

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
DISSERTAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

THAÍS CRISTINA SILVA MOURA

TABAGISMO E GESTAÇÃO:
Sobre a responsabilização civil da gestante

Uberlândia – Minas Gerais

2017

THAÍS CRISTINA SILVA MOURA

TABAGISMO E GESTAÇÃO:

Sobre a responsabilização civil da gestante

Dissertação, apresentada à banca examinadora, como membro da 7ª turma do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, referente ao desenvolvimento da dissertação na linha de pesquisa intitulada “sociedade, sustentabilidade e direitos fundamentais”.

Orientador: Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia – Minas Gerais

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M929t Moura, Thaís Cristina Silva, 1990-
2017 Tabagismo e gestação : sobre a responsabilização civil da gestante /
Thaís Cristina Silva Moura. - 2017.
147 f. : il.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Fumo -
Vício - Teses. 4. Mulheres grávidas - Uso de drogas - Teses. I. Martins,
Fernando Rodrigues. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

THAÍS CRISTINA SILVA MOURA

TABAGISMO E GESTAÇÃO:

Sobre a responsabilização civil da gestante

Dissertação, apresentada à banca examinadora, como membro da 7ª turma do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, referente ao desenvolvimento da dissertação na linha de pesquisa intitulada “sociedade, sustentabilidade e direitos fundamentais”.

Orientador: Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins

____ de _____ de 2017

Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins

Orientador

Professora Doutora Maria Paula Costa Bertran Muñoz

Examinadora

Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira

Examinadora

*Aos meus amados pais, Magda Regina e
Márcio;
À minha amada irmã, Amanda Livia;
À minha falecida avó, Terezinha;
Ao meu falecido Tio Válter;
Ao meu anjo canino;
Duquesa;
aos amigos,
aos memoráveis professores e
aos bons corações dedico este trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à minha família e amigos por compreenderem minha ausência e estresse nesse período de mestrado. À minha mãe Magda Regina, minha inspiração de perseverança, o meu muito obrigada pelas valiosas informações médicas relativas ao meu trabalho. Ao meu pai, Márcio, sempre companheiro, exemplo de honestidade e fortaleza, meus agradecidos aplausos por compartilhar a trilha desse mesmo caminho de qualificação. À minha irmã, Amanda Livia, meu obrigada por me acolher em sua casa e pelo apoio sempre leve que proporciona em todos os momentos da minha vida. À Isabel, amiga, que nunca me deixou na mão nesse caminho tortuoso e solucionou todas as minhas dúvidas e problemas, não apenas acadêmicos, mesmo em seu momento de descanso. Ao amigo Vagner Bruno pelos vários livros emprestados e pelas várias gargalhadas gratuitas. À minha avó Sílvia; às tias Sirlene, Mariza e Wagna; às primas Anaíza, Letícia e Lorrane; aos amigos Guilherme, Isis, Ana Angélica, Larissa, Fernanda Akemi, Juliana, Maria Fernanda e Mona, obrigada por sempre estarem prontos para as minhas lamúrias e pelo apoio incondicional que me deram durante essa fase. Ao corpo docente do programa de mestrado, em especial meus orientadores Professora Doutora Silvana Lúcia Henkes e Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins pelos apontamentos e correções ao longo do processo dissertativo. Aos colegas da 7ª Turma e especiais da 6ª Turma de Mestrado, muito obrigada por serem companheiros nessa jornada.

RESUMO

A problemática que se propõe neste trabalho resume-se na seguinte pergunta: baseando-se na proteção civil-constitucional outorgada pelo Direito brasileiro ao nascituro e ao nascido, bem como aos outros possíveis interessados juridicamente, a gestante seria responsável civilmente pelos danos causados àqueles em decorrência do consumo de tabaco durante a gravidez? Em quais moldes jurídicos materiais essa suposta responsabilidade ajustar-se-ia? Tais questionamentos são desenvolvidos por meio da perspectiva zetética tendo como justificativa o melhor caminho para demonstrar as várias possibilidades de interpretação do recorte, pois se constitui em tema carregado de polêmica. Ao lado da zetética, anda o método de abordagem indutivo, por não utilizar-se de premissas e sim da análise de desdobramentos selecionados do caso em observação. No entanto, por influência da perspectiva, não se almeja chegar a apenas uma conclusão geral, mas às conclusões das respostas possíveis. Neste escrito, percebeu-se a influência multidisciplinar na responsabilidade civil. Apontou-se a inegável dignidade do nascituro, variando as posições quanto a já ser um ser humano e a possuir personalidade jurídica. Discorreu-se sobre a desigualdade estrutural de gênero que existe historicamente na sociedade e como isso afeta as mulheres, principalmente no que diz respeito à maternidade. Compilou-se as diversas consequências do tabagismo na gestação segundo pesquisas médico-científicas atuais. E na análise da relação jurídica, relacionou-se tais decorrências aos conceitos de dano, causalidade, perda de chances, imputabilidade, ponderação, e buscou-se ampliar a visão concernente aos diversos aspectos do recorte temático. Concluiu-se que, em relação à gestante tabagista, a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil passa, necessariamente pelo nexo de imputação da culpa. Já a respeito dos demais elementos da reparação, eles ficam a critério do julgador no caso concreto, do possível litigante e do curioso do saber jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil da gestante. Tabagismo na gestação. Mulher e dignidade.

RÉSUMÉ

La problématique de ce travail reflète la question: concernant la protection civil constitutionnel accordée par le Droit brésilien aux enfants conçu et aux enfants nés, ainsi que les autres possibles protégés, l'enceinte serait responsable civilement par les dommages causés pour pratiquer le tabagisme? Dans quelles limites matériels cette responsabilité peut être appliquée? Pour répondre ces interrogations, ce travail utilise la méthode zététique, le meilleur chemin pour trouver les différentes réponses possibles, car cette dissertation a une thématique polémique. Et à côté de la zététique il est prudent choisir le méthode d'approche inductif, pour n'avez pas besoin de premisses, mais oui de l'analyse des développements du cas en observation. Cependant, à cause de la méthode, on ne vise pas une conclusion générale, on si cherche la diversité de jugements et interprétations avec les réponses possibles. Introductions établies, ce travail a une approche interdisciplinaire avec le foyer dans la responsabilité civile moderne et post moderne, dans l'etatut juridique de l'enfant conçu, avec la division que montre sa dignité et la doute qui reste sur sa humanité et personnalité avant la naissance. En outre, ces écrits ont une trajectoire historique de les femmes et sa lute pour égalité, principalement sur la maternité. Ist est aussi compilé dans cette dissertation beaucoup de recherches scientifiques actuelles sur la grossesse associée au tabagisme. Et dans l'analyse juridique, le thème développe les concepts du dommage, de la causalité, de la théorie de la perte d'une chance, de l'imputabilité et de la pondération. Finalement, la conclusion est basée sur l'adéquation de l'élément de la faute, si on parle de l'enceinte, mais aussi cherche des autres réponses avec l'idée de responsabilization collectif de l'industrie du tabac.

MOTS-CLÉ: Responsabilité civile de l'enceinte. Grossesse et tabagisme. Dignité maternelle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BDP	Broncodisplasia pulmonar
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CID	Classificação Internacional das Doenças
CONICQ	Convenção Quadro para Controle do Tabaco
CP	Código Penal
DDT	diclorodifeniltricloroetano
DSM	Manual de Diagnóstico e Estatístico
DUM	data da última menstruação
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HPIV	hemorragia peri-intraventricular
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IG	idade gestacional
INCA	Instituto Nacional de Câncer
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
MLAC	Movimento para a Liberação do Abortamento e da Contracepção
OMS	Organização Mundial da Saúde
RCIU	Restrição de crescimento intra-uterino
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
ROP	Retinopatia da prematuridade
SMSL	Síndrome da morte súbita do lactente
TDAH	Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade
UTIN	Unidades de Terapia Intensivas Neonatais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TABAGISMO, SOCIEDADE E CONSEQUÊNCIAS NA GESTAÇÃO	13
2.1 Tabaco: Introdução histórico-cultural	13
2.2 O fumo, a composição química e a neurobiologia do vício	18
2.3 A voz da medicina sobre a relação entre tabagismo e gestação	25
2.4 A resposta jurídico-política às descobertas científicas relacionadas ao tabaco	37
3 SUBJETIVIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA: SOBRE O NASCITURO	42
3.1 Nascituro e dignidade	44
3.2 Nascituro e humanidade	50
3.3 Nascituro e personalidade	56
4 SUBJETIVIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA: MULHER E MATERNIDADE	67
4.1 Mulher e igualdade	67
4.2 Mulher e liberdade	71
4.3 Mulher e solidariedade	75
4.4 Mulher e integridade psicofísica	80
5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR FUMAR NA GRAVIDEZ	84
5.1 O dano ressarcível	89
5.2 O nexo de causalidade	102
5.3 A perda de uma chance	109
5.4 O nexo de imputação	112
5.5 A ponderação dos direitos fundamentais envolvidos e o <i>quantum respondeatur</i>	124
6 CONCLUSÕES	136
REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

Uma das agruras de se ler um texto jurídico considerado precioso ou tradicional é o fato de que a maior parte das obras começa por desbravar conceitos e assuntos basilares, os quais apenas agregam sentido ao final da leitura e, por sua vez, essa leitura deve ser reiterada com a finalidade de ser bem entendida e não apenas guardada na memória.

Apesar dessa forma de escrita agregar mistério e desenvolvimento gradativo do assunto, o fato é que a atual escassez do tempo, pelas exigências contemporâneas das informações rápidas e virtuais, exige cada vez mais direcionamento ao ponto o qual se deseja dissertar.

Essa urgência que pede pragmaticidade deve, no entanto, conduzir o assunto de forma não rasa e conseqüentemente levar ao estudioso o esclarecimento da relevância do que se afirma a cada passo dado no raciocínio, rumo à compreensão de toda a temática proposta.

Tendo por norte esse procedimento na escrita, o assunto de que se trata esta dissertação é “Tabagismo e gestação: sobre a responsabilização civil da gestante”.

Nesse sentido, a problemática que se propõe resume-se na seguinte pergunta: baseando-se na proteção civil-constitucional outorgada pelo Direito brasileiro ao nascituro e ao nascido, bem como aos outros possíveis interessados juridicamente, a gestante será responsável civilmente pelos danos causados àqueles em decorrência do consumo de tabaco durante a gravidez? Em quais moldes jurídicos materiais essa suposta responsabilidade ajustar-se-ia?

Mais interessante do que apenas uma solução a essa indagação, é averiguar o maior número de respostas possíveis, sempre voltando o foco à pergunta formulada. Essa escolha configura-se na prevalência do olhar zetético frente à visão dogmática da questão. A justificativa para a utilização dessa perspectiva encontra-se no caráter polêmico e interdisciplinar da relação posta em observação. Somente por meio da zetética analítica aplicada é que adequadamente se estabelece uma reflexão mais próxima à completude sobre a relação de conflito entre o direito à autodeterminação da gestante fumante e os direitos à saúde, à vida e o livre desenvolvimento do feto e do filho nascido.

Ao lado da zetética, anda o método de abordagem indutivo, por não utilizar-se de premissas e sim da análise de desdobramentos selecionados do caso em observação. No entanto, por influência da perspectiva, não se almeja chegar a apenas uma verdade geral, mas às verdades das respostas possíveis.

Como marco teórico elege-se principalmente a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, sobre danos à pessoa humana, mantendo-se o foco no direito civil-constitucional, e tendo como limite o princípio da proibição do retrocesso no que diz respeito a direitos fundamentais.

Justificadas as escolhas sobre o método de confecção do trabalho, também se faz necessária explicação no tocante à adequação do tema à linha de pesquisa “Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais” do programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Na profunda essencialidade do trabalho proposto, vê-se que há uma análise de confronto entre direitos fundamentais tanto da gestante quanto do nascituro e um possível comprometimento dos direitos fundamentais do filho nascido e de outros interessados que possam surgir. Nesse aspecto, ao possível comprometimento direto da futura geração, incute-se a importância do tema não apenas no aspecto privado familiar, mas na questão pública das políticas antitabagistas, fato que interessa à sociedade como um todo. Além disso, o princípio da sustentabilidade vê-se representado no aspecto do equilíbrio das ações das gerações presentes para a preservação das gerações futuras.

Ainda, sobre os estudos anteriores, é preciso enfatizar que durante as pesquisas foi encontrado o estudo de doutoramento de Silma Mendes Berti, intitulado “Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez”. Ao fazer a divisão de seu trabalho em três partes, uma relacionada ao nascituro, outra relacionada à mãe e outra à responsabilidade civil, estabelece-se a diferença tanto em abrangência de estudo, por citada autora considerar a responsabilidade geral da gestante e não apenas ao uso específico do tabaco, quanto em seleção de parâmetros de análise, pois a referida conclui pela mais provável responsabilidade subjetiva da gestante, sendo um estudo dogmático por essência, no que difere desta proposta zetéica a ser discorrida.

Estabelecidas as justificativas e apontado estudo anterior, é possível estabelecer quatro núcleos para a dissertação do objeto a ser analisado. Cada qual possui complexidade o suficiente para tornar-se por si só foco de grandes teses, mas procurar-se-á, dentro das limitações que o período de mestrado impõe, destrinchar cada um desses elementos nos moldes do questionamento proposto.

O núcleo objetivo da temática encontra-se na prática do tabagismo. O consumo de tabaco *per se* é hábito que vem sendo sistematicamente desestimulado pela sociedade, com grande atuação do Estado, ambos empenhados em coibir aos poucos esse comportamento, até a sua almejada eliminação do meio social.

Entretanto, mesmo com o citado e perceptível esforço e com o significativo decréscimo do tabagismo, ainda existem ferrenhos defensores da liberdade de escolha do consumo da substância, corroborados pelas indústrias do meio. Essa escolha, por mais que considerada inicial frente a possível vício, quando conjugada com o período de gestação, e, ainda, pela publicidade e análise de relevância dos estudos científicos realizados acerca desse proceder da gestante, ganha proporções que, se jurídicas, são de uma profundidade reflexiva interessante.

Além disso, mais dois núcleos são extraídos, agora das partes da relação jurídica em comento, quais sejam: o nascituro e a gestante. Apesar do fato de ambos entes serem quase que intrinsecamente ligados e estabelecerem uma relação de desigual dependência física, cada qual possui também o seu universo a parte, fazendo com que o conteúdo dos capítulos subsequentes sejam tomados pelo detalhamento dos assuntos relevantes sobre cada uma dessas partes. O filho nascido e os demais afetados inserem-se no contexto pós exposição ao tabaco, no que é adequada a inserção da sua análise quando tratarmos da própria relação de dever e responsabilidade no último capítulo.

Aí vem o quarto núcleo da discussão, o regime civil-constitucional centrado na divisão do ramo civilista da responsabilidade civil, mas com um olhar constitucional a partir do princípio da dignidade humana, cujos direitos e garantias fundamentais derivados serão base de aprofundamento para as possibilidades oriundas do ordenamento nacional aplicáveis ao recorte temático posto.

Mas antes de poder afirmar a possibilidade da atuação do Direito em tal missiva, a relação em destaque atinge, de semelhante modo, esferas primordialmente morais e seguidamente éticas, as quais inevitavelmente estarão presentes durante todo o trabalho. A moral encontra-se imbuída dos dogmas espirituais que fundem o fenômeno da concepção com o primeiro sopro de vida e, portanto, da necessidade de proteção do embrião, seja em qual fase ele estiver, como entidade dotada de humanidade, de dignidade e de personalidade, e, assim, exige do Direito toda a sua proteção.

Já a ética humanista, ou seja, baseada nos valores dos direitos humanos, esse campo de discussão dança conforme as correntes bioéticas sobressalentes após a paz alcançada em 1945, mas é possível afirmar que predominantemente consagra o embrião com o estatuto da dignidade, valor-chave para os atuais acordos internacionais, variando as noções de humanidade e personalidade conforme os fins os quais se busca justificar nos códigos deontológicos objetivos.

O Direito é, superada a análise fechada proposta pela escola da Exegese e antes da visão científica proposta pelo normativismo, um instrumento cultural e histórico de poder e organização que, portanto, varia a cada grupo societário. A harmonização desses diferentes ordenamentos, nem sempre bem sucedida, é comandada pelos princípios em voga no cenário internacional, também denominados de Direito Internacional Público, significativamente movido por questões políticas.

Pelo fato de existirem esses núcleos jurídicos diferenciados é que urge o recorte desta dissertação nos limites do ordenamento brasileiro, o que não significa a exclusão das influências do Direito Internacional Público, por expressa abertura do próprio sistema jurídico nacional.

Sobre a atuação do Direito no caso específico em análise, tal como os diagramas de Euler-Venn ou os sistemas autopoieticos defendidos por Teubner e Luhmann, é possível dizer que ou a relação encontra-se em uma zona cinzenta das intersecções entre a moral, a ética e o direito ou o direito incorpora esses conceitos como uma forma de autocompletar-se. Se fôssemos escrever um trabalho dogmático, escolheríamos uma ou duas dessas esferas para construir argumentos de defesa que garantissem a melhor perspectiva da adequação em seu uso na problemática. Ao contrário e mais abrangentemente, a perspectiva zetética vem somar a expansão dos horizontes na análise da relação em observação, já com a reiterada alegação de seu caráter polêmico e interdisciplinar.

E nessa dimensão multiresponsorial importa demonstrar todas as faces de cada fragmento de observação que se possa pensar. Sobre o recorte consegue-se sistematizar as seguintes dúvidas: qual a representação do tabagismo na sociedade, quais as influências do tabaco na gravidez, qual a situação jurídica do nascituro, quais os deveres da gestante, quais os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil e se os aspectos objetivos e subjetivos do caso analisado são suficientes para a configuração dessa responsabilidade. É o que se intenta fazer nas palavras seguintes.

2 TABAGISMO, SOCIEDADE E CONSEQUÊNCIAS NA GESTAÇÃO

O uso do tabaco já está tão disseminado socialmente que mal crível é o fato de que a Europa ocidental o conheceu apenas a partir de meados do século XVI. A trajetória de industrialização e capitalização desse mercado alavancou o lugar dos produtos fumígenos na sociedade e inseriu a mulher como consumidora fiel e específica.

Nesse sentido, é imprescindível que, para um trabalho como este, visionário das possíveis consequências jurídicas do tabagismo na gestação, mais especificamente da responsabilidade civil da gestante, se faça uma digressão histórica da inclusão do público feminino nesse mercado e, para tanto, necessário contextualizar as suas origens.

Começar pelo tabaco é coroar a multidisciplinaridade do assunto e, ainda, injetar as terminologias médicas estranhas ao campo jurídico, zona de conforto desta pesquisa, reforçando a importância do conhecimento da realidade biológico-social para a aplicação das antigas máximas romanas e das novas tendências transformadoras da tradição aquiliana no assunto proposto.

2.1 Tabaco: Introdução histórico-cultural

Já explicitada importância da retomada histórica na introdução do uso do tabaco na sociedade europeia ocidental, é também adequado lembrar que devido aos limites temporais e de conteúdo do presente trabalho, não se poderá fazer jus a uma historiografia propriamente dita. Ao invés, apontar-se-ão fatos destacados por especialistas que auxiliem na compreensão da aceitação do tabagismo por grande parte da sociedade e, principalmente, no que diz respeito ao público feminino.

Buscando esse esclarecimento, trazemos o trabalho de Jean Baptiste Nardi¹, que considera o período 1570-1830 da realidade brasileira para seu estudo histórico e econômico da lavoura de tabaco. Segundo o autor, durante muitos anos, “Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas”, obra de Antonil, de 1711, foi única referência bibliográfica no assunto, mas esse antigo estudo também causou alguns equívocos ao relacionar o fumo apenas com as grandes propriedades ou com seu valor comercial².

¹ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 19.

² Em busca de outras fontes, encontrou Maria da Conceição Cheis com o estudo pioneiro sobre o tabaco em Portugal. Carl A. Hanson também forneceu algumas informações em seu artigo sobre contrabando. Além desses, Nardi cita Raul Esteves dos Santos, Pierre Verger, José Roberto do Amaral Lapa, Catherine Lugar, Lucinda Coutinho de Mello Coelho e Ulysses Pernambucano de Mello Neto.

Tendo a gama de referências estabelecida, apontou uma peculiaridade da economia da lavoura de tabaco no período examinado: uma administração própria “que interferiu não só na legislação tributária como também na qualidade do produto, e em suas condições de produção e circulação, incluindo a navegação”³.

O tabaco, sendo planta nativa do continente americano, com duas espécies conhecidas na época pré-colonial, *Nicotiana tabacum* na América do Sul e *Nicotiana rustica* nas Antilhas, era mascado, bebido e fumado em folhas de milho ou cachimbos pelos ameríndios. Era uma prática importante na cultura dos tupis-guaranis, que cultivavam a planta⁴. Esse uso caracteriza-se por seu significado religioso e mágico, diferente daqueles propagados pelos Europeus colonizadores com expressão hedonista, ornamental e medicinal da planta.

Dois companheiros de Cristóvão Colombo foram os descobridores europeus do vegetal, Rodrigo de Jeres e Luís de Torres, na ilha de Cuba. Eles viram os índios “chupar a fumaça de certas ervas secas metidas numa folha, também seca, à maneira de um mosquete feito de papel, e aceso por uma parte dele”⁵. Foi a partir desse mosquete que a nomenclatura tabaco foi cunhada pelos índios de Cuba.

O fator social é apontado como o principal responsável pelo sucesso do fumo nesses tempos primórdios, mais do que o aspecto comercial dominante posteriormente. O fumo ajudava os marinheiros e soldados a relaxarem e descansarem durante as viagens da Companhia das Índias Ocidentais e, ao voltarem, o hábito lhes conferia um ar exótico de quem era aventureiro, que provocava admiração nos que ficavam em terra. E o tabaco se espalhou pelas inúmeras viagens marítimas feitas durante as primeiras décadas do século XVI. Já antes de 1565 era comum o seu uso por marinheiros (destaques para Fernando Cortés, Jacques Cartier, Walter Raleigh e John Drake) desde a Europa até a Marinha de carreira da Índia⁶.

Os marinheiros castelhanos e lusitanos levaram o fumo da Espanha para a Turquia e dali para a Índia, as Filipinas e o Japão, aonde chegou no final do século XVI. Sustenta-se que a introdução do tabaco na África foi feita exclusivamente pelos portugueses, e o sucesso imediato da droga no continente foi devido às semelhanças religiosas com os ameríndios e não por puro hedonismo. Contudo, entre os negros cativos na América, o fumo não conotava propriedades transcendentais e sim simplesmente anesthesiava as agruras do trabalho árduo⁷.

³ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 20.

⁴ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 23.

⁵ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 23-24.

⁶ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 24-25.

⁷ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 25-26.

Nardi diz que foi, sem dúvida, a entrada do fumo brasileiro em Portugal o fato que causou mais impacto na propagação do uso do tabaco. Em 1566, Damião de Góis escrevia na sua “Crônica do sereníssimo senhor Rei d. Manuel” que o primeiro a levar o fumo a Portugal foi Luís de Góis. O Padre Serafim Leite aprofundou-se nesse fato, informando que esse nasceu por volta de 1504 e participou na expedição de Martim Afonso de Sousa ao Brasil para tomar conta da capitania de São Vicente, não obteve sucesso e voltou por volta de 1542 a Portugal com a planta.

Em 1560 o senhor Jean Nicot, embaixador da França, conheceu o tabaco nos viveiros da infanta d. Maria e levou seu pó para a rainha Catarina de Médicis, que tinha crises de enxaqueca. Na França o fumo ficou conhecido como *Herbe à la Reine* ou *Petum*, como era nomeado pelos indígenas brasileiros tupis. Foi em homenagem à Jean Nicot que Lonitzer deu à planta o nome científico *nicotiana*, e justamente esse nome adotaram outros botânicos. Em 1572, Jacques Gohory publicou “*Instructions sur l’herbe petum*”, acerca dos alegados aspectos medicinais do tabaco⁸.

O fumo consumido pelas cortes era diferente daquele dos soldados e marinheiros, o qual era exibido em corda ou mascado, e nas cortes era reduzido a pó e pitado, conhecido pelo nome de rapé. Havia indústrias de rapé em Havana e em Sevilha. Nesse sentido, o rapé era um produto de luxo⁹.

Entretanto, diante desse sucesso da droga, também havia quem desconfiasse de males que poderiam ser causados pelo hábito de usá-la. O fumo, portanto, teve opositores desde cedo, dentre os quais o mais célebre desses foi o rei da Inglaterra, Jaime I, que publicou em 1604 o texto “*Counterbast to tobacco*”, o primeiro livro antitabagista¹⁰. Vários países tentaram proibir seu uso no início do século XVII, tais como o Japão e a Turquia. Mesmo a Igreja Católica lançou-se a condenar o uso aos seus membros através da bula do Papa Urbano VIII¹¹. Mas essa oposição inicial não foi suficiente para conter a difusão do seu consumo.

Contra todas essas investidas, a produção do fumo proliferou-se, tendo como referências Cuba e o Estado norte-americano da Virgínia. Em 1776, o beneficiamento de

⁸ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 27.

⁹ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 28.

¹⁰ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 28-29.

¹¹ Em 1839, Honoré de Balzac, elaborou um ensaio, no qual inseriu o tabaco como um dos estimulantes modernos, cujo consumo acabou tornando-se excessivo, juntamente com o álcool, o açúcar e o chá. Atribuía a essas substâncias a capacidade de atingir as mucosas e, portanto, de abreviação da vida. Vide: BALZAC, Honoré. **Sobre o café, o tabaco e o álcool**. trad. Largebooks. Lisboa: Padrões Culturais, 2008.

tabaco ajudou a pagar os empréstimos obtidos da França para o financiamento da independência dos Estados Unidos¹².

E o crescimento não parou. Com a Revolução Industrial, surgiram as primeiras indústrias do tabaco: Phillip Morris (1847) e J.E. Liggett and Brother (1849), ambas nos Estados Unidos da América. O principal produto dessas pioneiras era o tabaco de mascar e depois o charuto, sendo a popularidade do cigarro atribuída ao período pós 1900. Essa notoriedade foi alcançada com o endosso dessas e outras vindouras organizações industriais, as quais acabaram por associar o hábito de fumar ao ideal de modernidade, símbolo de novos e esclarecidos tempos, através de meticulosa publicidade.

No entanto, até final dos anos 20 e início dos anos 30, esse mercado ficou restrito ao consumidor masculino, explodindo seu consumo na Primeira Guerra Mundial. Considerava-se contra os bons costumes as mulheres consumirem tabaco em público. Quem introduziu a ideia de expandir esse hábito para as novas consumidoras foi Edward Bernays, sobrinho de Sigmund Freud e visionário da nova profissão da época, conhecida hoje como Relações Públicas. Bernays empenhou em associar o tabagismo à busca da independência feminina¹³.

Em 1924, a Phillip Morris começava a divulgar sua mais nova marca Marlboro para o público alvo feminino. Este lançamento serviu de estímulo à concorrência, a American Tobacco Company, que iniciou a publicização do consumo de seu produto Lucky Strike para as mulheres¹⁴.

A maior e mais efetiva fonte de *marketing* foi protagonizada pela parceria entre a indústria do tabaco e o cinema de Hollywood. Via-se os mais famosos atores da cena pitando como uma recompensa após realizarem atos heroicos ou conquistarem atos considerados viris ou felizes. Ainda, via-se o tabagismo associado a momentos de descontração, somado a bebidas alcóolicas, ou simplesmente compondo a justificativa para um momento de descanso do trabalho.

Já no Brasil, a descoberta do fumo pelos portugueses teve o seu início com os escambos realizados entre as populações indígenas e os colonos europeus, tal como defende Nardi¹⁵. Além das trocas necessárias, fato que uniu colonos e índios, foi a falta de mantimentos de origem portuguesa – causada pela demora dos navios em abastecer a região –

¹² BOSTON UNIVERSITY MEDICAL CENTER. **History of tobacco**. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/health/syllabi/tobacco/history.htm#industry>>, acesso em 23 set. 2016.

¹³ BEDENDO, Marcos. **O último suspiro da indústria do tabaco**. Publicado em 27 de julho de 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/branding-consumo-negocios/2016/07/27/o-ultimo-suspiro-da-industria-do-tabaco/>>, acesso em 23 set. 2016.

¹⁴ BOSTON UNIVERSITY MEDICAL CENTER. **History of tobacco**. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/health/syllabi/tobacco/history.htm#industry>>, acesso em 23 set. 2016.

¹⁵ NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 30-35.

a responsável pelo cultivo do fumo pelos colonos, pois sobrava à eles a tarefa de aprenderem a cultivar os ingredientes sulamericanos para alimentar-se.

Enquanto podia-se trocar livremente e pacificamente com os indígenas, os alimentos eram produzidos pelos nativos. Entretanto, a convivência culminou mais tarde com a “guerra justa” de 1562-1563, na qual os colonos tentaram retaliar os indígenas por rebelarem contra a exploração escravagista da sua mão-de-obra, causa que teve apoio dos jesuítas.

De agricultura de subsistência, o fumo foi para a agricultura de grande extensão, pois se revelou um produto facilmente cambiável nos portos e, diferentemente do açúcar, não necessitava de capital inicial para começar a sua lavoura, sendo planta nativa da região¹⁶. No dia 25 de abril de 1903, o jovem imigrante português Albino Souza Cruz colocou em funcionamento a primeira máquina do Brasil a produzir cigarros já enrolados em papel¹⁷.

O resto da história brasileira relacionada ao cigarro não se difere muito da ocorrida no norte do continente. Embora o cinema nacional ainda lute para se manter através de fomento governamental¹⁸, as revistas ilustradas e o próprio cinema hollywoodiano, principalmente na década de 30¹⁹, incorporaram o papel da propaganda indireta do cigarro.

Lara Lopes²⁰, em sua dissertação de mestrado, estudou as páginas singulares da revista Ilustração Brasileira, as quais, entre os anos de 1935 e 1958, retratam mulheres fumando, com o objetivo de divulgar indiretamente um estilo de vida que incluísse o consumo de cigarros industrializados. Esse *merchandising* por *product placement*²¹ era divulgado para o grande público como símbolo da mulher moderna, que realçava sua beleza com gestos suaves de sorver e soprar a fumaça.

¹⁶ No início da década de 1990, o fumo ainda era plantado em alternância, no mesmo solo, com a mandioca, o milho e o feijão, em todas as regiões brasileiras, tamanha é a associação de seu plantio inicial com a agricultura de subsistência. Jean Baptiste Nardi ainda continua estudando a cultura do fumo, mas fixa-se agora na sua decadência ou completo desaparecimento em algumas regiões como nos Estados da Bahia e de Alagoas. Vide seu currículo Lattes, disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/9298266074363762>>, acesso em 23 set. 2016.

¹⁷ Cf. SOUZA CRUZ. **Nossa história**. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_7UVF24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9K2W?opendocument>, acesso em 26 set. 2016.

¹⁸ Cf. FOMENTO, o que é. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/fomento/o-que-e>>, acesso em 26 set. 2016.

¹⁹ HISTÓRIA do cinema brasileiro. Disponível em: <<http://dc.itamaraty.gov.br/cinema-e-tv/historia-do-cinema-brasileiro>>, Acesso em 16 jan. 2017.

²⁰ LOPES, Lara. Páginas Singulares: propagandas de cigarro na Revista Ilustração Brasileira. 225 p. Orientadora: Luciana Lehmkuhl. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-graduação em História. 24 fev. 2014. p. 25-33.

²¹ Técnica publicitária não feita de forma tradicional, podendo mesmo não mencionar o produtor, que proporciona visibilidade sutil, porém ao receptor consciente, de um produto em fotografias, lugares ou produções de mídia, com ares de habitualidade. Cf. BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto de venda**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 18.



Figura 1 - Primeira aparição desse tipo de propaganda na revista Ilustração Brasileira, edição de dezembro de 1937.

E essa publicidade penetrou bem o público feminino²². Todo esse sucesso mercadológico, que tem opositores desde seus primórdios, mas nesse começo não o suficiente para combater a força que tinha, começou a ser questionado com evidências científicas e experiências particulares inegáveis dos malefícios do tabagismo.

2.2 O fumo, a composição química e a neurobiologia do vício

Os efeitos prejudiciais do tabaco advêm tanto da própria composição da planta como dos adicionais industriais de alguns produtos fumígenos, e também dependem da forma de consumo desses insumos. Antes de mencionar os elementos químicos componentes e também

²² As taxas de tabagismo entre adolescentes do sexo feminino logo triplicam durante os anos de 1925-1935. Cf. REIS, Artur. **A história do cigarro**: a evolução de um produto polêmico. Disponível em: <<http://professorarturreis.blogspot.com.br/2012/11/a-historia-do-cigarro-evolucao-de-um.html>>, acesso em 16 jan. 2017.

as formas de consumi-lo, é necessário saber que existem algumas diferenças entre as diversas espécies da planta tabaco existentes na natureza.

Após uma longa batalha entre botânicos sobre qual nomenclatura conferir à espécie americana, venceram os partidários de Nicot²³, e em 1737 veio a primeira classificação científica de Linneu, com o registro da *Nicotiana tabacum* e as variedades *Nicotiana rustica*, *Nicotiana glutinosa* e *Nicotiana penicilata*. Existem ainda outras variedades, como a *Nicotiana persica ou alata*, de origem oriental, e mais outras identificadas no Peru. As espécies consagradas são a *Nicotiana tabacum*, a mais difundida por ser suave, de aroma delicado, e a *Nicotiana rustica*, mais forte e de paladar menos agradável, usada em algumas regiões, e por mais tempo, na Rússia. Por ser mais difundida, a *Nicotiana tabacum* é o padrão de substância para a discussão que se alarga no restante deste texto.

É sabido que não existe apenas um meio para se fazer uso do tabaco, existem diversos tipos de produtos, industrializados ou não, que podem ser consumidos de acordo com as permissões legais. A fim de arrolá-los, podemos citar produtos que emitem fumaça como: o cigarro, o cigarro de palha, o charuto, o narguilé, o cigarro de cravo e o cigarro indiano; e produtos que não emitem fumaça: o rapé, o *snuff* e o fumo de mascar.

Essas foram as categorias de produtos fumígenos utilizadas em pesquisa sobre tabagismo, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) juntamente à Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2008²⁴. Segundo esse trabalho, 25,5 milhões de brasileiros (de 15 anos ou mais de idade) declararam ser usuários correntes de algum produto de tabaco e 17,2% da população brasileira é tabagista não ocasional. Dentre as mulheres a porcentagem é 13,3%. Interessantíssimo é o fato de que mais de 90% dos fumantes acreditam nos malefícios do cigarro enquanto causador de doenças graves e câncer de pulmão.

Com relação ao tabaco não fumado é preciso ressaltar que a sua utilização é mínima, pois representa apenas 0,4% dos usuários de todo o país. Por esse fato, estabelece-se um recorte no que diz respeito aos produtos fumígenos que serão comentados neste trabalho. Ou seja, melhor é restringir a discussão que aqui se desenvolve aos produtos que emitem fumaça, e mais, aos clássicos cigarros industrializados e cigarros de palha, ou enrolados a mão.

²³ Entre os botânicos, estabeleceu-se longa polêmica sobre a nomenclatura da planta, havendo partidários de Nicot e de Thevet. Na sua obra *L'histoire des plantes* Jacques Delachamps, médico e agrônomo, mencionou a denominação: erva de Nicot. Em 1584, o dicionário francês-latim de Etienne e Thierry incluiu o verbete *nicotiana*. Os defensores de Thevet contestaram essa nomenclatura, propondo a denominação *thevetiana*. Foram cerca de dois séculos de controvérsia, definitivamente encerrada a favor de Nicot. Cf. ROSEMBERG, José. **Nicotina**: Droga Universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 4.

²⁴ PESQUISA Nacional Por Amostra de Domicílios – Pesquisa Especial de Tabagismo 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/suplementos/tabagismo/>>, acesso em 16 jan. 2017.

Estabelecidos os recortes concernentes aos produtos que serão analisados, passa-se à sua composição. O processo básico de preparação da folha de tabaco é a secagem e é durante ou após essa etapa que a indústria faz uso de outras substâncias que são adicionadas a fim de acrescentar sabor, durabilidade, melhor combustão, potencializadores dos efeitos da nicotina, dentre outras finalidades que foram desvendadas ao longo das políticas de controle mundiais do tabagismo. A quantidade de substâncias pode chegar à cifra impressionante de 8.622 e, na fumaça do cigarro, 5.315²⁵.

Dentre esses números, identifica-se cerca de 4700 substâncias nocivas à saúde humana, e, portanto, são as principais desse grupo que interessam à dissertação. Nesse aspecto, apontar-se-á um composto e uma substância que, em caráter geral, são os comprovadamente mais nocivos a qualquer fumante, seja ele ativo ou passivo: o alcatrão e a nicotina.

No alcatrão encontram-se elementos carcinogênicos como: hidrocarbonetos, fenóis, benzopirenos, metais pesados, polônio 210, nitrosaminas, diclorodifeniltricloroetano (DDT), entre outros. Muitos desses compostos identificados na fumaça do cigarro não estão presentes na folha do tabaco, mas são formados pela pirólise induzida por meio das altas temperaturas encontradas na ponta do cigarro aceso. Independentemente de outros fatores de risco, fumar pode aumentar a incidência de coronariopatias, doenças cardíacas, doença pulmonar obstrutiva crônica, câncer de vias aéreas superiores, enteropatias e pneumopatias cancerígenas²⁶.

Passando à nicotina, ela foi isolada pela primeira vez em 1828²⁷. Antes disso já se desconfiava dos males que as substâncias químicas inerentes ao e decorrentes da queima do tabaco. Mas o desenvolvimento tecnológico permitiu aprimorar esse conhecimento e determinar tanto essa composição quanto as consequências derivadas do uso contínuo da folha. Sendo assim, a fórmula química bruta da nicotina, $\text{CH}_{10}\text{H}_{14}\text{N}_2$, foi determinada em 1840²⁸.

Cada cigarro contém 7-9 mg de nicotina, dos quais se estima que pouco mais de 1 mg seja absorvido pelo fumante. A nicotina é rapidamente absorvida pelos pulmões, atingindo o

²⁵ Cf. TRUTH tobacco industry documents. Disponível em:

<<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/>>, Acesso em: 08 nov. 2016.

²⁶ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p. 208.

²⁷ “Em 1809, Vauquelin identificou no extrato do tabaco um princípio básico nitrogenado, denominando-o de “nicotianina”. Em 1828, Posselt e Reimann da Universidade de Heildelberg isolaram o referido princípios denominando-o “nikotin”. Porém na França o vocábulo “nicotina” já era conhecido desde 1818, conforme informa o dicionário Robert.” ROSEMBERG, José. **Nicotina**: Droga Universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 4.

²⁸ ROSEMBERG, José. **Nicotina**: Droga Universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 4.

cérebro em dez segundos e sendo distribuída para todos os sistemas. A meia-vida de eliminação dessa substância é de aproximadamente duas horas. Sua metabolização ocorre principalmente no fígado. Apenas 5% são excretados em sua forma original pelos rins. Seu metabólito principal é a cotinina, cuja detecção pode ser sistematizada como um coadjuvante no tratamento da dependência, monitorando a abstinência.

Ainda, a nicotina promove um rápido, mas pequeno aumento do estado de alerta, melhorando a atenção, a concentração e a memória em animais. Além disso, diminui o apetite, argumento que reina entre as mulheres fumantes, influenciadas pelo padrão de beleza imposto à sociedade do consumo²⁹.

Fato relevante a mencionar, o uso de tabaco geralmente começa na adolescência. Quanto mais precoce o início, maiores serão a gravidade do vício e os problemas a ele associados³⁰. E em relação à dependência, a neurociência possui um clássico embate entre defini-la por meio de fatores genéticos, com um espectro de inevitabilidade do vício se houver contato da pessoa com a substância, ou fatores ambientais, que unem forças externas ao hábito e possui conotação de reversibilidade³¹.

Recentemente descobriu-se uma consequência reiterada nos processos neurológicos de toxicômanos que é o sistema de recompensa pela elevação de dopamina quando do uso da droga desencadeadora do vício. Essa premiação reiterada interfere diretamente nas áreas cerebrais de autocontrole, fazendo com que o vício seja algo que afete a autodeterminação do agente em algum nível, a depender do grau de reiteração do uso da substância nociva. Alguns medicamentos bloqueadores do transporte dessa substância, como a bupropiona, têm sido eficientes no controle do vício nicotínico³².

