulo, Editora Ática, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, 6ª edição revista, atualizada e ampliada por Eduardo C.B. Bittar, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.
- BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1977.
- BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giapichelli Editore, 2001.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V.A. *O Direito Geral de Personalidad*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.
- CORNU, Gérard. *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, 11e. édition, Paris, Montchrestien, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, tradução de Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro, Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1961.
- FERNANDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, Bosch Editor, 1995.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Organizadora *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè Editore, 1981.
- GIRARD, Charlotte et HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. *La dignité de la personne humaine. Recherches sur un processus de juridicisation*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 16ª edição, revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito, 2004.
- GOUVÊA, José Roberto Ferreira / SILVA, Vanderlei Arcanjo da. *A quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça*, in Revista Jurídica, nº 323, Setembro de 2004.
- GRASSI, Silverio. *I nascituri concepiti e i concepiti artificiali*, Torino, G. Giappichelli Editori, 1995.
- KERCHOVE, Michel van de e OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.
- LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direito da Personalidade*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, LXVI, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A Vida, a Morte e sua Indenização*, Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 7, Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade*, Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 78.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*, vol. I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.

LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral*. Doctrina y jurisprudencia”, Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, S.A, 1990.

MAZEAUD, Henri et Léon/ TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, sixième édition, I, Paris, Éditions Montchrestien, 1965.

MENDES, João de Castro. *Direito Civil. Teoria Geral*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1979.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *La personne. La famille. Le droit*. Bruxelles, Bruylant, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 1993.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos à Pessoa Humana*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*, Revista Jurídica, v. 49 , n. 284, Sao Paulo.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Lógica para Juristas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978;

PUSSE, William Artur. *Personalidade jurídica do Nascituro*, Curitiba, Juruá Editora, 2005.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

RESCIGNO, Pietro. *Dano da procreazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

RODRIGUEZ, Rodrigo Bercovitz y – Cano “*Derecho de la persona*”, Madrid, Editorial Montecorvo, 1976.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editores.

SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 22.

TEIXEIRA, Joaquim de Souza. *Pessoa in Logos*. Enciclopedia Luso-Brasileira de Filosofia, 4, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1992.