

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ANÁLISE CONCEITUAL E PRÁTICA DO ENTENDIMENTO ACERCA DESDE O INÍCIO À EXTINÇÃO

Dary de Assis Dantas Neto¹

Adriana Augusta Lambert da Costa²

RESUMO

O artigo em tese aborda a questão do panorama de discussão sobre os Direitos da Personalidade. Buscando-se construir tal conceito, metodologicamente, desde a incipiência, através dos direitos e garantias ao nascituro e analisando criticamente a questão do embrião "in vitro" e a lacuna legal em que se encontra, a consubstanciação dos direitos com o nascimento, findando no exame da "extinção" desse direito e suas consequências jurídicas, adentrando, dessa forma, no direito de sucessão. Para tanto, utilizou-se como metodologia a análise das normas pertinentes, doutrinas e artigos científicos relacionados ao assunto em questão, concluindo pelo abandono da teoria natalista do início dos direitos da personalidade, protegendo o feto nascituro de possíveis violações, assim como observa-se a perpetuação de tais direitos além do falecimento, possibilitando a legitimação aos que se sintam lesados interponem reclamação autônoma em defesa do falecido.

Palavras-chave: Direitos. Personalidade. Nascituro. Sucessão. Consequências.

OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY: CONCEPTUAL AND PRACTICAL ANALYSIS OF THE UNDERSTANDING ABOUT FROM THE BEGINNING TO THE EXTINCTION

ABSTRACT

The thesis deals with the issue of the discussion of Personality Rights. In order to construct such concept, methodologically, from the incipience, through the rights and guarantees to the unborn child and critically analyzing the question of the embryo "in vitro" and the legal gap in which it is, the consubstantiation of rights with the birth, ending in the examination of the "extinction" of this right and its legal consequences, thus entering the right of succession. Its objective is the conceptual and practical analysis of the topic through doctrine, legislation and the positioning of the courts. For that, the methodology of the relevant norms, doctrines and scientific articles related to the subject matter was used as methodology.

Keywords: Rights. Personality. Unborn. Succession. Consequences.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

² Especialista em Direito Civil e Empresarial e Graduada pela Universidade Potiguar. Atualmente tem atuação na docência na Universidade Potiguar nas disciplinas de Direito Civil - Família e Sucessões. Advogada Militante.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos de personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana em si, os quais o definem como indivíduo e sujeito de direitos perante a sociedade, tidos como “a alma do direito civil”, originando-se antes mesmo do nascimento visando a proteção contra violações e a garantia dos direitos fundamentais de um futuro indivíduo apto a reclamá-los e exercê-los, havendo ainda a perpetuidade após a morte para que seja defendido o legado feito em vida de possíveis ofensas quanto a honra, imagem, direitos autorais e a própria memória do falecido em si, possuindo assim uma função de garantia e resguarda.

Frente as inovações da sociedade, o conceito e a aplicação desses direitos vem passando por intensas modificações e adaptações. Atualmente, já não se compreende apenas como um direito da pessoa em vida. A lei civil, junto com o entendimento dos tribunais passou a considerar uma aplicação mais ampla, preocupando-se com suas diferentes formas de manifestação e com a dignidade de seus componentes.

Portanto, é pertinente discutir a relevância da adequação legislativa às novas concepções sociais manifestadas, já que, o sistema jurídico brasileiro não deve se mostrar inoperante e defasado frente as modificações ocorridas na sociedade e as novas situações a serem tuteladas. Para esse fim, pretende-se analisar criticamente os direitos em questão.

Dentro deste cenário de proteção e garantia dos direitos da personalidade, vêm à tona a discussão acerca da natureza jurídica de tais direitos, assim como o momento em que eles se originam, uma vez que antes mesmo do nascimento, o futuro indivíduo já goza de proteção e amparo legal que garanta seu nascimento com vida, e até onde os direitos em questão se estendem e em que ponto eles se extinguem, se é que isso ocorre de fato, devido a características como a possibilidade de legitimação de um terceiro para propor medida de reparação autônoma, em próprio nome em defesa do falecido.