²⁹ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 202.

³⁰ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 203.

³¹ Um estudo experimental interessante sobre esse embate foi chamado de “*Rat Park*”, conduzido a partir de algumas observações sobre o vício em heroína, droga largamente utilizada pelos soldados durante a Guerra do Vietnã, mas que, ao voltarem para casa, muitos deles nunca mais fizeram uso. Estudos anteriores a esse tinham a tendência de isolar camundongos e observar o uso que faziam de uma água de consumo normal e outra que continha cocaína. A partir da observação dos soldados, o cientista Bruce K. Alexander e equipe resolveram construir uma grande área de interação entre os camundongos e comparar os resultados de consumo das águas entre esse grande “parque de diversão dos roedores” e entre os animais isolados. O resultado foi significativo para os ratos que estavam no ambiente cheio de distrações e outros companheiros, que consumiram bem menos a água contaminada. Cf. ALEXANDER, B. K.; BEYERSTEIN, B. L.; HADAWAY, P. F *et al.* Effects of early and later colony housing on oral ingestion of morphine in rats. **Psychopharmacology Biochemistry and Behavior**, vol. 58, 175-179, 1981.

³² BALER, Ruben D.; VOLKOW, Nora D. Drug addiction: the neurobiology of disrupted self-control. **Trends in molecular medicine**. vol 12, n. 12, p. 559-566, 2006. p. 565.

Em 1988, um importante relatório norte-americano concluiu que o cigarro e outras formas de uso do tabaco geram dependência. Esse vício é provocado pela nicotina, que é a droga presente no tabaco. Além disso, as conclusões apontaram que os processos farmacológicos e comportamentais determinantes da dependência de nicotina são similares àqueles que impulsionam a adicção a outras drogas como a heroína e a cocaína³³.

Tragar um cigarro produz um rápido efeito estimulante no sistema nervoso central, semelhante àquele descrito pelos usuários de crack. Esse efeito, em contraposição aos sintomas desagradáveis da falta da substância no cérebro, pode contribuir para a dificuldade na manutenção da abstinência, pois, entre os fumantes que já tentaram parar de usar o tabaco, cinco a sete tentativas são necessárias. A sensação de relaxamento e calma descrita pela maioria dos usuários tem sido atribuída à inibição de sintomas desagradáveis da síndrome de abstinência em vários estudos³⁴.

As ações da nicotina no sistema nervoso central são mediadas por receptores nicotínicos. A maioria desses receptores é iônica, está distribuída por todo o cérebro e coluna vertebral. Os receptores nicotínicos periféricos estão em gânglios autonômicos, na supra-renal, nos nervos sensitivos e na musculatura esquelética. As pesquisas em animais mostram que a nicotina induz tolerância e dependência a partir de sua ação no sistema mesolímbico dopaminérgico. A partir de múltiplos sítios de ação, a nicotina produz vários efeitos, preponderantemente excitatórios. A administração aguda de nicotina em ratos pode aumentar a liberação de dopamina no sistema límbico e na via nigroestriatal. A nicotina diminui o metabolismo da glicose no córtex, refletindo na modulação dopaminérgica do núcleo *acumbens*, causando uma diminuição da atividade talâmica. A nicotina estimula a liberação de noradrenalina em algumas áreas, como as vias noradrenérgicas que emergem do *locus ceruleus*, passam pelo hipocampo e chegam ao córtex que são responsáveis pela vigília e pelo comportamento de busca. Estudos mais recentes identificaram que vias serotoninérgicas que emergem do núcleo da rafe interagem com o sistema dopaminérgico e são responsáveis pelos efeitos reforçadores da cocaína. Receptores nicotínicos foram encontrados nela, onde a nicotina promoveria a liberação da serotonina, além de diminuir seu *turnover*. A nicotina diminui a concentração de serotonina em regiões do hipocampo, o que, cronicamente, reduz a resposta de adaptação ao estresse ambiental. Em relação aos aminoácidos excitatórios, a nicotina agiria inibindo a liberação do glutamato. Já em relação à acetilcolina, a nicotina liberaria esse neurotransmissor no hipocampo. Estudos eletroquímicos em animais mostraram que os efeitos comportamentais da nicotina advêm do efeito direto no sistema nervoso central. Seu uso produz tolerância aguda e crônica nesse sistema. Nem todas suas ações são reforçadoras, mas a auto-

³³ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 201.

³⁴ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 202.

administração de nicotina intravenosa foi diminuída por seu antagonista: o chlorisondamine.³⁵

Como outras dependências, a da nicotina é um transtorno progressivo, crônico e recorrente, mediada pela ação da substância em receptores centrais e periféricos. O processo da dependência envolve vários fatores: ambientais, biológicos e psicológicos. Fatores não-farmacológicos são importantes para a determinação dos problemas relacionados ao uso de tabaco e sua prevalência, mas os fatores farmacológicos são aqueles que definem a tolerância e a dependência pela substância.

Algumas características inerentes ao indivíduo, ainda pouco conhecidas, podem contribuir para o início do consumo de cigarros. Entre elas, as genética-hereditárias, que poderiam estar relacionadas à modulação do humor pela substância viciante. Nessa mesma linha, “a dependência de nicotina incide mais frequentemente em portadores de certos transtornos mentais, como a esquizofrenia e a depressão”³⁶. Existem também outros aspectos relacionados ao uso do tabaco na adolescência, como o próprio tabagismo dos pais, dos colegas mais velhos e a influência da mídia, considerados fatores estimuladores do consumo.

Estima-se que 60% daqueles que venham a fumar por mais de seis semanas continuarão fumando por mais 30 anos. Embora o primeiro uso do cigarro seja tipicamente marcado por efeitos desagradáveis, como dor de cabeça, tonturas, nervosismo, insônia, tosse e náusea, esses efeitos diminuem rapidamente a cada novo uso. Isto possibilita novas tentativas até que se desenvolva tolerância à droga, estabelecendo um padrão típico de consumo diário. Num período que pode ser de apenas alguns meses, alguns fumantes já começam a apresentar os primeiros sintomas de uma síndrome de abstinência.

A decisão de experimentar uma droga se relaciona a uma expectativa de efeitos sociais positivos, mas a explicação para esse fenômeno ainda não está claramente evidenciada. No caso da nicotina, os efeitos estimulantes são qualitativamente semelhantes aos da cocaína e da anfetamina, mas os fumantes também procuram na nicotina o alívio da ansiedade e a diminuição da reatividade a estímulos que causam irritação³⁷.

³⁵ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 202-203.

³⁶ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 208.

³⁷ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p. 203.

Nos EUA, 90% dos fumantes usam mais que cinco cigarros ao dia. A maioria dos tabagistas que já experimentaram reduzir o uso descreve vários sintomas de abstinência. A síndrome se instala se o consumo for reduzido em apenas 50%. Quanto maior o consumo, maior a gravidade dos sintomas. A magnitude da síndrome de abstinência pode persistir por meses e, dependendo de sua intensidade, é pouco tolerada. Em função desse desconforto, é difícil para os usuários manter a sobriedade. Tanto que, essa síndrome, mediada pela noradrenalina, inicia-se oito horas após o último cigarro, atinge o auge no terceiro dia e inclui *craving* ou “fissura”, ansiedade, irritabilidade, sonolência diurna e insônia, apetite aumentado para doces, desempenho cognitivo (concentração e atenção), batimentos cardíacos e pressão arterial diminuídos e tosse³⁸.

Têm sido atribuídas à dependência de nicotina 20% das mortes nos EUA. Estudos têm mostrado que 30% a 50% das pessoas que começam a fumar evoluem para um tabagismo frequente. Nos últimos 20 anos, a educação e a persuasão não foram suficientes para promover uma mudança política, cultural e social relacionada ao comportamento de fumar. As intervenções para interromper o uso de tabaco ainda não estão integradas às rotinas dos serviços de saúde no mundo³⁹.

É fato que a prevalência da dependência de nicotina na população adulta norte-americana diminuiu, desde 1965, de 42% para 25%, contudo, desde essa diminuição, o quadro não mais se modificou. Um dos aspectos relevantes que explicam parte desse fenômeno é que apenas 2,5% de todos os fumantes alcançam a abstinência a cada ano. No Brasil, a prevalência observada em um estudo recente na população adulta de São Paulo é semelhante à norte-americana: em torno de 24%⁴⁰. E fato preocupante é que o tabagismo feminino aumenta em vários países⁴¹.

O tratamento dessa dependência passa pela avaliação do grau do tabagismo e a partir desse parâmetro é que são feitas as recomendações. As condutas variam entre psicoterapia,

³⁸ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p. 203.

³⁹ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p. 200.

⁴⁰ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p. 201.

⁴¹ TABAGISMO e saúde da mulher. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoos_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/mulheres>, acesso em 27 set. 2016.

terapia de reposição de nicotina ou farmacoterapia, podendo haver associação entre elas⁴². A fim de determinar o estágio de dependência do tabagismo, questionários, inventários e escalas foram desenvolvidos para elaborar o diagnóstico e melhor avaliar a gravidade do consumo de tabaco e podem ser introduzidos para fundamentar a intervenção.

A Classificação Internacional das Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde e a quarta edição do Manual de Diagnóstico e Estatístico (DSM-IV) da Associação Psiquiátrica Americana são utilizados para avaliação diagnóstica do uso do tabaco. Já com relação ao nível da doença, o Questionário de Tolerância de Fagerström para Dependência à Nicotina; o *Tobacco Dependence Screener* e o *The Heaviness of Smoking Item* avaliam sua gravidade e são mais utilizados em serviços especializados com maior complexidade de recursos⁴³.

2.3 A voz da medicina sobre a relação entre tabagismo e gestação

Há muito, a saúde da mulher é alvo de estudos acadêmicos na área da saúde e de grande interesse da mídia e da sociedade. Em virtude de sua complexidade biológica, social e comportamental, a Medicina dedica ao gênero feminino uma área específica, a Ginecologia e Obstetrícia, com foco na saúde reprodutiva e não reprodutiva, incluindo o climatério e menopausa.

No que se refere à esse campo de estudo, os malefícios do tabagismo começam antes da concepção:

Mulheres fumantes que não usam métodos contraceptivos hormonais reduzem a taxa de fertilidade de 75% para 57%, em razão do efeito causado pela concentração de nicotina no fluido folicular do ovário, e as que fumam antes da gravidez têm duas vezes mais probabilidade de atraso na concepção e, aproximadamente 30% de chance de infertilidade.⁴⁴

Além disso, o tabagismo aumenta a mortalidade por doenças crônico-degenerativas, como câncer de pulmão, doença coronariana, angina, infarto do miocárdio, hipertensão e

⁴² MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001., p 205.

⁴³ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula et al. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001., p 204.

⁴⁴ TABAGISMO e saúde da mulher. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/mulheres>, acesso em 27 set. 2016.

diabetes. Pesquisas revelam que mesmo em mulheres jovens não fumantes, a exposição involuntária ao *fumo passivo*, aumenta o risco de se desenvolver câncer de mama, tanto quanto o fumo ativo⁴⁵ segundo dados publicados pela *California Enviromental Protection Agency* em 2005.

Nas últimas décadas, a inserção da mulher no processo produtivo, culminou na sua maior participação como força de trabalho e chefe de família, refletindo em mudança comportamental diante de novas perspectivas e anseios por autonomia e liberdade. Associado a uma falsa independência, o tabagismo foi incorporado ao dia a dia feminino e se transforma numa das grandes ameaças à saúde e bem-estar das mulheres em todo o mundo, além de ser também relacionado à maior exposição a riscos como a violência contra a mulher⁴⁶.

Pesquisa de dados qualitativos de 2001 a 2007 coletados de estudo de revisão com metodologias variadas sobre tabaco (artigo qualitativo, análise temática, revisão de trabalhos) ressalta a sociabilidade que o cigarro representa, mesmo que tenha que ser fumado na calçada, fora dos bares, como é exigido por legislação de alguns países ou Estados, como, por exemplo, na Flórida – EUA. Ressalta ainda, a falta de segurança em permanecer nas ruas para manter o hábito de fumar. Por este aspecto, as vantagens e as desvantagens de políticas de proibição de tabagismo, especialmente para mulheres de baixa renda, em ambientes públicos na Califórnia é motivo de discussão em alguns países segundo esta mesma pesquisa⁴⁷.

Nesse contexto, o quadro atual de mulheres fumantes gera preocupação não apenas em âmbito nacional, mas com proporções mundiais:

No Brasil o tabagismo entre os homens vem diminuindo enquanto que entre as mulheres tem se mantido estável. Segundo a OMS, as mulheres representam cerca de 20% dos fumantes no mundo, ou seja, quase 250 milhões de tabagistas. Enquanto a prevalência de fumantes masculinos atingiu o pico, as taxas do sexo feminino estão em ascensão em vários países. As mulheres são alvos estratégicos da indústria do tabaco, considerando que novos usuários são necessários para substituir os atuais fumantes que correm o risco de adoecer e morrer prematuramente devido às doenças causadas pelo uso do tabaco.⁴⁸

⁴⁵ JOHNSON K.C.; GLANTZ, S.A. Evidence secondhand smoke causes breast cancer in 2005 stronger than for lung cancer in 1986. *Prev Med.* vol. 46, n. 6, p. 492–496. doi:10.1016/j.ypmed.2007.11.016, Jun., 2008. p. 492.

⁴⁶ GEIRSSON, Reynir Tómas; TOLOSA, Jorge E. Smoking, tobacco exposure and pregnancy. *Acta Obstetricia et Gynecologica.* vol. 89, p. 414–415, 2010. p. 414.

⁴⁷ UNINTENDED consequences of smoke-free bar policies for low-SES women in three California countries. *American Journal Prevent Medicine.* vol. 37, n. 2S, p. 138–S143, 2009. p. 138.

⁴⁸ TABAGISMO e saúde da mulher. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/mulheres>, acesso em 27 set. 2016.

Estudo transversal envolvendo 2.741 mães (de nascimentos em todas as maternidades de Pelotas-RS no período de 2002 a 2003), dentre outros desfechos relacionados ao impacto no nascituro, registrou prevalência de 23,5% de tabagismo na gestação⁴⁹. Esta tendência de aumento do tabagismo entre as mulheres jovens, no Brasil e no mundo, é preocupante na medida em que além da exposição da mulher aos danos do cigarro existe também a vulnerabilidade do feto e da criança aos malefícios do fumo durante a gestação.

O cigarro possui mais de quatro mil metabólitos ativos, sendo a nicotina, o alcatrão, o monóxido de carbono e a cianida os mais estudados nas alterações fisiológicas e hemodinâmicas no sistema mãe-placenta-feto. A nicotina é uma substância que atravessa a barreira placentária com facilidade. Suas concentrações na circulação sanguínea do feto, no líquido amniótico e na placenta são 15% superiores às observadas na circulação materna.⁵⁰

Ela exerce ação estimulante, pela afinidade com os receptores colinérgicos (da acetilcolina), também chamados de nicotínicos, localizados nos gânglios autonômicos, na medula das glândulas suprarrenais e nas junções neuromusculares da gestante e do feto. Quando se liga a esses receptores desencadeia a liberação de noradrenalina e dopamina, dentre outros, responsáveis pelos efeitos estimulantes e prazerosos do cigarro, também chamados de sistema de recompensa e dependência. Junto com a vasopressina, essas substâncias vasoativas atuam no sistema cardiocirculatório, provocando aumento da frequência dos batimentos cardíacos maternos, promovendo a contração dos vasos sanguíneos maternos, e reduzindo o aporte sanguíneo para o feto, também pela contração dos vasos umbilicais.

O principal metabólito (produto de degradação) da nicotina é a cotinina, que é utilizada para estudos de exposição do indivíduo ao tabaco. Sua meia vida varia de 15 a 20 horas na circulação sanguínea da mãe⁵¹. A nicotina também é excretada no leite humano, em concentrações maiores que a do plasma, numa razão de leite/plasma de 2,9.

O alcatrão libera adrenalina e noradrenalina potencializando a ação da nicotina, além de interferir no transporte de nutrientes essenciais ao crescimento fetal⁵². Já o monóxido de

⁴⁹ DUARTE, Marcelo Souza. Impacto do tabagismo materno nos recém-nascidos de Pelotas-RS. 60 p. Dissertação (mestrado). Universidade Católica de Pelotas. Orientadora: Prof^a. Dra. Elaine Albernaz. Programa de mestrado em saúde e comportamento. dez. 2009.

⁵⁰ LAMBERS, DS; CLARK KE. The maternal and fetal physiologic effects of nicotine. **Seminário de Perinatologia**. vol. 20, p. 115-26, 1996. p. 115.

⁵¹ GIACOMINI, CB. Cortisol e sulfato de deidroepiandrosterona no sangue de cordão umbilical de recém-nascidos normais de mães fumantes e não-fumantes. Curso de Pós-Graduação Medicina: Clínica Médica. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1991.

⁵² LUCK, W; NAU, H. Nicotine and cotinine concentrations in the serum and milk of nursing smokers. **Br J Clin Pharmacol**. vol 18, p. 9-15, 1984. p. 9.

carbono inalado liga-se, de forma duradoura e estável, às células vermelhas transportadoras de oxigênio, formando a carboxihemoglobina, dificulta o transporte e reduz o aporte de oxigênio para o feto. Altas concentrações de carboxihemoglobina levam a hipóxia tecidual, que estimula a produção de novas células vermelhas (eritroblastos) causando um aumento do hematócrito na gestante e no feto. Isto leva a hiperviscosidade sanguínea, potencializa a hipóxia fetal e a risco de infarto cerebral no neonato.

A cianida, por sua vez, atua reduzindo a concentração de vitamina B12, um cofator fundamental para o desenvolvimento e crescimento fetal.

O consumo de cigarro pela gestante, portanto, atua tanto dificultando a implantação da placenta, bem como interferindo no desenvolvimento normal da sua vascularização interferindo nas trocas gasosas e de nutrientes entre a mãe e o feto, através desse órgão. O abortamento espontâneo é frequentemente mais comum entre as mulheres tabagistas. Gestantes tabagistas também têm maior risco de descolamento da placenta e maior incidência de placenta prévia⁵³. O uso de cigarro provoca também, um espessamento da membrana placentária, dificultando ainda mais as trocas materno-fetais⁵⁴. Essas condições levam a gestação à uma situação de alto risco para a gestante e o feto⁵⁵.

As complicações, no feto e na criança após o nascimento, são decorrentes da redução do aporte de oxigênio e nutrientes ao feto com prejuízo no seu crescimento e no potencial de desenvolvimento. O consumo de tabaco desde o primeiro trimestre da gestação duplica as chances de bebês de baixo peso ao nascer. Cada cigarro consumido diariamente reduz aproximadamente 0,2% do peso ao nascer. Desse modo, o consumo de 10 cigarros diários durante a gestação é potencialmente capaz de reduzir em 2% o peso ao nascimento⁵⁶. Em média, os nascituros de tabagistas crônicas pesam de 100 a 300g mais leves⁵⁷.

O sistema respiratório fetal também pode ser comprometido pelo consumo materno de cigarro. Os estudos sugerem comprometimento dos alvéolos e na produção de surfactante, substância que mantém a expansão pulmonar do recém-nascido após a primeira respiração, atuando na interface ar-líquido impedindo o seu colapso, propiciando as trocas gasosas.

⁵³ SHIVERICK, KT; SALAFIA C. Cigarette smoking and pregnancy I: ovarian, uterine and placental effects. **Placenta**.p. 265-72, 1999.

⁵⁴ JAUNIAUX, E; BURTON, GJ. The effect of smoking in pregnancy on early placental morphology. **Obstet Gynecol**. vol. 79, p. 645-648, 1992.p. 645.

⁵⁵ NESS, R; GRISSO, JA; HIRSCHINGER, N; MARKOVIC, N. *et al.* Cocaine and tobacco use and the risk of spontaneous abortion. **N Eng J Med**. vol. 340, n. 5, p. 333-339, 1999. p. 333.

⁵⁶ MACARTHUR, C; KNOX, EG. Smoking in pregnancy: effects of stopping smoking at different stages. **Br J Obstet Gynecol**. vol. 95, p. 551-555, 1988. p. 551.

⁵⁷ LAMBERS, DS; CLARK, KE. The maternal and fetal physiologic effects of nicotine. **Semin Perinatol**. vol. 20, n. 2, p. 115-26, 1996.

Apesar de alguns relatos, o consumo de tabaco durante a gestação não está associado à presença de anomalias ou malformações fetais⁵⁸. No entanto, o consumo de cigarro durante a gestação, por todos esses mecanismos, está associado ao aumento da morbimortalidade infantil⁵⁹.

Os primeiros estudos científicos evidenciando os efeitos do tabaco na gestação humana datam do final dos anos cinquenta⁶⁰, já com evidências da associação de nascimentos prematuros (definido por gestação menor que 37 semanas) e de bebês de baixo peso ao nascer (definido como peso de nascimento menor que 2.500g).

O parto prematuro é considerado hoje a complicação mais frequente de uma gravidez, seja ela unifetal ou múltipla. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a duração correta da gravidez em mulheres é de 37 a 42 semanas. O término da gravidez antes da 37ª semana é considerado nascimento prematuro e o bebê é definido como pré-termo. Nascer prematuro, especialmente de muito baixo peso (MBP), é uma das principais causas de mortalidade e morbidade neonatais e um grande problema de saúde pública no mundo – e o Brasil está entre os dez países com os maiores índices – principalmente quando se constata os altos custos gerados pela tecnologia e estrutura nos cuidados destes neonatos nas Unidades de Terapia Intensiva Neonatais (UTIN) e o efeito a médio e longo prazo na saúde dessas crianças⁶¹.

A prematuridade é direta ou indiretamente, a segunda maior causa de morte infantil, após a pneumonia, em crianças menores de cinco anos⁶². Exceto pelas malformações congênitas, 75% das mortes no período perinatal (entre a vigésima segunda semana gestação até o sétimo dia de vida), a prematuridade é a principal causa de óbito neonatal em todas as regiões do Brasil⁶³. Além disso, 50% das anormalidades neurológicas estão diretamente relacionadas à prematuridade⁶⁴. No Brasil, estudo de prevalência das morbidades também

⁵⁸ LAMBERS, DS; CLARK, KE. The maternal and fetal physiologic effects of nicotine. **Semin Perinatol.** vol. 20, n. 2, p. 115-26, 1996.

⁵⁹ WHO: The Tobacco atlas. Geneva: 2002. Disponível em: <http://www.who.int/tobacco/resources/publications/tobacco_atlas/en/>, acesso em 16 jan. 2017.

⁶⁰ SIMPSON, W.J. A preliminar report on cigarette smoking and the incidence of prematurity. **American Journal of Obstetrician and Gynecology**, vol. 78, p. 808-815, 1957.

⁶¹ INSTITUTE OF MEDICINE (US). Committee on Understanding Premature Birth and Assuring Healthy Outcomes; BEHRMAN, R. E.; BUTLER, A. S. (Ed.). **Preterm Birth: Causes, Consequences, and Prevention**. Washington: National Academies Press, 2007. Chap. 12.

⁶² BLENCOWE, H. et al. Born Too Soon: The global epidemiology of 15 million preterm births. **Reproductive Health**, v. 10, Suppl. 1, 2013.

⁶³ FRANÇA, E.; LANSKY, S. Mortalidade infantil neonatal no Brasil: situação, tendências e perspectivas. In: REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. **Informe de situação e tendências: demografia e saúde**. Belo Horizonte: Departamento de Medicina Preventiva e Social, UFMG: Prefeitura de Belo Horizonte, 2008. (Texto de apoio. Texto 3).

⁶⁴ MARTIN, J. A. et al. Division of vital statistics. **National Vital Statistics Reports**, [s.l.], v. 56, n. 6, Dec. 2007.

indica que as mais relevantes associadas à prematuridade e ao baixo peso são: asfixia perinatal, infecção neonatal (sepse), hemorragia peri-intraventricular (HPIV), broncodisplasia pulmonar (BDP), doença da membrana hialina, retinopatia da prematuridade (ROP) e icterícia⁶⁵.

Bhutta e colaboradores (2002) demonstraram que crianças que nasceram prematuras apresentam escores cognitivos inferiores quando comparadas com as que nasceram a termo independente da presença de HPIV. Esse comprometimento está associado ao menor peso de nascimento e menor idade gestacional. Outro estudo realizado em Belo Horizonte - MG registrou que crianças nascidas pré-termos de muito baixo peso, comparadas aos nascidos a termo, apresentam pior desempenho motor na idade escolar⁶⁶.

Como derradeira consequência da prematuridade, no entanto, não menos grave, a retinopatia da prematuridade (ROP) é uma doença vasoproliferativa secundária à vascularização inadequada da retina imatura dos recém-nascidos pré-termos, sendo uma das principais causas preveníveis de cegueira desde a infância. Estima-se que 80% dos pré-termos com peso de nascimento entre 750-1000g apresentarão ROP, e desses, 10% com chance de cegueira⁶⁷. Quanto menor a idade gestacional no parto prematuro, maiores são os riscos dessas consequências se efetivarem⁶⁸.

Desde então, a literatura médica coleciona diversos estudos observacionais envolvendo o tabagismo na gestação e suas consequências na prole futura. Estudo epidemiológico em Utah (EUA) envolvendo nascimentos a termo, individuais, por dez anos (entre 1991 a 2001) incluiu 424.912 gestações, das quais 37.076 eram oriundos de gestantes tabagistas, comparou entre múltiplas variáveis, dentre elas o peso de nascimento e as

⁶⁵ LEMOS, R. A. et al. Estudo de prevalência de morbidades e complicações neonatas segundo o peso ao nascer e a idade gestacional em lactentes de um serviço de follow up. **Revista de Atenção Primária em Saúde**, Juiz de Fora, v. 13, n. 3, p. 277-290, 2010.

⁶⁶ MAGALHÃES, L. C. et al. Análise comparativa da coordenação motora de crianças nascidas a termo e pré-termo, aos 7 anos de idade. (Comparative analysis of motor coordination in term and pré-term birth children at seven years of age). **Revista Brasileira Saúde Materno Infantil**, Recife, v. 9, n. 3, p. 293-300, 2009.

⁶⁷ CRYO-ROP COOPERATIVE GROUP. Health-related quality of life at age 10 years in very low-birth-weight children with and without threshold retinopathy of prematurity. **Archives of Ophthalmology**, Chicago, v. 122, p. 1.659-1.666, 2004.

⁶⁸ Broncodisplasia pulmonar: todos os nascidos com 23-25 semanas, a maioria dos nascidos com 26-29 semanas e 25% dos nascidos com 30-33 semanas de idade gestacional; Doença Pulmonar Crônica do Prematuro: 65% dos nascidos com 23-25 semanas, 50% dos nascidos com 26-29 semanas e 10-15% dos nascidos com 30-33 semanas de idade gestacional; Hemorragia peri-intraventricular e Leucomalácia peri-intraventricular: 15-20% dos nascidos com 23-25 semanas e 5-10% dos nascidos com 26-29 semanas de idade gestacional; Retinopatia da prematuridade: 100% dos nascidos com 23-25 semanas e 75% dos nascidos com 26-29 semanas de idade gestacional; Enterocolite necrosante: 5-10% dos nascidos com 23-25 semanas e 5-10% dos nascidos com 26-29 semanas de idade gestacional. Cf.: MOURA, Magda Regina Silva. Trajetórias e fatores associados à qualidade de vida de mães de recém-nascidos pré-termos de muito baixo peso até três anos após o parto. Tese (doutorado). Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Alves Rezende. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Jul. 2016.

morbidades da gestante. Utilizando de análise de regressão logística multivariada registrou que entre as gestantes alegadamente fumantes, em comparação com as não fumantes, foi encontrado significativamente maior frequência de restrição de crescimento intrauterino (definido como peso abaixo do percentil 10 na curva de peso normal para a idade gestacional) e baixo peso ao nascer em recém-nascidos expostos ao tabaco na gestação. Dentre as morbidades maternas o diabetes e a hipertensão gestacional também foram significativamente mais frequentes nas gestantes declaradas fumantes. Ressalta-se neste estudo, as consequências do baixo crescimento intrauterino e baixo peso ao nascer nessas crianças⁶⁹.

A restrição de crescimento intrauterino (RCIU), definida como peso corporal abaixo do percentil 10 da curva padrão de crescimento fetal, e quando diagnosticada *in utero* apresenta índice de pulsatilidade (verificado por exame de *doppler* em ultrassonografia fetal) da artéria umbilical alterado em dois desvios-padrão. Recém-nascidos com diagnóstico de RCIU representam um grupo de crianças que não alcançaram seu potencial genético de crescimento, em função de alterações circulatórias que culminaram em insuficiência placentária com consequente diminuição de aporte de nutrientes e oxigênio para o feto.

A RCIU está associada a alta morbimortalidade perinatal, incluindo risco de parto prematuro, maior prevalência de enterocolite necrotizante, baixos escores de vitalidade ao nascer, maior risco de lesão cerebral por hipóxia; e sequelas a longo prazo em decorrência de internações prolongadas nas Unidades de Terapia Intensivas Neonatais (UTIN), como por exemplo doença pulmonar crônica e retinopatia da prematuridade⁷⁰. Estas morbidades, principalmente a prematuridade e o muito baixo peso ao nascer (definido por peso de nascimento menor que 1.500g) por sua vez, estão associadas a alta mortalidade neonatal. Segundo Blencowe & Cousens (2013), complicações do parto prematuro e prematuridade são responsáveis por 35% das mortes neonatais⁷¹.

O baixo peso ao nascer, seja causado por prematuridade ou por restrição de crescimento intrauterino, recentemente foi reconhecido por estar associado a maiores incidências de doenças cardiovasculares e diabetes tipo II (não insulino-dependentes) no

⁶⁹ AAGAARD-TILLERY, Kjersti M.; PORTER, TF; LANE, RH *et al.* In utero tobacco exposure is associated with modified effects of maternal factors on fetal growth. **Am J Obstet Gynecol**, vol. 198, n. 66, p. 1-66, 2008.

⁷⁰ JANG, D.G.; JO, Y. S.; LEE, S. J. *et al.* Perinatal outcomes and maternal clinical characteristics in IUGR with absent or reversed end-diastolic flow velocity in the umbilical artery, **Archives of Gynecology and Obstetrics**, 2011.

⁷¹ BLENCOWE, H.; COUSENS, S. Addressing the challenge of neonatal mortality. **Tropical Medicine and International Health**, vol. 18, n. 3, p 305, mar., 2013.

adulto⁷². Estas evidências científicas encontram suporte na “hipótese da origem de desenvolvimento de doenças no adulto baseada no crescimento fetal”, também chamada de hipótese de Barker.

Barker e colaboradores, em suas observações notou que o principal registro como causa de morte infantil no início do século XX era o baixo peso ao nascer, o que levou à hipótese de que os sobreviventes deveriam apresentar alterações fisiológicas e possivelmente consequências futuras⁷³. As pesquisas científicas desde então têm colaborado com estas observações, demonstrando cada vez mais a associação da RCIU às doenças metabólicas e cardiovasculares, cada vez mais precoces, em adultos⁷⁴.

Ademais, estudos antropológicos e epidemiológicos na vida fetal evidenciam que tecidos e órgãos apresentam um período crítico no desenvolvimento, coincidente com o período de maior divisão celular e que além da influência genética, o crescimento fetal é limitado pelo meio ambiente, no que diz respeito ao aporte de nutrientes e oxigênio⁷⁵.

De acordo com esta hipótese fenotípica, quando estes tecidos são submetidos a deficiência de nutrientes e oxigênio, uma nova “programação” fetal de crescimento se estabelece modificando os receptores hepáticos e dos tecidos musculares para um aumento da resistência à ação da insulina (um dos hormônios responsáveis pelo crescimento fetal) e com ajustes circulatórios objetivando preservar o tecido cerebral.

Posteriormente, no período pós-natal, quando a nutrição é restabelecida, esse nascituro com um novo “*programming fetal*” de restrição passa a receber um grande aporte de nutrientes, levando este indivíduo a apresentar predisposição à obesidade, à maior risco de doenças cardiovasculares e à diabetes tipo II⁷⁶.

Além disso, dados de 405.622 nascimentos não gemelares, entre 1998 e 2002 na Pensilvânia- EUA, com gestação igual ou maior de 35 semanas, analisados de 2006 a 2008 compararam filhos de mães tabagistas e não tabagistas. Registraram 16,6% de mães tabagistas na Pensilvânia. Foi observado que os recém-nascidos das mães tabagistas tiveram alta mais precoce (48,9 horas *versus* 52,4 horas com $p < 0,001$); que a maioria das mães tabagistas eram

⁷² BRIANA, D. D.; MALAMITSI-PUCHNER, A. Intrauterine growth restriction and adult disease: the role of adipocytokines, **European Journal of Endocrinology**, vol. 160, n. 3, p. 337–347, 2009.

⁷³ DE BOO, H. A.; HARDING, J. E. The developmental origins of adult disease (Barker) hypothesis, **Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology**, vol. 46, n. 1, p. 4–14, 2006.

⁷⁴ BARKER, D. J. P. Adult consequences of fetal growth restriction. **Clinical Obstetrics and Gynecology**, vol. 49, n. 2, p. 270–283, 2006.

⁷⁵ COSMI, G.; FANELLI, T.; VISENTIN, S. *et al.* Consequences in Infants That Were Intrauterine Growth Restricted. **Journal of Pregnancy**. Article ID 364381, 6 pages, 2011.

⁷⁶ COSMI, G.; FANELLI, T.; VISENTIN, S. *et al.* Consequences in infants that were Intrauterine Growth Restricted. **Journal of Pregnancy**. Article ID 364381, 6 pages, 2011.

solteiras, com baixa condição financeira, adolescentes, com escolaridade básica e tiveram cuidados pré-natais tardios e incompletos.

Esse é um estudo com número expressivo de dados coletados com resultados significativos do ponto de vista epidemiológico. A alta precoce dos bebês, no entanto não é tão positiva quanto pode sinalizar. Os bebês filhos de mães tabagistas são frequentemente afetados por restrição de crescimento intrauterino, refletindo em uma adaptação acelerada com “um amadurecimento precoce” dos sistemas fisiológicos e facilitando alta mais precoce do ambiente hospitalar⁷⁷.

Também nesse ano de 2008, foram estudados 4.405 casos de gestação entre 10 e 19 semanas de idade gestacional calculados pelo método de data da última menstruação (DUM) e comparados com dados de ultrassonografia em Cleveland-EUA. Nesta fase da gestação os fetos pequenos (definidos por apresentarem de 1 a 10 dias menor do que a idade gestacional pela DUM) resultaram 2,7 dias mais jovens, estatisticamente significante, do que os fetos grandes (definidos por 0-10 dias maior do que a IG pela DUM) e evoluíram com mais partos prematuros antes de 32 e 34 semanas. Apresentaram também significativamente baixo peso ao nascer. Nesse estudo, fetos pequenos para a idade gestacional de 10-19 semanas relacionados ao baixo crescimento intrauterino foram associados ao uso do tabaco durante a gravidez⁷⁸.

Todos os nascimentos com vida de recém-nascidos pré-termos, únicos, espontâneos, sem malformações, ocorridos no período de abril de 2002 a julho de 2004, em um hospital terciário no Brasil (Hospital Universitário da UFSC) foram alvo de um estudo transversal. Foram comparados com os nascidos vivos a termo, únicos e sem malformações no mesmo período (146 casos com gestação menor do que 37 semanas e 2198 controles). Teste de tendência linear para idade materna de menos de 20 anos, tabagismo, baixo índice de massa corporal pré-gestacional e baixa escolaridade foram considerados fatores de risco independentes e significativos estatisticamente para prematuridade. Para todos os fatores de risco, exceto o tabagismo, as razões de chance aumentaram linearmente com o decréscimo da idade gestacional.

Os efeitos cumulativos do tabagismo apontam para a necessidade de incentivar o abandono do hábito de fumar entre as gestantes, especialmente entre aquelas com baixo índice de massa corporal e em idade mais avançada, devido ao risco aumentado de prematuridade

⁷⁷ PAUL, Ian M.; LEHMAN, Erik B.; WIDOME, Rachel. Maternal tobacco use and Shorter Newborn Nursery stays. *Am J Prev Med*, vol. 37, n. 2S, p. 173-178, ago., 2009.

⁷⁸ MERCER, BM; MERLINO, AA; MILLUZZI, CJ *et al.* Small fetal size before 20 weeks' gestation: associations with maternal tobacco use, early preterm birth, and low birthweight. *Am J Obstet Gynecol.* vol. 198, n. 673, p. 673-678.

neste grupo específico. O tabagismo é fator de risco significativo para nascimento prematuro mesmo quando a gestante é jovem e mais ainda quando a idade é avançada. No entanto, o universo de dados da pesquisa supracitada foi considerado pequeno, requerendo novos estudos prospectivos⁷⁹.

Questiona-se também a associação do hábito de fumar na gestação e o fumo passivo, ao risco de morte súbita do lactente (SMSL)⁸⁰. A SMSL, chamada outrossim de morte súbita infantil é a morte súbita e inesperada durante o sono em criança menor de 1 ano de idade, e a história clínica, o exame da criança e do ambiente e a necropsia não apresentam evidências ou suspeitas de que a criança se encontrava em risco. O perfil de risco para SMSL é composto de fatores maternos e fatores peri e pós-natais: mãe jovem, múltiplas gestações, intervalo curto entre as gestações, pré-natal inadequado, baixo nível sócio – econômico; criança com prematuridade, baixo peso de nascimento e irmão com SMSL. O coeficiente de mortalidade específico da SMSL no Brasil foi estimado por Nunes e colaboradores em 4,5% de 10 000 mortes⁸¹. Estudo retrospectivo *post-mortem* de todos os casos de síndrome da morte súbita acontecidos na península do Wirral na Inglaterra, com uma população de 350.000 habitantes e 3500 nascimentos anuais, realizado no período de 1995 a 2000. Foram encontrados 25 casos, dos quais nove crianças dividiam a cama com a mãe após o nascimento, sete mães eram fumantes e cinco reportaram uso de outras drogas no dia da morte de seus bebês⁸².

Além disso, foi publicado em 2012, um estudo de 646 pares de mãe-filho em desenho transversal, sendo analisado o comportamento infantil aos 5-6 anos filhos de mães expostas ao tabaco na gestação (em casa e no trabalho). Foram realizadas análises de regressão logística para avaliar os fatores associados e afastar os fatores de confusão no estudo, como sexo e características familiares. Nesse estudo foi registrado 37% de mães fumantes na gestação. Crianças exposta ao tabaco na gestação apresentaram maiores escores de problemas comportamentais de externalização (25% versus 17%), com chance 2,08 vezes maior de comportamento agressivo. Esse estudo sugere que a exposição ao tabaco está relacionada a

⁷⁹ GRILLO, Eugênio; FREITAS, Paulo Fontoura. Tabagismo e outros fatores de risco pré-gestacional para nascimento espontâneo prematuro. **Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.**, vol. 11, n. 4, p. 397-403, Recife, out/dez, 2011.

⁸⁰ ANDERSON, HR; DEREK, GC. Passive smoking and sudden infant death syndrome: review of the epidemiological evidence. **Thorax**, vol. 52, p. 1003-1009, 1997.

⁸¹ NUNES, ML *et al.* Síndrome da Morte Súbita no Lactente: aspectos clínicos de uma doença subdiagnosticada. **Jornal de Pediatria**, vol. 77, n. 1, 2001.

⁸² JAMES, C.; KLENKA, H.; MANNING, D. Sudden infant death syndrome: bed sharing with mothers who smoke. **Arch Dis Child**, vol. 88, p. 112-113, 2003.

comportamento agressivo das crianças aos 5-6 anos de idade. Possível mecanismo seria hipóxia com atraso no crescimento cerebral e complicações no parto⁸³.

Embora vários estudos sugiram associação a doenças do comportamento como o Transtorno do espectro Autista (TEA) com o tabagismo na gestação, uma metanálise recente não comprova evidência científica do TEA com o ato de fumar na gestação. No entanto, estudo realizado na França e publicado em 2015 demonstra que o tabagismo materno na gestação está envolvido diretamente ou por mecanismos epigenéticos – que exercem modificações do genoma que são herdadas pelas próximas gerações, mas que não alteram a sequência do DNA – aos sintomas do Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) em criança aos 8 anos de idade⁸⁴.

Os efeitos a longo prazo em adultos jovens após a exposição ao cigarro no período pré-natal foram estudados em jovens com 22 anos, filhos de 1360 gestantes maiores de 18 anos foram estudadas em Pittsburgh-EUA. Neste estudo de corte, publicado em 2012, mulheres foram entrevistadas no 7º mês de gestação, 8 e 18 meses; 3, 6, 10, 14, 16 e 22 anos após o parto. Dentre os desfechos avaliados, a exposição ao cigarro menos ou mais de 10 dias e a cada trimestre da gestação. Avaliação foi feita através de instrumento de dependência e comportamental dos filhos expostos ao cigarro nos três trimestres e pela quantidade de cigarro consumida aos 22 anos de idade. Foi registrada a presença de problemas comportamentais nestes jovens, mais graves quanto maior a exposição ao cigarro, a cada trimestre de exposição e ao número de cigarros. Encontrado também a exposição ao cigarro no pré-natal como preditor de dependência a nicotina dose dependente (nos três trimestres e >10 cigarros/dia). O estudo sugere ser este um forte argumento para convencer as gestantes a interromper o hábito de fumar⁸⁵.

Uma revisão crítica de literatura de estudos publicados entre 2000 e 2008, em países desenvolvidos como EUA, Canadá, Austrália e Reino Unido discute as consequências não intencionais das políticas antitabagistas para as mulheres de baixa renda. Questiona que mulheres brancas têm o costume de continuar a fumar mesmo enquanto têm crianças pequenas, talvez por falta de apoio social. Ressalta também questões culturais das

⁸³ KALKBRENNER, Amy E.; BRAUN, Joe M.; DURKIN, Maureen S. *et al.* Mothers environmental tobacco smoke exposure during pregnancy and externalizing behavior problems in children. **Environmental Health Perspectives**. vol. 120, n.7, jul. 2012.

⁸⁴ MELCHIOR, M. *et al.* Maternal tobacco smoking in pregnancy and children's socio-emotional development at age 5: The EDEN mother-child birth cohort study. **European Psychiatry**, vol. 30, p. 562–568, 2015.

⁸⁵ CORNELIUS, Marie D.; GOLDSCHMIDT, Lidush; DAY, Nancy L. Prenatal cigarette smoking: long-term effects on young adult behavior problems and smoking behavior. **Neurotoxicology and teratology**. vol. 34, p. 554-559, 2012.

comunidades latinas e negras, que apresentam como característica maior união do que em outros países menos desenvolvidos como o Brasil, por exemplo⁸⁶.

Dados epidemiológicos que representam a população americana em geral, coletados de 70.000 gestantes com idade de 12-44 anos das pesquisas do *National Surveys on Drug Use and Health R-DAS*, foram estratificadas por período de gestação, com acesso a variações de dependência de tabaco. Os resultados mostram que no 1º mês de gestação, 26-27% das gestantes eram fumantes recentes e 52% eram dependentes de tabaco. No 3º mês foram 17,6% e dois terços (67%) respectivamente. Foi demonstrado que a maior concentração de fumantes dependentes se encontrava nos primeiros meses de gestação. Isso pode indicar que o fato de estar grávida representa um fator positivo para baixar a prevalência do tabagismo já no final do primeiro trimestre de gestação, seja a situação já classificada como dependência ou não⁸⁷.

A dependência de nicotina durante a gravidez é um fator de risco para a mãe e para o feto. Os efeitos adversos de fumar durante a gestação têm sido estudados e existem evidências de aborto espontâneo, nascimentos prematuros e recém-nascidos de baixo peso. A mortalidade desses bebês é maior, assim como a presença de problemas durante o desenvolvimento físico e psicológico, quando comparados aos filhos de não fumantes. Segundo pesquisas epidemiológicas inglesas entre as gestantes, 30% são fumantes, sendo a maioria jovens entre 24 e 35 anos, com baixo nível de escolaridade, desempregadas ou subempregadas. Entre as gestantes orientadas nas consultas de pré-natal quanto aos benefícios obtidos com a interrupção do uso de tabaco para a própria pessoa e para o feto, apenas uma em cinco se propôs a interromper o uso. Os estudos que compararam grávidas aconselhadas com aquelas que não receberam aconselhamento não mostraram diferenças significativas na taxa de abstinência. Com intervenções especiais, essas taxas aumentam em 10%. Conclui-se que o trabalho de motivação para permanecer em abstinência deve estender-se ao longo do período pós-parto, devido ao alto índice de recaída nessa fase. Por outro lado, o emprego da terapia de reposição de nicotina só está indicado quando os riscos de continuar fumando forem maiores que o risco da reposição.⁸⁸

Lambers e Clark apontaram as principais consequências na visão da medicina, a respeito da exposição do nascituro ao tabaco:

⁸⁶ GREAVES, Lorraine J.; HEMSING, Natalie J. Sex, gender, and secondhand smoke policies: implications for disadvantage women. **Am J Prev Med**, vol. 37, n. 2S, p. 131-137, 2009.

⁸⁷ ALSHAARAWY, Omayma; ANTHONY, James C. Month-wise estimates of tobacco smoking during pregnancy for the United States, 2002-2009. **Matern Child Health J**. vol.19, p. 1010-1015, 2015.

⁸⁸ MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al.* Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001. p 209.

Principais complicações à gestação e ao feto relacionadas ao consumo de tabaco	
Gestação	Feto
Parto prematuro	Baixo peso ao nascer
Restrição ao crescimento intrauterino	Redução da circunferência craniana
Ruptura prematura das membranas	Síndrome da morte súbita infantil
Descolamento da placenta	Asma
Abortamento espontâneo	Infecções respiratórias
Placenta prévia	Redução do QI
	Distúrbios do comportamento

Tabela 1 – FONTE: LAMBERS, DS; CLARK KE. The maternal and fetal physiologic effects of nicotine. Seminário de Perinatologia. vol. 20, p. 115-26, 1996.

Entretanto, e por fim, com o objetivo de selecionar as consequências que poderiam ensejar uma contenda jurídica de maior clareza, pode-se resumir que dentre todas as implicações médicas associadas ao tabagismo na gestação, as que levam à morte do nascituro ou do neonato (aborto espontâneo, Síndrome da Morte Súbita do Lactente, morte neonatal e perinatal), ou ao parto prematuro de baixo peso – principalmente os que resultam em cegueira permanente –, ou a déficits comportamentais prolongados (TDAH, agressividade, anormalidades neurológicas), são aquelas que devem ser consideradas a título de dano passível de ressarcimento, ao menos em um primeiro momento.

2.4 A resposta jurídico-política às descobertas científicas relacionadas ao tabaco

Após esclarecidas as consequências estudadas cientificamente, o que nos interessa neste subtítulo é fazer uma relação selecionada das políticas públicas implementadas e restrições legais editadas no Brasil. Tal tarefa tem como objetivo mostrar a intenção do Poder Público de desincentivar o ato de fumar e, com isso, realizar a prevenção dos males que levaram e levam uma quantidade expressiva de pessoas a necessitar de tratamento médico, principalmente se esse for dispensado pela rede pública.

A ideia de realizar um instrumento de controle do tabaco, após a paz de 1945, começou no âmbito internacional, através da Organização Mundial da Saúde. Essa pauta, entretanto, foi executada a passos lentos desde 1995, com a Resolução da Assembleia de número 48.11, até 2005, com a entrada em vigência da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco após a ratificação dos primeiros 40 países membros⁸⁹.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **WHO Framework Convention on Tobacco Control**. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42811/1/9241591013.pdf?ua=1>>, acesso em 23 set. 2016. p. 33-35.

A partir desse instrumento, os países signatários receberam parâmetros para realizarem políticas internas de redução do consumo do tabaco e o Brasil foi um deles. E antes mesmo da sugestão desse instrumento internacional, já havia mobilização política que buscava amenizar os gastos com saúde pública que advinham das consequências do tabagismo para a população brasileira. Desde 1989, o Ministério da Saúde, através do Instituto Nacional de Câncer (INCA), procurou promover as Ações Nacionais de Controle do Tabagismo⁹⁰.

Após esse período inicial, houve a Criação da Comissão Nacional para Implementação da Convenção Quadro para Controle do Tabaco (CONICQ). Essa Comissão interministerial foi criada em 1º de agosto de 2003, por Decreto Presidencial, e conta com a participação atual de representantes de 14 Ministérios, a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. É presidida pelo Ministro da Saúde e tem o INCA como sua Secretaria Executiva⁹¹.

Foi no Plano Nacional de Saúde de 2004, com as Portarias Nº 399/GM 2006, Nº 687/2006 e Nº 2.439/GM que houve a maior previsão legislativa de implementação de políticas contra a prática do tabagismo no país. Essas têm por escopo sistematizar ações educativas, mobilizar legislações e promover ações midiáticas contra o uso do tabaco⁹².

Ainda, oficializou-se o Dia Mundial sem Tabaco, em 31 maio, cuja campanha de 2016 teve como tema a padronização da embalagem dos produtos, e instituiu-se o Dia Nacional de Combate ao Fumo, em 29 agosto. Em homenagem a essas datas, foram instituídos os programas Ação Saber Saúde e o Programa Saúde na Escola. Essas políticas consistem na formação de profissionais da Educação e da Saúde para trabalharem conteúdos relacionados à promoção da saúde com crianças, adolescentes e jovens brasileiros dentro das escolas e, pelo Decreto Presidencial nº 6.286/2007, em uma política intersetorial entre os ministérios da Saúde e da Educação, na perspectiva da atenção integral à saúde de crianças, adolescentes e jovens do ensino público básico, no âmbito das escolas e unidades básicas de saúde, realizadas pelas equipes de Saúde da Família e educação respectivamente⁹³.

⁹⁰ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 12.

⁹¹ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 15. e atualizações: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn9944.htm>, acesso em 16 jan. 2017.

⁹² Disponíveis em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>; <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/28_11_2013_14.57.23.7ac506d47d4d289f777e2511c83e7d63.pdf>; e <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/Legislacao/portaria_2439.pdf>, acesso em 17 dez. 2016.

⁹³ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 13.

Já as Portarias GM/MS Nº 1035/04 e SAS/MS/nº 442/ de 13 de agosto de 2004, definem diretrizes médicas para o tratamento do tabagismo. Nelas está consignado que deve ser realizada, necessariamente e prioritariamente, a abordagem cognitivo-comportamental. Já o apoio medicamentoso é reservado à indicação caso a caso. Esse tratamento poderá ser realizado por qualquer unidade de saúde pertencente ao SUS, de qualquer nível hierárquico, segundo critério do gestor municipal, desde que preencha os critérios de credenciamento definidos pelo Plano de Implantação⁹⁴.

Outrossim, a Portaria nº 1.105/GM de 5 de julho de 2005, reiterada pela Portaria nº 2.084 de outubro do mesmo ano, incorporou os medicamentos utilizados no apoio à abordagem cognitivo-comportamental do fumante no componente estratégico do Elenco de Medicamentos para Atenção Básica, passo fundamental no processo de consolidação da atenção ao fumante no SUS. Conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite, o Ministério da Saúde é o responsável por encaminhar para as Secretarias Municipais de Saúde os medicamentos e os manuais a serem utilizados durante as sessões da abordagem cognitivo-comportamental⁹⁵. “A Secretaria Estadual da Saúde [...] é responsável pela articulação da implantação da rede de tratamento do fumante no Estado, projeto que envolve a capacitação dos profissionais de saúde e orientação aos gestores municipais”⁹⁶.

Além disso, outra iniciativa para o fomento de ações de promoção de ambientes livres de tabaco trouxe a Portaria nº 2.068/2005, que estipula incentivo financeiro aos Estados e capitais atuantes⁹⁷.

Com relação à sociedade civil, apoiada nas legislações de fomento, pode-se citar a Aliança de Controle do Tabagismo no Brasil⁹⁸.

A respeito das restrições legislativas à indústria do tabaco, a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, começou restringindo a propaganda dos produtos fumígenos, dentre outros, disposições essas que ficaram mais austeras ao longo do tempo, com legislações alteradoras em 2000, 2001, 2003, 2008 e a última em 2011 (a Lei Federal nº 12.546/2011).

⁹⁴ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 13.

⁹⁵ Disponível em: < <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/3b4da40047eaabc088d4cd9ba9e4feaf/plano-de-implantacao-da-abordagem-e-tratamento-do-tabagismo-na-rede-sus.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3b4da40047eaabc088d4cd9ba9e4feaf>>, acesso em 17 dez . 2016.

⁹⁶ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 14.

⁹⁷ CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante: Consenso** 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001. p. 13.

⁹⁸ Cf. : <<http://www.actbr.org.br/>>, acesso em 03 jan. 2017.

Devido a essas alterações, a Diretoria Colegiada da Anvisa aprovou uma Resolução que altera as embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco. De acordo com o texto, as embalagens deverão trazer advertências sanitárias que ocupem 30% da parte inferior da face frontal das embalagens desses produtos, mantendo as fotos já existentes na face posterior⁹⁹. A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC nº 14 de 10/04/2015) dá cumprimento ao que prevê a Lei Federal nº 12.546/2011 e o Decreto nº 8262/2014. A seguinte mensagem de advertência sanitária deve ser impressa: “Este produto causa câncer. pare de fumar disque saúde 136”, escrito de forma legível e destacada, com letras brancas, em negrito, caixa alta, fonte Arial 8, espaçamento simples, sobre fundo de cor preta, conforme modelo disponível no portal eletrônico da Anvisa. Ainda segundo a RDC, fica proibido o uso de qualquer tipo de invólucro ou dispositivo que impeça ou dificulte, de forma total ou parcial, a visualização da advertência sanitária, inclusive pela abertura da embalagem. O parágrafo 6º, artigo 3º, da Lei 12.546/2011 estabeleceu o dia 1 de janeiro de 2016 como data para início de comercialização dos produtos com a nova advertência.

Sobre o aspecto tributário, a Lei 12.546 estabelece dois regimes um geral e um especial. A regra geral de tributação do IPI estabelece que o cálculo do mesmo será feito utilizando-se de uma alíquota de 300% aplicada sobre 15% do preço de venda a varejo (*ad valorem*) dos cigarros, cobrança que resulta em 45% sobre o preço de venda final. A carga tributária total sobre os cigarros fica em 81%, sendo 45% de IPI, 11% de PIS/Cofins e 26% de ICMS. Caso o fabricante ou importador de cigarros opte pelo regime especial do IPI, o valor do imposto será obtido pelo somatório de 2 (duas) parcelas, sendo um *ad valorem*, calculada da mesma forma que o regime geral, e outra específica, de acordo com o tipo de embalagem (maço ou box). Nesse regime a carga tributária pode chegar a 75%¹⁰⁰.

Ainda, vale mencionar os avanços do subsistema de proteção do consumidor, nos artigos 10 e 12, CDC. Com base nesses dispositivos, a responsabilidade do fornecedor, no caso a indústria tabagista, pode ser reconhecida objetivamente, e de forma agravada, se for determinado que seu produto porta risco inerente.

Essa digressão facilita a compreensão da importância dada à prevenção contra o tabagismo pelos governos brasileiros desde 1989. Histórico que não é de difícil apreensão, mas que estabelece um cenário esclarecedor para que sejam compreendidas políticas

⁹⁹ BRASIL, Lei 9.294 de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>, acesso em 16 jan. 2017.

¹⁰⁰ OBSERVATÓRIO da Política Nacional de Controle do Tabaco. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/status_politica/precos_imposto_s>, acesso em 03 jan. 2017.

específicas com relação à gestante tabagista. Assim, se identifica, *e.g.*, coerência com o ordenamento nas recomendações das condutas médicas, diretrizes essas formuladas pela Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia com o aval do Ministério da Saúde, para o aconselhamento à imediata cessação do consumo de tabaco, na ocorrência de gravidez, e sem o auxílio de fármacos¹⁰¹.

¹⁰¹ SBPT, Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. **Diretrizes para cessação do tabagismo 2008**. Disponível em <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=817>, acesso em 17 jan; 2017.

3 SUBJETIVIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA: SOBRE O NASCITURO

O presente trabalho analisa o universo da relação gestante-nascituro-filho nascido, e outros possíveis interessados legitimamente, quando essa relação envolva o consumo de tabaco durante a gestação, contornando-a juridicamente sob a ótica da responsabilidade civil.

Para este terceiro capítulo reservou-se o estudo de uma das partes da relação em destaque, o nascituro, colocando-o, em uma posição central da qual irradia diversos feixes, os quais representam aspectos eleitos de acordo com o objetivo de tocar os possíveis pontos divergentes relevantes ao trabalho. Assim também o será com relação à gestante como mulher no capítulo seguinte.

A perspectiva do nascituro é inaugural por ser a parte mais enigmática da relação em comento. Nesse sentido, é preciso focar nas circunstâncias teóricas que o cercam, de modo a estabelecer um compilado dos possíveis caminhos de pensamento que podem ser direcionados ao mistério que permeia o embrião humano.

Dessa maneira, para satisfazer os campos moral, ético e jurídico, é preciso reter o olhar em três questões chave que são: a dignidade, a humanidade e a personalidade. Esses três parâmetros de análise devem ser desvelados nessa ordem, por força do encadeamento do raciocínio, não pela respectividade aos três campos, mas pelo grau de abstração e pelo raio de alcance relativo ao tema na passagem de um conceito a outro.

Mas antes desse desenvolvimento, cabe à introdução capitular uma prévia dos estudos anteriores sobre o tema e uma definição do vocábulo “nascituro”. André Franco Montoro foi o autor da primeira monografia sobre nascituro no Brasil, apoiado aos pensamentos de Anacleto de Oliveira Faria. Foi ele quem descobriu a ambiguidade na lei brasileira que pairava no CC/16, art. 4º, e que no novo código ainda se conserva¹⁰².

Tecendo crítica a esse trabalho, Chinelato, em tese também célebre, aponta a falta de argumentos a respeito de direitos da personalidade do nascituro. Toda a discussão da renomada obra de doutoramento inspirou-se sobre antigos acórdãos que negavam indenização pela morte de nascituro decorrente de ato ilícito, cujas decisões indignaram a autora¹⁰³. Neste sentido, defende:

[...] todo ser humano tem direito a vida em qualquer estágio de seu desenvolvimento – mórula, blástula, ovo, embrião pré-implantatório, embrião e feto. Pois todos esses estágios apresentam apenas um continuum

¹⁰² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.

¹⁰³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2-3.

do mesmo ser “que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto.”¹⁰⁴

Com relação ao conceito, Chinelato achou necessário diferenciar nascituro de prole eventual, apontando a distinção do nascituro já ser concebido e já se encontrar no ventre materno. Entretanto, essa nomenclatura distancia-se do direito italiano, no qual existe nascituro *concepito* e nascituro *non concepito* e do direito francês, cujos títulos são *enfant conçu* e *enfant non conçu*¹⁰⁵.

Após apresentar essas considerações prévias, Chinelato constrói seu conceito de nascituro a partir de quatro premissas:

Com concisão, encerra os elementos essenciais do termo técnico-jurídico a conceituar, embora necessite ser, agora explicitado: a) é a pessoa – com tais palavras indica, desde logo, a tomada de posição do autor, que também é a nossa, no sentido de que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção [...]; b) que está por nascer – diferença específica em relação às pessoas nascidas, sejam capazes, sejam elas capazes, sejam elas relativa ou absolutamente capazes. c) já concebida – diferença específica em relação à prole eventual, conforme supraa explanamos e com as observações que faremos a seguir, quanto ao exato momento de concepção em nossa tese; d) no ventre materno – essa expressão, utilizada em 1966, quando da primeira obra na qual se encontra, excluiria o embrião pré-implantatário, enquanto *in vitro* ou crioconservado, isto é, ainda não implantado no útero da futura mãe.

¹⁰⁶

Ainda, acrescenta a esses elementos a visão de que a concepção é iniciada apenas após a nidação, quando o ovo se fixa no endométrio, pelo fato de que o embrião originado pela fecundação *in vitro* e não implantado não ter viabilidade de desenvolvimento fora do útero, ao menos no estágio de desenvolvimento científico em que a humanidade se encontra atualmente¹⁰⁷. Segundo Chinelato, “somente após referida implantação, com a qual se iniciará a gravidez, é que a Ciência Jurídica poderá considerar que ali existe um novo ser, uma pessoa, embora o embrião pré-implantatário deva merecer tutela jurídica como pessoa virtual ou *in fieri*.”¹⁰⁸

Apesar dessa posição, a autora faz o recorte dizendo que não trata do embrião pré-implantatário, apenas do ser humano já concebido, mas reserva um comentário de que esse

¹⁰⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 3.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7-8.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000., p. 9.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.p. 10.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

embrião é ser humano e que a melhor doutrina seria conferir personalidade também a ele, tal como Boécio exorta¹⁰⁹.

Vê-se que tomar o nascituro como tema é chamar a si a responsabilidade de discorrer sobre uma complexidade de fatores, cuja tarefa tentar-se-á corresponder às palavras que seguem.

3.1 Nascituro e dignidade

Inaugurando o primeiro axioma, a revelação da convivência ideal é o que se projeta no conceito de dignidade humana¹¹⁰. Por tal constatação, esse valor, um atual consenso ético humanista¹¹¹, se desdobra em muitas facetas que frequentemente fundamentam opiniões diretamente opostas.

Isso ocorre porque a origem do emprego da palavra *dignitas* tem referências outras que não a atual correlação com os direitos humanos¹¹². Na Roma Antiga, dignidade indicava qualidade de quem possuía *status*, ou seja, revelava os elevados estratos sociais da política, das pessoas abastadas e também do próprio poder das grandes instituições da época – como o Senado, a Assembleia Centuriata e a Assembleia Curiata¹¹³.

Paralelamente a esse desdobramento, reflexões religiosas e filosóficas iniciaram outro processo de descoberta de uma dignidade que mais se aproxima do que se entende hoje como tal. Desde as exortações religiosas do monoteísmo hebraico e do nascente cristianismo¹¹⁴ – não se esquecendo de que essas religiões muitas vezes tiveram atitudes não condizentes com o atual valor –, até as palavras consideradas hereges e fundadas na razão de Giovanni Picco, Conde de Mirandola, em seu discurso *Oratio de Hominis Dignity*, todas essas visões antigas e

¹⁰⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 14-15.

¹¹⁰ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 26-27.

¹¹¹ Para mais Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016 e NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2011.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 9-15.

¹¹³ SILVA, Paulo Roberto Souza da. Instituições Republicanas na Revolução Romana. Revista Alethéia de Estudos sobre Antiguidade e Medievo. Volume 2/2, Ago/Dez. 2010. p. 16. Disponível em: <http://revistaale.dominiotemporario.com/doc/SILVA_PAULO_ROBERTO_SOUZA_DA.pdf>, Acesso em 13 abr. 2016.

¹¹⁴ O dogma *imago dei*, imagem e semelhança de Deus, do catolicismo deu suporte significativo ao avanço da dignidade humana como qualidade intrínseca.

medievais do mundo tocam a parte da dignidade reconhecida como a valoração do ser humano em sua posição especial no universo¹¹⁵.

A partir desse processo, Pascal e Samuel Pufendorf, filósofos do iluminismo, foram os primeiros a formular versões seculares e racionais do conceito de dignidade¹¹⁶. Contudo, Kant quem elaborou o mais celebrado, porém mister dizer não único, conceito de dignidade humana. Para o filósofo, a dignidade pressupõe uma qualidade intrínseca do ser humano que o caracteriza como um fim em si mesmo, não podendo ser tomado como instrumento de forma alguma¹¹⁷. Nas próprias palavras do autor:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹¹⁸

Ainda, Jorge Reis Novais sumariza de forma precisa e clara o pensamento desse filósofo moderno:

[...] para Kant não é autónoma uma qualquer decisão livre da pessoa, mas apenas a que for tomada em função do dever moral, tomada por imposição da lei, da máxima, que cada um se dá a si mesmo e só desde que essa lei corresponda ao imperativo categórico, isto é, possa ser generalizável. Para Kant, a natureza da autodeterminação do indivíduo actuando como co-legislador no reino dos fins implicava só ser verdadeiramente autónoma a actuação individual subordinada a uma máxima, a uma motivação, que, segundo a primeira formulação do imperativo categórico, pudesse pretender ser reconstruída e aplicada como lei moral universal, logo, como comando válido para todos e para quaisquer circunstâncias, acima de desejos, inclinações, fins ou necessidades particulares. Por outro lado, e de acordo com a segunda formulação do mesmo imperativo categórico, é por possuir essa capacidade racional e moral única – a que lhe permite a autonomia própria de legislador no reino dos fins e a consequente capacidade e decisão autónoma – que cada pessoa deve ser consequentemente considerada como valor intrínseco [...]¹¹⁹.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15-17.

¹¹⁶ Em termos de trajetória linear histórica, Hobbes o precedeu, mas de maneira pouco evolutiva confundiu dignidade com a noção de reconhecimento, desenvolvida depois por Hegel e sucessores, dizendo ser o “valor de mercado” de uma pessoa, muito próximo à noção de *dignitas*.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 81-82.

¹¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 77.

¹¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015. p. 44-45.

Nesse sentido, Kant dizia ser proibido utilizar-se da pessoa como simples meio, ou seja, que alguém seja tratado como instrumento, mesmo que tenha realmente feito ou escolhido esse papel na vida, pois o ser humano é um fim em si mesmo¹²⁰. Dessa forma identifica-se uma violação da dignidade kantiana pelo tratamento instrumentalizante de uma pessoa humana.

Grande parte do sucesso da dignidade humana, utilizada como fundamento pelas cortes constitucionais contemporâneas, se deve graças ao discurso político dos vitoriosos da Segunda Guerra Mundial, como forma de manutenção da paz¹²¹. Nesta esteira, vários textos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram a abrigar o conceito¹²². Já as novas tendências como o direito civil-constitucional, de maneira complementar, assegurou sua estabilidade no pensamento jurídico pós-moderno, moderno reflexivo, moderno líquido ou pós-colonial¹²³.

É por essa evidência no pós-guerra, que a dignidade se transformou no fundamento do nosso atual Estado de Direito, o Estado que cuida dos direitos fundamentais, e também adquiriu o seu *status* de base em que assenta a República¹²⁴. Isso ocorre porque a dignidade da pessoa humana comunga intimamente com o princípio da igualdade. Como Ingo Wolfgang Sarlet bem colocou: “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos”¹²⁵.

Além disso, não apenas o Direito beneficiou-se dessa transformação orquestrada pela força da dignidade humana, mas também o campo da ética que se funda nos direitos humanos:

¹²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 67.

¹²¹ Jorge Reis Novais critica a utilização da dignidade como chave do sucesso da paz por configurar um duplo acordo, ou seja, o acolhimento desse princípio seria apenas simbólico, já que não foi feito o trabalho de defini-lo e sim deixou-se a critério de cada nação o seu conteúdo. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015. p. 23.

¹²² Tais como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção de Direitos da Criança (1989).

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 19. E vale conferir: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; LYOTARD, Jean François. **The postmodern condition**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, organização e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997; BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001 e SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice: o social e o político na pós modernidade**. Coimbra: Almedina, 2013.

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015. p. 58-59.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 105.

Uma das grandes transformações culturais do final do século XX foi a evolução para uma ética centrada na dignidade da pessoa e no seu direito à liberdade ética de autodeterminação. [...] A dignidade parece ser a fundamentação da ética e dos valores na sociedade plural e secularizada sendo alicerce do próprio Estado de Direito¹²⁶.

A partir dessa ideia, a dignidade humana como fundamento ético e humanista pressupõe questionar axiomas aparentemente sólidos, conferindo movimento no pensamento de outrora, revisão essa recomendavelmente periódica. Rui Nunes propõe que na ética devem-se ter claras duas vertentes da dignidade: uma relacionada à gênese dos direitos e outra como sede da responsabilidade. Discorre, ainda, que a dignidade possui três dimensões: a individual, a das gerações futuras e a das minorias¹²⁷.

Neste ponto, em termos doutrinários contemporâneos na área jurídica, é possível dizer que o pensamento kantiano permanece, mas de forma atualizada com relação aos acréscimos paradigmáticos da nova era flexível, pluralista e ecológica. Novais adiciona ao conceito kantiano, a flexibilidade moral:

[...] qualidade e valia intrínseca da pessoa humana enquanto ser dotado da capacidade racional que lhe permite, com autonomia, fazer escolhas de acordo com os padrões morais que elegeu e pelas quais se pode e deve responsabilizar perante os outros, que lhe são iguais em autonomia, em liberdade, em direitos e em responsabilidade¹²⁸.

À guisa de complementação do seu conceito, Novais deixa claro que essa autonomia se funda numa capacidade abstrata e potencial de autodeterminação, ou seja, alarga sua proteção para os momentos antes do nascimento e após a morte, mas ressalta que é independentemente da qualidade de sujeito de direito. Como em suas palavras escreve:

Pensada assim, esta é uma dignidade da pessoa em si, uma dignidade que o sentido de justiça do nosso tempo funda numa capacidade abstracta e potencial de autodeterminação, mas alarga a todas as pessoas independentemente da capacidade ou vontade concreta da sua realização, que pode mesmo nem sequer existir facticamente, como na situação dos menores, dos profundamente incapacitados ou dos doentes mentais. Nesse mesmo sentido, a vinculação do Estado à proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional objetivo, inclui a proteção da

¹²⁶ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 25-27.

¹²⁷ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 27-29.

¹²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015. p. 46.

dignidade antes do nascimento e após a morte, independentemente da sua não titularidade subjectiva nessas circunstâncias.¹²⁹

No entanto, mais clareza nesse ponto de vista revela o conceito de dignidade de Sarlet, pois, além de não mencionar a autonomia diretamente, característica frequentemente utilizada como fator de exclusão do nascituro, acrescenta a agenda ecológica:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹³⁰.

Percebe-se que nos dois conceitos, por mais que tenham abrangências diferentes, os dois abarcam o nascituro como parte integrante do grupo dos possuidores dessa qualidade intrínseca a todos os seres humanos. Sarlet ainda acrescenta a impossibilidade da dignidade de ser criada, concedida ou retirada pelo Direito¹³¹, diferentemente de Luís Roberto Barroso que trabalha a dignidade estritamente em relação ao seu caráter jurídico, não abordando as interfaces filosóficas e éticas, e, portanto, não se comprometendo a aprofundar a dignidade no que tange ao seu aspecto social e natural¹³².

Nesse sentido, a escolha científica de Barroso assenta-se na busca de um conteúdo mínimo da dignidade, com a finalidade de unificação e maior objetividade no seu uso. Barroso estabelece, então, que o conteúdo mínimo de dignidade pressupõe o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo e a sua restrição pela valoração comunitária.

Observa-se que a dimensão comunitária da dignidade difere de forma clara nas doutrinas de Sarlet e de Barroso. Enquanto o primeiro considera a comunidade como aquela

¹²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015. p. 63-64.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 21.

que possui o dever de respeitar o axioma, o segundo coloca a comunidade como capaz de limitar os efeitos desse valor.

A aplicação mais significativa dessa diferenciação doutrinária se encontra na questão polêmica, se não a mais profunda, ao menos uma das mais complexas, que é o aborto, questão relevante que será discutida mais adiante quando do tema da mulher. A importância de se ressaltar tal discussão jurídica neste momento fundamenta-se no estabelecimento dos parâmetros em que o estatuto jurídico do nascituro é assentado.

Vê-se que, enquanto na perspectiva sarletiana a dignidade pode ser facilmente reconhecida por inteiro ao embrião, na concepção expressa de Barroso, ao nascituro faltaria o reconhecimento de sua autonomia, por possuir baixo grau de autoconsciência e independência ou um grau não definido e, mesmo se possivelmente o tivesse em completo, pelo fato de sua vontade não poder ser priorizada frente à da gestante, sob pena de se configurar a instrumentalização da mulher que o carrega¹³³.

Ainda, embora não emitindo posicionamento específico sobre o nascituro, mister mencionar a doutrina acerca da dignidade de Maria Celina Bodin de Moraes. Assumindo uma visão em que o Direito enuncia os valores incutidos na consciência coletiva histórica de determinada sociedade, embora negando caráter jusnaturalista desta convicção, destaca a necessidade do reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cujo fundamento é o direito universal da pessoa humana a ter direitos¹³⁴.

Para Moraes, “da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui”¹³⁵. E neste toque formula uma interessante construção da estrutura desse valor supremo do ordenamento, em que se utiliza da subdivisão em quatro postulados: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a integridade psicofísica. Vide parte de seu texto:

Para que se extraíam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 21.

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

¹³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84.

capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação –, será desumano, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.¹³⁶

Nessa esteira estabelece que “somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles [a dignidade], podem ser relativizados, ponderados, estimados”¹³⁷. Ou seja, para que a dignidade se faça presente há de promover o equilíbrio entre esses princípios derivados e de ponderar as dignidades concretas em conflito¹³⁸.

Vê-se, então, que tal polêmica não se assenta entre os teóricos jurídicos na questão do valor intrínseco, que são em sua expressiva maioria a favor do reconhecimento dessa característica também nos fetos e nos embriões *in vitro*. A divergência assenta-se, ainda com mais fôlego, em razões de conhecimento científico biológico, passa por questões de interesse público e culmina no conceito filosófico de ser humano. Todas essas áreas tocam sensivelmente o Direito no que diz respeito ao estabelecimento de proteção jurídica e ponderação de princípios constitucionais.

3.2 Nascituro e humanidade

Seguindo, passa-se a analisar a questão da presença ou não de humanidade no nascituro. Para esse fim a primeira questão funda-se exatamente no que é a vida e no que é o

¹³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84-85.

¹³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85.

¹³⁸ Com respeito a essa constatação, Moraes faz a seguinte reflexão: “Mesmo diante de interesses coletivos mais “suaves”, como o de entretenimento, a invocação da dignidade humana não tem impedido práticas que pressupõem verdadeira renúncia a direitos da personalidade, como os chamados reality shows, que têm sido considerados lícitos e amplamente veiculados mundo afora. A tais situações, a melhor doutrina procura responder com “uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva do homem”, de modo que a ponderação ocorre dentro do próprio conceito de dignidade humana. Embora essa construção seja teoricamente acertada, não deixa de resultar em uma certa inutilidade do emprego da dignidade humana como valor supremo no processo de ponderação, já que diversas colisões se reduzem, em última análise, a um conflito entre dignidade humana e dignidade humana, em que a dignidade de um dos envolvidos necessariamente cederá ao menos face à dignidade do outro ou dos demais”. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 178-179.

ser humano. Em termos morais religiosos, diz-se que a vida é criação divina, realizada mediante o mistério e sagrada em todas as suas formas. Ressalva-se, contudo, que no catolicismo, e no cristianismo em geral, há a predileção para a vida humana frente à dos outros seres vivos, por ser criada à imagem e semelhança de Deus. Na encíclica *Evangelium Vitae*, o Papa João Paulo II prega:

Por que motivo a vida é um bem? Esta pergunta percorre a Bíblia inteira, encontrando já nas primeiras páginas uma resposta eficaz e admirável. A vida que Deus dá ao homem é diversa e original, se comparada com a de qualquer outra criatura viva, dado que ele, apesar de emparentado com o pó da terra (cf. Gn 2, 7; 3, 19; Job 34, 15; Sal 103 102, 14; 104 103, 29), é, no mundo, manifestação de Deus, sinal da sua presença, vestígio da sua glória (cf. Gn 1, 26-27; Sal 8, 6). Isto mesmo quis sublinhar Santo Ireneu de Lião, com a célebre definição: « A glória de Deus é o homem vivo ». [23] Ao homem foi dada uma dignidade sublime, que tem as suas raízes na ligação íntima que o une ao seu Criador: no homem, brilha um reflexo da própria realidade de Deus¹³⁹.

Esse afastamento da natureza que a tradição judaico-cristã promoveu é totalmente estranho ao pensamento dos antigos que consideravam o homem como totalmente vulnerável à vontade dos Deuses, entidades que não eram baseadas no amor e sim na sua própria vontade, manifestada através dos fenômenos naturais, e que tinham que ser agraciados com devoção e sacrifício para que não se voltassem contra a humanidade.

Com a secularização difundida pelo iluminismo, muitos filósofos debruçaram-se na tarefa de compreender o ser humano sem as interferências dos dogmas atrelados a alguma divindade. Mas antes de navegar no conceito de ser humano, faz sentido discorrer sobre a vida por sua lógica precedência.

Muitas foram as tentativas de definição secular do que seria vida. Thomas Henry Huxley¹⁴⁰, em 1868, já dizia que “as forças vitais são forças moleculares”, fazendo jus às descobertas científicas da época relativas à teoria atômica. Lionel Smith Beale¹⁴¹, em 1870, destacou o caráter peculiar da força da vida na influência da matéria.

Em seguida, vários elementos foram sendo inseridos nos critérios para a identificação da vida como a habilidade de se reproduzir, as respostas a estímulos ambientais, a hierarquia dos sistemas, a necessidade de água, a exigência de ajustamento das relações internas e

¹³⁹ Papa João Paulo II. Encíclica *Evangelium Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>, acesso em 05 jun. 2016.

¹⁴⁰ HUXLEY, Leonard. **Life and letters of Thomas Henry Huxley**. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1901. p. 316-320.

¹⁴¹ BEALE, Lionel Smith. **Protoplasm; or, life, force, and matter**. Londres: J. Churchill and Sons, 1870. p. 3.

externas ao organismo (o metabolismo, através das suas subdivisões, o catabolismo e o anabolismo), a sua autopoiese.

Todas essas questões fazem parte do conceito científico biológico de vida, tal como reúnem A. Belin e J. D. Farmer, que colocam que a vida envolve: um padrão no espaço-tempo (antes de um objeto material específico); auto-reprodução, em si mesma ou num organismo correlato; armazenamento de informação de uma auto-representação; metabolismo que converte matéria/energia; interações funcionais com o meio-ambiente; interdependência das partes dentro do organismo; estabilidade sob perturbações do meio-ambiente; e a habilidade de evoluir¹⁴².

Entretanto para efeitos do que se discute neste trabalho, mais do que simplesmente vida no sentido biológico, importa relacioná-la também com os perigos que a põe em risco, e uma das maiores ameaças é com certeza a morte. Jean Baptiste Lamarck¹⁴³ define vida a partir do fenómeno da morte. Desse modo, fixa-se na capacidade da vida de opor-se ao seu fim.

A consideração da morte no conceito de vida foge do aspecto termodinâmico que a conceituação das ciências naturais insiste em imprimir no fenómeno¹⁴⁴, aspecto que Rui Nunes rejeita ao considerar a vida humana¹⁴⁵. Ainda que a morte afaste o tecnicismo para que se adentre nas questões da Ética e do Direito, Nunes considera não ser critério suficiente na determinação do começo da vida humana o recurso da simetria relativo às exigências para a identificação da morte de uma pessoa.

Se considerada parâmetro, a morte cerebral, um relativo consenso da comunidade médica para determinação do fim de uma pessoa¹⁴⁶, equivaleria à formação do sistema neural no embrião em termos de se identificar quando se está diante de um ser humano, uma posição em relação ao começo da humanidade do embrião.

¹⁴² FARMER, J. Doyne; BELIN, Alletta d'A. **Artificial life: the coming evolution**. Santa Fe: Santa Fe Institute, 1990. p. 4.

¹⁴³ LAMARCK, Jean-Baptiste. **Philosophie zoologique**. Paris: F. Savy, 1809. p. 91. Disponível em: <http://l.academicdirect.org/Horticulture/GAs/Refs/Lamarck_1809.pdf>, Acesso em 13 jun. 2016.

¹⁴⁴ Também pensam em escapar dos tecnicismos Luc Ferry e Jean-Didier Vincent, quando rejeitam a utilização apenas do aspecto materialista, definido por eles como “a posição que consiste em postular que a vida do espírito é ao mesmo tempo produzida e determinada pela matéria isto é, no essencial, pela natureza e pela história.”. FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano?** Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 16.

¹⁴⁵ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 40.

¹⁴⁶ Existem controvérsias em relação à chamada morte neo-cortical, conceito que favoreceria os adeptos da eutanásia. NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 50.

Nessa esteira, seria possível falar-se em ser humano a partir do trigésimo dia de gestação, mas para Goldering¹⁴⁷ seria mais preciso o prazo de oito semanas, tempo para a formação total do sistema nervoso, e para Sass¹⁴⁸ há dois prazos: o quinquagésimo quarto dia, com o início do funcionamento das células do córtex, e o septuagésimo dia, com a detecção das primeiras sinapses neuronais. Ainda, algumas autoridades consideram que o início da vida humana depende do funcionamento integrado dos órgãos e sistemas de um novo ser humano. Nessa perspectiva inclui o desenvolvimento do sistema nervoso, ainda que incompleto¹⁴⁹.