Diante das diversas intempéries e possibilidades de violação dos direitos da pessoa humana, um fator que fica em evidência é o reflexo de tais direitos na vida das pessoas, num sentido material, para que assim se possa analisar e compreender o fenômeno que leva ao embasamento da origem dessa proteção legal e a atemporalidade que se observa na defesa destes em caso de desrespeito para

além – vida, e a partir dessas considerações resta apenas a análise prática e conceitual acerca do tema para que se compreenda o surgimento, extinção e reflexo desses direitos perante sociedade.

A relevância desta pesquisa contribui para estudos e possíveis mudanças estratégicas na materialidade dos direitos da personalidade, através de uma análise lógico – dedutiva do tema, para que seja cumprido, da maneira mais objetiva possível, a intenção do legislador de resguardo do indivíduo, adaptando-os às inovações quanto à dinâmica social em constante mudança com o tempo, que afeta as relações entre indivíduos em si e deles perante o contexto social.

Do mesmo modo, a justificativa principal para a elaboração da pesquisa acadêmica gira em torno do atual contexto social no que se refere aos reflexos dos bens jurídicos tutelados, os quais integram o bloco chamado “direitos de personalidade”.

Assim sendo, o objetivo geral do trabalho consiste em compreender e analisar, de forma objetiva, os direitos da personalidade no âmbito conceitual e prático na sua essência, que possui respaldo legal utilizando argumentos de modo a resguardar prioritariamente a dignidade da pessoa humana, compreendida em um contexto social.

Quanto aos seus objetivos específicos, o trabalho busca: i) realizar uma análise conceitual do tema, apresentando as teses aceitas em nosso ordenamento jurídico brasileiro; ii) determinar o momento do surgimento e da extinção de tais direitos; iii) retratar o caso dos embriões “in vitro” e a sua realidade jurídica no Brasil e iv) atestar a atemporalidade desses direitos e sua perpetuação, tomando como base princípios assegurados no nosso ordenamento jurídico.

Ademais, o método de abordagem utilizado foi o lógico-dedutivo buscando-se contextualizar o assunto através da dinâmica sociocultural. E os métodos de procedimento foram o comparativo e o descritivo, em conformidade com os objetivos já explanados acima.

Por último, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, onde o conteúdo e as informações obtidas foram retiradas da doutrina, legislação, e artigos científicos, visando o aperfeiçoamento do assunto em questão.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tem-se como direitos da personalidade “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (STOLZE, 2011).

O seu surgimento, apesar de já se falar de direitos humanos desde a Antiguidade, ainda mais com o surgimento do cristianismo, é relativamente recente, visto que só com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como da Convenção Europeia de 1950, houve, de fato o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria do direito subjetivo.

Analizando sob ponto de vista do direito privado, temos uma evolução mais tardia, no Brasil, por exemplo, só com a Constituição de 88 que esse direito teve uma atenção especial sendo explicitamente abordado art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sobre esse tópico, surgem duas correntes claras que se opõe, a positivista e a jusnaturalista, além de outra marginalizada que afirma a inexistência desses direitos, uma vez que o homem não poderia ter direito sobre si próprio, sob risco de se justificar o suicídio, no entanto essa corrente não é mais discutida, por reconhecer o caráter extremo que possui.

A corrente positivista, elabora a tese que esses direitos não são inatos a pessoa humana, ganhando esse rótulo (Direitos da personalidade) apenas aqueles direitos reconhecidos pelo Estado, o qual lhes daria força jurídica.

Em contraponto, temos a corrente naturalista, substancialmente contrário a linha positivista, ela afirma que esses direitos correspondem as faculdades exercitadas de maneira natural pelo ser humano. Tese, essa, que vem sendo mais utilizada, tanto pelas legislações modernas, quanto pelas jurisprudências. A doutrina, por sua vez conclui que cabe “ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo — em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária —, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares” (BITTAR, 1999).

A legislação brasileira se enrijeceu nas normas já positivadas e peca pela insensibilidade nessa questão, sendo urgente um aprofundamento de sua análise, bem como o seu estudo por parte da própria doutrina.