Entretanto, Nunes destaca que mesmo antes do início da formação do tubo neural, logo após a singamia, existe material genético o suficiente para a identificação de um ser humano¹⁵⁰ e que o potencial do zigoto, aliado à sua característica de desenvolvimento contínuo, justificaria o início da sua proteção ética. Assim poder-se-ia dizer que Nunes encaixa-se dentre os doutrinadores defensores de que há vida humana desde a concepção.

Outro marco inicial possível da vida de um novo ser humano é a cariogamia que se caracteriza pela formação da identidade genética, ou seja, do DNA – sigla de língua inglesa para ácido desoxirribonucleico. Esta teoria define que o primórdio de um novo ser humano é estabelecido com a formação do código genético, aproximadamente, 48 horas após a fecundação, quando são condensados os materiais cromossômicos materno e paterno, união que representa uma nova identidade genética. Sendo assim, para uma análise mais aprofundada sobre a Teoria da Cariogamia, Angelo Serra estatui que este processo possa ser compreendido, consoante quatro argumentos que são consequência da “variação reprodutiva”, quais sejam:

- a) fusão dos pró-núcleos materno e paterno inicia a existência de uma nova célula somática dotada de uma tal estrutura que lhe confere identidade específica e individual; b) essa nova célula humana começa imediatamente a agir como uma unidade individual, a qual, dadas as condições necessárias e suficientes, tende a gradual e completa expressão do plano organizado inscrito no seu próprio dote genético, mediante um complexo, contínuo e altamente coordenado processo de desenvolvimento; c) essa expressão se

¹⁴⁷ GOLDENRING, J. The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness. **Journal of Medical Ethics**, vol. 11. p. 198-294, 1985.

¹⁴⁸ SASS, H. Brain life and brain death: a proposal for a normative agreement. **Journal of Medicine and philosophy**. vol. 14, p. 45-59, 1989.

¹⁴⁹ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 64.

¹⁵⁰ Ele ainda observa que a quantidade de cromossomos não pode ser relevante, pois há casos especiais de singamia (constituição genética triploide por penetração de dois espermatozoides em um ovulo) e também das síndromes genéticas como a de Down, a de Klinefelter, a de triplo X (47 cromossomos) e a de Turner (45 cromossomos). Além disso desconsidera os casos que somente servem para o debate filosófico, como a rara possibilidade de um óvulo desenvolver-se sozinho por estar exposto à radiação ou outra influência condicionante, pois não seria um ser humano se sobrevivesse. NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 54-55 e 59.

manifesta numa totalidade corpórea que se organiza autonomamente, isto é, por forças intrínsecas, até a formação de um organismo completo; e d) assim, a nova célula humana que se constitui na fusão dos pronúcleos materno e paterno representa a estrutura original de um novo homem, com o que começa seu próprio ciclo vital.¹⁵¹

Além dessas posições, existem aqueles que acreditam que a contribuição positiva e necessária do organismo da gestante faz com que o momento da nidação, quando entre os 7 e os 15 dias o blastocisto se une ao endométrio, seja aquele determinante da humanidade do embrião. Esse pensamento permite que sejam feitas pesquisas nos embriões *in vitro*, na busca da cura de várias doenças genéticas e utilizadas suas células tronco para desenvolver órgãos para transplante.

Para Diogo Leite de Campos, a vida humana começa com o movimento, ou seja, logo que a mãe sinta fisicamente a presença do feto em seu útero, pois só há ser humano através da vida de relação¹⁵².

Outros pensadores concordam que o momento para se determinar a existência de um ser humano, e não mais de um, seria quando já não fosse possível falar em divisão do zigoto para a formação de gêmeos monozigóticos. Dessa forma, esse momento seria a formação do sulco primitivo que ocorre entre o décimo terceiro e o décimo quarto dia. É também um posicionamento em favor de pesquisas em células tronco.

Outros, por derradeiro, acreditam que a viabilidade fetal é quem dita o surgimento de um ser humano. Um feto viável seria aquele que conseguiria sobreviver se viesse a nascer prematuramente. Aqui no Brasil, pelos recursos disponíveis, seria exigido por volta das setecentas e cinquenta gramas de peso corporal e 27 semanas de idade gestacional, mas nos Estados Unidos, por exemplo, há limites de viabilidade, 50% de sobrevivência de pré-termos, de trezentas setenta gramas de peso corporal, e com 25 semanas de idade gestacional. Já no Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia, o limite de viabilidade é de 28 semanas e 750 gramas¹⁵³.

¹⁵¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 87. *apud* HENKES, Silvana; CAVAGNOLI, Carine. A tutela jurídica do nascituro: reflexões para a efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba. v. 17, n. 17, p. 126-144, janeiro/ junho de 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/14491522/A_TUTELA_JUR%C3%8DDICA_DO_NASCITURO_REFLEX%C3%95ES_PARA_A_EFETIVIDADE_D%C3%95S_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_DA_DIGNIDADE_HUMANA_-Silvana_Lucia_Henkes_Carine_Cavagnoli>, Acesso em 03 ago. 2016.

¹⁵² CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 79.

¹⁵³ ARAÚJO, Cristina Guimarães Arantes. **Ética neonatal: o recém-nascido prematuro no limite da viabilidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Uberlândia, 2013. p. 15-24.

Essas são as principais correntes que interpretam o momento inicial da concepção de um ser humano. Como complemento, interessante fixar que os momentos da gestação citados não foram todos aqueles que têm um destaque significativo para a questão da humanidade do nascituro. Goldim estabelece uma tabela com 20 divisões desses momentos importantes, trabalho esse adaptado às informações contidas neste texto:

Tempo decorrido	Característica	Critério
0 min	Fecundação Fusão de gametas	Celular
12 a 48 horas	Fecundação Fusão dos pró-núcleos	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas à dor e à pressão	Sensciência
8 semanas	Registro de ondas eletroencefálicas (tronco cerebral)	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação (Relacional)
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobreviver fora do útero	Viabilidade extra-uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório (Viabilidade fetal)
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto em outro período	Nascimento
2 anos após o nascimento	Ser moral	Linguagem para comunicar vontades

Tabela 2: Fonte: GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. Porto Alegre, 29 de abril de 2007. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>, Acesso em 29 jun. 2016.

Entretanto todas essas considerações biológicas, morais e ético-filosóficas, embora tenham um grau de importância para o Direito, em termos de relevância jurídica do nascituro é preciso focar em um aspecto mais específico do ser humano: a sua personalidade. Por ser um conceito mais intrincado que a própria humanidade, há também discordâncias em relação à questão de o nascituro ter ou não ter personalidade. E ainda, de ser ou não ser pessoa, antes do nascimento. É o que se discutirá a seguir.

3.3 Nascituro e personalidade

Diz Rui Nunes: “o ser humano é fruto de um equilíbrio permanente entre o patrimônio genético e o ambiente”¹⁵⁴. Nesse sentido, não apenas a constituição biológica faria humana uma entidade, mas também as influências que a circundam, como, por exemplo, a cultura do grupo em que é inserida, as condições climáticas, o seu estamento social, ou seja, todos os fatores externos que se relacionam com o ser. Mas essa questão relacional, além da humanidade, toca no fenômeno da personalidade, em seu sentido filosófico.

Tomando por base a definição de humanidade de Campos, a qual ela começa com o relacionamento, pode-se dizer que a personalidade, filosoficamente, é o acúmulo das impressões desse movimento, que começa no ventre materno. As impressões podem ser tomadas por memórias de longo termo e por memórias ocultas, subliminares, que moldam o caráter de uma pessoa.

Nesse sentido, a utilidade do conceito de pessoa remonta justamente à sua distinção perante o conceito de ser humano, pois a personalidade opõe-se à generalidade da ideia universal de humanidade, remetendo ao sujeito concreto¹⁵⁵.

Mas essa noção preliminar do que seria a personalidade não pode ser diretamente confirmada ou negada pelo histórico etimológico da palavra pessoa, que permanece um mistério. Propõe-se comumente a derivação da palavra “pessoa” do termo grego *prósopon*, ligando o vocábulo à máscara da tragédia no antigo teatro grego¹⁵⁶.

No entanto, se verdadeira essa origem, a semântica da palavra não poderia ter sofrido maior transformação, pois hoje a filosofia designa personalidade não como a falsa identidade de um sujeito, mas a sua real face.

¹⁵⁴ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20.

Nesse sentido e tendo em conta o caráter relacional anteriormente comentado, Gonçalves constrói o conceito de pessoa nas seguintes palavras: “Pessoa é aquele [*sic*] que, em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva.”¹⁵⁷.

Já com relação à personalidade, Gonçalves declara a singularidade como característica crucial na sua definição: “Personalidade é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”¹⁵⁸.

O autor ainda exige que as relações sejam acidentes intrínsecos que moldam o ser humano. Nesse sentido, personalidade não tem a mesma abrangência significativa que o conceito de pessoa possui, “haverá tantas personalidades quantas pessoas existam”¹⁵⁹.

Até este momento, discorreu-se filosoficamente sobre a personalidade, conceito que tende a inserir o nascituro em seu seio. Importa agora demonstrar o caráter jurídico do conceito, ou seja, quando ele passa a ostentar a definição de fato jurídico.

Valorizando o empirismo sobre a tradição metafísica, Heidegger diz que as proposições jurídicas oriundas dos direitos fundamentais e da personalidade não são reflexos da verdade da pessoa humana, são apenas critérios de pré-compreensão da expressão existencial de cada pessoa as quais levarão, em cada experiência, à verdadeira proposição daquele indivíduo, de acordo com que ele se mostrou de si mesmo¹⁶⁰.

Tal afirmação conduz à indagação sobre a utilidade do Direito em relação à regulação da personalidade. Em defesa da seara jurídica, Leonardo Galvani destaca o papel do ordenamento de pacificar as expectativas pessoais, já que tão distintas e, por vários momentos, conflituosas¹⁶¹.

Segundo Gonçalves, a realidade pessoal passa a interessar juridicamente através de três fenômenos: a alteralidade, a exterioridade e o conteúdo ético¹⁶². Uma declaração pessoal, não reservada apenas às faculdade mentais, dirigida a outro ser humano, atingindo sua esfera

¹⁵⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 64.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 68.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 64.

¹⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 308.

¹⁶¹ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 59.

¹⁶² GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 86.

de personalidade, pode tornar-se uma declaração de direito, como, a título exemplificativo, uma reivindicação de posse.

Assim, “só tem relevância jurídica os elementos da personalidade que consubstanciem, desenvolvam ou facultem a plenitude ontológica da pessoa, a sua absoluta realização final”¹⁶³.

Entretanto, Gonçalves rejeita o direito geral de personalidade, por impossibilidade lógica. Caso esse direito existisse, o argumento ofertado pelo autor envolve o fato de que objeto e sujeito seriam os mesmos na situação jurídica posta, ou seja, a pessoa teria o direito a ela mesma¹⁶⁴.

Diante desse questionamento, surge a indagação de quando surgiu essa noção de direito da personalidade e nada melhor do que analisar sua evolução histórica para melhor compreensão.

Na época da antiguidade clássica, a personalidade jurídica, muito confundida com capacidade jurídica, era definida de acordo com o grau de liberdade que a pessoa possuía, o que refletia no fundamento do status social subjetivo, ou seja, a pessoa podia ser livre, pseudo-livre e não livre. Desde Atenas e Roma que a edificação do direito privado se estruturou sobre essa noção de capacidade jurídica, o que dá margens à conclusão de que apenas o homem livre possuía personalidade, pois ela era sinônimo de capacidade¹⁶⁵.

Entretanto, Szaniawski¹⁶⁶ diz que o servo na época romana não era destituído de personalidade, mas sim ela era mitigada, pois seus atos faziam efeito no mundo jurídico. Nesse sentido, apenas os cidadãos romanos é que tinham capacidade plena.

Mas os romanos antigos não tinham a noção de categorias abstratas como o conceito de sujeito de direito, próprio do direito moderno. Ao invés, focavam no conceito de homem¹⁶⁷. Hodiernamente, a capacidade dita quem é sujeito de direito, e não se confunde com a personalidade.

A fim de entender melhor essa evolução, no Estado Liberal, com o sistema jurídico bipartido entre direito público e direito privado, pessoa constituía conceito do direito privado,

¹⁶³ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 88.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 89.

¹⁶⁵ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21.

¹⁶⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

¹⁶⁷ POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 74.

relacionado com a capacidade de direito, ou seja, de sofrer as influências do direito civil, mesmo que sua capacidade não fosse completa. Nas palavras de Chinellato e inspirada no Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas: “quem afirma personalidade afirma direitos e obrigações”¹⁶⁸. Essa definição do Estado Liberal pode ser ainda criticada por seu aspecto patrimonialista¹⁶⁹.

Clóvis Bevilacqua¹⁷⁰, tradicional civilista, assim definia pessoa: “o ser a que atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”.

Já Kelsen, expoente do normativismo, define:

[...] um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conteúdo de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação dessa unidade. [...] O que existe realmente são deveres jurídicos e direitos subjetivos tendo por conteúdo a conduta humana e que formam uma unidade¹⁷¹.

Jhering, com evidente influência cartesiana¹⁷², compara a sociedade a uma poderosa máquina e o direito apenas como uma de suas partes. Nesse sentido o movimento de positivação do direito natural considerou a pessoa apenas como mais uma das pecinhas do mecanismo do Direito, nos moldes cartesianos, tendo sido reduzida a mera partícula positivada, como foi nos códigos napoleônicos¹⁷³.

Diante da explanação sabe-se que se a observação parte de uma concepção natalista da aquisição da personalidade, o nascituro não seria portador desse direito¹⁷⁴. No entanto, o natalismo pode não estar afinado com o vigente Código Civil brasileiro, pois é factível identificar conflitos com dispositivos que consagram direitos àqueles que foram concebidos e ainda não nasceram¹⁷⁵.

¹⁶⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1.

¹⁶⁹ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 19.

¹⁷⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999. p. 80.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 193.

¹⁷² Descartes, com seu método reducionista, aponta que o uso da razão faz com que os problemas a serem resolvidos sejam divididos em quantas partes forem possíveis para a sua maior compreensão e sua mais completa resolução, do mais simples ao mais complexo. Cf. DESCARTES, René. **O discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁷³ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 25-27.

¹⁷⁴ Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2007; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 e DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

¹⁷⁵ art. 2º, CC/2002. Cf. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Nesse sentido, há defensores da teoria concepcionista, a qual não coloca obstáculo para que o nascituro usufrua das prerrogativas que o ordenamento lhe confere, considerando-o como dotado de personalidade desde a sua concepção¹⁷⁶.

Ainda, pode-se conceder certa personalidade mitigada ao nascituro se a visão passa a ser afinada com a teoria da personalidade condicional. Essa teoria é essencialmente natalista quando coloca o nascimento como condição para a validade dos direitos concedidos ao nascituro no ordenamento jurídico¹⁷⁷.

Seguindo a lógica do liberalismo, e sendo o direito utilizado como instrumento para mantê-lo, o positivismo procurou desvincular dos institutos jurídicos quaisquer aspectos divinos ou morais universais. Entretanto, o positivismo jurídico do século XIX, segundo Luhmann¹⁷⁸, não estabeleceu o direito do nada. “O movimento legislativo estruturou em normas jurídicas vinculativas questões que eram anteriormente reguladas por uma outra ordem, como a do direito natural, costumeiro, canônico; ou das tradições sociais e econômicas”¹⁷⁹.

Pelo fato de todos os seres humanos terem dignidade, um valor atualmente em evidência, essa concepção patrimonialista de pessoa vem sofrendo transformações¹⁸⁰ e tais transformações vêm sendo notadas tanto nos tribunais nacionais quanto internacionais¹⁸¹.

Tepedino, ao esclarecer os rumos tomados atualmente pelo Direito, afirma: “A pessoa à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana”¹⁸².

Quanto ao questionamento da existência de direitos da personalidade, em direção favorável a uma resposta afirmativa, Lorenzetti atribui à pessoa um feixe de direitos que a coloca como articuladora tanto do sistema constitucional quanto do sistema privado, direitos esses qualificados de direitos da personalidade¹⁸³.

¹⁷⁶ Cf. Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo, Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce.

¹⁷⁷ Cf. Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Bevilacqua.

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10-11.

¹⁷⁹ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 90.

¹⁸⁰ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 29-30.

¹⁸¹ Exemplo bem ilustrativo é o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF em 2011 na ADPF 132.

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 52-53.

¹⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 145.

Bittar divide os direitos da personalidade em três categorias: os de ordem física (vida, corpo, efígie, voz, cadáver, locomoção), os de ordem psíquica (liberdade de expressão, culto, credo, higidez, intimidade) e os de ordem moral (reputação, direito de autor, sepulcro, nome). E confere-os as seguintes características: vitaliciedade, intransmissibilidade, oponibilidade *erga omnes* e essencialidade¹⁸⁴.

Cordeiro alerta que tanto deveres quanto direitos são estabelecidos pelos direitos da personalidade, face à teoria das situações jurídicas subjetivas. Isso porque versam sobre a tutela da pessoa humana por sua dignidade. Segundo ele, direito da personalidade é direito subjetivo e deve ser observado por todos¹⁸⁵.

Através do estabelecimento dessas características, se se tomar por certo que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, tal afirmação se converte em argumento para que existam direitos fundamentais positivados na legislação infraconstitucional. Nesse sentido esses seriam os direitos fundamentais implícitos, por conta da unicidade e sistematicidade do ordenamento. Esse raciocínio leva à conclusão de que a partir da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a interpretação do direito civil deve se dar conforme a Constituição, revelando-se, assim, o direito civil-constitucional.

Em oposição temos os termos de direito civil liberal positivo, o qual estabelece dois tipos de relação jurídica. A relação jurídica clássica baseia-se na relação débito/crédito na qual impera a máxima “a um direito subjetivo corresponde um dever jurídico”. A outra relação, estabelecida como caso especial, a relação jurídica complexa¹⁸⁶, a qual, segundo Varela, “abrange o conjunto de direitos de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico”¹⁸⁷. Ambas são agora noções questionadas pela influência constitucional contemporânea.

Para os críticos do direito positivista e liberal, as relações jurídicas praticadas no ambiente estabilizado pelo Estado Liberal tornaram-se cada vez mais complexas, não apenas se limitaram a casos especiais. O incremento do comércio, as novas tecnologias, a globalização, a proteção do trabalhador, a proteção do meio ambiente, a proteção do consumidor, a multiplicação de relacionamentos, transformam todas as relações jurídicas em complexas.

¹⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. VII.

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. I tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 373.

¹⁸⁶ A compra e venda é uma relação complexa por excelência, segundo os civilistas tradicionais.

¹⁸⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v.. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 65.

Nesse sentido o Estado Liberal dá lugar ao Estado Social e, portanto outra doutrina foi necessária para explicar a complexidade das relações, e essa doutrina Galvani elege como sendo a de Pietro Perlingieri¹⁸⁸, com relação à teoria das situações jurídicas. “A estruturação da relação jurídica nos moldes defendidos por Perlingieri permitirá provar a sustentabilidade do entendimento pela personalidade jurídica dilatada.”¹⁸⁹

Para que haja essa dilatação do conceito, a pessoa humana deve ser entendida como “um centro de imputação de normas jurídicas”¹⁹⁰. Isso quer dizer que não somente as normas antes consideradas de direito privado são incidentes, mas também, e principalmente, as normas fundamentais.

Então, a função de relação jurídica para Perlingieri, relação esta realizada entre situações jurídicas centradas na pessoa, será a de regulamentar um caso concreto, disciplinando centro de interesses opostos, porém relacionados, com o objetivo de harmonização dos conflitos¹⁹¹.

Nesse sentido, Perlingieri também discorre sobre o que chamou de *status personae* que é a noção do:

[...] estado do homem relevante em si: valor primário e unidade de direitos e deveres fundamentais [...] da pessoa, considerada seja singularmente, seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade. O *status personae* exprime a posição jurídica unitária e complexa do homem em uma determinada sociedade civil, adquirida desde o momento de sua existência como ser humano. [...] Ele é a tradução subjetiva de um valor objetivamente tutelado, desse modo não-disponível, modificável ou contestável. Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status*

¹⁸⁸ A doutrina de Perlingieri coloca o direito subjetivo, o dever, o ônus, a obrigação, o poder jurídico como exemplos de situações jurídicas que são, por sua vez, um complexo de faculdades, permissões, poderes, submissões jurídicas que um titular sustenta. Ou seja, configura uma posição jurídica que ocupe. A situação jurídica surge da concretização do direito objetivo, quando a *fattispecie* dos enunciados normativos se tornam casos concretos. *Fattispecie* é a “situação fática abstrata prevista numa norma e a cuja verificação concreta se segue ao produto dos efeitos jurídicos previstos nessa norma”. Cláusula geral é o oposto de *fattispecie*. Assim, Perlingieri trata o agir humano como intimamente ligado à sua situação jurídica. “A juridicidade evidencia-se no poder de realizar ou exigir que outros realizem, ou ainda que se abstenham de fazer determinados atos que encontram confirmação em princípios ou em normas jurídicas”. Para mais, conferir: GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93-112 e PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito-civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313.

¹⁸⁹ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 91-92.

¹⁹⁰ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 94.

¹⁹¹ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 95.

personae, [que] tem sua função de garantia expressa por uma cláusula geral de tutela [...] e por uma série de previsões explícitas¹⁹².

Vê-se que o *status personae* verifica uma noção de personalidade jurídica dilatada, esse é o novo conceito de personalidade no âmbito jurídico. As prerrogativas e os deveres adicionados pelo ordenamento de acordo com o afazer de cada pessoa faz com que esse conjunto se torne a sua personalidade jurídica¹⁹³.

Para diferenciar estrangeiros e nacionais de um país, Perlingieri ainda desenvolve o conceito de *status civitatis*, ou seja, aquele estado que abarca os direitos políticos, militares e as restrições de acesso a cargos públicos. Portanto o estrangeiro teria *status personae* mas não *status civitatis*. Os outros estados percorridos por esse doutrinador foram considerados sem importância para a análise de Galvani, como por exemplo o *status familiae* e o estado profissional.

Apesar das transformações do direito moderno bipartido para o direito contemporâneo, ainda a influência civilista tradicional permeia a prática jurídica, convivendo, então, no conceito de pessoa humana, tanto o economicismo da cultura capitalista acumulativa quanto os mais recentemente reconhecidos caracteres existenciais da dignidade humana. Sendo a concepção patrimonialista a mais estreita delas, segundo Leonardo Galvani¹⁹⁴.

A fim de recuar esse uso econômico da condição de pessoa, Galvani acredita que o princípio da dignidade seria a chave para a extensão do conceito de personalidade, fazendo sentido o nascituro ter personalidade em sua visão. Ele diz com as seguintes palavras:

Portanto, sugere-se neste trabalho, nova nomenclatura para instituto da personalidade jurídica, para que fiquem claros tanto o rompimento quanto a superação do momento anterior. Ao invés de mera possibilidade de aquisição de direitos e obrigações, a pessoa deve ser entendida, em termos dogmáticos, como um generalíssimo centro de imputação de normas jurídicas que atrai a incidência de normas jurídicas de conteúdos essenciais constitucionais e ordinários. [...] Finda-se o tempo do direito despersonalizado, para incluir em seu sistema todas as pessoas como reais e completas pessoas de direito. Desde a sua concepção, a pessoa deve ter reconhecida sua personalidade jurídica não unicamente em face das relações patrimoniais de que faz parte, mas desde seus critérios existenciais delineados a partir da positivação dos

¹⁹² PERLINGIERI, Pietro. **o direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 706-708.

¹⁹³ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 105.

¹⁹⁴ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 31.

direitos da personalidade e fundamentais, a exemplo do que ocorre com a criança e com o idoso¹⁹⁵.

Vê-se que Galvani destaca a concepção como marcador temporal do início de uma pessoa. Diferentemente de Nunes, que coloca a situação do nascituro da seguinte perspectiva:

[...] o embrião humano não é portador das características mentais que definem filosoficamente uma pessoa, possui um dinamismo interno e um potencial para se tornar numa pessoa pelo que, como tal deve ser respeitado. Isto é que, desde o início, encontra-se inserido na comunidade moral devido a uma ampla solidariedade ontológica. Seguindo esta linha de pensamento, a legislação deve pugnar para que o embrião humano seja não apenas objeto de proteção jurídica, mas também, um sujeito efetivo de direito. Mas pode igualmente entender-se que nas primeiras fases de divisão do ovo, o embrião pré-implantação é um mero aglomerado celular, ainda que de origem humana, pelo que é legítima a sua destruição¹⁹⁶.

Observa-se que Nunes sugere uma diferenciação entre ser pessoa e ser sujeito de direito. Já foi dito que os romanos antigos não tinham a noção de categorias abstratas como o conceito de sujeito de direito, que é próprio do direito moderno¹⁹⁷ e que, atualmente, a capacidade é o conceito que dita quem é sujeito de direito, e, por conseguinte, não se confunde com a personalidade.

Essa ligação da subjetividade com a capacidade é de tal forma íntima que se torna a sua própria definição. E a capacidade, por sua vez, é a “medida jurídica da personalidade”¹⁹⁸, dividida entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício.

A partir desse momento, apenas a capacidade de direito interessa ao nosso raciocínio, tendo em vista que, por ela ser inerente ao reconhecimento de personalidade, pode-se dizer que se o nascituro é pessoa, ele é também sujeito de direito e tem, portanto, desde a sua concepção, suas prerrogativas jurídicas asseguradas plenamente, tal como a teoria concepcionista o defende, sendo o trabalho de Silmara Juny Chinellato um dos mais tradicionais e conhecidos sobre a posição. Nas palavras da autora: “Os direitos do nascituro – o ser já concebido e implantado no ventre materno ou in *anima nobile* – já estão reconhecidos no Direito Brasileiro e no de todos os países cultos”¹⁹⁹.

¹⁹⁵ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010. p. 32-33.

¹⁹⁶ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 132.

¹⁹⁷ POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 74.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 135.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 15.

No entanto, pelo fato de o Código Civil Brasileiro de 2002 ter sido ambíguo com relação a qual teoria ele aproximou-se, pois que contendo elementos natalistas e também concepcionistas. Por esse fato, cabe também interpretação com relação à teoria da personalidade condicional, suspendendo a condição de pessoa para o nascimento com vida. Essa ambiguidade é bem retratada no art. 2º, CC/2002: “a personalidade civil da pessoa natural começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ainda, e para complementar a dúvida, o Enunciado n. 1, do CJF e do STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, tem na sua redação a possibilidade de fortificar quaisquer das duas opiniões correntes, pois estende ao natimorto direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura, já conferidos ao nascituro pelo direito civil, mas não prontamente descarta a condicionalidade desses direitos para os que nascerão vivos e não inclui outros direitos como os sucessórios e de propriedade. Além disso, a extensão desses direitos pode ser devida ao reconhecimento de dignidade ao natimorto mais do que dizer que ele constitui pessoa para o ordenamento jurídico.

Sobre a polêmica, Flavio Tartuce, posiciona-se de acordo com a teoria concepcionista, mas não deixa de ser favor da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permite a utilização de células-tronco embrionárias para fins científicos e terapêuticos, desde que os embriões sejam considerados como inviáveis²⁰⁰.

Os defensores da teoria concepcionista fiam-se no esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, que dá direitos ao nascituro. Além disso, a Lei de Biossegurança (L. 11.105/2005) fornece também argumento. Ao exigir a garantia de inviabilidade do embrião para a realização de pesquisas científicas, também indiretamente pode sugerir a condição de pessoa, e consequentemente de sujeito de direito, aos embriões que já se encontram implantados ou que foram concebidos no corpo materno.

Mas para o efeito da dúvida, natalistas e condicionalistas mencionam a Lei de Alimentos Grávidicos (L. 11.340/2008), a qual foi titulada a favor da gestante e não do nascituro, o que tira a certeza de que seria realmente o nascituro o alvo de proteção desta legislação.

²⁰⁰ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO; Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2007.

Em todo caso, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, contra a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, ressaltando que essa falta não significa a não conferência de dignidade ao conceito:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana²⁰¹.

E o acórdão referido deixa clara a adoção da teoria natalista como sendo a adotada pelo ordenamento brasileiro: “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’)”²⁰². Além disso, diz que da falta de personalidade não decorre a falta de humanidade: “O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”²⁰³.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. **Lex** - Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> , Acesso em: 21 jul. 2016. p. 3-4.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. **Lex** - Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> , Acesso em: 21 jul. 2016. p. 3.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. **Lex** - Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> , Acesso em: 21 jul. 2016. p. 4.

4 SUBJETIVIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA: MULHER E MATERNIDADE

Já a outra parte da relação, a gestante, que é essencialmente mulher, não por questões de avanço tecnológico, como o transplante de útero, mas pela práxis e pelos estudos já realizados sobre tabagismo e gravidez, deve ser observada a partir do desenvolvimento dos seguintes subprincípios: a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica.

Tais postulados, como antes mencionado, fazem parte da estrutura da dignidade segundo Maria Celina Bodin de Moraes. Nesse ínterim, escolhe-se tal noção para dissertar sobre a condição da mulher pelo fato da temática deste trabalho se circunscrever na responsabilidade civil extracontratual ou em sentido estrito com foco nos danos morais ou à pessoa, como se depreenderá dos escritos do último capítulo de desenvolvimento.

Por ser mulher, a gestante possui em sua posição social uma desigualdade historicamente construída, fato que prejudica sua liberdade. Já especialmente a parte da liberdade pressupõe a análise dos avanços já alcançados em termos de emancipação da subordinação histórica, não se esquecendo do foco no fenômeno da gravidez. Por conseguinte, ao aspecto da solidariedade cabe-lhe ressaltar a mulher na condição de ser social, ou seja, perscrutar o papel colaborativo próprio dos sujeitos de direito que são. E, finalmente, em relação à integridade psicofísica, vale o destaque das demandas do movimento feminista sobre a disposição do próprio corpo e a escolha de tratamentos a que entende que deve se submeter.

Esse capítulo não se trata, portanto, de já estabelecer uma ponderação entre as prerrogativas do nascituro e as da gestante, mas simplesmente esclarecer os aspectos dignos de nota em relação à realidade feminina, sem intenção de impor limites e nem ressaltar nenhum dos aspectos a serem discorridos.

4.1 Mulher e igualdade

Antes de iniciar no valor da igualdade propriamente dito, vale trazer um pensamento que reflete a mentalidade que mantém a desigualdade de gênero viva. Católico e baseando-se no que chamou de o novo princípio da dignidade da mulher segundo Santo Ambrósio, Diogo Leite de Campos exorta que a dignidade da mulher é especial através da Virgem Maria, nova Eva, co-redentora da humanidade, superior aos apóstolos. Abraçando os dogmas da igreja, diz que a mulher veio da costela de Adão como o outro eu da humanidade, superando a solidão originária do homem, e, por serem uma só carne, são os dois chamados ao matrimônio, homem e mulher.

Em referência à Carta de São Paulo aos Gálatas, diz que homem e mulher são iguais como filhos de Deus. Campos ainda diz que foi em nome dessa igualdade que a Igreja criou o direito matrimonial, para proteger a mulher. Cita Gênesis, 2, 18 que prega a condição da mulher como ajudante do homem. Mas defende o sexo feminino sobre a questão do pecado primeiro, segundo ele o homem é mais digno de repreensão porque a mulher sucumbiu a um ser superior e o homem a um ser inferior²⁰⁴. Entretanto, por ter sido a primeira a pecar, ainda paga uma penitência de subserviência. E continua:

Eva, resgatada pelo Sacrifício de Cristo, é igual ao homem, no plano sexual e religioso, só estando ligada a este pelo amor. Mas é, ao mesmo tempo, a Eva tentadora que induz o homem ao pecado e que destrói a sociedade. torna-se pois subordinada do homem: se, pelo contrário, Deus tivesse confiado à mulher responsabilidades mais extensas e mais sérias, teria feito inchar toda a espécie de uma vaidade monstruosa... partilhou portanto a nossa vida em duas metades e confiou ao homem a mais importante e a mais útil, e à mulher a menor e a mais humilde²⁰⁵.

Dessa conferida inferioridade religiosa e da divisão estanque de papéis no matrimônio²⁰⁶, vê-se que os filhos são transformados em um dos principais efeitos da vida conjugal e a criação deles é deixada à incumbência da mãe. Neste pensamento, os filhos “servem para sobrelevar o ofício de mãe, que a mulher, em todos os tempos, desempenhou”. Esse é o “*matris mûmus*”: referência que mostra a mulher como pilar da instituição matrimonial, em relação direta com a missão que por natureza lhe compete – conceber e educar os filhos”²⁰⁷.

De outro lado, na esteira de filósofos utilitaristas, Rui Nunes prevê a seguinte possibilidade:

[...] pode-se igualmente considerar-se que não existe um direito a nascer saudável e que a consagração deste direito violaria os mais básicos direitos da mãe colocando-a numa situação potencialmente adversativa e destruindo a relação com seu filho. Isto é, alguns setores da sociedade consideram que a

²⁰⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 93-98.

²⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 198.

²⁰⁶ Essa desigualdade histórica assenta-se principalmente na herança dos mitos e do pensamento grego clássico na determinação da vida social. As histórias fantásticas dos deuses cultuados na Grécia Antiga ressaltam a periculosidade das mulheres por serem ardilosas e muito sexuais por natureza, levando à necessidade de sua submissão para que não se torne uma ameaça à sociedade. As histórias de Pandora, Medéia, Medusa, das Ninfas, dentre outras, retratam bem a aura de promiscuidade e perigo que incutiam ao sexo feminino. Para saber mais *vide*: LEÃO, Carolina. **A face de górgona**. Disponível em: <<http://www.suplementopernambuco.com.br/edicao-impressa/71-ensaio/1635-a-face-de-g%C3%B3rgona.html>>, Acesso em 21 jul. 2016.

²⁰⁷ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 139.

mãe deve ser considerada apenas como ‘administradora’ do feto competindo-lhe a tarefa de o proteger, devendo, caso não esteja disposta a assumir a maternidade pós-natal, providenciar para que a sociedade acolha plenamente este novo elemento da nossa espécie. A sociedade, por seu turno, deve estar preparada para esta eventualidade conferindo a este ser humano, desde logo, todos os direitos sociais inclusive o de dispor de uma estrutura parental²⁰⁸.

A convivência desses dois pensamentos na contemporaneidade remete ao histórico de luta por emancipação da mulher. Essa luta começou por um grupo não tão expressivo mundialmente: as mulheres brancas da classe média europeia no período do pós Primeira Guerra Mundial. Mas, por fatores de imperialismo, de influência e de poder, suas consequências foram exportadas mundialmente. Segundo Eric Hobsbawm²⁰⁹, a 1ª Guerra Mundial ameaçou o ideal liberal, espalhado pela revolução francesa até então, e foram justamente as mulheres brancas europeias que o seguraram, pois que grandes beneficiárias deste ideal, principalmente as nascidas a partir de 1860.

Como comentado anteriormente, Hobsbawm reconhece que é uma visível redução de campo de estudo começar a observar a emancipação da mulher a partir da classe média ocidental europeia, mas foi justamente nessa camada social que as primeiras transformações mais significativas tiveram espaço²¹⁰. Na Europa, figuras como Rosa Luxemburgo, Madame Curie, Beatrice Webb foram surgindo e protagonistas femininas fortes em livros de escritores “progressistas” foram destaque, como Nora de Henrik Ibsen e Rebecca West de Bernard Shaw²¹¹. Na América Latina, no entanto, não houve nenhuma transformação importante até o momento de sua industrialização.

Significativamente, de 1875 em diante as mulheres europeias começaram a ter menos filhos, não mais para motivos de impedir a dispersão do patrimônio familiar rural nas sucessões, como outrora, mas para assegurar um padrão melhor de vida nas cidades. O século XIX trouxe com a industrialização, ao menos em comparação com os tempos anteriores, um mundo de progresso que abria oportunidades de melhora social e isso transformou a perspectiva anterior limitada a seguir uma réplica da vida dos respectivos ascendentes²¹².

Mas na verdade o progresso, que trouxe a oportunidade da mulher de trabalhar, de casar mais tarde e de vivenciar menos gestações por força da queda da mortalidade infantil,

²⁰⁸ NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 131.

²⁰⁹ HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 269.

²¹⁰ HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 271.

²¹¹ HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 272.

²¹² HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 272-275.

também agravou a opressão em relação à histórica consideração de inferioridade da mulher frente ao homem.

Isso sucedeu porque essa inferioridade nas sociedades pré-industriais era abrandada pelo fato do trabalho das famílias encontrar-se mesclado aos cuidados do lar, pois a jornada da mulher, já nessa época e na verdade mais do que nunca, era dupla. Antes, porém, essa jornada era realizada nas próprias fazendas ou na própria casa, que serviam de estabelecimento, com os afazeres artesanais e, em um momento posterior, as indústrias domésticas. “Os agricultores precisavam das esposas para o trabalho da fazenda, bem como para cozinhar e criar os filhos; e os mestres-artesãos e pequenos lojistas necessitavam delas para conduzir seu comércio”²¹³.

Mas o efeito da grande industrialização provocou o seguinte agravamento: separou a casa do local de trabalho. Desse fato resultou a quase completa exclusão da mulher casada na economia publicamente reconhecida. E mais, as mulheres solteiras ou viúvas que necessitavam trabalhar ficaram prejudicadas com rendimentos mal pagos, resultado da cultura de que o principal ganho da casa deveria ser o do homem, sendo o da mulher apenas complemento.

Por ser um trabalho mais barato, para evitar a competição e para passar a imagem de que davam conta do sustento da família por eles mesmos, os homens casados faziam o que podiam para manter suas esposas em casa. Às vezes esse trabalho feminino nem era considerado como ocupação, por se tratar de extensão de afazeres domésticos em casa de terceiros, como o trabalho da lavadeira, da faxineira e da pensionista²¹⁴.

Hobsbawn apresenta a ironia que foi essa piora na condição das mulheres:

Na Revolução Francesa, foram as mulheres de Paris que marcharam sobre Versalhes, a fim de expressar ao rei a exigência do povo de que fossem controlados os preços dos alimentos. Na era dos partidos e das eleições gerais, empurraram-nas para o segundo plano. Se exerciam alguma influência, era apenas por meio de seus homens²¹⁵.

Essa masculinização do trabalho também afetou a política, que virou mais do que nunca “coisa de homem”. Percebe-se esse efeito pelo fato de que o direito de voto ainda não reverteu essa perspectiva, mulheres na política encontram entraves não apenas com relação ao

²¹³ HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 276.

²¹⁴ HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 278-281.

²¹⁵ HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 282.

seu posicionamento, mas também com relação ao foco na depreciação da sua pessoa na vida privada mais do que da sua pessoa pública diante de seus erros nos afazeres políticos.

Vê-se que o começo da emancipação feminina a partir do pós-guerra (1918) foi contraditório. Podia-se notar mulheres profissionais, empreendedoras, mas essas tinham que escolher entre essa emancipação e a vida de casada, a vida de ter filhos.

Ao mesmo tempo em que as roupas de Coco Chanel disseram adeus ao espartilho e deixaram a forma do corpo da mulher mais livre, também tinham encurtado o comprimento das roupas e empurrado o uso de cosméticos em público. O trabalho, mesmo sendo o mesmo executado por homens, ainda é desvalorizado com um pagamento menor.

E onde fica a igualdade? Merece ser lembrado o imperativo cultural tantas vezes invocado por Boaventura de Sousa Santos²¹⁶ a respeito das tensões de nosso tempo: as pessoas e os grupos sociais, e em especial as mulheres, sejam elas cis ou transgênero, têm o direito a ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza. E, nesse sentido, para Bodin “[...] torna-se, pois, necessário interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença [...] possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une”²¹⁷.

4.2 Mulher e liberdade

Simone de Beauvoir, em lúcida obra sobre a condição da mulher datada de 1949, destaca o lamento de muitos sobre a extinção do que seria uma mulher “de verdade”. Essa suposta feminilidade perdida foi traduzida por Beauvoir como um atrasado conceitualismo e que a conotação dada à palavra “mulher”, nesse contexto, não passa de um vago nominalismo. Diz que o lamento da ausência dessa característica apenas prova o fato de que estes ideais nunca existiram concretamente, existiu apenas submissão a imposições.

Mas, a libertação dessa submissão revela-se mais complicada do que a imposição de inferioridade a grupos étnicos e religiosos, como os negros ou judeus. Isso porque a autora destaca, em um exercício de raciocínio que leva em conta o extremo do conflito, a realidade das mulheres não poderem se livrar de vez de seus opressores sem ameaçar a própria espécie

²¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice: o social e o político na pós modernidade**. Coimbra: Almedina, 2013.

²¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 92.

humana²¹⁸. E como historicamente construída, uma vez ligada a algum homem, seja como esposa, filha ou, no contexto do trabalho, mãe, vê-se numa encruzilhada que dificulta a demanda por reciprocidade.

A libertação é ainda algo mais delicado, pois a emancipação nessa esfera, quando atinge a questão da maternidade, é morada do conflito em evidência neste trabalho. Mesmo que depois das décadas de 60 e 70 tenha sido feita uma grande revolução sexual e despertado uma cultura da juventude²¹⁹, auxiliado pela questão do controle de natalidade por meio de hormônios sintéticos e barreiras físicas, tais técnicas trouxeram a ideia de certa emancipação apenas no que diz respeito ao coito sem consequências, como a prevenção contra doenças sexualmente transmissíveis e a contra a gravidez indesejada.

No entanto, essa segurança é quase certa quando realmente são utilizados esses recursos com certa abertura cultural, com qualidade educacional e com transformação jurídica – como a descriminalização do aborto – quadros esses que não são verdadeiros ou são raros nos países subdesenvolvidos, como o Brasil.

Por outro lado, é preciso considerar que as transformações históricas em terras brasileiras foram feitas em saltos, mais parecidas com um vendaval do que com a chegada de novos ares. Tal característica tem a vantagem de mostrar a capacidade de adaptação às adversidades que o país tem²²⁰.

Entretanto, mesmo essa adaptação tem os seus limites. Independentemente da falsa liberdade concedida em tempos carnavalescos, a maioria católica do país e a crescente igreja evangélica vigiam com mãos de ferro a manutenção de valores a respeito da sexualidade e do comportamento da mulher, fato que abafou muito ainda o que se espera considerar como liberdade feminina.

Mas o que seria essa liberdade? o padrão de liberdade pode ser referenciado ou na situação da mulher nos chamados países desenvolvidos, ou, pelo fato de ainda não ser ideal a situação das mulheres em nenhuma parte do globo, no próprio conceito abstrato de liberdade moderna, aprimorado pela doutrina contemporânea.

A revolução Francesa nos deu a semente da ideia moderna e objetiva de liberdade, fortemente defendida por Benjamin Constant, que a difere da liberdade dos antigos²²¹. O indivíduo foi elevado a um grau altíssimo de importância. Essa liberdade dos direitos

²¹⁸ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

²¹⁹ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 314-327.

²²⁰ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 337-362.

²²¹ CONSTANT, Benjamin. A Liberdade dos Antigos Comparada com a dos modernos. In: **Revista Filosofia Política**, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985. p. 9-75.

individuais e do direito de propriedade irrestrito lapidou-se nos ideais do Estado Social, assegurando-lhe a função social, mesmo no âmbito jurídico privado²²².

Mas, além da dignidade, foi com Kant, que o conceito mais célebre de liberdade foi cunhado. A partir de uma noção positiva do postulado, ou seja, não tomando por satisfatória a afirmação de que a liberdade seria a propriedade da qualidade racional do ser humano que contraria os ditames da natureza, os quais seriam fatores heterônomos, ao invés, diz que a autonomia é a chave para a definição de liberdade²²³.

Ainda, Kant associa o conceito positivo de liberdade ao seu próprio conceito de moralidade. Para o autor, apenas é livre aquele que age de acordo com os imperativos categóricos, as normas que pretendem o universalismo²²⁴.

Mister refletir que ao atrelar liberdade à moral, por mais liberal que se intente classificar Kant, percebe-se certa tendência coletivista do autor ao fiar-se mais à restrição da ação por meio de ideais tidos como universais²²⁵, solidaristas, do que propriamente coadunar com ideias de liberdade irrestrita, como na visão niilista do mundo de Nietzsche.

Aliás, Nietzsche desconsidera qualquer solidariedade que não seja falsa, pois atribui ao ser humano apenas os impulsos naturais libidinosos e de poder. Por meio desse pensamento, Richard Rorty²²⁶, considera o autor do ceticismo pessimista e citados outros²²⁷ como perseguidores da perfeição privada, do individualismo extremo.

Em franco contraste com os individualistas, Rorty opõe os autores Habermas, Marx, Mill, Dewey, e Rawls. Chama-os de historicistas mais voltados à comunidade, à solidariedade.

Nessa esteira, o contemporâneo autor diz que os novos pensadores diante dessas extremidades tentam fundir os dois grupos de ideias em algo que possa conciliá-los, porém prestam-se a perseguir tarefa impossível²²⁸. Compara a tarefa à situação hipotética de tentar juntar dois instrumentos com finalidades extremamente diferentes em apenas um, quando em verdade podem-se ter os dois e usá-los quando necessário for.

²²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39-62.

²²³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

²²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

²²⁵ Norberto Bobbio aponta essa ambiguidade na teoria da liberdade de Kant em: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 101-113.

²²⁶ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 16.

²²⁷ Heidegger, Foucault, Baudelaire, Proust e Naboko.

²²⁸ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

Além disso, Rorty enfatiza que o mais perto de chegarmos à conjunção entre perfeição privada e solidariedade humana "é deixar que seus cidadãos sejam tão privatistas, 'irracionais' e esteticistas quanto lhes aprouver, desde que o façam em suas horas de folga - sem causar prejuízo a terceiros e sem usar recursos necessários para os menos favorecidos"²²⁹.

À guisa de conclusão de sua visão sobre a batalha entre a liberdade e a vida coletiva, diz que é tempo de abandonar a metafísica, de desenvolver mais do que sínteses "Frankenstein" de teorias opostas, é preciso tornar-se pragmático. Esse abandono da tentativa de sintetizar público e privado faz da pessoa, segundo Rorty, um ironista liberal²³⁰. Tal visão da situação não procura responder questões *a priori*, mas sim carrega a esperança de melhora do mundo e procura nas ferramentas a solução do caso concreto.

Nessa esteira, o oposto de liberdade seria a solidariedade, e Rorty incentiva:

Para conservar essa noção [de solidariedade], ao mesmo tempo reconhecendo o acerto de Nietzsche, quanto ao caráter contingente histórico de nosso sentimento de obrigação moral, precisamos dar-nos conta de que um *focus imaginarius* não é pior por ser uma invenção em vez de uma característica inata da mente humana. A maneira certa de acolhermos o lema 'temos obrigações para com os seres humanos simplesmente como tais' é vê-lo como um meio de nos lembrarmos de continuar procurando expandir ao máximo nosso sentimento de "nós". Esse lema nos exorta a fazer mais extrapolações no sentido estabelecido por certos acontecimentos do passado [...] Esse é um processo que devemos tentar manter em andamento. Devemos estar atentos às pessoas marginalizadas - às pessoas em quem ainda pensamos, instintivamente, como "eles", em vez de "nós".²³¹

No caso em dissertação, o "eles" são as mulheres grávidas que passam por um momento único e muitas vezes extremamente desconfortável em comparação ao que costumava vivenciar antes da gravidez. Ademais, o momento posterior a essa experiência será também, na maioria das vezes, uma mudança significativa e permanente, com a responsabilidade parental a assumir. No sentido da liberdade que cabe à gestante, cabe à sociedade nesse momento exercitar a compreensão, no sentido de colocar-se no lugar do outro e entender as atitudes tomadas pela mulher nesse período de transformações²³².

E ainda, além da gravidez, sobre a liberdade da mulher como um todo, vê-se atualmente um apelo significativo advindo da mídia no que diz respeito à emancipação da

²²⁹ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

²³⁰ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 18.

²³¹ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 322.

²³² MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

mulher aos padrões impostos pela sociedade ocidental. Nesse sentido, cabem reflexões do que seria a liberdade feminina nos dias que correm. *E.g.*, para usar um biquíni a fim de relaxar em uma piscina, ou em uma praia, a mulher imersa em uma cultura influenciada pelos ideais ocidentais contemporâneos vê-se moralmente obrigada a depilar-se ou obrigada a explicar-se quando usa um maiô “de perninha”. O que é considerado objetivamente como liberdade e como subjetivamente a mulher se sente realmente liberta, são dois grupos diferentes que podem colidir-se²³³. Nesse sentido, a zona cinzenta da liberdade da mulher, além de ser ainda pauta necessária da atual discussão da verdadeira igualdade de gêneros, também pode entrar em colisão com o seu papel na sociedade, por meio do ideal de solidariedade.

4.3 Mulher e solidariedade

Sobre o subprincípio da solidariedade, Bodin de Moraes descreve a sua aplicação e relação com o ato de reconhecer e ser reconhecido, chegando mesmo ao núcleo familiar para ilustrar como a solidariedade pode ser violada:

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”. É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro. [...] Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever, a solidariedade, no entanto, pode se dizer fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: assim, ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação, mas também os danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas das espécies de danos sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé.²³⁴

²³³ Para maiores reflexões, interessante a leitura dos textos: SANGHANI, Radhika. **Feminism, fashion and religion: why muslim women choose to wear the veil**. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11120588/Muslim-women-reveal-why-they-wear-the-veil-burqa-school-debate.html>>, Acesso em 03 ago. 2016. e MOSCOU, Marília. Depilação é a burca brasileira. Disponível em: <<http://mariliamoscou.com.br/blog/depilacao-burca-brasileira/>>, Acesso em 03 ago. 2016.

²³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111-112 e 116-117.

Nesse contexto, indaga-se qual o papel da mulher no reconhecimento dos outros, já que o seu reconhecimento tem a ver com os subprincípios anteriormente relatados, a igualdade e a liberdade.

Com o intuito de ilustrar um pensamento sobre a questão traz-se Vladimir Ilich Lênin, controverso teórico socialista, que viveu e construiu os primórdios da revolução na União Soviética. Essa menção é interessante na medida em que o socialismo tem, como mencionado anteriormente, um histórico de acolhimento das mulheres em seu seio de luta pelo modelo de sociedade almejado por essa doutrina, o comunismo.

Em uma compilação de seus pensamentos sobre as mulheres, Lênin anuncia que o congresso do partido socialista optou pela distinção entre mulheres operárias e mulheres burguesas. A justificação dada pelo evento seria por entenderem mais adequado o proceder das mulheres operárias ao lutarem por seu direito de voto apoiadas pelos partidos de classe do proletariado do que se unirem às burguesas defensoras da igualdade de direitos da mulher. Nesse anúncio, Lênin não deixa de enfatizar que houve dentro do partido quem discordasse de que fossem incluídas tais reivindicações femininas operárias, quando a luta pelo voto universal masculino já era árdua o bastante²³⁵.

Em uma sequência, cita Zitz para apoiar sua visão de que as mulheres devem se juntar às demandas: “temos que exigir, por princípio, tudo o que consideramos justo e somente quando as forças para a luta são insuficientes, aceitamos o que podemos conseguir.” e tece o seguinte comentário: “quanto mais modestas sejam nossas reivindicações, tanto mais modestas serão também as concessões do governo”²³⁶.

Segue referindo-se à questão do aborto. Lênin concorda com o congresso de médicos em memória de Pirogov na decisão de que em nenhum caso a mãe incorrerá em responsabilidade criminal pelo aborto intencionado. Os médicos devem ser sancionados unicamente quando há comprovação de que o motivo que os inspira tenha finalidades egoístas.

Entretanto, o fato do citado congresso considerar natural o neomalthusianismo (medidas artificiais para evitar a gravidez) causou repúdio no intelectual. Lênin disse que só a burguesia poderia ter essa visão liberalista vulgar e que os filhos servem para crescerem à luta do proletariado, para ele, destarte, quanto mais prole melhor.

²³⁵ LENIN, Vladimir Ilich. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 21-22.

²³⁶ LENIN, Vladimir Ilich. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 22.

Diante de tais afirmações, pode-se concluir a ironia de ao mesmo tempo o autor defender a abolição de leis contra o aborto, justificando sua posição dizendo que são leis que oprimem apenas a classe operária e configuram retrato da hipocrisia das classes dominantes, mas se opor a métodos anticoncepcionais artificiais. Diz: “uma coisa é a liberdade da propaganda médica e a proteção dos direitos democráticos elementares do cidadão e da cidadã, e outra coisa é a doutrina social do neomalthusianismo”²³⁷.

Além disso, sobre a prostituição, Lênin comenta da hipocrisia da burguesia ao realizar congressos internacionais como o “quinto congresso internacional de luta contra o tráfico de brancas” e ao dizer que têm admiração pela polícia e pela vigilância da sociedade contra as mulheres que caíram, mesmo insistindo em não concordar com melhorias nos salários das operárias²³⁸.

Ademais, Lênin expõe opinião contrária ao amor livre, tomando como vítimas a seriedade no amor, a procriação e a proibição do adultério. E só coloca como defensável o amor sem o aspecto financeiro, sem religião e sem as proibições advindas do marido e do Estado²³⁹.

Ainda, parece ser da opinião favorável ao divórcio e diz que quanto mais democrático o regime político, mais claro será para os operários que o problema mesmo é o capitalismo e não a falta de direitos. Enfatiza que “a mulher continua sendo no capitalismo, em qualquer classe de democracia, uma escrava doméstica”²⁴⁰.

Nessa exposição, o papel que Lênin reserva às mulheres na sociedade é confuso, pois, dentre outras contradições, apesar de defender pautas feministas como o aborto e o divórcio, ainda incute limitações à mulher, no sentido de não poder evitar que fique grávida por métodos anticoncepcionais ou de que ter como profissão a prostituição é condenável. Além do mais, dá a entender que a mulher deve sim procriar, mas apenas dentro de um compromisso, pois que defensor da seriedade no amor, da procriação e da proibição do adultério, e, no entanto, poderá, ainda assim, realizar um aborto sem ter que justificar-se.

Desta feita, através do exemplo da opinião de apenas um intelectual, ora idolatrado ora odiado, que um dia esteve no comando de um país expressivo, fica evidente a dificuldade de se tentar extrair um papel da mulher na sociedade e mesmo de solucionar a dúvida da

²³⁷ LENIN, Vladimir Ilitch. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 27-29.

²³⁸ LENIN, Vladimir Ilitch. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 30-31.

²³⁹ LENIN, Vladimir Ilitch. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 35-40.

²⁴⁰ LENIN, Vladimir Ilitch. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 42.

utilidade da proposição de tal tarefa. Com os seus ideais, Lênin pretendia a reforma da sociedade e esse era o quadro no qual pintava a posição das mulheres. Faz-nos indagar: qual a credencial necessária para que alguém formule a receita de vida das mulheres? O fato atual de, na práxis²⁴¹, apenas o sexo feminino poder gestar um membro novo da humanidade confere diferenças intrínsecas nos ditames de seu comportamento?

Essas perguntas são retóricas, mas importantes na medida em que desdobram vários outros questionamentos de igual ou maior complexidade. São questões referentes à construção de modelos ideais de sociedade e de modelos que já existiram ou existem e que dizem respeito a profundos estudos antropológicos. Enxergar a mulher em sua dimensão solidária pressupõe cruzar o caminho tortuoso da definição de suas obrigações perante a sociedade.

Diante dessa dificuldade, o que interessa saber no momento é o que o ordenamento estabelece em termos de solidariedade e, a partir desse parâmetro, extrair a diversidade de deveres da gestante para com seu filho.

E desta feita, primeiramente, cabe ao raciocínio esclarecer o conteúdo que gira em torno do princípio da solidariedade. Nesse caminhar, é possível dizer que tal princípio é visto em execução com mais clareza em sociedades de menor complexidade, como as comunidades indígenas, as tribos desérticas, os grupos ciganos e os pequenos vilarejos.

O Estado Social²⁴², resultado do pós Segunda Guerra, procurou trazer algumas ideias compatíveis com a solidariedade, como os direitos trabalhistas e garantias da educação, em contraste ao individualismo reinante do liberalismo praticado até então, fruto do esquecimento do ideal de fraternidade da revolução francesa²⁴³. Entretanto, importante observar que essas concessões foram feitas mais por receio do triunfo do socialismo soviético diante de diversas intercorrências desagradáveis do capitalismo, como a deflagração da Primeira Guerra e a Crise de 1929.

Reavivado na sociedade da globalização por meio do apelo ecológico, o princípio da solidariedade pressupõe um cuidado de percepção para com o outro. A sua alteridade inerente é acompanhada de deveres de vigilância e ação para o bem-estar dos seres humanos que nos cercam e também daqueles que virão, com base na experiência das gerações passadas²⁴⁴.

²⁴¹ O avanço da biotecnologia possibilita hoje a gravidez masculina através do procedimento de transplante uterino. Para mais: FERNANDES, Rafael. **Ciência avança e homens já podem engravidar através de transplante de útero!**. Disponível em: <<http://www.jornalciencia.com/ciencia-avanca-e-homens-ja-podem-engravidar-atraves-de-transplante-de-utero/>>, Acesso em 01 ago. 2016.

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁴³ KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado constitucional contemporâneo**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2009. p. 22.

²⁴⁴ WEISS, Edith Brown. **Un mundo justo para las futuras generaciones: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional**. Madrid: Mundi-Prensa, 1999.

Dos mandamentos do ordenamento brasileiro condizentes com o princípio da solidariedade, um dos mais clássicos é o dever de prestação de socorro, cuja desobediência é inclusive penalmente punida. Mas ainda podemos citar as obrigações legais de pagar tributos, de participar do júri, de trabalhar nas eleições, de votar, de servir o exército quando convocado, de observar a função social da propriedade, de cumprir os deveres anexos que condizem com a responsabilidade contratual²⁴⁵, de cobrar os deveres de proteção do Estado para com os direitos fundamentais, e, especialmente no que diz respeito à temática proposta, de cuidado da família e sociedade para com as crianças, adolescentes e jovens, e para com as gerações futuras e, finalmente, a observância da eficácia dos direitos fundamentais.

A mulher como cidadã tem que cumprir todos esses deveres, exceto o de servir obrigatoriamente as forças armadas e uma prerrogativa ou outra a título de igualdade substancial, como a exigência de menor tempo de contribuição para a previdência. Ainda, tem que observar especialmente os três últimos citados, cuja conexão com o assunto proposto nessa discussão é significativa.

O dever de cuidado da família encontra-se positivado constitucionalmente no artigo 227 da Carta Magna e pressupõe a garantia pela família e sociedade dos direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem. Mais, no art. 229, há a expressa previsão da obrigação legal de assistência moral e patrimonial dos pais para com seus filhos menores.

Já com relação às gerações futuras, elas têm seu lugar constitucional no art. 225. Nesse dispositivo, a lei outorga a preservação do ambiente a todos. Com relação à gestante pode-se interpretar seu ventre como sendo o primeiro ambiente do nascituro, a próxima geração contida nesse delicado e apertado espaço rumo ao desconhecido da vida.

Na questão da eficácia dos direitos fundamentais, é preciso enfatizar que apenas o fato dos direitos fundamentais serem o pilar sustentatório do Estado de Direito, a sua mera eficácia indireta já é indicativa de solidariedade, pois que derivada da consciência coletiva. No entanto tal solidariedade seria de cunho mecânico, tal qual conceito de Durkheim²⁴⁶, ou seja, a sociedade brasileira possui um sentimento de pertencimento e semelhança em um grau mais baixo do que, por exemplo, uma tribo indígena, por sua maior complexidade.

Nessa realidade, várias teorias são destacadas na questão da eficácia dos direitos fundamentais, umas mais atinentes à busca de uma solidariedade mais orgânica e outras mais afiadas na realidade individualista e complexa, optando por reforçar o mecanicismo.

²⁴⁵ Cf. FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.

²⁴⁶ DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia: a moral, o direito e o estado**. São Paulo: EDUSP, 1969.

Isso porque algumas teorias indicam que a questão da obediência direta aos ditames fundamentais seria apenas relativa ao Estado²⁴⁷. Segundo esse pensamento, apenas o Estado tem o dever de realizar os mandamentos dos direitos fundamentais, colocando os particulares em outra zona jurídica exclusivamente civil e negocial.

Diante dessa visão, Daniel Sarmento²⁴⁸ anuncia outra proposta ao pensar na eficácia dos direitos fundamentais como passível de ocorrer entre particulares diretamente. Essa seria a eficácia horizontal direta de tais direitos. Citada teoria, em comparação com a outra restritiva, resulta em diferentes conclusões na dinâmica da relação conflituosa de direitos fundamentais em análise no presente trabalho. Pois a restrição impediria que se faça uma demanda de reparação baseada apenas em direitos fundamentais, tal como seria qualquer caso relacionado ao recorte proposto. Dessa forma, elege-se a doutrina de Sarmento como sendo imprescindível à abertura da discussão material que se enseja neste mote.

4.4 Mulher e integridade psicofísica

O princípio da integridade psicofísica tem a ver com a proibição de imposição de tratamento desumano ou degradante. Nenhuma experiência pode ser feita sobre uma pessoa sem o seu expresso e informado consentimento, prevalecendo *juris tantum* o interesse individual em relação ao corpo, sobre o interesse coletivo²⁴⁹.

Quanto ao direito sobre o corpo, a discussão mais frequente que envolve a mulher é quanto à questão abortiva. O fato de uma das reivindicações feministas envolver a decisão de livrar-se do estado de gravidez, como contraposição à liberdade de fato que os homens têm ao decidirem virar as costas para uma mulher que engravidou – reivindicações essas prioritárias para as mulheres do Movimento para a Liberação do Abortamento e da Contracepção (MLAC) a partir de 1973 na França²⁵⁰ – ainda gera muita polêmica, principalmente no Brasil, onde o feminismo ainda não conquistou essa meta.

E a condenação da prática é tão antiga quanto a sua execução. No Século V a. C. Hipócrates, em seu célebre Juramento, comprometeu-se a não dar pessário abortivo a uma mulher. Ainda, Licurgo e Sólon castigavam o aborto, provavelmente com pena pecuniária

²⁴⁷ E.g. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁵⁰ MACHADO, Lia Zanotta. **Feminismo em movimento**. 2. ed. São Paulo: Francis, 2010. p. 147-148.

imposta como reparação dos danos causados à família. Sabe-se que em Tebas a prática era severamente punida e, em Mileto, era-lhe cominada pena capital²⁵¹.

Apenas em Atenas, até a época de Lysias, não se conhece nenhuma lei que castigasse o aborto com pena pública, sendo provável que semelhante impunidade dependesse da escassa cultura dos tempos e também do temor à fome, pelo aumento da população²⁵². Ainda, Platão admitia o aborto, por necessidades demográficas, no interesse do Estado. Preocupado com a pureza da raça, aconselhava o aborto eugênico. Entendia que a procriação deveria realizar-se, para a mulher, até os quarenta anos, e, para o homem, até os cinquenta e cinco anos²⁵³. Aristóteles defendia as práticas abortivas e a exposição do recém-nascido disforme. Suas razões também prendiam-se a interesses demográficos e eugênicos²⁵⁴.

Além disso, informação que pode chocar aos religiosos atuais, uma distinção teve grande influência nos pensadores católicos da Idade Média o “aborto somente se verificaria se o feto fosse dotado de alma, o que ocorria aos quarenta dias, para o homem e aos três meses para a mulher, quando então, já havia os lineamentos do corpo do feto”²⁵⁵.

Quanto à atualidade, a legislação brasileira prevê dois tipos de aborto legal consignados no art. 128, I e II, CP, o aborto necessário para salvar a vida da gestante e o da gravidez resultante de estupro. Vale lembrar, em termos de jurisprudência, o caso de anencefalia que se julgou como aborto necessário na ADPF 54 e o recente afastamento da prisão preventiva de acusados da prática de aborto no julgamento do HC 124306. O julgamento do Habeas Corpus foi considerado um marco, com o voto do ministro Luís Roberto Barroso a favor dos direitos sexuais e reprodutivos e da autonomia da mulher²⁵⁶.

O posicionamento do Ministro Barroso não é surpresa, pois já apontava em suas obras que, em relação ao valor comunitário da dignidade, seria duvidosa a sobreposição da moral frente à razão pública nesta questão abortiva²⁵⁷. Para Barroso, não há melhor justificação do que o interesse público para a questão da legalização do aborto:

[...] é notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ela

²⁵¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵⁶ HC 124.306 RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>, Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 100-102.

é ilegal. Na verdade, a principal diferença entre os países que escolheram criminalizar essa prática e aqueles que a permitem é a taxa de incidência de abortos arriscados ou com pouca segurança. A criminalização também tem sido vista como uma discriminação de facto contra mulheres pobres, que precisam recorrer a métodos primitivos de interrupção da gestação devido à falta de acesso à assistência médica, pública ou privada²⁵⁸.

Além da discussão sobre o aborto, faz-se necessária a menção do direito de escolha ao submeter-se ou não a tratamento médico (art. 15, CC). Esse direito traz um questionamento relacionado à gestação: qual é o limite deste direito individual ao próprio corpo no tocante a um tratamento direcionado ao nascituro, mas que pode prejudicar a mãe?

Fernando Noronha ao classificar os danos à pessoa traz alguns esclarecimentos quanto ao que seria uma afronta à integridade psicofísica e um mero aborrecimento para a pessoa, no caso, a gestante:

Uma melhor classificação será aquela que considerar os pontos em que existem diferenças de tratamento jurídico dentro dos danos à pessoa. Deste ponto de vista, é conveniente repartir esses danos em duas categorias, uma das quais será a dos danos corporais, à saúde, ou biológicos, enquanto a outra será a dos danos anímicos, ou morais em sentido estrito. Podemos dizer que os primeiros se referem ao corpo humano, enquanto os segundos são relativos à alma. Nesta classificação, os danos corporais, à saúde, ou biológicos, são aqueles que atingem o suporte vivo, a integridade fisco-psíquica da pessoa, abrangendo desde as lesões corporais até a privação da vida, passando pelas situações em que as pessoas ficam incapazes de experimentar sensações, ou de entender e querer, devido a lesões no sistema nervoso central (patologias neurológicas e psiquiátricas). Os danos anímicos, ou morais em sentido estrito, por seu turno, serão todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais; eles traduzem-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido. [...] o dano corporal, afetando a vida e a integridade física e psíquica, corresponde a um estado patológico da pessoa e, por isso, é essencialmente objetivo, podendo (e devendo) ser constatado através de uma avaliação médica; quanto a ele, o juiz limitar-se-á a arbitrar o valor pecuniário que entenda dever corresponder-lhe. Já o dano moral, afetando sentimentos, é essencialmente subjetivo, devendo o julgador, em seu prudente arbítrio, começar por apreciar da respectiva existência, intensidade e duração, para só depois passar à determinação da forma de reparação. [...] ciência médico-legal: só ela está em condições de ‘traçar uma linha distintiva tendencial entre uma patologia constatada e uma simples perturbação psíquica.’²⁵⁹

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 99.

²⁵⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 584-585.

Com essa classificação, Noronha consignou que apenas especialistas dirão caso a caso os limites em que a escolha da gestante prevalece sobre alguma necessidade do nascituro. É o que justamente procura-se fazer como uma prévia neste trabalho. Achar os meandros das doses de liberdade da gestante e de proteção do nascituro, avaliando as informações colhidas e as possibilidades do recorte.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR FUMAR NA GRAVIDEZ

A responsabilidade civil é um dos campos jurídicos mais intrincados, visto que não se satisfaz em procurar respostas atendo-se somente ao ordenamento posto. Essa matéria, em um grau diferenciado de outras, busca inspirações históricas, filosóficas, políticas, econômicas e sociais, para que ela possa sentir-se bem fundamentada em suas decisões. É também nela que se encontram a maioria dos casos difíceis relatados por diversos juristas²⁶⁰, os quais se debruçam sobre os problemas hermenêuticos e se inquietam com a resolução dos conflitos entre princípios fundamentais.

Mencionada dificuldade encontra nas controvérsias a marcante característica de, antes da tecnicidade de conceitos engessados, multissemantidade do princípio da responsabilidade. Sendo esse postulado estrutura axiológica da vida em sociedade, e mais filosófico-político do que jurídico²⁶¹, a disciplina dele derivada, portanto, deve muito mais a escolhas também político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas.

A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo – assertiva que se desdobra nesta outra: será a sucessiva coligação a um sujeito determinado que vai servir a tornar um dano ressarcível. De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento²⁶².

Desta feita, não há que se falar em um número determinado *a priori* de situações jurídicas subjetivas tuteladas. A proteção dos valores da dignidade e personalidade humanas é a prioridade do Estado Democrático de Direito o que faz com que o encontro conflitivo dessas dignidades entre diferentes sujeitos seja objeto de perquirição das estruturas da

²⁶⁰ Os casos da pílula de farinha, o Caso Perruche e os casos de danos morais por abandono afetivo são apenas alguns exemplos. Quanto aos doutrinadores, seria pretencioso fazer uma relação taxativa, no que me limito por ora a indicar a obra seguinte pela clareza de exposição das tangências interdisciplinares e dos desafios contemporâneos da matéria: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 147.

²⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 21.

responsabilidade atual. “A elasticidade torna-se o instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no livre exercício da vida de relações”²⁶³.

Toda essa elasticidade e simplicidade do instituto da responsabilidade civil fez com que doutrinaria e jurisprudencialmente o conferissem variadas funções, que muitas vezes estabelecem embates entre si. Tais conflitos geram questionamentos sobre os objetivos de lhe serem dados destaques desnecessários e, às vezes incompatíveis com o momento jurídico atual, como é o caso da função preventiva ou dissuasora²⁶⁴ na defesa dos *punitive damages* e sua aplicação no direito brasileiro. Como se verá mais adiante, essa discussão ainda efervesce o cenário reparatório de hoje e implica em diferenças na determinação da indenização.

Com toda essa complexidade, não é surpresa que na história, do neolítico até a Idade Moderna, houve confusão entre responsabilidade penal e responsabilidade civil. Até a diferenciação entre delito e ato antijurídico, a humanidade passou pelo conceito de ato ilícito, o qual considera apenas a culpa – herança da *Lex Aquilia* – como filtro da responsabilidade. Tal nexos despontava no artigo 1.804 do Código Civil Napoleônico com renovação das bases, mais abstratas, e também da relevância no grau da imputação, que foi diminuída²⁶⁵.

O início do século XX trouxe companhia a esse filtro – a culpa – no que diz respeito à imputabilidade, com a conquista de um espaço cada vez maior do princípio do risco²⁶⁶. Mesmo com a prevalência da culpa como regime regra da responsabilidade civil, procura-se estabelecer certo equilíbrio entre os dois, pois os tempos nesta matéria são marcados hoje pelo destaque da reparação dos danos em expansão e, por esse fato, também por sua coletivização e securitização²⁶⁷.

²⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 120.

²⁶⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459-464.

²⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7-23.

²⁶⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459. Ver também: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010.

²⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 84. “Esta avalanche de novos danos, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor – antevisto por Stefano Rodotà – de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”. Com efeito, as últimas décadas têm demonstrado que a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência podem ir bem longe.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 96 e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Outra tendência bastante forte no que diz respeito à matéria cível em comento é a sua aproximação com a Constituição. O direito civil-constitucional²⁶⁸ vem coroar o valor fundamental do ordenamento, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), e busca inserir os seus subprincípios (liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica) na aplicação jurídica das diversas modalidades que possam surgir de casos concretos em que a norma civil incide.

A rigor, a preocupação, com os riscos de lesão já, há muito, ocupa o pensamento do direito civil-constitucional. Nesse sentido, a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma atenção negativa preventiva ou inibitória, com o objetivo de evitar situações potencialmente lesivas aos direitos fundamentais, mas outrossim uma proteção positiva, comprometida em promover a sua máxima realização²⁶⁹.

É dedicada a essa era de centralidade da pessoa que os juristas aderiram à ideia de que interessa mais ressarcir a vítima do que procurar um específico culpado. Um exemplo é que, ao longo das últimas décadas, a jurisprudência tem entendido que o condomínio deve ser responsabilizado em conjunto por objetos que caem de seu prédio e, posteriormente, a distribuição do ônus é definida em assembleia. Ou seja, “eventual rateio das colunas mais propícias ao lançamento constitui tarefa *interna corporis*, posterior, da assembleia condominial, sob pena de deixar a vítima irressarcida”²⁷⁰.

A partir do momento em que a preocupação central da responsabilidade civil vai deixando de ser a repressão ao comportamento indesejado, para concentrar-se sobre a reparação dos danos causados em sociedade, as normas que tutelam interesses passam a contar com uma espécie de importância autônoma. A lesão ao interesse da vítima – o dano – passa a figurar, independentemente da conduta do ofensor, como objeto da preocupação judicial e como elemento primordial da responsabilidade civil²⁷¹.

Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto – daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade

²⁶⁸ Cf. PERLINGIERI, Pietro. **o direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2008. e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 229.

²⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 153-154.

²⁷¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015. 190.

civil objetiva, independente de culpa, isto é da prática de ato ilícito, que à frente será conceituado.

Entretanto, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, parte da jurisprudência continuou ainda adotando os parâmetros legais antes utilizados para solução dos problemas de reparação civil, especialmente através da tese da aplicação analógica dos limites estabelecidos pelos artigos 82 e 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, de caráter essencialmente punitivo no estabelecimento da indenização por danos morais, embora os dispositivos estivessem revogados há bastante tempo²⁷².

Diante dessa realidade serão considerados neste texto alguns aspectos da doutrina que defende a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro. Contudo, não se esquecendo da referência civil-constitucional elegida para esta análise, nada mais apropriado para basear uma discussão como esta – caracterizada pela responsabilidade civil extracontratual, também chamada de responsabilidade civil *stricto sensu*, segundo a doutrina de Noronha²⁷³ – do que a dignidade da pessoa humana. Esse valor é o argumento chave para se defender tanto a responsabilidade, quanto a irresponsabilidade da gestante perante a um dano infligido ao nascituro, ao filho nascido ou a pessoa interessada, pretensamente associado ao consumo de tabaco durante a gestação.

Além disso, o direito-civil constitucional não é base teórica posta em dúvida neste trabalho pelo estrito cumprimento do princípio da proibição do retrocesso, que veda aos operadores jurídicos qualquer interpretação que vá de encontro a suprimir os avanços que a ciência jurídica galga e, necessário dizer, com significativos atrasos perante as mudanças exponenciais, as quais mesmo a sociedade brasileira pós-colonial imprime²⁷⁴.

O caso que se propõe analisar neste trabalho é justamente desses complexos, que desafiam a mente humana e mexem com relações sociais peculiares. E qual especificidade maior poderia ser encontrada na humanidade do que a relação entre a gestante e o filho que carrega?

Primeiramente, considera-se uma relação primitivamente familiar e há longa tradição na nossa jurisprudência em que tais relações pareciam imunes à atuação da responsabilidade civil. A conquista de uma efetiva isonomia entre cônjuges e parceiros, bem como a atribuição aos filhos de um papel mais efetivo no seio familiar, vieram expor à sociedade novas espécies

²⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 27.

²⁷³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 454.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. e SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice: o social e o político na pós modernidade**. Coimbra: Almedina, 2013.

de conflitos, não faltando hoje tentativas de introduzi-los na pauta da reparação civil. Tentativas essas que são vistas, em geral, como polêmicas por associarem uma resposta monetária com a convivência existencial típica do fenômeno social nuclear. Exemplo dessa tendência é a imposição de indenização por danos decorrentes de rompimento de noivado, apoiada, muitas vezes, em associação com a lógica contratual, equiparando-se o rompimento de noivado com a ruptura de uma promessa unilateral como fonte do dever de indenizar²⁷⁵.

Sem dúvidas, a enormidade do assunto aqui não poderia ser esgotada e essa certamente não é a pretensão. Além disso, pela perspectiva zetética analítica aplicada escolhida busca-se compreender mais os caminhos de raciocínio que podem ser colocados sobre o ordenamento vigente, do que apresentar apenas uma resposta que se deseja correta.

Sendo assim, o recorte da responsabilidade civil da gestante por tabagismo na gestação, mesmo tendo um caráter um tanto quanto restrito – quando se observa o que foi deixado de fora do assunto – ainda possui uma gama de possibilidades que precisa ser limitada, a fim de sistematizar a análise que aqui será feita.

Ao debruçar-se sobre o tema, os elementos de análise que podem ser considerados relativamente fixos são justamente a parte lesante, ou seja, a gestante, e o fato gerador antijurídico, que é o tabagismo durante a gestação. Diz-se relativamente, pois tem-se a finalidade de abranger toda a discussão pertinente ao alcance da imputabilidade relacionada à gestante. No caso, ainda assim cabe questionar sobre outros atores lesantes que possam estar envolvidos, não a título de aprofundamento, mas breves palavras com a finalidade de enriquecer a perspectiva do debate.

Os outros elementos da responsabilidade civil, o dano, o interesse juridicamente tutelado, o nexo de causalidade, a parte lesada, o nexo de imputação, são variáveis discutíveis²⁷⁶. Isso porque as possibilidades de dano, como expostas detalhadamente no Capítulo 2 e que ainda discutidas neste Capítulo, são inúmeras; os interesses juridicamente tutelados variam entre o direito à saúde e o direito à vida; o nexo de causalidade dependerá da teoria adotada; a parte lesada poderá tanto ser o nascituro, o filho nascido, quanto ascendente em linha reta ou colateral em até quarto grau (art. 12, parágrafo único, CC); e o nexo de imputação pode-se pensar em principalmente culpa, mas também há de tecer alguns comentários sobre risco.

²⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 100.

²⁷⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 491.

Ainda, quanto às formas de interpretação, elege-se a doutrina de Lorenzetti, a qual conta com formas de decisão compatíveis com o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Tais formas, também chamadas pelo autor de paradigmas, termo cunhado por Thomas Kuhn, são padrões que influenciam de forma anterior à norma e guiadas por objetivos pré-determinados e constitucionais que previnem o juiz de utilizar-se de seu arbítrio, filtrando as opiniões pessoais em seus julgamentos²⁷⁷.

Os paradigmas são o protetor (que dialoga com a ideia de vulnerabilidade), o de acesso (que prima pela atenção aos excluídos socialmente), o coletivo (que prioriza a manutenção e aperfeiçoamento dos bens coletivos), o consequencialista (cujo objetivo é a organização da sociedade segundo aplicação jurídica de princípios econômicos), o do Estado de Direito (cuja valorização é focada nos procedimentos) e o ambiental (cujo motor é a sustentabilidade).

Cada paradigma não necessariamente conseguirá dialogar com todo e qualquer aspecto da discussão neste trabalho exposta, por isso esses padrões serão chamados de acordo com a reflexão que se pretende discorrer no momento oportuno.

5.1 O dano ressarcível

O dano é elemento de evidente imprescindibilidade na análise de qualquer caso em que se deseje verificar a presença ou não do dever de reparar. Tal é sua importância, que Anderson Schreiber, ao apontar os novos rumos dessa matéria cível, o coloca como componente único do cume da nova responsabilidade civil:

Não há dúvida de que, em um cenário de gradual objetivação da responsabilidade civil e de flexibilização da prova do nexo causal, a aferição do dano se eleva a único filtro capaz de, legitimamente, funcionar como instrumento de seleção das demandas de responsabilização. A melhor via parece ser, portanto, a de reconhecer o dano ressarcível como cláusula geral, operando uma efetiva ponderação de interesses em conflito para fins de configuração de elemento imprescindível à deflagração do dever de reparar. Paralelamente a isto, é possível construir ou precisar instrumentos institucionais que desestimulem, de forma legítima e em conformidade com as normas constitucionais, as chamadas demandas bagatelares.²⁷⁸

²⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 195.

Ou seja, se a noção de risco trouxe a transformação histórica da responsabilidade civil, ocasionando a perda completa de valor jurídico do princípio segundo o qual “nenhuma responsabilidade sem culpa”, a historicidade se estende também a seu elemento ineliminável, o dano. Nesse sentido, “cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para repará-los”²⁷⁹.