Diante do exposto, o presente artigo tem como alvo, a análise mais objetiva possível dos direitos de personalidade, passando por seus conceitos, fundamentos e características, chegando até o cerne do trabalho que é em relação em que momento um ser humano tem a pertença desse direito, e até onde ele se encerra, se é que isso ocorre de fato.

2.1 CARACTERÍSTICAS

Para finalizar essa breve análise a respeito desses direitos, temos que obrigatoriamente falar de suas principais características.

2.1.1 Absolutismo

Esses direitos, devido a sua fundamental importância, se materializam na sua oponibilidade *erga omnes*, disseminando seus efeitos em todos os setores e obrigando a coletividade a respeitá-los.

2.1.2 Intransmissibilidade e irrenunciabilidade

Essa característica fundamenta-se com a indisponibilidade de tais direitos, uma vez que não podem ser renunciados, nem mesmo transmitidos. Tal propriedade está positivada no art. 11 do Código Civil o qual afirma, que com “exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

2.1.3 Vitaliciedade

Aspecto de extrema relevância na nossa análise, mais a frente, sobre o início e o fim desses direitos, sustenta que eles surgem a partir da primeira manifestação de vida, até, em regra, a sua morte.

2.1.4 Imprescritibilidade

Os direitos de personalidade não possuem um prazo para seu uso, mesmo que uma pessoa não o utilize por grande quantidade de tempo, ela poderá evoca-lo a qualquer tempo.

2.1.5 Extrapatrimonialidade

Uma das características mais relevantes nesse tipo de direito é a incapacidade de se ter um conteúdo patrimonial direto, mensurável objetivamente, ainda que sua violação gere efeitos econômicos.

Mesmo assim, isso não põe óbice ao ingresso de manifestações pecuniárias de algumas espécies de direito no comércio jurídico, exemplo mais evidente seria os direitos autorais.

2.2 GÊNESE

A questão de onde se tem início o direito a personalidade jurídica fomenta calorosos debates, gerando inúmeros artigos e dissertações sobre o caso.

Tais discussões tem seu alvo a figura do nascituro, ser humano ainda em gestação, dividindo-se em basicamente em três principais teorias, as quais norteiam e fundamentam os debates.

A primeira delas diz respeito a Teoria Concepcionista, a qual acredita que o início da vida humana ocorre no momento da fertilização do ovócito pelo espermatozoide, ou seja, desde a concepção (NEVES, 2012). A partir dessa tese é possível explicar o fato de os nascituros poderem receber alimentos, herdar, ser parte em ações judiciais, entre outros e possam ter seus direitos resguardados, mesmo antes de nascerem.

A segunda se refere a Teoria Natalista, considerada a mais tradicional, atesta que a aquisição da personalidade a partir do nascimento com vida, isso porque, só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher (Idem, 2012). Para esta teoria, o nascituro ainda não é pessoa, e não possui personalidade jurídica, mas expectativa de direito, se não nascer com vida, as relações jurídicas que o envolvem não se concretizam, como se

o feto nunca tivesse sido concebido, é desconhecido dessa teoria também o fato de o feto possuir funções como ondas cerebrais ou batimentos cardíacos (Idem, 2012). No entanto, os adeptos dessa tese não explicam o motivo do Código Civil proteger os direitos do nascituro.

A terceira, e última, é a Teoria Condicional conceituada como aquela onde a personalidade se inicia com a concepção, desde que se nasça com vida, entretanto, coloca em cheque o fato de os direitos de personalidade serem irrenunciáveis, absolutos, independentemente do nascimento com vida (LOUREIRO, 2009). Portanto ocorrendo o nascimento sem vida, todos os direitos adquiridos são tidos como nunca existentes, impossibilitando o requerimento de uma indenização tendo em vista danos causados ao feto, como já tem ocorrido no país.

Nosso Código Civil adota, claramente, a Teoria Natalista, presente no artigo 2º, onde afirma que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, fazendo assim uma ressalva e garantindo os direitos do nascituro. Entretanto, superficial é a abordagem, seja pela lei, jurisprudência ou doutrina, dos direitos que perfazem a personalidade daquele que ainda não nasceu, uma vez que as normas posteriores vieram a prever, basicamente, os direitos sucessórios do nascituro.

Uma das primeiras problemáticas que devemos analisar é em relação ao direito a integridade física do nascituro. Experiências com células troncos de fetos, Engenharia Genética, bem como os danos causados aos fetos por uso de medicamento que afetem a sua saúde, são, apenas alguns dos inúmeros, e complexos, casos que podem gerar conflito com a norma positivada por se tratar de um ser humano que não completou o processo Natalista que nosso sistema exige para que o mesmo adquira uma personalidade civil plena.

Além do impasse sobre a tutela da propriedade física do nascituro, ainda temos outro, talvez mais complexo, que é a respeito da propriedade subjetiva, elementos como honra, imagem ou moral podem ser imbuídos na figura do feto? Há inúmeras discussões, mas a certeza que se tem é que nossa legislação não está plenamente pronta para esses tipos de casos. Tendo exemplos de situações em que não foram reconhecidos esses elementos, já em outras decisões sim, a seguir exemplificada neste artigo.

Um caso que ilustra perfeitamente a situação descrita é o da militante comunista Criméia Alice Schmidt, a qual estava grávida de sete meses quando foi

presa e torturada em 1972 pelos militares em São Paulo. O seu filho João Carlos de Almeida Grabois, nasceu subnutrido e sem a presença da amamentação materna, imposta pela tortura, além disso sofreu boa parte da infância com transtornos de sono e psicológicos, tudo isso causado pela tortura sofrida já no ventre da mãe. Mediante a este quadro, foi decidido pela Comissão Estadual de Ex-Presos Políticos de São Paulo que embora, ainda na barriga da mãe, João fosse considerado ex-presos político recebendo 22 mil de indenização, valor depois recorrido pela família:

Entendo que o fruto do conceito de sete meses de gestação deve ser reconhecido como preso político da ditadura militar e pelas torturas sofridas no período de sua vida intra-útero que lhe resultaram transtornos psicológicos, diz trecho do parecer de 2004, de autoria de Henrique Carlos Gonçalves, representante do Conselho Regional de Medicina de São Paulo na comissão estadual (GONÇALVES, 2013).

Diante do dissertado, é sensato que o abandono da Teoria Natalista, contida na maioria das nossas legislações, doutrinas e até mesmo jurisprudências, não se trata simplesmente de abraçar determinada tipo de tese ou concepção teórica, mas sim, de se reconhecer e dar relevância ao nascituro, protegendo-o de possíveis violações que possa sofrer e punindo tais violadores.

3 A QUESTÃO DO EMBRIÃO “IN VITRO”

A questão do embrião “in vitro” torna-se controversa acerca de sua consideração como sujeito de direitos, uma vez que não há um posicionamento acerca de sua natureza jurídica, sendo o enfoque maior da discussão a proteção do organismo que seria uma vida em potencial, na tentativa de aproximá-lo do nascituro, que possui direitos garantidos, uma vez que não há amparo legal para embriões crioconservados, sendo o tema tratado apenas na lei de biossegurança, enunciados de jornadas de direito civil e entendimentos jurisprudenciais.

Devido a falta de lei que trate sobre o tema, o embrião extrauterino não é resguardado legalmente, sendo esta lacuna legal fundamentada por não ser ao menos um nascituro, uma vez que não possui condições de desenvolver-se enquanto não seja implantado no útero materno e as disposições civis existentes não terem aplicação para a fecundação extracorporeal.

Uma vez que a interpretação das normas civis existentes não é estendida e não existe amparo legal sobre o tema específico, temos que o embrião “in vitro” não figura como um sujeito detentor de direitos ou garantias, sendo toda a discussão que ronda o direito do embrião extracorpóreo o da proteção a um organismo com potencial para ter vida.