Além disso, percebe-se que Schreiber aponta uma tarefa essencial do direito da responsabilidade civil a qual procura evitar demandas bagatelares²⁸⁰ por meio de instrumentos institucionais. Nessa mesma esteira, Maria Celina Bodin de Moraes escreve que “é preciso poder diferenciar os interesses merecedores da proteção do ordenamento daqueles interesses que são caprichosos, fúteis ou que signifiquem meros aborrecimentos ou transtornos do dia-a-dia”²⁸¹.

Este ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas, está a resultar na desmoralização do dano moral e, conseqüentemente, da dignidade humana. Quando tudo se pode indenizar, passa-se a acreditar que tudo tem seu preço, transformando, por essa via, todas as situações jurídicas subjetivas, inclusive as extrapatrimoniais, em situações patrimoniais, sob um certo sentido, na medida em que passíveis de indenização em dinheiro. [...] Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável [ao invés de indenizável].²⁸²

Mister lembrar que a análise preferencial do prejuízo provocado pelo evento danoso pode ser associado mesmo à doutrina tradicional. Ao encontro dessa constatação vem o pensamento de Pontes de Miranda, segundo o qual “a base do dever de indenizar está no interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano”²⁸³. O renomado civilista brasileiro exorta que há de considerar o prejuízo sofrido e aquele que ainda vai sofrer, os lucros do ofensor, bem como a sua participação nas causas do dano ou no aumento desse.

Diante desses enunciados, percebe-se que a doutrina clássica considera que nenhuma relação deve haver entre a amplitude dos danos e a gravidade da culpa. “Nestes casos, então, e

²⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Maria Celina Bodin de. p. 150.

²⁸⁰ Cita casos como o do menino Perruche na França e brasileiros por ele denominados caso da moto nova, caso ginseng, caso fracasso desportivo, e caso do vestido do baile de gala.

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 303.

²⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 52-53 e 145.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t. 22. São Paulo: Bookseller, 2003. p. 206.

com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de dano gravíssimo”²⁸⁴. Portanto, evidencia-se o deslocamento da importância do nexo de imputação para a centralidade atual do dano em matéria de reparação cível.

Verificada a importância desse requisito dentro da responsabilidade civil e antes do início da reflexão sobre o caso proposto, é necessário estabelecer as diversas doutrinas que serão consideradas para elencar as possibilidades de interpretação a respeito dos possíveis danos. Nesse sentido, o dano²⁸⁵, para ser considerado indenizável na doutrina civil-constitucional, deve ser certo, injusto ou antijurídico, e atingir bem jurídico tutelável pelo ordenamento vigente. Certeza do dano quer dizer:

[...] prejuízos, econômicos ou não, que são objeto de prova suficiente, tanto da sua verificação como da sua decorrência de um determinado fato antijurídico. E devem ser considerados, verificados os prejuízos cuja ocorrência tenha sido demonstrada, se danos presentes, ou cuja ocorrência seja verossímil, se danos futuros. Em contraposição a eles, serão danos eventuais, ou incertos, os prejuízos de verificação duvidosa, meramente hipotética.²⁸⁶

Quanto a ser antijurídico, é importante perceber a diferença entre discorrer sobre a antijuridicidade da conduta, na qual as atenções estão voltadas para a análise das ações do lesante, e, de outro lado, a antijuridicidade de sua consequência, na qual o dano é o foco da discussão. Antijuridicidade é conceito que basta para Noronha nessa contradição ao ordenamento jurídico. Já Maria Celina Bodin de Moraes confere um alargamento nesse conceito em referência à injustiça do dano ao considerar a solidariedade fator de expansão dos danos indenizáveis, pois, mesmo pela ideia comum entre os autores de que de atos lícitos pode ser gerado o dever de reparação, ainda, na visão de Bodin de Moraes, ficam de fora algumas consequências violadoras da dignidade da pessoa humana:

Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e mais social. Cumpre, pois, identificar em que consiste a injustiça do dano, que faz nascer a exigência da indenização. [...] o debate acerca da noção de injustiça do dano cindiu-se em duas correntes: de um lado, os que a

²⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 296.

²⁸⁵ Definido por Noronha como: “o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de bem alheio. [...] econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada” NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 579.

²⁸⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 605.

identificavam com a antijuridicidade, ou seja, com a violação de um direito ou de norma, e, de outro, os que a associavam à lesão de um interesse merecedor de tutela. [...] Modernamente, contudo, buscou-se desvincular a ideia de injustiça da ideia de antijuridicidade, procurando critérios mais amplos, que englobassem também “interesses que são dignos da tutela jurídica [...]”. Nessa ótica, vários critérios foram propostos: para Piero Schlesinger, os danos seriam indenizáveis quando provocados por um ato não-autorizado por uma norma; para Stefano Rodotà, só caberia indenização nos casos em que o interesse atingido fosse suscetível de tutela segundo o princípio da solidariedade social; para Guido Alpa, seria indenizável o dano relevante, segundo uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais. A conceituação mais consistente, tudo indica, está nesta última consideração. [...] O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida. [...] não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões, ainda que causadas sem intenção nem culpa, isto é, sem negligência, imperícia ou imprudência.²⁸⁷

E nesse raciocínio, Bodin de Moraes consolida sua posição em determinar a injustiça como característica a ser observada dentro dos limites do dano indenizável, provado está, em sua visão, que para os fins reparatórios em sede civil as consequências, materiais ou imateriais para a pessoa da vítima devem ser priorizadas na reparação, em toda a sua extensão, não importando se a conduta ofensiva foi mais grave ou menos grave. “O redimensionamento do papel da culpa, [...] não mais vinculada à intenção do agente ofensor, permite a coligação da injustiça ao dano, e não ao fato; à consequência e não ao evento”²⁸⁸.

Mister também discorrer sobre os bens jurídicos tuteláveis pelo ordenamento. “Bens são coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são qualidades internas das pessoas, de natureza biológica, espiritual ou afetiva”²⁸⁹. Schreiber, ao utilizar a expressão “interesses merecedores de tutela” como sinônima de bem jurídico tutelável, chama atenção para uma prática dos nossos tribunais, considerada temerária por ele, que é a definição de danos morais, ou, ainda, danos à pessoa, por meio de sentimentos como dor, sofrimento, angústia, humilhação²⁹⁰:

²⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 177-179.

²⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 304.

²⁸⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 579-580.

²⁹⁰ “A verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. Como já demonstrado, trata-se de uma mera consequência, eventual, da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração. A prova da dor deve, sim, ser dispensada, não porque seja inerente à ofensa sofrida pela vítima – pode não sê-lo, como no uso indevido de imagem –, mas porque o dano moral independe da dor, consistindo, antes, na própria lesão, e não nas consequências negativas (ou positivas, advirta-se) que tal lesão pode vir a gerar.” Schreiber, p. 204-205.

[...] a necessidade de se rejeitar, de forma geral, a identificação do dano em sentido jurídico com o dano em sentido material (prejuízo econômico ou emocional), recuperando-se o conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado. A vantagem desta definição está em concentrar-se sobre o objeto atingido – o interesse lesado –, e não sobre as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito. A alteração do conceito de dano tem aparentemente pouco impacto no que tange ao dano patrimonial. A lesão ao patrimônio de um indivíduo, sendo aferida por um critério matemático (teoria da diferença), corresponde, objetivamente, à consequência econômica que sobre ele repercute, sem que se vislumbre aí tanto espaço ao subjetivismo. O mesmo não acontece no dano moral, em que a lesão a um interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita sua precisa aferição. Por essa razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a mesma forma, defini-lo por via negativa, como todo prejuízo economicamente incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável. A definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor –, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis. A melhor doutrina brasileira tem defendido abertamente este caminho. Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido extrapatrimonial em sentido estrito”. E a jurisprudência pátria começa a mostrar uma tendência mais seletiva no que tange ao ressarcimento dos danos. Pode-se concluir que a experiência jurídica brasileira jurídica brasileira, embora partindo de uma noção abertíssima de dano – pela própria ausência de definição ou limite legislativo –, vem sendo, sobretudo diante do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, compelida a fechar-se gradativamente, em busca de uma noção menos abrangente de dano ressarcível, que permita a seleção dos interesses merecedores de tutela indenizatória. O desafio que, hoje, se impõe aos juristas brasileiros é justamente o definir os métodos de aferição deste merecimento de tutela, reconhecendo a importância da discricionariedade judicial na tarefa, mas sem deixá-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais.

²⁹¹

No que diz respeito a um dano à pessoa, tal qual classificação de Noronha²⁹², ou dano moral, na doutrina de Bodin de Moraes, pode-se dizer, então, que estes estão relacionados à

²⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108-109.

²⁹² “Considerando a natureza do bem que é atingido pelo dano, este pode ser classificado em duas categorias essenciais, o dano a coisas e o dano à pessoa; o dano à pessoa ainda se subdivide em dano biológico (ou corporal) e anímico (ou moral em sentido estrito). [...] Categorias de danos pessoais (corporais e anímicos). É

dignidade da pessoa humana e, portanto, todo bem ou interesse relacionado a esse valor é tutelável pelo ordenamento jurídico:

Se se tem do dano moral, porém, o entendimento de que só a lesão à dignidade humana – em seus principais substratos, isto é, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade – pode a ele dar ensejo, resolve-se trivialmente a questão. Dificilmente um contrato não cumprido chega a atingir tal profundidade. Se, porém, a alcançar, haverá direito à indenização.²⁹³

No entanto, enquanto Noronha não nega participação da dignidade na construção de um dano indenizável, ele parte, diferentemente de Bodin²⁹⁴, para os direitos da personalidade como base para essa constatação:

assim que teremos os danos pessoais puros e os impuros: os primeiros são aqueles, corporais ou anímicos, com reflexos exclusivamente extrapatrimoniais, enquanto os segundos serão os com repercussões patrimoniais. [...] A designação “dano biológico” é algo imprópria [...], mas ela já está consagrada, pelo menos em nível internacional. [...] melhores designações, mas que ninguém usa, ainda seriam as de danos físico-psicológicos, ou psicofisiológicos, ou simplesmente psicofísicos. [...] Danos à pessoa e à coisas é classificação independente de patrimonial e extrapatrimonial. É patrimonial o dano que se reflete no patrimônio do lesado [este é o complexo de direitos e de obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação econômica, isto é, de valoração em termos pecuniários], enquanto extrapatrimonial é aquele que afeta exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos. [Noronha não dá muita importância a essa classificação, e sim para a de pessoa e coisa]. [...] Mas se fizéssemos o cruzamento a partir da distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, também veríamos que podemos ter danos patrimoniais resultantes de atentados contra pessoas ou contra coisas, como igualmente podemos ter danos extrapatrimoniais resultantes de ofensas a pessoas ou a coisas. Note-se, no entanto, que as lesões de coisas, em si mesmas, nunca podem ter a natureza de danos resultar reflexos anímicos para as pessoas ligadas a essas coisas e, portanto, neste caso os danos extrapatrimoniais ainda são danos pessoais. [...] com relação aos danos a coisas poderemos dizer que são sempre de natureza patrimonial, ainda que das lesões a coisas possam resultar reflexos anímicos para as pessoas a elas ligadas, porque, nesta hipótese, ainda teremos danos pessoais. [...] Os danos à pessoa afetam sempre valores extrapatrimoniais (lesões corporais, sofrimentos físicos ou psíquicos, etc.), mas muitas vezes traduzir-se-ão em prejuízos patrimoniais (pela redução da capacidade de trabalho, pela diminuição da clientela, etc.). [...] Os danos pessoais impuros, sejam de natureza corporal ou anímica, hão de ser tratados como danos patrimoniais, que efetivamente são, ficando a par dos danos a coisas. A esses danos patrimoniais devem ser contrapostas as duas categorias em que os danos pessoais puros (isto é, com reflexos exclusivamente patrimoniais) podem ser subdivididos: o dano biológico (ou corporal) puro e o dano anímico (ou moral) puro. [...]. Em especial, os danos corporais puros em princípio não admitem diferença de tratamento para as diversas pessoas são iguais, enquanto na reparação dos danos anímicos puros deve ser considerado o diverso grau de perturbação ocasionado em cada pessoa.” NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 581, 590, 591, 592, 594 e 595.

²⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 165.

²⁹⁴ “[...] o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “ao efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula feral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu. [...]. No entanto, Bodin de Moraes não desvaloriza qualidade de pessoa: “A personalidade é, portanto, não um ‘direito’, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.” Daí sustentar-se que a personalidade humana é valor, um valor unitário e tendencialmente sem limitações. Assim, não se poderá, com efeito, negar a tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial. Eis aí a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa

Os danos à pessoa traduzem-se normalmente na violação de direitos da personalidade, mas podem ter outras origens, como ofensas a situações jurídicas familiares, das quais é exemplo o sofrimento pela morte de familiares e até pela destruição de coisas. Todavia, ligados ou não a direitos da personalidade, poderíamos pensar classificar todos eles com base na tripartição dos direitos da personalidade concebida por Limongi França (direito às integridades física, intelectual e moral) e adotada por outros, como C. A. Bittar, no livro que escreveu a respeito dos direitos da personalidade. Na própria lei existem algumas referências a essa tripartição, como se vê, por exemplo, no art. 17 do Estatuto da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90), que refere ‘a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente’.²⁹⁵

Além do fundamento do bem jurídico tutelável, é perceptível a quantidade de classificações que formulam os doutrinadores, ao buscarem abarcar todo tipo de dano, categoria em expansão. A nomenclatura comum para abarcar todos esses novos prejuízos é a mencionada “dano moral”, justamente por ser normalmente utilizada para referir-se à responsabilidade extracontratual, cujo tema deste trabalho tem como foco.

A doutrina tradicional diz que o dano moral está *in re ipsa*, ou seja, decorre inerentemente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. Da ofensa subjetiva não é necessário fazer prova para a configuração da responsabilização civil por dano moral, bastando a própria violação à personalidade da vítima. No entanto, a pretendida dispensa da prova abarca tão somente as consequências da lesão sobre a sensibilidade da vítima, não a prova da lesão em si.²⁹⁶

Os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas são frequentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima.²⁹⁷

Segundo a jurisprudência brasileira, dano moral trata-se de um mal evidente, proveniente de sentimentos de vexame, de tristeza, de humilhação, e que deve ser reparado pecuniariamente, ao arbítrio do magistrado. Em tal pecúnia deve estar incluído um valor a título de punição ao causador do dano, sem necessidade, porém, de o magistrado justificar como chegou àquele *quantum* indenizatório, bastando que descreva o que entendeu por

como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. [...] Ou seja, a existência prevalece.” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 183, 184, 121, 127.

²⁹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 583.

²⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 205.

²⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 275.

situação danosa, pois é suficiente o dano *in re ipsa*. Segundo Bodin de Moraes, “não é à toa que os tribunais se abarrotam de pedidos de indenização, por vezes caricaturais – e até estes, com alguma frequência, são julgados procedentes” ²⁹⁸.

Nesse sentido, o exemplo do acórdão do TJ/RJ de 29 de setembro de 1999, sobre a utilização indevida da imagem do corpo da atriz Maitê Proença, ilustra como pode tornar-se inadequada a definição de dano moral por sentimentos subjetivos. A indenização por danos morais foi negada nessa instância sobre argumentos de que, possuindo a atriz uma bela figura, não haveria ela de sofrer qualquer humilhação diante da exposição de sua imagem em um jornal. Segundo o acórdão carioca, diferentemente seria se a autora fosse uma mulher caracterizada como feia.

Ou seja, afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante a dar-lhe o epíteto de “mal evidente”, como faz o Supremo Tribunal Federal. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações desagradáveis, que podem ser justificáveis, mas que, “se não forem decorrentes de ‘danos injustos’, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis” ²⁹⁹. Por esses motivos, Bodin de Moraes confere ao direito não a tarefa de analisar emoções, mas de auxiliar no cumprimento da dignidade da pessoa humana:

Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos “dor”, “espanto”, “emoção”, “vergonha”, “aflição espiritual”, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua eventual consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. [...] todas as situações graves o bastante para gerar a reparação por um dano moral devem ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios. ³⁰⁰

Os direitos personalíssimos são o alvo do prejuízo causado pelo dano moral, independentemente de prejuízo material. Isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como o nome, a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as

²⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 51-52.

²⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 130.

³⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 131 e 117

manifestações culturais e intelectuais, entre outros, será considerado. O dano é sim moral quando os efeitos da ação, embora não refletindo consequências patrimoniais, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Mas essas emoções não podem estar envolvidas com o próprio conceito jurídico, segundo a autora. Contrariando essa lógica, a jurisprudência, além de considerar esses sentimentos na análise do prejuízo, ainda julga necessário que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana³⁰¹.

Outrossim, cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos, outra prática da doutrina tradicional. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade, e, portanto, ligados à identidade do sujeito perante a comunidade jurídica. Já os direitos morais subjetivos estão ligados à intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis. Dessa maneira, tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial, quanto a afronta a direito da personalidade, sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro³⁰².

A esta matéria, percebe-se, não é aplicável a categoria do direito subjetivo, sendo elaborada para a dimensão do “ter”, de cunho patrimonial. Nas questões ontológicas, não há dualidade entre sujeito e objeto, exatamente porque ambos representam o ser. Quando o objeto da tutela é a pessoa humana, torna-se necessário reconhecer que a pessoa constitui, simultaneamente, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica³⁰³.

Em outra direção, além das mencionadas classificações de Noronha sobre danos a coisas e pessoas e das considerações de Bodin de Moraes sobre os danos morais, a doutrina italiana, por seu histórico diferenciado da legislação de responsabilidade civil, viu-se obrigada a desenvolver algumas categorias autônomas de danos extrapatrimoniais – tentativas de evasão da rigidez do art. 2.059 de seu Código Civil – como o *danno morale-soggettivo*, o *danno biologico* e o *danno esistenziale*³⁰⁴.

³⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157-158.

³⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 156-157.

³⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 120-121.

³⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

Esses tipos de dano têm sido objeto de discussão sobre a sua aplicabilidade no direito brasileiro, com trabalhos voltados a esses desdobramentos, como o de Flaviana Rampazzo Soares³⁰⁵. Defendendo ser o dano moral conceito não suficiente para abarcar todos os danos infligidos à pessoa, Soares estabelece uma classificação que inclui as seguintes categorias de danos extrapatrimoniais: dano moral puro – que corresponde ao dano moral subjetivo; dano à identidade da pessoa; dano à vida privada; dano à intimidade; dano à imagem; dano à integridade intelectual; dano à honra – que corresponde ao dano moral objetivo; dano à saúde ou biológico; dano derivado da morte; e, por fim, dano existencial³⁰⁶.

Noronha doutrina que a ideia de dano existencial está contida no conceito de dano à pessoa, no que diz respeito à sua subdivisão, danos anímicos, e, portanto, não se trata de desconsiderá-lo, mas apenas incluí-lo em divisão que entende mais apropriada ao ordenamento que serve, o ordenamento brasileiro³⁰⁷.

Sobre a variedade de classificações do que a doutrina tradicional chama de danos extrapatrimoniais, Schreiber tece a seguinte crítica:

Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade psicofísica, dano estético, dano à saúde, etc) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda parte tem empregado expressões como novos danos ou novos tipos de danos. A rigor, a alusão a “tipos” mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, já que a tendência mundial hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica – da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis. Justamente por essa razão, o arrolamento destes “novos danos” mostra-se tarefa das mais ingratas. Não sendo possível exauri-los, sua indicação tem como utilidade apenas a descrição ilustrativa da amplíssima expansão do dano ressarcível que vem chocando tribunais ao redor do mundo.³⁰⁸

Nesse sentido, Schreiber discorre que a importância não está na classificação do dano, mas, sim, se ele será objeto de reparação, e, nessa esteira, a doutrina italiana e brasileira convergem:

³⁰⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³⁰⁶ “O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.” Cf.: SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

³⁰⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 588.

³⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

Verifica-se, todavia, que, embora os caminhos seguidos tenham sido antagônicos, o momento atual, seja na experiência italiana, seja na brasileira, é significativamente semelhante, havendo uma genuína convergência destas experiências em torno de um problema único: o da seleção dos interesses merecedores de tutela. Assim, na Itália, afirma-se que “o verdadeiro problema em tema de danos à pessoa não é (ou não é mais) hoje aquele da classificação e da ‘resposta acobertadora’ a oferecer ao magmático aflorar de espécies sempre novas de prejuízos emergentes da praxe: é, ao contrário, aquele de selecionar e conter tais danos, no escopo de não desperdiçar em um interminável acúmulo de *trivial actions* a tutela ressarcitória da pessoa humana, que deve, isto sim, concentrar-se em assegurar plena satisfação às pretensões legítimas de sujeitos seriamente lesados em interesses privilegiados pela escala de valores delineada pelo sistema.” E no Brasil não é diversa a conclusão a que tem chegado a melhor doutrina, ressaltando que a “violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um interesse não patrimonial) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação”.³⁰⁹

Outro aspecto que não interfere na reparabilidade do dano, segundo Noronha, é o fato do dano ser considerado direto ou indireto, sendo indireto “aquele em que o fato, não tendo provocado ele mesmo o dano, ‘desencadeia outra condição que diretamente o suscite’”³¹⁰. Tais danos podem originar um prejuízo específico chamado de dano por ricochete ou dano reflexo, o qual atinge terceiros (vítimas mediatas) relacionados à vítima imediata do fato lesivo³¹¹.

Os bens jurídicos atingidos do nascituro, no caso em comento, podem ser tanto a sua saúde quanto a sua vida. Quanto a outras potenciais vítimas, atingidas indiretamente, existem vários casos que podem ser pensados em relação à integridade psicológica, principalmente com relação ao pai (se, e.g., ele tiver a fertilidade comprometida e vier a perder o filho que esperava), mas também em relação a irmãos mais velhos (pode-se pensar em um caso em que o pai em comum já é falecido e perdeu a chance de ter um irmão de mesmo pai e mesma mãe).

Assim, todos esses danos, sejam diretos ou indiretos, inclusive os danos por ricochete, devem ser reparados. O que é necessário é que todos sejam certos e ainda que preencham o requisito do nexo de causalidade³¹².

Ainda resta um aspecto dos danos a considerar, a atualidade ou não desses prejuízos a serem analisados. Ou seja, se são danos presentes, ou atuais (ou pretérito); ou se são danos

³⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118-119.

³¹⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 602.

³¹¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603.

³¹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603.

futuros – aqueles que só ocorrerão depois do fato lesivo, embora ainda como decorrência dele. “E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato antijurídico lesivo que está sendo considerado” ³¹³. No caso, “se não for feita prova suficiente de qualquer um desses dois pressupostos [nexo de causalidade e do próprio], o dano futuro não atingirá o grau de verossimilhança necessário para ser admitido como dano certo” ³¹⁴.

Segundo Noronha, quando se trata de determinar quais são os danos que devem ser reparados, deve-se partir do exame da norma jurídica que foi violada. A finalidade dessa norma esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados e quais são as pessoas que a norma deve proteger. Assim, devem-se conceder indenizações quando entre a extensão da sanção e a proteção da norma jurídica tiver a coerência teleológica necessária ³¹⁵. A necessidade da verificação deste pressuposto do âmbito de proteção da norma violada justifica-se diante da insuficiência das explicações causais na delimitação dos danos indenizáveis ³¹⁶.

E após essa exposição para iniciar a análise do tema proposto da perspectiva da reparabilidade dos possíveis danos, faz-se necessário, então, percorrer todo o caminho traçado pelos citados autores, dois deles expoentes do direito civil-constitucional em matéria de responsabilidade civil, Schreiber e Bodin de Moraes, e um deles, Noronha, que, apesar do caráter muitas vezes tradicional, ou simplesmente não civil-constitucional, com que trata os conceitos aqui relacionados, auxilia na compreensão da parte civilística atual que este trabalho também requer. Primeiramente, cumpre relembrar as informações dignas de destaque sobre o que a ciência médica traz como consequências do tabagismo na gestação.

Os primeiros fatos científicos a serem evidenciados, e cujo detalhamento e fontes encontram-se no segundo capítulo desse trabalho, são que a nicotina é uma substância que atravessa a barreira placentária com facilidade e suas concentrações na circulação sanguínea do feto, no líquido amniótico e na placenta são 15% superiores às observadas na circulação materna e que tabaco e gestação, desde os anos 50, tem a comprovada associação com nascimentos prematuros e de bebês de baixo peso ao nascer. Tais informações são corroboradas com a observação de que o consumo de tabaco implica desde o primeiro trimestre da gestação na duplicação das chances de bebês nascerem com baixo peso e, ainda,

³¹³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603.

³¹⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 605.

³¹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643-644.

³¹⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 641.

com números comprovados de que cada cigarro consumido diariamente reduz aproximadamente 0,2% do peso ao nascer.

Os fatos destacados, além de poderem basear o começo de um nexo de causalidade, mais à frente discutido, levam às demais consequências diretamente associadas à prematuridade de baixo peso ao nascer. E tais desdobramentos, não é excesso de palavras trazer novamente ao leitor, são mortalidade e morbidade neonatais e morte infantil em crianças menores de cinco anos. Os números ficam em 75% das mortes no período perinatal (entre a vigésima segunda semana da gestação até o sétimo dia de vida), 50% das anormalidades neurológicas e as principais causas preveníveis de cegueira permanente desde a infância (Retinopatia da Prematuridade traz 10% de chance de cegueira). Além disso, pré-terms de muito baixo peso, comparados aos nascidos a termo, apresentam pior desempenho motor na idade escolar.

Diante desses números a avaliação da certeza desses danos fica ao critério do julgador no quesito da qualidade do dano. Em um exame preliminar, é possível dizer que informações retiradas de estudos científicos com resultados significativos não são meramente hipotéticos e, portanto, tem-se aí a certeza necessária, sejam eles danos presentes ou futuros. No entanto, mister enfatizar que, enquanto alguns prejuízos são mais facilmente verificáveis como a morte do nascituro, neonato ou criança, e a cegueira; outros como o desempenho motor escolar comprometido ou a ocorrência de Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade aos 8 anos – observada no estudo francês de 2015 – deixam margens para a dúvida quanto à existência de prova suficiente, requerendo diagnósticos médicos de maior complexidade, o que não significa a impossibilidade de assim o serem tomados.

Passada a perscrutação da certeza, a antijuridicidade ou injustiça é próximo requisito que pode ser combinado em análise com o terceiro elemento, que é o bem juridicamente tutelável ser atingido. Não é surpresa dizer que a antijuridicidade ou injustiça encontra-se no comprometimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) em algum grau, dependendo do dano a que se refere o caso concreto, e, consequentemente da personalidade. Já o bem jurídico tutelado refere-se justamente à violação do subprincípio da integridade psicofísica (art. 17, L. 8.069/1990), variando entre o bem da saúde (art. 6º, CF), o que lembra também os conceitos de dano biológico e dano existencial da doutrina italiana, e o bem da vida (art. 5º, caput, CF).

Com relação à hipótese de Barker e colaboradores, sobre o novo *programming* fetal após o consumo de tabaco durante a gestação, pela própria natureza de hipótese, a certeza dos danos subsequentes como o aumento das chances de desenvolvimento precoce de doenças

coronarianas, cardíacas e diabetes ainda não pode ser arguida juridicamente para efeitos de reparação civil.

5.2 O nexo de causalidade

Noronha escreve que, em termos lógicos, a apuração do nexo de causalidade precede o juízo de imputação³¹⁷. Por isso, após a imprescindível revisão da parte danosa, passa-se falar sobre o fato que contribuiu para provocá-la, ou para agravar os seus efeitos³¹⁸. Essa é a noção básica e geral de causa que abarca tanto as causas quanto as condições do prejuízo sofrido. Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Para diferenciá-las, as teorias da causalidade procuram saber, dentre todos os fatores, aqueles sem os quais um determinado dano não teria ocorrido.

Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado³¹⁹.

Sobre as teorias da causalidade, no direito de raízes romano-germânicas³²⁰ as que se destacam são três: a teoria da equivalência de condições, a da causalidade necessária e a da causalidade adequada. De acordo com Noronha, as duas primeiras não são satisfatórias e, portanto, o autor adota a teoria da causalidade adequada³²¹.

A teoria da equivalência das condições, já no próprio nome sugere a característica de que considera todas as condições que levaram à consequência como causas. No direito penal essa teoria se encaixa pela utilização do princípio da tipicidade, o limite das causas puníveis está no próprio tipo penal. No âmbito da responsabilidade civil, na esfera dos atos ilícitos

³¹⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 663.

³¹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 611.

³¹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 613.

³²⁰ Nos países de common law é frequente a referência a duas teorias: a da causa próxima e a da causa eficiente. Sobretudo à da causa próxima, atualmente elas aparecem em termos desfigurados. Existe mesmo uma tendência para identificar a causa próxima com a causa eficiente. Em conhecido tratado de responsabilidade civil do norte-americano T. Cooley, diz-se mesmo que “por causa próxima de um dano entende-se a causa eficiente – o ato ou omissão que põe em movimento a cadeia de eventos que, acontecendo em sequência natural, não quebrada por nenhuma força nova e interveniente, resulta no dano considerado”. Alguns adeptos da teoria da causa próxima (aquela que conhece mais sucesso) consideram responsável quem teve *the last clear chance* de evitar o dano, mas a formulação prevalecente, sintetizada em decisão da Casa dos Lordes inglesa, no caso *the Heron II*, 1969, que considera não haver *remoteness of damage* quando se possa dizer que havia um *real danger*, ou uma *serious possibility* de que o dano ocorresse, ou quando se possa afirmar deste que era *not unlikely to occur*. Como sabido, os julgados da Casa dos Lordes constituem precedentes obrigatórios para os demais tribunais. Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 622-623.

³²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 614.

(responsabilidade civil subjetiva) seria possível filtrar, dentre todos os fatos verificados, aqueles pelos quais se pudesse dizer que o agente é culpado. Ou seja, através da apuração da culpa descobrir-se-ão os danos indenizáveis que não teriam ocorrido sem esse nexo de imputabilidade. Todavia, Noronha descarta essa teoria por ser de difícil aplicação e por poder chegar a um número absurdo de causas interligadas umas às outras³²².

O autor ainda utiliza como argumento o art. 403, CC, que versa sobre a responsabilidade derivada do inadimplemento de negócios jurídicos. O dispositivo é o único do Código onde se tentou regular a matéria da causalidade e sua redação exclui a possibilidade da teoria da equivalência de condições ser aplicada na responsabilidade civil brasileira³²³. O texto desta normativa diz que mesmo quando tiver havido uma atuação dolosa, não são indenizáveis todos os prejuízos efetivos, nem todos os lucros cessantes, mas apenas aqueles que possam ser considerados efeito direto e imediato do inadimplemento da obrigação. A fonte desse preceito foi o art. 1.151 do CC francês, que é de 1804. Todavia até hoje não se conseguiu explicar em termos satisfatórios, juridicamente razoáveis, quais serão esses danos que devem ser considerados efeito direto e imediato³²⁴.

Aliás, segundo Noronha, mesmo a ideia vaga que se pode ter de efeito direto e imediato não consegue abarcar todas as consequências do fato lesivo que merecem ser indenizadas³²⁵. Noronha dá exemplo de um profissional que tem um veículo necessário para o seu trabalho o qual é danificado num acidente, o aluguel de outro veículo não é efeito direto e imediato do acidente, mas é indubitável a necessidade de ser incluído entre os danos suscetíveis de ressarcimento³²⁶.

Já a teoria da causa necessária caracteriza-se por defender que o nexo de causalidade consistiria numa relação necessária entre o fato gerador e o evento danoso. É teoria que recebeu uma formulação acabada no século XIX³²⁷. Todavia, Noronha descarta essa posição, mesmo que entendida nos termos amplos propostos por Agostinho Alvim³²⁸ – que defende causalidade para o dano direto e imediato (certo, atual e subsistente) sempre e o dano indireto apenas quando não houver concausa sucessiva – por entender que ela continua restringindo demais a obrigação de indenizar. No caso, exigir que um fato seja condição não só necessária

³²² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 616.

³²³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 619.

³²⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 620.

³²⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 621.

³²⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 621-622.

³²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 623.

³²⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1972. p. 170.

como também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerado sua causa, lhe parece excessivo³²⁹.

A terceira, teoria da causalidade adequada, parte da normalidade dos acontecimentos da vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o desenvolvimento comum das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano; as demais condições seriam circunstâncias não causais. A adequação, “esta existirá quando se puder dizer que o dano verificado é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa”³³⁰. É esta posição que Noronha toma ao dizer que “os danos suscetíveis de reparação são sempre, e apenas, aqueles que sejam previsíveis”³³¹.

Para determinar o que seria essa previsibilidade do fato, a teoria volta-se para o que chama de prognose retrospectiva. “É prognose, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua consequência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu”³³². Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada. Nessa prognose retrospectiva, só se consideram os efeitos abstratos que, a partir do fato em causa, possam ser tidos como previsíveis. Se os efeitos concretos, efetivamente verificados, estiverem em conformidade com tais efeitos abstratos, existirá nexo de causalidade. Noronha ainda aponta duas correntes desta teoria, uma positiva e uma negativa:

Segundo os adeptos da formulação positiva, que se deve a Träger, um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior, quando favoreça a produção deste. Como escreve Antunes Varela, nesta formulação “o fato será causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, quando verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como efeito provável dessa verificação”. [...] Para os partidários da formulação negativa, que é detectável em Rumelin, mas que foi delineada por Enneccerus (primeira metade do século XX) e que é a orientação prevalecente (Varela, há pouco referido, também a sustenta), causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias. [...] Larenz, embora sem se referir

³²⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 624.

³³⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 627.

³³¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 610.

³³² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 627-628.

expressamente a nenhuma das duas formulações, propõe uma solução para o problema da causalidade em termos que podem ser adotados como paradigma e que se enquadram na formulação negativa.³³³

Mister enfatizar que é possível haver adequação abstrata entre um fato e o dano e, apesar disso, não haver causalidade entre eles³³⁴. Dessa forma, o fato de que uma janela foi deixada aberta e sem proteção em um apartamento com criança pequena, mas de algum modo a criança caiu atravessando o vidro de uma janela fechada e com tela, não se pode arguir que o fato de alguém ter deixado uma janela aberta foi a causa desse acidente.

Assim, para Noronha, diante de um dano indenizável poder-se-á suceder 3 opções:

O âmbito ou função de proteção de uma dada norma poderá justificar uma de três soluções: primeiro, e essa é a hipótese normal, a obrigação de reparar todos os danos que possam ser considerados como consequência adequada do fato imputado ao responsável; segundo, a obrigação de reparar somente uma parte desses danos; terceiro, a obrigação de reparar mesmo danos que não possam ser considerados consequência adequada de fatos praticados pelo responsável. A terceira solução será exclusivamente para hipóteses excepcionalíssimas que constituem a responsabilidade objetiva agravada.³³⁵

Vê-se que somente nas situações de responsabilidade objetiva agravada é que o nexo de causalidade não é necessário. Dessa forma, se obriga uma pessoa a responder por danos não causados por ela, nem por pessoas e coisas ligadas a ela. Contudo exige-se “uma estreita conexão com uma determinada atividade, de forma que seja possível falar em risco inerente, característico ou típico desta”³³⁶.

Por falar em falta do nexo de causalidade, não se pode esquecer de suas excludentes: o fato de terceiro, o fato do lesado e o caso fortuito ou de força maior em sentido estrito. Tais são as três categorias que minam a ligação entre o dano e o fato gerador e, que, por isso, em princípio, também são eximentes da responsabilidade civil. O fato de terceiro é o fato antijurídico praticado por alguém que não seja nem o lesado nem a pessoa cujo nexo de imputabilidade apontaria a responsabilidade pela reparação³³⁷.

Entretanto, se esse fato de terceiro for provocado por aquele que seria responsabilizado, então não estaria excluída a causalidade. O mesmo vale para as outras excludentes, será sempre necessário que não exista uma relação de causalidade adequada

³³³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628-630.

³³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 629.

³³⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643-644.

³³⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 612.

³³⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 649.

entre o fato do indigitado responsável e esse fato excludente. Caso contrário, este suspeito permanecerá obrigado a reparar o prejuízo³³⁸.

Seja fato do terceiro, ou do lesado, ou até força maior, todos esses devem ser sozinhos os causadores do dano³³⁹. E no caso da força maior, o seu conceito encontra-se versado no art. 393, CC, e sua ideia *lato sensu* traduz as características de inevitabilidade, externidade, irresistibilidade e, em sua maioria, imprevisibilidade³⁴⁰.

Apesar dessas características, Noronha defende que não é teoricamente correto a associação dessa excludente de causalidade com o nexo de imputação. Ressalva, porém, que a tradição não abre mão de dizer que uma vez configurada a força maior, não haverá espaço para a culpa, pensamento este que se reflete mesmo nas obras contemporâneas³⁴¹.

Além dessas considerações, faz-se pertinente lembrar que um dano pode ser multicausal. Sendo assim, há uma análise diferenciada para cada possibilidade de relação que exista entre as diversas concausas, cujo cunho poderá ser concorrente, cumulativo ou alternativo.

“Temos causalidade concorrente propriamente dita quando há dois ou mais fatos independentes, nenhum com potencialidade para causar o dano verificado, ou todo este, mas que somados acabam causando-o”³⁴². A independência é determinada pela falta de adequação na ligação entre elas.

Além disso, “temos causalidade cumulativa, ou acumulativa, quando cada um dos vários responsáveis agiu independentemente e causou (em termos de causalidade adequada) uma parte delimitada do dano total”³⁴³. A fim de que o conceito seja ilustrado, dá-se o exemplo de dois atiradores que não se conhecem e que atiram em uma mesma pessoa, mas uma bala se aloja no ombro da vítima, e a outra bala se aloja no cérebro. A bala do ombro não gera maiores consequências a longo termo para a vítima, que sobrevive, mas a bala no cérebro causa danos motores irreversíveis. Cada atirador responderá de forma distinta e na proporção e extensão do seu dano.

A relação derradeira é a causalidade alternativa que se configura “quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador”³⁴⁴. É o típico caso de uma briga entre várias pessoas que

³³⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 651.

³³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 652.

³⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 652-662.

³⁴¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 666.

³⁴² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 678.

³⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 680.

³⁴⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 681.

resulta em várias lesões nos participantes e não se pode determinar qual a participação de cada um nesses prejuízos. Nesse caso, todos responderão solidariamente pela reparação, segundo o art. 942, CC.

E por falar em dúvida, Noronha ainda menciona causalidade interrompida, não como concausalidade, mas uma interação entre duas causas, em que uma adianta a consequência que a outra, ocorrida anteriormente, tinha a potencialidade para chegar sozinha. Essa causa anterior é chamada de virtual e o autor nega a ela tanto relevância negativa, ou seja, que ela seja utilizada como argumento para o autor da causa real se livrar de sua responsabilidade, quanto relevância positiva no sentido de, mesmo interrompido, o nexo causal ser ainda reconhecido pelo fato de que a consequência teria ocorrido de qualquer maneira. “A causa virtual, portanto, não tem relevância, nem positiva (quando analisamos a questão do ângulo da causalidade interrompida), nem negativa (quando consideramos a causalidade antecipada)”

³⁴⁵.

Já diante das considerações sobre dano e nexo causal, Noronha consegue dar duas vias de defesa para o possível responsável:

O responsável indigitado para se livrar da obrigação de indenizar, terá de demonstrar que, apesar da adequação entre o fato e o dano, tem a seu favor uma de duas hipóteses: ou que o dano não cabia no âmbito de proteção da norma que esteja em causa [...] ou que, apesar da adequação, ele aconteceu efetivamente devido a um fato novo e independente, que sozinho foi sua causa e, por isso, excludente da anterior relação de causalidade³⁴⁶.

Às vezes é a própria finalidade social dos direitos que justifica certas limitações à obrigação de indenizar³⁴⁷. Como já mencionado na introdução deste capítulo, a família e a saúde das suas relações é objeto de proteção do nosso ordenamento, e um caso de responsabilidade civil que monetariza a relação entre mãe e filho pode ser vista como uma ameaça a esse mesmo valor protegido, sendo um dos argumentos que afastam a responsabilidade da gestante por algum dano causado ao filho durante a gestação.

Ainda e mais especificamente sobre o tema abordado neste trabalho, percebe-se que as doutrinas da causalidade necessária segundo Agostinho Alvim e da causalidade adequada é que são aplicáveis segundo doutrina e jurisprudência brasileiras³⁴⁸.

³⁴⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 689-690.

³⁴⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 639.

³⁴⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 646.