A constituição federal não traz consigo fundamentação suficiente para a proteção da vida em laboratório e os existentes para a vida comum demonstram-se rasos para que sejam estendidos, ainda que seu texto tenha sido escrito pelos constituintes originários em 1988 na intenção de embasá-la em princípios e conceitos abertos para serem aplicados a situações novas, não era possível na época que os constituintes pudessem prever tamanho avanço tecnológico capaz de criar tal situação a ser tutelada, causando assim a atual ausência de direitos de personalidade definidos ao embrião extracorpóreo.

Com o advento da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), abriu-se um precedente para que a eventual proteção destes embriões fosse reduzida quase a zero, pois desta lei traz consigo a autorização de utilização do material fecundado em laboratório para estudos e terapias, havendo uma pequena restrição à sua utilização nos incisos do Art. 5º, como se observa abaixo:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Tramita pelo Congresso Nacional o PL 478/07, dos deputados Luiz Bassuma (PT/BA) e Miguel Martini (PHS-MG), que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro, compreendendo aquele concebido “in vitro” ou por qualquer outro meio científico eticamente, definindo o começo da vida no momento da fertilização do óvulo,

inclusive em caso de fertilizações in vitro, comprometendo assim a legalidade de pesquisas científicas e tratamentos de fertilidade no país.

O advento da lei de biossegurança culminou na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0 pelo Procurador Geral da República, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, questionando a constitucionalidade do Art. 5 da mesma, tendo em vista que entendeu haver violação do princípio do direito à vida do embrião crioconservado, considerando-o como um sujeito detentor de direitos, ação esta a qual o relator, Min. Carlos Ayres Britto disse em seu voto:

Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro) (BRASIL, 2008).

A decisão final expressa na ADI 3510 demonstra-se desfavorável a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ou até mesmo o princípio do direito a vida ao embrião ‘in vitro’, entendendo dever-se a aplicação desses princípios apenas de forma rasa, afim apenas de evitar a instrumentalização no uso das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, apresentando-se assim favorável a tais pesquisas, afastando assim a condição de sujeito de direitos do embrião crioconservado.

O relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação, fundamentando seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, destacando a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.

Carlos Ayres Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo” e sustentou a idéia de que para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano, reportando-se também a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças, vindo a ter seu voto de improcedência a ser acompanhado pelos demais ministros, havendo a divergência de apenas dois votos de parcial procedência proferidos pelos ministros

Ricardo Lewandovski e Carlos Alberto Menezes Direito, apenas com ressalvas quanto à forma de realização de tais pesquisas.

Diante disso, é oportuno afirmar que o embrião crioconservado, mesmo com clorosas discussões acerca de sua natureza jurídica e os reflexos desta, ainda não é dotado de personalidade jurídica nem goza os direitos que a acompanha, havendo apenas proteção contra possíveis violações no decorrer de pesquisas científicas.

3.1 EXTINÇÃO

Por análise dos direitos da personalidade, contidos no Capítulo II, do Código Civil do ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se auferir o alcance da titularidade desses direitos, em face de óbito, ou mais precisamente, extinção da personalidade (artigo 6º do Código Civil)³. Pois que, em se tratando de tais direitos, constatou-se caráter perpétuo e imprescritível, visão esta, defendida por Guillermo Borba (1991, v. 1:315) apontando genuinamente que os direitos da personalidade detêm vitaliciedade e perpetuidade, pois perduram durante a vida e além dela, afirmando ainda que, por isso, são imprescritíveis, haja vista sua proteção após o falecimento.

Nos dizeres de Venosa (2011, p. 133), “a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um, é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”, além de que o autor qualifica a personalidade não como direito propriamente definido, mas como uma idéia básica para que se fundamentem (Idem, p. 168), sendo seu portador apto ao exercício desses direitos perante a sociedade, podendo ser efetivados em vida ou mesmo após a morte, sendo nesse último caso, após a morte do detentor originário do direito, os familiares do falecido poderem defender judicialmente, em nome próprio o interesse do falecido, como disposto no artigo 12 do CC⁴, ressaltando, em toda forma, a relevância dos danos morais *in casu*. Valendo-se o adendo de que boa parte das sanções pecuniárias não conseguem suprir o dano causado ao requerente, pois que esta serve apenas como atenuante de sua dor, e medida disciplinadora para o condenado.

³ Art.6. A existência da pessoa natural termina com a morte, presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁴ Art.12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Em se tratando das sanções pecuniárias, ou seja, dos danos morais provocados pelo autor das agressões, tem-se que “fundamentalmente, é no campo dos danos morais que se situa a transgressão dos direitos da personalidade. De fato, em linhas gerais, não há danos morais fora dos direitos da personalidade” (VENOSA, 2011, p. 170). Concluindo-se ser essa especificidade exclusiva da aplicação de danos morais relativos a intervenções no âmbito dos direitos da personalidade, tais lesões, geralmente causadas, ao direito subjetivo - honra, imagem, nome.

Por referência ao supramencionado 12º artigo do Código de Direito Civil, reconhece-se sua transmissibilidade e consequente legitimidade aos sucessores da vítima, seja ascendente, descendente ou cônjuge. Portanto, conferindo titularidade a esses entes, caso se contaste potencial lesivo ou lesão a eles. Cabe, dessa forma, remeter a doutrina francesa, pela mesma ter fomentado a teoria do “*le dommage par ricochet*”, ou dano por ricochete (LOPES, 2012), aludindo aos reflexos causados pelos danos provocados às vítimas, diretas ou indiretas, cabendo ao autor do prejuízo, sua reparação. Entretanto, voltando-se para o ordenamento jurídico brasileiro, chega-se ao mesmo entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma,

O sofrimento, a dor e o trauma provocados pela morte de um ente querido podem gerar o dever de indenizar. Assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar pedidos de reparação feitos por parentes ou pessoas que mantenham fortes vínculos afetivos com a vítima. Trata-se de dano moral reflexo ou indireto, também denominado dano moral por ricochete (BRASIL, 2010).

Por revés, ao entendimento fundamentado pelo STJ, resguarda-se a forma de sua aplicação, tendo esta, o apresso da prudência e das ressalvas necessárias, para evitar a utilização de vantagens pecuniárias indevidas, de uso da má-fé. Portanto, ao aplicador da lei, cabe o dever de confrontar e examinar o caso concreto, minuciosamente, acordando com a norma abstrata que convir, evitando decisões arbitrárias e injustas.

Consoante ao apresentado, concomitante a hodierna constitucionalização do Direito Civil, deve-se incluir o entendimento de outro tribunal. Acerca da constitucionalidade desse tipo de apelação cível – de Danos Morais por reflexo-, constatando-se, assim, o entendimento contrário do Supremo Tribunal de Justiça