³⁴⁸ Exemplos de jurisprudência que cita as duas como aplicáveis: RE 88407 / RJ, Relator(a): Min. Thompson Flores, DJ 07/08/1980; RESP Nº 719.738 – RS, Relator(a) Ministro Teori Albino Zavascki, Data do

Segundo a teoria da causalidade necessária, a chave da questão é que, em regra, danos indiretos não são indenizáveis, fato que pode colocar em dúvida se os danos advindos da consequência de partos prematuros de baixo peso, derivada da nicotina que se insere na placenta e no feto, não seriam qualificados de indiretos, por serem precedidos pela condição intermediária do parto prematuro de baixo peso. Além disso, outras consequências como o comprometimento motor e a incidência de TDAH aos 8 anos de idade, podem ser descartadas por serem futuras, já que Agostinho Alvim exige a atualidade do dano, para que este possa ser agraciado com nexo de causalidade e seja, portanto, indenizável.

Já quanto à teoria da causalidade adequada, ela tem maiores chances de ser a favor da incidência desse nexo no recorte analisado, por considerar adequação como um fato previsível abstratamente tomado, e a previsibilidade é característica que se pode conferir a danos apontados por estudos médicos repetidamente significativos como sendo advindos da prática do tabagismo durante a gestação. Além disso, defensor dessa teoria, Noronha, também abre espaço para a indenização de um dano multicausado, na falta de adequação entre duas causas concorrentes. Somente não haverá como aplicar causalidade nessa visão se o tabagismo for considerado causa virtual, e o parto prematuro e de baixo peso ocorrer pelo advento de doença que enseje sua ocorrência, como infecção urinária e vaginose bacteriana³⁴⁹.

A respeito das excludentes de causalidade, óbvia é a não aplicação do fato do lesado, pois sendo o lesado o nascituro, ele não possui condições de agir de forma a instigar ou forçar aquela que o gesta a fumar. Também não se vislumbra nenhum caso fortuito ou força maior que possa obrigar a gestante à mesma ação. Resta o fato de terceiro, que, esse sim, pode-se pensar na sua aplicação ao voltar a imputabilidade tanto para o médico responsável pelo atendimento da gestante, quanto para a indústria tabagista³⁵⁰. Em curtas palavras, pois manifestar-se-á mais sobre essas questões oportunamente, o médico poderá ter negligentemente informado à paciente que basta a diminuição da quantidade de cigarros para que a gestação não fosse comprometida, sem a recomendação inicial de parar de imediato, fazendo com que a gestante perca a chance de escolher de forma acertada sobre a saúde do nascituro. Já a indústria de produtos fumígenos costuma ser constantemente demandada a

Julgamento 16/09/2008; e REsp 846455 / MS, Relator(a) Ministro Castro Filho, Data do Julgamento 10/03/2009.

³⁴⁹ OLIVEIRA, Cida de; VIEIRA, Maria Clara. **12 doenças perigosas para a gravidez**. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Saude/noticia/2016/02/11-doencas-perigosas-para-gravidez.html>>, Acesso em: 11 jan. 2017.

³⁵⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

reparar civilmente os prejuízos que seus produtos possam ter dado causa, sob a forma de responsabilidade civil objetiva.

5.3 A perda de uma chance

Ainda sobre o raciocínio entre danos e nexo de causalidade, resta dissertar sobre a peculiaridade de algumas situações anteriores a um determinado fato antijurídico, em que existiam para uma pessoa certas possibilidades de obter uma futura vantagem, ou de outro lado, evitar um prejuízo acontecido. Quando essas ocasiões são destruídas irremediavelmente pelo fato injusto, estes são casos em que é possível falar em perda de chances passíveis de indenização civil³⁵¹.

Nestes casos, o dano, para ser reparável, ainda terá de ser certo, o benefício futuro é aquele elemento que, nesses casos, é incerto. Esse prejuízo indubitável, com a frustração de uma vantagem futura possível (dano futuro) ou o revés da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente) contrapõe-se a um dano final que, este sim, é dano meramente hipotético, eventual, incerto³⁵².

Todos os casos de perda de chance têm como referência um momento anterior a partir do qual se projeta o que viria a acontecer se não fosse pelo fato causador da frustração, desencadeador da interrupção de processo favorável em curso, ou não interrupção de processo desfavorável³⁵³.

Desta feita e seguindo, pode-se falar não somente em dois tipos de perda de uma chance, mas pode-se subdividir a frustração de evitar um dano em duas categorias: a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação³⁵⁴.

Na qualidade de perda da chance de evitar um prejuízo, como na perda de chance clássica, também há de considerar um processo em curso, mas agora este culminou em dano e chegou ao seu final. A dúvida diante da imputação que se põe é saber se tal dano (dano presente) poderia e deveria ter sido evitado, isto é, “se o indigitado responsável poderia e deveria ter interrompido o processo danoso em curso”³⁵⁵.

³⁵¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 608.

³⁵² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698.

³⁵³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 695-696.

³⁵⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 699.

³⁵⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 701.

No caso do dano presente, necessário é “que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidades de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado”³⁵⁶.

A modalidade de perda de chance pela frustração de uma vantagem futura foi a primeira a despontar no sistema jurídico francês, ficando assim, conhecida como sendo a teoria clássica. A extensão dessa teoria tradicional a danos efetivamente acontecidos gerou acirrada controvérsia na França, dividindo a doutrina em posições antagônicas, uma a favor dessa extensão, a outra não.

Para a ala contrária, em sua maioria, o entendimento é que, se há dano, deve-se provar o nexo de causalidade, sob pena da incerteza do dano³⁵⁷. No caso, segundo esses opositores, isolar-se-ia uma condição intermediária em prol da indenização de algo que ocorreu devido a outras circunstâncias, fazendo com que essa extensão seja mera manobra intelectual para o arbítrio do magistrado indeciso³⁵⁸.

Para Noronha não seria adequado deixar tão restrita a aplicação da teoria da perda de uma chance. O autor não descarta a lógica de algumas críticas, mas se inteiramente aplicáveis derrubariam a própria teoria como um todo e isso ele não vê com bons olhos. A importância desse instrumento jurídico estaria na proteção da vítima diante da incerteza do nexo causal³⁵⁹.

A crítica da seleção de um fator intermediário como causa pode ser rebatida pelo fato de que tanto a causa primeira quanto a causa intermediária foram indispensáveis para a ocorrência do dano, sendo a soma das duas considerada como um completo nexo de causalidade. Ou seja, o fato intermediário não pode ter sido de todo indiferente ao dano acontecido, criando a sua séria possibilidade de ocorrência, preenchendo o requisito da causalidade que é a adequação³⁶⁰.

Sobre a extensão da reparação a ser concedida, é de se supor que o dano só pode consistir na perda da quantidade de chance que o lesado tinha, anteriormente ao fato antijurídico. Ou seja, não se indenizará como se o benefício esperado fosse certo. Além disso, existe a proporção da contribuição do fato injusto. “Assim, se a falha médica subtraiu dois

³⁵⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 706.

³⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 708.

³⁵⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 709.

³⁵⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 710.

³⁶⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 713.

terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado”³⁶¹.

O mesmo raciocínio proporcional serve para as concausalidades, ou causalidade concorrente, geradas nas situações de perda de chance. Nessas circunstâncias é adequado um cálculo das probabilidades de causação do dano de cada um dos fatos envolvidos. “A reparação deve corresponder à percentagem final: esse será o valor da chance subtraída ao lesado. Em suma, o valor do dano deverá ser repartido na proporção em que cada um dos fatos em alternativa concorreu para o dano final”³⁶².

Com relação à perda da chance por decisão equivocada tomada por falta de informação, ela é resolvida similarmente à de evitar um dano por fato alheio à vítima. A única diferença consiste em que, agora, a chance está com o próprio interessado, mas esse não foi suficientemente esclarecido para emitir sua vontade. No caso deste trabalho, podemos pensar na sua aplicação talvez na hora do aconselhamento da gestante, o médico a tranquiliza-la de seus hábitos tabagistas de forma contrária ao que recomenda os padrões de saúde.

Quanto à perda de chances, o assunto desta dissertação poder-se-ia encaixar-se na modalidade de evitar um prejuízo que já ocorreu, seja pela perda da chance da gestante de evitar o dano, quanto por uma decisão equivocada da parte dela por falta de suficiente ou adequada informação do médico. O que pode gerar dúvidas é que qualquer tipo de perda das chances deve ser precedida por um processo em curso que foi interrompido pelo fato antijurídico e essa interrupção deve ser mensurada em representação numérica de probabilidade, ou de ocorrência do benefício ou de escape ao prejuízo caso o dito fato não tivesse surgido.

O processo em curso, nesse caso, é a própria gestação, fenômeno que envolve inúmeras probabilidades inter-relacionadas e cuja escapatória aos prejuízos leva à consideração de vários poréns. Por exemplo, os danos relacionados ao desempenho motor e ao desenvolvimento de TDAH na criança, se considerados certos, para a dimensão da perda de chance, necessitar-se-ia do numerário especificado sobre a perda de potencialidade da capacidade motora na escola e da diferença entre as tendências ao desenvolvimento de TDAH com e sem o tabaco durante a gestação.

Por outro lado e apesar de revelar-se tarefa de difícil execução, os outros danos relacionados ao parto prematuro de baixo peso podem ter esses números especificados em estudos científicos, que levam à descoberta da porcentagem da participação da gestante no

³⁶¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 714.

³⁶² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 714.

que tange à consequência prejudicial analisada. A cegueira, *verbi gratia*, é associada a 10% dos pré-termos que desenvolvem Retinopatia da Prematuridade, já essa morbidade é associada a 100% dos nascidos com 23-25 semanas e o parto prematuro é adequadamente associado ao tabagismo na gravidez desde os anos 50. Se o caso concreto preenche tais condições, poder-se-ia argumentar que o fato do tabagismo estimular 10% de chances do desenvolvimento da perda da visão no neonato, já é algo a ser considerado injusto pela gravidade da consequência que incita.

Com relação à falta de informação dada pelo profissional da medicina à gestante, não é incomum algumas orientações fora das recomendações que o Ministério da Saúde indica³⁶³. A própria experiência do médico ou médica, pode levar a um afrouxamento da rigidez do conselho *standart* à gestante para parar imediatamente de fumar, e quanto mais cedo melhor. Acontece que essa é a conduta padrão justamente por existirem estudos que comprovam a relação direta entre diversos males ao nascituro e cada cigarro consumido, como é o caso do já citado número de 0,2% de redução do peso ao nascer a cada consumo finalizado do produto fumígeno.

5.4 O nexa de imputação

O nexa de imputação liga o responsável pela conduta danosa (o lesante) à vítima (o lesado). A vítima pode ser tanto aquela que sofreu dano direto quanto dano indireto, bastando que, para adquirir tal papel, ela tenha interesse jurídico. E importante ressaltar que “interesse é a relação que liga uma pessoa aos bens, a qual pode estar ligada a objetivos econômicos [...], mas pode também ser de natureza ideal; num caso ou no outro, é preciso que o interesse seja considerado legítimo [...]”³⁶⁴.

Conforme tradição do direito romano e suas máximas latinas, se *res perit domino*, então *casum sentit dominus* (se a coisa perece para o dono, o dono suporta o risco). Portanto, segundo esse valor, *a priori* o dano resultante da perda de uma coisa é suportado pelo respectivo dono. E não apenas na tradição romano-germânica essa ideia se consolidou: *the loss lies where it falls*, dizem os ingleses³⁶⁵. Neste caso, o dono, ou a vítima, só não arcará com o prejuízo quando tiver uma razão jurídica que possibilite a responsabilização de outra

³⁶³ SBPT, Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. **Diretrizes para cessação do tabagismo 2008**. Disponível em <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=817>, acesso em 17 jan; 2017.

³⁶⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 579-580.

³⁶⁵ BURROWS, Andrew. **The law of restitution**. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

pessoa. É justamente diante dos requisitos que preenchem essa razão jurídica que surge a responsabilidade civil, isto é, a obrigação do lesante de reparar os danos sofridos por outrem³⁶⁶. A questão sobre quando responsabilizar outrem depende do peso que se der a dois princípios ético-jurídicos, o princípio da culpa e o do risco. Esses princípios são, alternativamente, a ligação entre os responsáveis e o dano que lhes é indicado, ou seja, são os fundamentos do nexo de imputação. Se não houver tal ligação (quer ele seja a culpa do agente, quer seja o risco da sua atividade), não surgirá obrigação de indenizar³⁶⁷.

Em manuais jurídicos costuma-se conferir ao princípio da culpa dois sentidos, um *lato sensu* e um *strictu sensu*. O sentido lato engloba tanto a sua noção estrita quanto a ideia de dolo. A conduta dolosa pressupõe a vontade do lesante de causar o dano e a culpa, em sentido estrito, pressupõe falta de cuidado (negligência, imprudência e imperícia). Segundo Caio Mário³⁶⁸, culpa em sentido estrito é “erro de conduta cometido por agente que, contra direito, causa dano a outrem, sem intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”.

Entretanto, a palavra culpa pode significar mais do que essas definições básicas, em verdade, até seis maneiras de entendê-la: 1 – Direito romano clássico: culpa é toda violação do direito alheio, cometida *sine jure* ou *contra jure*. É a injúria; 2 – Direito romano justinianeu: atividade voluntária ou moralmente imputável, com ou sem intenção de lesar, mas com prejuízo de outrem ou de si mesmo; 3 – sentido restrito: sem propósito de lesar (falta de diligência ou negligência); 4 – sentido especial (culpa contratual): conduta contrária ao cumprimento de uma obrigação. (A mais consagrada em todos os países)³⁶⁹; 5 – concepção objetiva ou normativa: dispensa a perquirição de graduação de culpa; e 6 – concepção psicológica: considera graduação de culpabilidade com função penalizadora.

Diante dessa variedade de definições, parece impossível sistematizar uma definição geral. Sabe-se que quando alguém é considerado culpado, esta pessoa não agiu como deveria agir. Mas todas as circunstâncias a serem consideradas relevantes variam segundo as matérias e, mesmo em um assunto determinado, segundo os tempos. Ou seja, transformam-se sincronicamente e diacronicamente. Uma mudança nos fatos, nas leis, nas concepções morais

³⁶⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 456.

³⁶⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459.

³⁶⁸ SILVA, Caio Mário. (resp civil, 9ª ed., p. 69, Forense).

³⁶⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121-148.

ou sociais conduzirá os tribunais a considerar como culposos o ato que anteriormente era visto como tal, e inversamente³⁷⁰.

Apesar dessa dificuldade material e temporal, ainda pode-se falar na classificação da culpa em dois sentidos para fins de simplificação nesta dissertação: 1 – culpa como violação de um dever legal ou contratual pré-existente (violação de direito alheio); e 2 – culpa como erro de conduta (foco no agente). Com relação ao primeiro grupo, a violação de direito alheio: a) se decorre de contrato ela é contratual, ou negocial, segundo Noronha. b) se decorre do sistema legal, os termos usualmente utilizados são extracontratual ou aquiliana, não se esquecendo da nomenclatura “responsabilidade *stricto sensu*” de Noronha. Esta última decorre dos preceitos clássicos *Neminem Laedere* (não lesar a ninguém) ou *Alterum non Laedere* (não causar dano a outrem)³⁷¹. Já o segundo sentido pressupõe analisar mais detalhadamente o sujeito indigitado responsável, com tendências a uma finalidade punitiva da reparação.

Em questão de definição do que poderia ser considerado um ato culposos no segundo sentido, existe a posição que prega a análise de uma culpa psicológica ou subjetiva, ou seja, considera a vontade livre e consciente como premissa e a previsibilidade do resultado danoso como a violação de dever preexistente³⁷².

Já o primeiro grupo pende para a posição da culpa normativa, ou seja, o estabelecimento de um modelo de conduta média, que, de acordo com a normalidade do ambiente em que se insere a situação, se possa avaliar objetivamente a ação do indigitado responsável³⁷³.

A culpa psicológica é refletida na doutrina do tradicional jurista francês Planiol, sobre a qual os irmãos Mazeau, que também se tornaram clássicos, tecem a seguinte crítica: quanto à culpa aquiliana há falta de precisão na definição, e, por isso, faz-se necessário o padrão objetivo de conduta: o Homem Prudente. Além desse padrão dos irmãos franceses, existe a clássica noção do *bonus pater familias* do direito romano e o Homem Médio, da culpa normativa, no qual “o tipo de comparação deve ser colocado nas mesmas circunstâncias que o

³⁷⁰ Planiol, Ripert e Esmein (Traité pratique de droit civil français, tomo VI, parte primeira, Paris, LGDJ, 1930, P. 660) *apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁷¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75-82.

³⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009., p. 210-211.

³⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 211-212.

autor do dano” (ex. se é um professor, deve ser colocado em comparação com outros professores)³⁷⁴.

A análise da conduta do agente pode ser em abstrato ou em concreto³⁷⁵ (*diligentia quam in rebus suis adhibere solet*), esta última encontrada no § 277, BGB (Bürgerlichen Gesetzbuchs). A análise em abstrato tende a ser mais objetiva e baseada em um padrão sólido enquanto a análise em concreto pressupõe um olhar mais atento à subjetividade. Deve-se ter em mente que a apreciação abstrata não se refere a um tipo único padronizado. As circunstâncias ainda contam, mas a sua consideração não se constitui em apreciação concreta, senão uma construção do espírito baseada nos fatos reais mais especificados (subjetivação do padrão de conduta). É a análise *in abstracto* que para Pontes de Miranda constitui a regra do ordenamento brasileiro³⁷⁶.

A análise que valoriza predominantemente a visão *in concreto* da culpa refere-se adequadamente à individualização da pena no direito criminal. Com a função punitiva em destaque, o *jus puniendi* estatal está, segundo Schreiber³⁷⁷, como que diametralmente oposto à *ratio legis* da responsabilidade civil. No entanto, há trabalhos recentes³⁷⁸ que discordam desse pensamento e que defendem a minuciosa atenção à conduta ilícita, para que ela não deva ser repetida e nem incentivada.

Noronha partilha que se a finalidade reparatória, ressarcitória, ou indenizatória é o principal dos objetivos da responsabilidade civil, essa matéria ainda desempenha outras importantes funções, que são uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasora)³⁷⁹.

Sobre a função reparatória, ou ainda, compensatória, ela faz parte apenas de uma parcela dos critérios atualmente adotados para avaliação do dano que têm sido reiterados em acórdãos do STJ, a maioria com base em precedentes relatados pelo ex-ministro Sálvio de

³⁷⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75-82.

³⁷⁵ DE LA BATIE, Noël Dejean: *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit Civil Français*, Paris, LGDJ, 1965. Crítica - Pirovano, Antoine: *Faute civile et faute pénale*. Paris : LGDJ, 1966. p. 134/135 a Bettremieux -> essa historíque et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. *apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t. 22. São Paulo: Bookseller, 2003. p. 50.

³⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁷⁸ E.g. LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

³⁷⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 460.

Figueiredo Teixeira³⁸⁰. A primeira parcela da indenização deve, como já dito, compensar a vítima através da indenização pelos danos sofridos. A outra parcela, ao considerar as condições econômicas das partes, assim como o grau de culpa do ofensor, é estabelecida sob um outro requisito que estende o valor indenizatório, desta vez visando punir o ofensor ou, desestimulá-lo, a repetir o ato danoso. É a chamada função punitiva, que alguns chamam de preventiva, pedagógica ou exemplar³⁸¹.

Contra essa parte punitiva, Bodin de Moraes reflete:

Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição – no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado.³⁸²

Por essa posição é que Bodin se volta à dignidade da pessoa humana como valor guia da ponderação das posições antagônicas e que cunha, a partir desse raciocínio, uma indenização que confira unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas³⁸³. E, ainda, Bodin de Moraes não descarta apenas a punição como requisito de valoração da indenização, mas também critica a alegada função preventiva:

Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando esta última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros, e não para retribuir danos passados – característica própria de juízo. Ocorre que, mediante tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa possa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade, justamente por ser de difícil repetição; de outro lado, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação maior. Este parece ser o problema principal da justiça/ injustiça das sentenças exemplares e dos chamados “bodes expiatórios”.³⁸⁴

³⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 31. Cf. exemplos: AgInt no AREsp 588316 / RJ, Relator(a) Ministro MARCO BUZZI, 01/12/2016, AgRg no AREsp 662068 / RJ 2015/0030341-2 Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO (1143), 19/05/2015, RESP 259.816/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27/11/2000,

³⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 31-32.

³⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55.

³⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 75.

³⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 262.

Ainda nas posições contrárias à função punitiva, Pontes de Miranda³⁸⁵ é um clássico que se encaixa neste grupo, pois, segundo ele, a culpa relevante da vítima para eximir a responsabilidade do lesante não é argumento suficiente para que a culpa do lesante seja valorizada a tal ponto que deva ser considerado o propósito de sancioná-lo, puni-lo. O fundamento da responsabilidade, segundo o civilista, se encontra na melhor reparação do dano, na restituição da vítima, afastando qualquer cunho vingativo. Além disso, Bodin de Moraes lembra que nem sempre o responsável é o culpado, e nem sempre o culpado será responsabilizado, ele pode ter se valido de um seguro³⁸⁶, por exemplo³⁸⁷.

No entanto, o descarte da punibilidade da indenização não é total na visão de Bodin de Moraes. Para ela:

é de admitir-se, [...], como exceção, uma figura de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada³⁸⁸.

A autora coloca como exceção essa possibilidade, pois defende que houve mudanças na tradicional função retributiva ou ressarcitória pela incidência da perspectiva solidarista, que “mostra-se muito mais condizente não apenas com os contornos da responsabilidade civil objetiva, mas também com os renovados fundamentos da responsabilidade civil subjetiva”³⁸⁹.

No mesmo sentido, Schreiber dá destaque à necessária solidarização da reparação dos danos, ao invés da introdução dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro:

Neste cenário, a defesa da reparação punitiva nos ordenamentos de *civil law* parece mesmo inadequada, não apenas pelos resultados negativos que a experiência tem produzido nos Estados Unidos, ou pela já mencionada incompatibilidade com conceitos basilares da tradição romano-germânica,

³⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **tratado de direito civil**. t. 22, 53 e 54. São Paulo: Borsoi, 1968. p. 183.

³⁸⁶ “Mais recentemente, ao consolidar-se a alteração funcional da responsabilidade civil, com um progressivo abandono do escopo repressivo da conduta culposa em favor da proteção à pessoa lesada, eliminaram-se os obstáculos ideológicos que impediam a transferência do ônus econômico da reparação a um terceiro inocente. Tem contado, nesta esteira, com ampla difusão o chamado seguro de responsabilidade civil, por meio do qual o segurado contrata a assunção – econômica ou, em alguns ordenamentos, até mesmo jurídica – pelo segurador das obrigações derivadas da sua eventual responsabilização no exercício de certa atividade”. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 230-231.

³⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 262.

³⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 263.

³⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 326.

mas sobretudo por situar-se na contramão da evolução mais recente da responsabilidade civil. Como já se viu, o avanço da responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade. Os *punitive damages* são a essência da orientação contrária – fundam-se, inteiramente, no grau de culpabilidade do agente e radicam-se fundo na ideia de reprovação moral e castigo exemplar do ofensor. Opõem-se, desta forma, a toda a marcha que a responsabilidade civil vem desenvolvendo nos dois últimos séculos. Por isso mesmo, parecem carecer de lugar no cenário que se anuncia: o da solidarização da reparação dos danos. [...] A transferência do foco da responsabilidade civil em direção ao dano, com a relativa perda de importância da culpa e do nexo causal na filtragem das demandas indenizatórias, denota, como já repetidamente enfatizado, um afastamento do paradigma de imputabilidade moral em favor de um sistema de reparação capaz de efetivamente proteger as vítimas dos comportamentos – *rectius*: dos fatos – lesivos. A ideia de solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos danos), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)³⁹⁰.

Nessa esteira, Schreiber enfatiza que a solidarização não significa uma completa reviravolta nos conceitos tradicionais do direito civil da responsabilidade, e sim uma modificação interna, que venha a substituir uma responsabilidade individual por uma responsabilidade social. Trata-se, portanto de uma almejada readequação da estrutura da responsabilidade civil aos valores sociais³⁹¹.

Essa forma de pensar reflete-se na diminuição da importância da ilicitude da conduta para a aferição do dano. Para melhor compreensão, tem-se que o fato de a conduta ser ou não proibida pelo ordenamento jurídico interfere sim na análise concreta da responsabilização como um todo. Entretanto, isto não significa que a ilicitude seja um fator de verificação do dano e, muito menos, que seja um fator relevante nas hipóteses em que o dano exige ponderação. Para a análise do prejuízo indenizável, a antijuridicidade da conduta somente tem importância quando se observa prévio estabelecimento legislativo de uma relação de prevalência entre o interesse lesivo e o interesse lesado. Assim Schreiber o descreve:

Em nenhum momento, mostra-se relevante para a aferição do dano saber se o agente poderia ou deveria ter se comportado de uma ou de outra maneira. A culpabilidade não ingressa no juízo de verificação do dano. Para tanto, importa somente, verificar se a conduta é objetivamente antijurídica – ou seja, coibida pela ordem jurídica por ser contrária a um dever normativo de comportamento –, a fim de se descartar o merecimento abstrato de tutela do

³⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 217 e 225.

³⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235.

interesse representado pela conduta, e consequentemente, qualquer necessidade de ponderação entre interesses igualmente tutelados³⁹².

Contudo e inicialmente em oposição à Bodin de Moraes, Schreiber não descarta de imediato a importância da noção de prevenção e precaução para a matéria da responsabilidade civil, mas a concebe como um auxílio exterior e anterior à matéria, que antecipa os cuidados contra a injustiça dos danos. “Por prevenção entende a doutrina toda e qualquer medida destinada a evitar ou reduzir os prejuízos causados por uma atividade conhecidamente perigosa, produtora de risco atual”, e “precaução estaria ligado à incerteza sobre a periculosidade mesma da coisa ou atividade, ou seja, ao evitar ou controlar um risco meramente potencial”³⁹³. Ainda, o autor chama atenção para a técnica administrativa de *risk management* que permite buscar os pontos de risco e proceder à sua eliminação antes da atuação da responsabilidade civil, prevenindo os danos a serem indenizados.

Após essa longa revisão, percebe-se que a análise *in concreto* da conduta do lesante não é adequada aos padrões do ordenamento brasileiro. O que se defende realmente é a subjetivação do padrão objetivo de conduta, ou seja, a culpa normativa, *in abstracto*. Essa prática ajuda a construir modelos específicos para cada situação jurídica de acordo com o ambiente, profissional ou não, e, acrescenta-se neste, o paradigma escolhido, remetendo este trabalho à doutrina de Lorenzetti. Cada modelo está atrelado a um conjunto de direitos e deveres que auxiliarão na busca da reparação civil.

Nessa esteira, a visão contratual da sociedade permite a reflexão sobre a aplicação do direito civil no que diz respeito aos deveres sociais. Claro que esse pensamento reflete uma era em que a constituição não era dada a importância e o protagonismo que lhe são conferidos atualmente. Mas se estabelecermos uma relação simbiótica e sistemática, assim como Teubner, Luhmann e Canaris doutrinaram³⁹⁴ – cada qual com suas peculiaridades – poderemos reconhecer que esse pensamento pode se harmonizar com o direito constitucional do Estado Democrático de Direito, incorporando sua ética humanista, coroando, assim, a vertente civil-constitucional que se elegeu como adequada à presente análise.

³⁹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 162-163.

³⁹³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 228.

³⁹⁴ Aponta-se a diferença sobre a noção de sistema aberto de Canaris e sistema fechado autopoietico de Luhmann, dentre outras. Cf. TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistematico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 e LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010.

Sendo assim, na esfera civil comum os deveres são resultantes do princípio da boa-fé e na esfera constitucional, derivados dos direitos fundamentais, inspirados pelo valor da dignidade da pessoa humana.

Na parte civilística, os deveres de boa-fé podem ser divididos em quatro categorias, que, aliás, são os deveres fiduciários, ou anexos, que cabem no conteúdo da relação obrigacional complexa ou sistêmica: deveres de cuidado (ou proteção), informação (ou esclarecimento), assistência e lealdade. Os deveres de proteção, ou de cuidado, são aqueles que obrigam os intervenientes numa relação, obrigacional ou de outra natureza, a cuidar para que não sejam causadas lesões aos outros intervenientes, nem na sua pessoa nem no seu patrimônio. Os deveres de lealdade são aqueles que obrigam as pessoas a se absterem de comportamentos que não estejam em conformidade com os objetivos da relação estabelecida³⁹⁵.

Já em referência aos deveres constitucionais, existem diversos e, segundo Ferrajoli³⁹⁶, para cada direito fundamental há um dever à ele correspondente. No recorte temático em análise, pode-se dizer que o dever familiar de proteção das crianças (art. 227, CF) ou o dever do Estado de assegurar a liberdade de seus cidadãos é que estão em jogo.

E a forma de julgar o exercício desses deveres varia segundo os paradigmas que Lorenzetti construiu para a sua teoria da decisão judicial. Se no tema analisado tem-se o conflito entre a liberdade da gestante e a saúde ou vida do nascituro, o paradigma da proteção pode favorecer o caso do bebê, sendo a parte mais vulnerável, e o paradigma coletivo pode levar a conclusão favorável à mãe tabagista. Coletivamente, pode-se argumentar que tabagismo é prática legal e, mais, que as demandas de igualdade entre gêneros pressupõem um direito da mulher sobre seu corpo, valor esse que vai de encontro à legalização do aborto.

Referindo-se ao segundo nexo de imputação, o risco, este representa a responsabilidade civil objetiva. Esse princípio baseia-se na ideia de Ulrich Beck³⁹⁷, a sociedade do risco, na qual a modernização reflexiva, marcada pelo desenvolvimento tecnológico e pela individualização, fomenta a incerteza e aumenta consideravelmente as chances de dano. Nesse caso, e com definição no art. 927, CC, o risco é produto dessa atividade tecnológica da sociedade que, pela complexidade das relações resultantes desse desenvolvimento, deve ser tido como ligação suficiente entre o responsável indigitado e o dano proveniente da atividade que pratica. E nesse sentido, mesmo por danos advindos de

³⁹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 471.

³⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011.

³⁹⁷ BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage, 2003.

acontecimentos naturais, ocorridos durante a atividade, pode aquele que se almeja imputar ser obrigado a repará-los³⁹⁸.

Tal legislação e doutrina casa-se bem com o centro de proteção da responsabilidade civil que é a pessoa. A responsabilidade civil em seu sentido restrito ou técnico, segundo Noronha, tem por finalidade tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos a ela infligidos e, por isso, o risco vem em socorro às situações de incerteza da culpabilidade³⁹⁹.

Segundo o mesmo jurista, existem três tipos de risco: risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo. Contudo, todos estão relacionados ao exercício de atividade econômica⁴⁰⁰, fato que não permite encaixá-lo como nexo de imputação que liga a gestante aos danos causados ao nascituro, no que tange ao tema desta dissertação.

No entanto, a representação do risco nessa temática pode ser feita na análise da conduta da indústria tabagista, que não se encontra inserida no recorte do assunto deste trabalho, mas que em poucas palavras pode-se esclarecer essa possibilidade. Há o argumento de que os produtos fumígenos possuem uma periculosidade intrínseca que enseja a configuração da responsabilidade objetiva agravada, ou seja, que veicula situações de indenização que dispensam não apenas a culpa, mas também o nexo de causalidade. Dessa forma, o risco da atividade da citada indústria incluiria os danos causados ao nascituro, configurando-a como terceiro que excluiria a culpabilidade da gestante ou como concorrente na causalidade.

Ainda, vale mencionar os avanços do subsistema de proteção do consumidor, nos artigos 10 e 12, CDC. Com base nesses dispositivos, a responsabilidade do fornecedor, no caso a indústria tabagista, pode ser reconhecida objetivamente, e de forma agravada, se for determinado que seu produto porta risco inerente.

Até agora falou-se da responsabilidade que surgiu no Estado Social e pós deslocamento da importância da culpa para a importância da reparação dos danos. No entanto, essas responsabilidade reparatória não chega no cerne da sociedade de risco, identificada por Ulrich Beck na contemporaneidade.

A complexidade atual leva a inúmeros novos danos que tanto podem ser facilmente previstos, quanto têm a chance de ocorrerem com graves consequências à sociedade. Nesse sentido, ganham destaque os princípios da prevenção e da precaução, respectivamente.

³⁹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

³⁹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453.

⁴⁰⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 491.

A enorme possibilidade de prejuízo desses novos riscos leva a uma necessidade de solidarização tanto da reparação dessas consequências, quanto da ideia de que a sociedade deve reconhecer *ex ante* os focos dessas previsões e agir de forma a prevenir esses danos. A seara jurídica nessa urgência pode trabalhar, lado a lado com a responsabilidade reparatória, a responsabilidade preventiva⁴⁰¹.

Com tal modalidade de responsabilização, o judiciário poderá determinar de antemão que certos setores da sociedade tomem medidas que evitem o risco de danos graves, identificados por meio de pesquisas científicas. Vê-se, portanto, que essa forma de imputação estimula o progresso do conhecimento e atua principalmente na preservação do ambiente e dos interesses sociais às gerações futuras.

Nesses termos de solidarização, a gestante não seria o melhor alvo para determinar uma responsabilidade preventiva, mas sim a indústria tabagista. Primeiramente porque a gestante sendo pessoa natural restrita a uma realidade individualizada, não haveria efetividade na busca de medidas assecuratórias de sua parte ou de alguma mulher tabagista que pretendesse se engravidar, menos ainda se essa gravidez não é planejada. Outra justificativa seria que a responsabilidade preventiva, por ser adequada a atuar no auxílio da redução da complexidade da sociedade de risco, a indústria tabagista ao saber dos riscos de se fumar na gravidez, comprovados cientificamente, e não engajar-se preventivamente a evitá-los, põe em risco a saúde das gerações futuras. Nesse aspecto, a indústria tabagista, com base nos arts. 10 e 12, CDC, seria a fornecedora imputada por ameaça de lesão por risco intolerável presumido com o respaldo da ciência médica.

Seguindo, nos sistemas jurídicos derivados da família romano-germânica, tal qual o brasileiro, atualmente é possível dizer que são reparáveis quase todos os danos causados com culpa e também os danos causados sem culpa selecionados devido à importância conferida a eles pelo ordenamento. Além disso, têm direito à reparação quase todas as pessoas que tiverem sido lesadas. Todavia essa constatação, ainda que geral, não é absoluta⁴⁰².

Nos casos de responsabilidade subjetiva, provada a inexistência de culpa, não haverá obrigação de reparar o dano, mesmo se o agente tiver dado causa ao prejuízo. E ainda que nas hipóteses analisadas a responsabilidade seja fundada em presunção de culpa, há de recordar que essa presunção é meramente relativa, ou *juris tantum*⁴⁰³.

⁴⁰¹ FERREIRA, Keila Pacheco. Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese (doutorado). Orientador: Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito Civil. Jun 2014.

⁴⁰² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 644.

⁴⁰³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 664.

Pode haver uma atuação culposa sem que exista responsabilidade, quando a existência do nexo de imputação não for acompanhada da existência do nexo de causalidade. É o que acontece quando há a exclusão do nexo de causalidade pelas modalidades já mencionadas no subtítulo anterior: fato de terceiro, do próprio lesado, ou força maior *lato sensu*⁴⁰⁴.

O contrário também pode acontecer: haver responsabilidade resultante de uma atuação não culposa, mas causal em relação ao dano. Isso ocorre nas hipóteses de responsabilidade objetiva. E, ainda, lembrando, pode mesmo existir responsabilidade sem nexo causal, que é característica da responsabilidade agravada⁴⁰⁵.

Além disso, mister ter em mente que se na produção de um dano houver concurso entre diversos fatos, atribuíveis a uma pessoa, mas cada um deles ser passível de análise em separado, podendo uns serem excluídos por falta de nexo, ou de imputabilidade ou de causalidade, o indigitado responsável só poderá ser levado a reparar a parcela de dano que possa ser considerada consequência de sua ação⁴⁰⁶.

Com relação à culpabilidade normativa, que é a adotada no Brasil, sabe-se que ela deve ser analisada *in abstracto*, ou seja, deve-se estabelecer o padrão objetivo que a gestante deve seguir diante de suas semelhantes. Esse padrão seria com relação a outras gestantes no geral? ou com relação a apenas gestantes tabagistas?

Se a comparação for feita em relação às outras gestantes, já se consignou nos escritos sobre a prevalência de 23,5% de tabagismo na gestação, ou seja, pouco menos de um quarto das mulheres grávidas fumam na gravidez. Nesse caso, por mais chocantes que sejam esses números, o comportamento de fumar durante a gestação, por não ser adotado pela maioria, não seria considerado um comportamento padrão, podendo configurar sua culpa diante dessa perspectiva. Argumento que reforça essa posição pode ser o fato já apontado anteriormente de que mais de 90% dos fumantes acreditam que cigarro causa doenças graves e câncer de pulmão, e que, portanto, sabem dos males que o hábito pode ocasionar.

No entanto, se a base comparativa for o grupo de mulheres que têm hábitos tabagistas e que ficam grávidas, importante trazer os dados de uma meta-análise envolvendo 64 estudos com 20 mil gestantes, em que a cessação do tabagismo durante a gravidez revelou uma diferença absoluta de 6 em cada 100 gestantes no grupo que recebeu intervenção precoce para

⁴⁰⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 665.

⁴⁰⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 665.

⁴⁰⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 673.

deixar de fumar (RR: 0,94; IC 95%: 0,93-0,95)⁴⁰⁷. Nessa perspectiva, e ainda tendo em mente os dados já expostos de que a dependência e a baixa condição financeira são fatores determinantes para o insucesso no parar de fumar, é possível encaixar o comportamento da gestante que fuma em um padrão que se repete e, portanto, não se configuraria a sua conduta como culposa.

Ainda, interessante refletir que a gestante fumante, a variar o seu grau de dependência, definido pelo questionário de Fagerström, e.g., pode ser aliviada desse papel tão responsabilizador justificando-se pela comprovada dificuldade de parar de fumar. Por mais que se diga que o art. 4º, II, CC não possui a abrangência necessária para a dependência nicotínica, por não apresentar efeitos alucinógenos ou de interferência da consciência durante seu uso, a alteração do juízo de autonomia apenas se desloca para o momento da abstinência, tendo em vista que essa pode provocar sérias consequências para o corpo do fumante, que o levam a perder o controle sobre si mesmo.

Por derradeiro nesse assunto de imputação, é de se mencionar os casos em que a própria gestante não sabia estar grávida. Nesse caso, se há alguma condição em sua saúde que não a alerte a fazer exames para descobri-lo, não há que se falar em culpa. Entretanto, se houve sinais indicadores da condição, mas houve a escolha por ignorá-los, há de se pensar em negligência por não efetuar as consultas pré-natais necessárias.

5.5 A ponderação dos direitos fundamentais envolvidos e o *quantum respondeatur*

Os casos difíceis se situam entre duas situações limite, a da possibilidade real e séria e a da demasiado hipotética. Diz-se que esses são casos que têm de ser deixados ao limitado arbítrio do julgador. Entre o potencial dano futuro e certo e aquele que é apenas eventual, existe uma extensa zona cinzenta, “demasiado fluida”, segundo diz Geneviève Viney⁴⁰⁸.

A princípio nem o recurso isolado à cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nem as suas especificações conceituais mais comuns têm se mostrado aptas a servir direita e definitivamente de critério para a seleção dos interesses merecedores de tutela. Sem pretensão de diminuir a importância da pessoa humana, Schreiber chega a essa conclusão com o objetivo de demonstrar que a referência exclusivamente nominal ao valor constitucional da

⁴⁰⁷ LUMLEY, J.; CHAMBERLAIN, C.; DOWSWELL, T.; OLIVER, S.; OAKLEY, L.; WATSON, L. **Interventions for promoting smoking cessation during pregnancy**. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19588322>>, Acesso em 13 jan. 2017.

⁴⁰⁸ VINEY, Geneviève. *apud* NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 607-608.

dignidade não legitima e tampouco desautoriza pedidos de ressarcimento de danos não patrimoniais.