(STJ) com o do Supremo Tribunal Federal (STF) em se tratando desses casos nos quais os reclamantes sentem-se lesados por danos causados indiretamente por outrem. Da seguinte maneira:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL POR RICOCHETE. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. ENUNCIADO 279 DA SÚMULA/STF. Agravo regimental a que se nega provimento (AI nº 400.336-AgR/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Dje de 7/6/11). De sua fundamentação, porque pertinente à natureza da controvérsia em discussão nestes autos, destaque-se o seguinte trecho: Não se cuida de pretensão veiculada por vítima da chacina da Candelária, tampouco por representante legal em seu nome. A bem da verdade, trata-se de ação proposta por irmão de vítima do massacre, em interesse próprio. O que se alega, portanto, é a ocorrência de suposto dano moral por ricochete, vale dizer, prejuízo indireto à dignidade do autor em razão das ofensas mortais perpetradas contra seu ente querido. Tal circunstância, desconsiderada em segundo grau de jurisdição, interfere decisivamente na pesquisa do nexo de causalidade. É que a determinação do nexo de causalidade faz-se conforme a denominada teoria da causalidade direta e imediata, segundo a qual são indenizáveis apenas os danos decorrentes diretamente de uma conduta, afastados os prejuízos indiretos e reflexos. Nessa linha, a título meramente ilustrativo, confirmam-se os seguintes julgados: RE 130.764, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 07.08.1992; RE 369.820, rel. min. Carlos Velloso Segunda Turma, DJ 27.02.2004. Esse entendimento, que geralmente afasta a reparação civil de danos reflexos, encontra importante exceção no chamado dano moral por ricochete, como assevera a doutrina. No entanto, a ressalva decorre implicitamente da sistemática do Código Civil, o que desautoriza maiores divagações na instância extraordinária, cuja vocação está no exame de questões constitucionais. Além disso, o caráter excepcional da categoria de dano ora tratada torna mais difícil a prova da ocorrência do prejuízo por quem o alega, visto que fundamental é a efetiva comprovação do vínculo de afeto entre vítima e demandante. Nessa linha, a expressão francesa *préjudice d'affection* parece retratar com maior fidelidade o fenômeno debatido, que pode até mesmo prescindir das relações de parentesco. Assim, entendo que a ausência de suporte probatório acerca da relação de afeto entre o agravante e a vítima do bárbaro massacre inviabiliza a reforma do acórdão na esfera extraordinária, aplicando-se uma vez mais o enunciado 279 da Súmula. Nem se alegue suposta presunção relativa de dano em favor do autor, irmão da vítima. Certo, pode-se cogitar de tal presunção em favor de certas pessoas, como parentes próximos que tenham desenvolvido relação bastante íntima com a vítima. No entanto, do parentesco, por si só, nada se extrai. Do contrário, por exemplo, a mãe que abandona o filho em tenra idade poderia alegar dano moral reflexo pela morte do descendente e vencer a demanda, na hipótese de revelia. Por isso, é fundamental a comprovação da relação de afeto, mormente no presente caso, em que o demandante não é pai, nem mãe, mas irmão. Nunca é demais lembrar: consideradas as circunstâncias do massacre, o vitimado provavelmente era um morador de rua entregue à própria sorte. Por fim, não há presunção relativa oponível à Fazenda Pública, cuja atuação em juízo está voltada à proteção do interesse público, de caráter indisponível (artigos 320, 320 e 351 do Código de Processo Civil, com as devidas adaptações). Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 18 de agosto de 2011. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (STF - RE: 545376 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI,

Data de Julgamento: 18/08/2011, Data de Publicação: DJe-164
DIVULGADO 25/08/2011 PUBLICADO 26/08/2011) (BRASIL, 2011).

Sob tais circunstâncias, conforme o apresentado, a doutrina e o STJ concordam e assumem posicionamento uno. Em sentido contrário ao entendimento do STF. Visto que, tais tribunais desacordam frente à análise de casos nos quais se impetra recurso por apelação cível reclamando Danos Morais por reflexo, ou causados de forma indireta a parentes próximos, cônjuges e de acordo com Rosenvald e Farias (2013, p. 204) (...) o companheiro ou parceiro homoafetivo sobrevivente, também como pessoa com a qual a vítima direta teve fortes laços de amizade. Nesse sentido:

Defendemos, porém, a tese do caráter exemplificativo desse rol. Com efeito, não se pode negar que o enteado ou o padrasto, um amigo querido ou mesmo uma noiva ou namorada podem sofrer, indiretamente, um dano decorrente da violação da personalidade do morto. O vínculo afetivo estabelecido pode ser igual ou ainda mais forte, razão pela qual entendemos ser exemplificativo o rol indicado no dispositivo legal. Em sendo assim, ao reconhecer o caráter exemplificativo desse rol, poderão estar abrangidos os colaterais, mesmo quando se tratar de dano causado à imagem de uma pessoa morta, se provada a relação afetiva entre falecido e o seu parente colateral (Idem, p. 204).

Em suma, apresenta-se a questão da legitimidade da tutela referente aos direitos da personalidade. Demonstrando-se, pois, o sujeito de direito sobrevivente que com a vítima direta da agressão, constatado ou presumida seu falecimento, caso sinta-se lesado de forma indireta, ou por reflexo, pode invocar de forma autônoma, em próprio nome, a defesa de seus direitos, com vistas a resguardar a memória da personalidade de alguém de sua família que já faleceu (Idem, p. 204).

4 CONCLUSÃO

Do abordado, seguindo a linha de raciocínio lógica-dedutiva, conclui-se a interpretação pelo abandono da teoria da Doutrina civil-constitucional da concepção Natalista do feto, uma vez que esta não corresponde a novas situações não previstas anteriormente e que necessitaram de tutela jurisdicional, como o caso do nascituro, que anteriormente não era ao menos discutido e hoje já possui proteção a elementos como honra, imagem e moral, concretizando assim a adoção pela teoria

concepcionista no momento da interpretação do feto como um sujeito detentor de direitos e garantias . Por se tratar do respeito a dignidade da pessoa humana, garantia presente no Artigo 1º, III da Constituição Federal, tal posicionamento reflete no reconhecimento e relevância do nascituro, protegendo-o de possíveis violações que possa sofrer, assim como, punição dos eventuais agressores.

Sobre a controvérsia que ronda o nascituro, de acordo com análise legal e jurisprudencial fica constatado que o embrião extrauterino definitivamente foi excluído do rol de direitos e garantias as quais protegem o nascituro, sendo permitido até então a realização de estudos científicos com os mesmos para avanços de tratamentos médicos, não havendo defesa de direito algum que trate desses embriões “in vitro”, em grande parte por não possuírem ao menos uma natureza jurídica definida, muito menos serem considerados sujeitos detentores de direitos.

Em seguida, analisa-se a extinção dos Direitos da Personalidade, haja vista sua perpetuação mesmo após o falecimento do titular direito de tais direitos, apontando genuinamente que esses direitos detém vitaliciedade e perpetuidade, pois perduram durante a vida e além dela, afirmando ainda que, por isso, são imprescritíveis, haja vista sua proteção após o falecimento, em que após a morte do detentor originário do direito, os familiares do falecido poderão defender judicialmente, em nome próprio o interesse do falecido, ficando claro assim que o direito não se extingue, vindo a transmitir-se apenas a legitimidade para pleiteá-lo.

Apontando, dessa maneira, para a legitimação da outorga dessa garantia legal, mediante apelação cível de Danos Morais indiretos. Possibilitando aos que se sintam lesados, interpor medida de reclamação autônoma, em próprio nome, em defesa do ente falecido.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BORDA, Guillermo Antonio. **Manual de derecho civil**: Parte General. 15. ed. Buenos Aires: Perrot, 1991.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 nº 3510**. Recorrente: Procurador-Geral da república. Recorrido: Presidente da república e Congresso nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 545376**. Recorrente: Dilson Bertoeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: 18 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RE+545376+RJ%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 1.208.949**. Recorrente: José Renato de Oliveira. Recorrido: Orlando Orsini e Outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília: 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1208949_MG_1294853430789.pdf?Signature=7kLlswtvKhHTffqijAgumUm%2Fa%2F4%3D&Expires=1511406374&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=714e3881248aba30c5a7d88383cdbc3e>. Acesso em: 16 out. 2017.

DOMINGOS, Roney. Estado reconhece que feto foi torturado. **G1**: o portal de notícias da Globo, São Paulo, 08 fev. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL4781-5605,00-ESTADO+RECONHECE+QUE+FETO+FOI+TORTURADO.html>>. Acesso em: 08 fev. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte geral e LINDB. 11. ed. Bahia: Juspodivm. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GONÇALVES, Carlos Henrique. **Conselho regional de medicina do estado de São Paulo, consulta nº 76.842/2013.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmisp/pareceres/2013/76842_2013.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

LOPES, William Cândido. **Considerações pontuais acerca do Dano Moral com efeito Ricochete na Seara Trabalhista.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-pontuais-acerca-do-dano-moral-com-efeito-ricochete-na-seara-trabalhista,35501.html>>. Acesso em: 14 out. 2017.

LOPES, William Cândido. Dano Moral por ricochete na seara Trabalhista. **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento.** [S.l.], 13 março 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-por-ricochete-na-seara-trabalhista>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 4. ed. São Paulo: Método. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. v.1. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.