Segundo o autor a alusão descomprometida ao valor tem risco de cair em banalização, como de forma semelhante ocorre à boa-fé objetiva. Diante dessas preocupações, procurou-se dilapidar a análise dos princípios norteadores para que o arbítrio do juiz realmente ficasse dentro do escopo do ordenamento⁴⁰⁹. E o ordenamento, no que tange à responsabilidade civil, não auxilia nessa limitação por si só. É de se ressaltar a brevidade dos textos normativos e o amplo emprego de conceitos gerais de impressionante amplitude, como “culpa”, “estado de necessidade”, “exercício regular de um direito”, “dever geral de cuidado”, “abuso do direito”, e assim por diante⁴¹⁰. Não há dúvida, no entanto, de que a solução dos novos danos passa, necessariamente, por algum grau de discricionariedade judiciária e que os parâmetros normativos, ainda que insuficientes para a resposta definitiva à demanda específica, devem ser levados em conta no exercício desta discricionariedade pelos tribunais⁴¹¹.

No âmbito da problemática da reparação dos danos morais, Bodin de Moraes aponta para o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. A autora observa que os julgadores, utilizando-se, na maioria dos casos, apenas dos argumentos genéricos de um bom senso travestido de razoabilidade, que quase sempre baseia-se apenas na intuição, determinam o valor da indenização – composto pela quantia compensatória somada à atribuída a título de punição. Ou seja, “a motivação não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer”. Essa prática resulta na “notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador”⁴¹². Nesse sentido, a autora reforça:

Nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, o emprego puro e simples de um assim chamado princípio da razoabilidade, que neste caso, pouco mais é do que um sinônimo para a expressão “bom senso”, não é suficiente para fundamentar a reparação do dano. É preciso que haja cuidado

⁴⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128-129.

⁴¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 156.

⁴¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142.

⁴¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 37.

com a adequada motivação das decisões, em prol de uma estabilidade jurisprudencial [...].⁴¹³

O controle desse arbitramento dos valores indenizatórios é feito em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça, que favorece haver revisão das indenizações concedidas pelos tribunais estaduais, se tais forem irrisórias ou exorbitantes. Entretanto, a questão técnica é muito discutível. Em muitos julgados o STJ deixa de apreciar as questões pecuniárias com apoio na sua Súmula 7, segundo a qual não poderá haver revisão de decisão com base apenas em reexame de provas⁴¹⁴. Quando em exercício, o ex-Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira entendia que a manutenção deveria ser exercida sobre cada um dos valores, decidindo que o STJ deve interferir sempre que tiver havido “equivoco” na definição da quantia. Já o ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustentava que o valor da indenização do dano moral, em princípio, se caracteriza como matéria de fato, imune à revisão em recurso especial, apoiando-se na citada Súmula 7, STJ. Hoje, como já explicitado, prevalece o entendimento do ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴¹⁵.

Nesta rara revisão do *quantum* indenizatório, podem ser considerados aceites tradicionalmente no STJ os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor (a dimensão da culpa); iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade do seu sofrimento⁴¹⁶. Diante desses critérios é possível dizer que o STJ ainda encontra-se em relativo atraso diante do que a doutrina civil-constitucional, base deste trabalho, entende como avaliação adequada da reparação dos danos.

Atualmente, não são poucos os civilistas a sustentarem que a aferição do dano, demanda a ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se afigura lesiva⁴¹⁷. Nessa esteira, Schreiber indica o trabalho de doutoramento de Ana Paula de

⁴¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 190.

⁴¹⁴ Exemplos: AgInt nos EDcl no AREsp 936499 / RS, Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento 01/12/2016; AgInt no AREsp 869870 / RJ, Relator(a) Ministro Herman Benjamin, Data do Julgamento 17/11/2016 e AgInt no AREsp 445267 / PR, Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO, Data do Julgamento, 17/11/2016.

⁴¹⁵ Informações atualizadas de MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293.

⁴¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 295-296.

⁴¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 156.

Barcellos, como sendo o adequado às novas exigências da responsabilidade civil transformada pela solidarização.

Barcellos aprofunda-se na matéria da ponderação para que seja utilizada de forma a não cometer rompantes de subjetividade que contaminem a decisão do magistrado e, ao mesmo tempo, seja imbuída de etapas suficientemente exigentes que demonstrem a maior neutralidade possível da decisão.

Nesse ínterim, segundo a doutrina de Barcellos, existem três etapas que o jurista deve seguir ao analisar um caso concreto. A primeira etapa cabe ao intérprete proceder à identificação dos enunciados normativos em questão. A segunda etapa é identificação dos fatos relevantes e da incidência das normas. E, finalmente, a terceira etapa é a ponderação propriamente dita em que pesos são conferidos aos valores em disputa. Entretanto, antes dessa terceira fase, há alguns cuidados metodológicos que a informam:

[...] (i) qualquer decisão deve poder ser generalizada para casos equiparáveis (pretensão de universalidade) assim como a argumentação empreendida deve utilizar uma racionalidade comum a todos; (ii) sempre que possível o intérprete deve produzir a concordância prática dos enunciados em disputa; e (iii) a decisão a ser produzida deve respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ainda que um núcleo [seja] apenas consistente, e não duro.⁴¹⁸

Já quanto ao procedimento de ponderação, Barcellos faz o seguinte questionamento:

Que peso deve ser atribuído a cada elemento normativo? Por que uns receberão um peso maior que outros? Por qual razão uma solução indicada por determinados elementos normativos deve prevalecer sobre outra? A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas para essas perguntas. Em si mesma, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo. E bem de ver que essa limitação não retira o valor de aprimorar-se a técnica da ponderação propriamente dita. A organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições.⁴¹⁹

Por isso, Barcellos traz padrões de escolhas e divide esses parâmetros entre gerais e específicos. Os padrões gerais são dois: a) os enunciados com estrutura de regra têm preferência sobre os com estrutura de princípio; e b) as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade humana têm preferência sobre aqueles que

⁴¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. XII.

⁴¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

apenas indiretamente contribuem para esse resultado. Já os parâmetros especiais dizem respeito à injustiça das regras frente à materialidade constitucional e a colisão insuperável de regras, que fazem com que os parâmetros gerais sejam relativizados. Mais especificamente, cumpre colacionar os procedimentos que são de grande auxílio aos casos difíceis:

Os dois parâmetros [gerais] descritos [...] procuram fornecer ao intérprete preferências racionais e juridicamente consistentes para a solução dos conflitos normativos que, por suas peculiaridades, exijam o emprego da ponderação. A preferência das regras sobre os princípios orienta o intérprete na primeira fase da ponderação, quando são identificados os enunciados relevantes. A preferência das normas que promovem diretamente a dignidade opera na terceira fase, momento em que as normas propriamente ditas já foram apuradas. [...] Não há fórmula pronta que esclareça como construir parâmetros para os conflitos específicos, mas um conjunto de perguntas ou testes e suas respostas podem auxiliar o interessado nessa tarefa. A proposta que segue descrita de forma bastante objetiva emprega três grupos de perguntas com essa finalidade. As perguntas reunidas no *primeiro grupo* estão relacionadas de forma preponderante com a estrutura do enunciado normativo e já incorporam as preocupações do primeiro parâmetro geral (regras preferem princípios). O *segundo conjunto* de perguntas está associado ao conteúdo material do enunciado: os efeitos que ele pretende produzir no mundo dos fatos, as condutas necessárias e exigíveis à realização desses efeitos e, afinal, as prerrogativas que ele confere. As respostas obtidas aqui, dentre outras utilidades, auxiliarão o intérprete a visualizar o núcleo dos princípios e a empregar o segundo parâmetro geral proposto acima (preferência das normas que de forma direta promovem os direitos fundamentais dos indivíduos, sobre aquelas que o fazem apenas de forma indireta), caso isso seja necessário. O *terceiro grupo* de perguntas procura identificar circunstâncias que interferem de forma relevante na definição do sentido e propriamente com a aplicação do enunciado. [...] Primeiro grupo: [...] (i) O enunciado examinado tem natureza de princípio ou de regra? [...] (ii) Caso se trate de uma regra, há elementos de indeterminação em seu enunciado? [...] (iii) O enunciado atribui um direito? Define competências? Fixa metas públicas ou bens coletivos? [...] (iv) Se o enunciado atribui um direito, quem é seu titular? [...] (v) Por fim, se o enunciado atribui um direito, quem está obrigado a respeitá-lo ou dar-lhe efeito? [...] Segundo grupo: [...] (i) Que efeitos o enunciado pretende produzir no mundo dos fatos? [...] (ii) Que outros enunciados estão relacionados com esse mesmo tema e, portanto, com esses mesmos efeitos? [...] (iii) Que condutas são necessárias e exigíveis para realizar os efeitos pretendidos pelo enunciado? [...] Terceiro conjunto: [...] (i) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado (como condições de modo de exercício, tempo ou lugar)? [...] (ii) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente ao titular do direito? [...] (iii) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente àqueles que estão obrigados a respeitar os direitos por ele outorgados? [...] (iv) Quais as finalidades lógica e histórica associadas ao enunciado? [...] (v) É possível

identificar situações de conflito com outros enunciados? Como é possível supera-las?⁴²⁰

Tal caminho de raciocínio reflete melhor os anseios constitucionais na matéria cível, no que tange à responsabilidade civil. Pois, coloca em foco e em *ratio summa* a questão da dignidade da pessoa humana diante da qualidade das perguntas formuladas, mesmo que *a priori* considere a prevalência da regra sobre princípio. Procedimento esse capaz de compor o conflito entre dois interesses legalmente tutelados.

Daí que Schreiber sustenta a conceituação de dano em uma lesão concreta, como violação de uma regra que tutele não o interesse isoladamente, mas que estabeleça sua relação com outro interesse igualmente tutelado. E acrescenta:

A importância desta abordagem é significativa na medida em que abre, na prática, um novo espaço de discricionariedade judicial que permite ao magistrado selecionar, por meio do exame do dano, os interesses concretamente tutelados, substituindo o raciocínio subsuntivo tradicional por uma efetiva ponderação de interesses conflitantes.⁴²¹

E Schreiber, na esteira de Barcellos, escreve que antes que essa ponderação se dê, é preciso, primeiramente, exercer um exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado⁴²². Nesse escrutínio, cumpre verificar se o interesse da vítima corresponde a um interesse protegido por alguma norma do ordenamento jurídico. Após essa tarefa, necessário passar ao exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo. Nesse, verifica-se se o interesse representado pela conduta lesiva é também tutelado⁴²³. No entanto, e aqui seu pensamento se difere, se houver regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes, não há porque passar à análise ponderativa⁴²⁴.

Apenas na inexistência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes, ou afigurando-se inaplicável tal regra por invalidez ou inadequação, é que a ponderação tem seu lugar na reparação dos danos. Na falta de disposição expressa da lei, é ela quem define a

⁴²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 273 e 278-294.

⁴²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 191.

⁴²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

⁴²³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 165.

⁴²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 166.

relação de prevalência, com base na leitura das circunstâncias concretas à luz do ordenamento jurídico⁴²⁵.

A ponderação, portanto, permite, essencialmente, medir o grau em que a conduta realiza o interesse lesivo e o grau em que o interesse lesado é efetivamente afetado. Nesse caso, haverá dano a ser indenizado quando um alto grau de afetação do interesse lesado advir de um baixo grau de realização do interesse lesivo. E, para tal exame comparativo, a doutrina constitucionalista trabalha usualmente com a máxima da proporcionalidade, cujas submáximas são: (i) adequação; (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito⁴²⁶. Entretanto, Schreiber atenta-se para a inadequação da utilização desse instrumento como um todo na responsabilidade civil:

Também neste particular, contudo, a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva exige certa cautela [...]. O critério da adequação impõe que os meios sejam adequados a atingir os fins perseguidos. No âmbito da responsabilidade civil, equivale isso a dizer que a conduta lesiva deve ser adequada à realização do interesse abstratamente tutelado que a autoriza. Caso contrário, o que se tem é o exercício de uma situação jurídica subjetiva em total dissonância com a sua finalidade axiológico-normativa. Em uma tal situação, ocorre abuso de direito, a conduta se torna proibida, e o interesse tutelado não chega a realizar-se, de modo que ponderação, a rigor, não se faz necessária. Por exemplo se um ente jornalístico invoca sua liberdade de informação para divulgar um texto que nada informa, mas que se presta exclusivamente a atacar a honra de certa pessoa, não há que se ponderar a liberdade de informação com direito à honra. A ponderação para aferição do dano, nesta hipótese, não se impõe, já que o interesse consubstanciado na conduta lesiva não é, efetivamente, a liberdade de informação. [...] Como se vê, seja com relação à inadequação total, seja com relação à inadequação parcial, não há, no juízo de adequação, ponderação propriamente dita. A adequação consiste em simples avaliação de conformidade entre meio e fim, no âmbito interno do comportamento do ofensor. Trata-se, em outros termos, de uma averiguação da fidelidade do exercício da situação jurídica subjetiva ao seu propósito normativo (interesse-fim), restrita à conduta lesiva. O exame comparativo da realização do interesse lesivo com a afetação concreta do interesse lesado não chega a se impor, muito embora em casos mais sutis (de predominância de um fim sobre outro), os tribunais acabem, inserindo, atecnicamente, no âmbito da ponderação a avaliação de abusividade da conduta. [...] Em outras palavras, fosse exigido de todo réu em ação de responsabilidade civil o ter optado pelo meio menos gravoso de realização de seu interesse, estar-se-ia requerendo um cuidado exagerado, que a responsabilidade subjetiva jamais exigiu para fins de isenção de responsabilidade. Mais: ainda que se diminuísse o padrão de exigência para aplicação do critério habitual, requerendo não a escolha pelo meio menos gravoso, mas por um meio que não impusesse gravame excessivo ou que

⁴²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 168.

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

denotasse cuidado razoável, conforme o comportamento médio, o certo é que se estaria levando em conta, no âmbito da ponderação para aferição do dano, o fato de o sujeito ter empregado uma diligência média. a adoção deste cuidado médio poderia, portanto, levar à conclusão de inexistência de dano, e, portanto, de inexistência de responsabilidade, inclusive nas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que o grau de cuidado do agente é, por definição irrelevante. Tal contradição revela, de forma cristalina, que o exame relativo ao “meio menos gravoso” ou à “adoção de um meio não tão lesivo” pertence ao problema do cumprimento do dever geral de cuidado e, portanto, à análise de merecimento de tutela da conduta lesiva, não já à ponderação judicial entre interesses tutelados, fase posterior e apenas eventual da aferição do dano. [...] o que se procura verificar, em síntese, é se havia ou não outros meios menos lesivos de realização do interesse lesivo. E aqui de duas, uma: ou (i) a opção por tais meios era exigível e a conduta lesiva é antijurídica, prevalecendo o interesse lesado; ou (ii) tal opção não era exigível e a conduta lesiva é tutelada, não devendo a existência de meios menos gravosos interferir no juízo de ponderação. Na prática judiciária, a distinção entre essas duas fases de aferição do dano é, obviamente, tormentosa e se torna, de certa forma, inevitável que a ponderação acabe contaminada pela constatação de que o resultado da conduta lesiva poderia ter sido alcançado de forma menos prejudicial à vítima. O indispensável, contudo, é atentar para que a conformação a tal exigência de cuidado não elida o dano em casos de responsabilidade objetiva.⁴²⁷

Como se vê, Schreiber descarta a utilidade das submáximas da adequação e da necessidade, restando à identificação da proporcionalidade o único princípio de ponderação considerado tecnicamente útil, no campo do exame de ponderação na responsabilidade civil. Nessa análise civil-constitucional, a parte da constitucionalidade está nessa proporcionalidade em sentido estrito e, no que tange ao controle de adequação e de necessidade, o direito civil já conta, há muito, com figuras destinadas ao mesmo propósito, como o abuso de direito, a boa-fé objetiva. Perseguir o mesmo efeito por meio de submáximas da proporcionalidade ensejaria duplicação desnecessária na matéria⁴²⁸.

Uma orientação geral que vem sendo reconhecida como critério normativo de ponderação é a prevalência de interesses existenciais sobre interesses patrimoniais, ressaltando-se, assim, o valor da dignidade da pessoa humana⁴²⁹. De fato, um certo componente valorativo é mesmo pressuposto da ponderação⁴³⁰. Contudo, é preciso ter em mente que enquanto o princípio da dignidade humana deve servir como base para a

⁴²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171-174.

⁴²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

⁴²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177.

⁴³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 176.

apreciação (substancial) na ponderação dos interesses em conflito, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio, ela mesma não se sujeita a ponderações, e sim seus subprincípios mencionados em capítulo anterior: liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica⁴³¹.

A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual, com foco na autonomia privada, é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade. E diante da dignidade e seus derivados, o problema maior do Direito na atualidade tem sido o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua trajetória individual⁴³².

Já com relação ao *quantum* indenizatório, vale lembrar o princípio tradicional a respeitar: o princípio da extensão do dano, que está normatizado no art. 402, CC, com texto que enfatiza tanto os prejuízos efetivos quanto os lucros cessantes. Além desse, outro princípio, mais específico, é adequado para a responsabilidade não patrimonial: o da satisfação compensatória, segundo o qual a pecúnia a ser atribuída ao lesado não coincide com valor de mercado, mas sim a quantia necessária “para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física”⁴³³.

Entretanto, tais princípios são de difícil aplicação concreta quando se trata de indenizar prejuízos não mensuráveis em quantia monetária certa. As infindáveis dificuldades em torno da determinação do valor da indenização por danos à pessoa não patrimoniais levaram Schreiber a refletir sobre meios alternativos de reparação. Segundo o autor a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação desses conflitos despertam para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação⁴³⁴. Para tal objetivo, citou como exemplo a oportunidade de retratação pública, se cabível.

⁴³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 304.

⁴³² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 73 e 71.

⁴³³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 593.

⁴³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 196.

Diante dessa possibilidade, poderia o juiz acrescentar por conta própria, medida não pecuniária de reparação? A doutrina tradicional do direito processual responde negativamente, obstaculizada pelo princípio da congruência, que limita o magistrado à resposta pecuniária pedida, condenando o réu à indenização ou deixando de condená-lo⁴³⁵. E quanto à essa questão, Schreiber reservou-se a apontar esse posicionamento.

Ainda sobre a reparação, Bodin de Moraes duvida que, na fixação do valor da indenização se deva levar necessariamente em consideração, como indica a posição do STJ, as condições econômicas da vítima. Diz a autora que tal posição fomenta a redução frequente do *quantum* indenizatório, sob o argumento de que a reparação não pode ensejar enriquecimento sem causa. Ainda, a intenção de punir o ofensor obriga que se avalie o grau de culpa, considerado irrelevante na maioria dos casos para a indenização do dano material, e que se apreciem as condições econômicas do lesante⁴³⁶. Nesses termos, exorta:

Tanto a suposição de que pessoas de classes diferentes “sofrem” em valores (quantias) diferentes quanto a de que todas as pessoas têm os mesmos sentimentos (donde concluir que não é cabível especificar-se, em relação ao caso concreto, a indenização) decorrem da errônea suposição de que é o que o “sentimento” o que deve ser avaliado. Daí, aliás, o engano profundo em que recaem todas as decisões que se arrogam conjecturar sobre os sentimentos dos outros e acabam julgando apenas nas condições econômicas da vítima e do ofensor. [...] evitar enriquecimento sem causa – parece configurar um mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, ciente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido.⁴³⁷

Nesse sentido, para Bodin de Moraes ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetros as condições econômicas ou o nível social da vítima, pois que contrários à noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência. Isso não quer dizer que as condições pessoais da vítima, desde que se revelem aspectos de seu patrimônio moral, devem deixar de ser cuidadosamente sopesadas. Dessa forma, a reparação tem o potencial de alcançar, sob a égide do princípio de isonomia substancial, a individualidade da vítima. É que

⁴³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 202.

⁴³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 32-33.

⁴³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 300 e 302.

os eventos danosos embora sejam iguais, são diferentes as condições de cada vítima e, justamente por essa distinção, devem ser levadas em conta⁴³⁸.

E como já antes dito, para a autora não importa que a vítima, em nome dessas diferenças subjetivas seja agraciada com um enriquecimento, posicionamento esse que destoa das ideias de Pontes de Miranda sobre o assunto:

em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio de enriquecimento ilícito [...].⁴³⁹

De qualquer modo, para Noronha é indiscutível, em matéria de responsabilidade subjetiva por danos não patrimoniais à pessoa, que o ônus da prova cabe ao lesado, porque se trata de fato constitutivo do direito deste. Por isso, em caso de dúvida haverá que decidir contra ele⁴⁴⁰. Portanto, a própria tarefa de lançar-se a provar o prejuízo ocorrido lança a dúvida de que talvez um pagamento de cunho punitivo fosse justo, ao menos na concepção de justiça por equidade de John Rawls⁴⁴¹.

No tema em destaque pode-se citar vários dispositivos no ordenamento que, ora pendem para o favorecimento do interesse do nascituro e ora pendem para eximir a gestante da responsabilidade. Antes de citá-los, cumpre dizer que a dignidade prevista do art. 1º, III, CF, é norma que prevê o valor chave de toda ponderação, sendo aplicável para ambos os lados conflitantes.

Além do nascituro, encaixa-se também no recorte outras possíveis vítimas de dano moral indireto sofrido pelos danos diretos ao que está por nascer. Caso, *e.g.*, esses danos ao nascituro resultassem na sua morte ou na morte do neonato, além do fato do direito do feto, se considerado pessoa, de exigir a reparação transmitir-se com a herança (art. 943, CC), tem-se a possibilidade do próprio pai requerer indenização pela perda do filho, transformando-se ele na vítima a ser compensada.

Entretanto, tomando por base a vítima direta, o nascituro pode-se invocar os seguintes dispositivos a seu favor: o art. 2º, CC, para afirmar sua personalidade nos moldes da discussão já exposta em capítulo anterior; o art. 5º, *caput*, CF, se sua vida foi atingida ou ameaçada; o

⁴³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 161, 190 e 306-307.

⁴³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. t. 22. São Paulo: Bookseller, 2003. p. 183.

⁴⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 608.

⁴⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

art. 196, CF, se o alvo é sua saúde e o art. 226, §§ 7º e 8º que preveem o princípio da paternidade responsável e a necessária intervenção estatal no caso de violência no âmbito familiar. Além disso, o art. 227, *caput*, CF, e o art. 17, L. 8.069/90, oferecem proteção ao neonato e à criança, no que diz respeito ao dever de proteção ao infante pela sociedade e a garantia da sua integridade psicofísica.

Já com relação ao favorecimento da situação jurídica da gestante, o ordenamento prevê os seguintes dispositivos: o art. 5º, *caput* e II, CF, que trazem o princípio da liberdade; o art. 5º, I, CF, o qual consagra a igualdade entre os gêneros, neste caso considerando a ideia da liberdade da mulher sobre o próprio corpo e o fato de que em muitos ambientes familiares em que um cônjuge é tabagista, o outro também o é⁴⁴², condição facilitadora do fumo passivo e das recaídas da gestante abstinente; e o art. 227, § 3º, VII, que normatiza o dever do Estado na promoção da prevenção da dependência dos jovens com relação a entorpecentes e drogas afins, considerando que a maioria dos tabagistas inicia esse vício já na adolescência.

Por fim, o *quantum* compensatório variará de acordo com a extensão do dano e se foi considerada uma causalidade ligada a uma tradicional relação de reparação civil ou se de algum modo caracteriza-se uma perda de chances. Além disso, lembrando Schreiber, ainda existe a possibilidade de ser pedida uma indenização não pecuniária, que pode ser uma retratação pública em evento específico contra o tabagismo, *e.g.*

⁴⁴² Cf. YAO, Tingting; LEE, Anita H.; MAO, ZhengZhong. Potential unintended consequences of smoke-free policies in public places on pregnant women in China. **Am J Prev Med**, vol. 37, ed. 2S, p. 159-164, 2009.

6 CONCLUSÕES

Tendo chegado ao fim dessa jornada, ficam mais interrogações do que propriamente respostas prontas. As rochas deste escrito assentam-se em possibilidades de ocorrência e tal probabilidade pode mesmo nem ser alta. O que se buscou nessas palavras foi demonstrar as variantes de aplicação do universo de novas tendências na matéria de responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que instigasse a reflexão sobre o fenômeno do tabagismo feminino.

Sabe-se o valor de um trabalho que tem a praticidade como meta para sua função social. Entretanto, mesmo que raramente factível de acontecer casos como os inseridos no recorte temático desta dissertação, com o presente texto espera-se promover a essência da academia: o pensar e repensar dos conteúdos densos e essenciais na convivência em sociedade.

Neste escrito, percebeu-se a influência multidisciplinar na responsabilidade civil. Apontou-se a inegável dignidade do nascituro, variando as posições quanto a já ser um ser humano e a possuir personalidade jurídica. Discorreu-se sobre a desigualdade estrutural de gênero que existe historicamente na sociedade e como isso afeta as mulheres, principalmente no que diz respeito à maternidade. Compilou-se as diversas consequências do tabagismo na gestação segundo pesquisas médico-científicas atuais.

E na análise da relação jurídica, relacionou-se tais decorrências aos conceitos de dano, causalidade, perda de chances, imputabilidade, ponderação, e buscou-se ampliar a visão concernente aos diversos aspectos do recorte temático. Concluiu-se que, em relação à gestante tabagista, a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil passa, necessariamente pelo nexo de imputação da culpa.

Com relação à culpabilidade normativa, que é a adotada no Brasil, elegeu-se sua análise *in abstracto*, ou seja, estabeleceu-se padrões objetivos que a gestante deve seguir diante de suas semelhantes. Esses padrão mostraram-se relativos, podendo a comparação ser feita entre as gestantes de uma forma geral, ou entre a o grupo especial das gestantes tabagistas.

Se a comparação for feita em relação às outras gestantes, nesse caso, o comportamento de fumar durante a gestação, por não ser adotado pela maioria, não seria considerado um comportamento padrão, podendo a culpa da gestante ser configurada diante dessa perspectiva.

No entanto, se a base comparativa for o grupo de mulheres que têm hábitos tabagistas e que ficam grávidas, é possível encaixar o comportamento da gestante que fuma em um padrão que se repete e, portanto, não se configuraria a sua conduta como culposa.

Importante constatação foi a do aspecto da função social da reparação civil, que poderia ser argumentada para fins de eximir a gestante da responsabilidade de fumar, por considerar ser demanda que afeta relações familiares nucleares e que desconsidera aspectos sociais ligados ao tabagismo feminino.

Por derradeiro, é de se mencionar os casos em que a própria gestante não sabia estar grávida. Nesse caso, se há alguma condição em sua saúde que não a alerte a fazer exames para descobri-lo, não há que se falar em culpa. Entretanto, se houve sinais indicadores da condição, mas houve a escolha por ignorá-los, há de se pensar em negligência por não efetuar as consultas pré-natais necessárias.

A respeito dos demais elementos da reparação, foram apontados dados médicos que auxiliam na reflexão sobre o dano, condicionou-se aspectos do recorte dentro da teoria da perda de uma chance e considerou-se as teorias da causalidade frente às possibilidades danosas da prática tabagista durante a gestação. Nesse caso, a interpretação fica a critério do julgador no caso concreto, do possível litigante, do jurista e do curioso do saber jurídico.

REFERÊNCIAS

- AAGAARD-TILLERY, Kjersti M.; PORTER, TF; LANE, RH *et al.* In utero tobacco exposure is associated with modified effects of maternal factors on fetal growth. **Am J Obstet Gynecol**, vol. 198, n. 66, p. 1-66, 2008.
- ALEXANDER, B. K.; BEYERSTEIN, B. L.; HADAWAY, P. F *et al.* Effects of early and later colony housing on oral ingestion of morphine in rats. **Psychopharmacology Biochemistry and Behavior**, vol. 58, 175-179, 1981.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALSHAARAWY, Omayma; ANTHONY, James C. Month-wise estimates of tobacco smoking during pregnancy for the United States, 2002-2009. **Matern Child Health J.** vol.19, p. 1010-1015, 2015.
- ANDERSON, HR; DEREK, GC. Passive smoking and sudden infant death syndrome: review of the epidemiological evidence. **Thorax**, vol. 52, p. 1003-1009, 1997.
- ARAÚJO, Cristina Guimarães Arantes. **Ética neonatal**: o recém-nascido prematuro no limite da viabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Uberlândia, 2013.
- BALER, Ruben D.; VOLKOW, Nora D. Drug addiction: the neurobiology of disrupted self-control. **Trends in molecular medicine**. vol 12, n. 12, p. 559-566, 2006.
- BALZAC, Honoré. **Sobre o café, o tabaco e o álcool**. trad. Largebooks. Lisboa: Padrões Culturais, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARKER, D. J. P. Adult consequences of fetal growth restriction. **Clinical Obstetrics and Gynecology**, vol. 49, n. 2, p. 270–283, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BEALE, Lionel Smith. **Protoplasm; or, life, force, and matter**. Londres: J. Churchill and Sons, 1870.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.
- BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, organização e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Londres: Sage, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010.

BEDENDO, Marcos. **O último suspiro da indústria do tabaco**. Publicado em 27 de julho de 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/branding-consumo-negocios/2016/07/27/o-ultimo-suspiro-da-industria-do-tabaco/>>, acesso em 23 set. 2016.

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

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BLENCOWE, H.; COUSENS, S. Addressing the challenge of neonatal mortality. **Tropical Medicine and International Health**, vol. 18, n. 3, p 305, mar., 2013.

BLENCOWE, H. et al. Born Too Soon: The global epidemiology of 15 million preterm births. **Reproductive Health**, v. 10, Suppl. 1, 2013.

BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto de venda**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BOSTON UNIVERSITY MEDICAL CENTER. **History of tobacco**. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/health/syllabi/tobacco/history.htm#industry>>, acesso em 23 set. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Lei 9.294 de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>, acesso em 16 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. **Lex** - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, Acesso em: 21 jul. 2016.

BRIANA, D. D.; MALAMITSI-PUCHNER, A. Intrauterine growth restriction and adult disease: the role of adipocytokines, **European Journal of Endocrinology**, vol. 160, n. 3, p. 337–347, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BURROWS, Andrew. **The law of restitution**. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós**: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistematico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONPREV, Coordenação de Prevenção e Vigilância. **Abordagem e Tratamento do Fumante**: Consenso 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001.
- CORNELIUS, Marie D.; GOLDSCHMIDT, Lidush; DAY, Nancy L. Prenatal cigarette smoking: long-term effects on young adult behavior problems and smoking behavior. **Neurotoxicology and teratology**. vol. 34, p. 554-559, 2012.
- COSMI, G.; FANELLI, T.; VISENTIN, S. *et al.* Consequences in infants that were Intrauterine Growth Restricted. **Journal of Pregnancy**. Article ID 364381, 6 pages, 2011.
- CRYO-ROP COOPERATIVE GROUP. Health-related quality of life at age 10 years in very low-birth-weight children with and without threshold retinopathy of prematurity. **Archives of Ophthalmology**, Chicago, v. 122, p. 1.659-1.666, 2004.
- DE BOO, H. A.; HARDING, J. E. The developmental origins of adult disease (Barker) hypothesis, **Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology**, vol. 46, n. 1, p. 4-14, 2006.
- DESCARTES, René. **O discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DUARTE, Marcelo Souza. Impacto do tabagismo materno nos recém-nascidos de Pelotas-RS. 60 p. Dissertação (mestrado). Universidade Católica de Pelotas. Orientadora: Profª. Dra. Elaine Albernaz. Programa de mestrado em saúde e comportamento. dez. 2009.
- DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia**: a moral, o direito e o estado. São Paulo: EDUSP, 1969.
- FARMER, J. Doyne; BELIN, Alletta d'A. **Artificial life**: the coming evolution. Santa Fe: Santa Fe Institute, 1990.
- FERNANDES, Rafael. **Ciência avança e homens já podem engravidar através de transplante de útero!**. Disponível em: <<http://www.jornalciencia.com/ciencia-avanca-e-homens-ja-podem-engravidar-atraves-de-transplante-de-utero/>>, Acesso em 01 ago. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Keila Pacheco. Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese (doutorado). Orientador: Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito Civil. Jun 2014.

FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano?** Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia. Petrópolis: Vozes, 2011.

FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.

FRANÇA, E.; LANSKY, S. Mortalidade infantil neonatal no Brasil: situação, tendências e perspectivas. In: REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. **Informe de situação e tendências: demografia e saúde**. Belo Horizonte: Departamento de Medicina Preventiva e Social, UFMG: Prefeitura de Belo Horizonte, 2008. (Texto de apoio. Texto 3).

FOMENTO, o que é. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/fomento/o-que-e>>, acesso em 26 set. 2016.

GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010.

GEIRSSON, Reynir Tómas; TOLOSA, Jorge E. Smoking, tobacco exposure and pregnancy. **Acta Obstetricia et Gynecologica**. vol. 89, p. 414–415, 2010.

GIACOMINI, CB. Cortisol e sulfato de deidroepiandrosterona no sangue de cordão umbilical de recém-nascidos normais de mães fumantes e não-fumantes. Curso de Pós-Graduação Medicina: Clínica Médica. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1991.

GOLDENRING, J. The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness. **Journal of Medical Ethics**, vol. 11. p. 198-294, 1985.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

GREAVES, Lorraine J.; HEMSING, Natalie J. Sex, gender, and secondhand smoke policies: implications for disadvantaged women. **Am J Prev Med**, vol. 37, n. 2S, p. 131-137, 2009.

GRILLO, Eugênio; FREITAS, Paulo Fontoura. Tabagismo e outros fatores de risco pré-gestacional para nascimento espontâneo prematuro. **Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.**, vol. 11, n. 4, p. 397-403, Recife, out/dez, 2011.

HC 124.306 RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>, Acesso em: 15 jan. 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

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

HISTÓRIA do cinema brasileiro. Disponível em: < <http://dc.itamaraty.gov.br/cinema-e-tv/historia-do-cinema-brasileiro>>, Acesso em 16 jan. 2017.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

HUXLEY, Leonard. **Life and letters of Thomas Henry Huxley**. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1901.

INSTITUTE OF MEDICINE (US). Committee on Understanding Premature Birth and Assuring Healthy Outcomes; BEHRMAN, R. E.; BUTLER, A. S. (Ed.). **Preterm Birth: Causes, Consequences, and Prevention**. Washington: National Academies Press, 2007. Chap. 12.

JAMES, C.; KLENKA, H.; MANNING, D. Sudden infant death syndrome: bed sharing with mothers who smoke. **Arch Dis Child**, vol. 88, p. 112-113, 2003.

JANG, D.G.; JO, Y. S.; LEE, S. J. *et al.* Perinatal outcomes and maternal clinical characteristics in IUGR with absent or reversed end-diastolic flow velocity in the umbilical artery, **Archives of Gynecology and Obstetrics**, 2011.

JAUNIAUX, E; BURTON, GJ. The effect of smoking in pregnancy on early placental morphology. **Obstet Gynecol**. vol. 79, p. 645-648, 1992.

JOHNSON K.C.; GLANTZ, S.A. Evidence secondhand smoke causes breast cancer in 2005 stronger than for lung cancer in 1986. **Prev Med**. vol. 46, n. 6, p. 492-496. doi:10.1016/j.ypmed.2007.11.016, Jun., 2008.

KALKBRENNER, Amy E.; BRAUN, Joe M.; DURKIN, Maureen S. *et al.* Mothers environmental tobacco smoke exposure during pregnancy and externalizing behavior problems in children. **Environmental Health Perspectives**. vol. 120, n.7, jul. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 193

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado constitucional contemporâneo**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2009.

LAMARCK, Jean-Baptiste. **Philosophie zoologique**. Paris: F. Savy, 1809. p. 91. Disponível em: <http://l.academicdirect.org/Horticulture/GAs/Refs/Lamarck_1809.pdf> , Acesso em 13 jun. 2016.

LAMBERS, DS; CLARK KE. The maternal and fetal physiologic effects of nicotine. **Seminário de Perinatologia**. vol. 20, p. 115-26, 1996.

LEÃO, Carolina. **A face de górgona**. Disponível em: <
<http://www.suplementopernambuco.com.br/edicao-impressa/71-ensaio/1635-a-face-de-g%C3%B3rgona.html>>, Acesso em 21 jul. 2016.

LEMONS, R. A. et al. Estudo de prevalência de morbidades e complicações neonatas segundo o peso ao nascer e a idade gestacional em lactentes de um serviço de follow up. **Revista de Atenção Primária em Saúde**, Juiz de Fora, v. 13, n. 3, p. 277-290, 2010.

LENIN, Vladimir Ilitch. **Sobre a emancipação da mulher**. Trad. Celeste Marcondes. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

LOPES, Lara. Páginas Singulares: propagandas de cigarro na Revista Ilustração Brasileira. 225 p. Orientadora: Luciana Lehmkuhl. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-graduação em História. 24 fev. 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**: a experiência brasileira do tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCK, W; NAU, H. Nicotine and cotinine concentrations in the serum and milk of nursing smokers. **Br J Clin Pharmacol**. vol 18, p. 9-15, 1984.

LYOTARD, Jean François. **The postmodern condition**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACARTHUR, C; KNOX, EG. Smoking in pregnancy: effects of stopping smoking at different stages. **Br J Obstet Gynecol**. vol. 95, p. 551-555, 1988.

MAGALHÃES, L. C. et al. Análise comparativa da coordenação motora de crianças nascidas a termo e pré-termo, aos 7 anos de idade. (Comparative analysis of motor coordination in term and pré-term birth children at seven years of age). **Revista Brasileira Saúde Materno Infantil**, Recife, v. 9, n. 3, p. 293-300, 2009.

MARQUES, Ana Cecília P R; CAMPANA, Angelo; GIGLIOTTI, Analice de Paula *et al*. Consenso sobre o tratamento da dependência de nicotina. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. vol. 23, n. 4, p. 200-214, 2001.

MARTIN, J. A. et al. Division of vital statistics. **National Vital Statistics Reports**, [s.l.], v. 56, n. 6, Dec. 2007.

MELCHIOR, M. *et al*. Maternal tobacco smoking in pregnancy and children's socio-emotional development at age 5: The EDEN mother-child birth cohort study. **European Psychiatry**, vol. 30, p. 562-568, 2015.

MERCER, BM; MERLINO, AA ; MILLUZZI, CJ *et al.* Small fetal size before 20 weeks' gestation: associations with maternal tobacco use, early preterm birth, and low birthweight. **Am J Obstet Gynecol.** vol. 198, n. 673, p. 673-678.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MOSCOU, Marília. Depilação é a burca brasileira. Disponível em: <<http://mariliamoscou.com.br/blog/depilacao-burca-brasileira/>>, Acesso em 03 ago. 2016.

MOURA, Magda Regina Silva. Trajetórias e fatores associados à qualidade de vida de mães de recém-nascidos pré-termos de muito baixo peso até três anos após o parto. Tese (doutorado). Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Alves Rezende. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Jul. 2016.

NARDI, Jean Baptiste. **O fumo brasileiro no período colonial**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

NESS, R; GRISSE, JA; HIRSCHINGER, N; MARKOVIC, N. *et al.* Cocaine and tobacco use and the risk of spontaneous abortion. **N Eng J Med.** vol. 340, n. 5, p. 333-339, 1999. p. 333.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

NUNES, ML *et al.* Síndrome da Morte Súbita no Lactente: aspectos clínicos de uma doença subdiagnosticada. **Jornal de Pediatria**, vol. 77, n. 1, 2001.

NUNES, Rui. **Genética**. Coimbra: Almedina, 2013.

OBSERVATÓRIO da Política Nacional de Controle do Tabaco. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/status_politica/precos_impuestos>, acesso em 03 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **WHO Framework Convention on Tobacco Control**. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42811/1/9241591013.pdf?ua=1>>, acesso em 23 set. 2016.

Papa João Paulo II. Encíclica *Evangelium Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>, acesso em 05 jun. 2016.

PAUL, Ian M.; LEHMAN, Erik B.; WIDOME, Rachel. Maternal tobacco use and Shorter Newborn Nursery stays. **Am J Prev Med**, vol. 37, n. 2S, p. 173-178, ago., 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESQUISA Nacional Por Amostra de Domicílios – Pesquisa Especial de Tabagismo 2008. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/suplementos/tabagismo/>>, acesso em 16 jan. 2017.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **tratado de direito civil**. t. 22, 53 e 54. São Paulo: Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. t. 22. São Paulo: Bookseller, 2003.

REIS, Artur. **A história do cigarro**: a evolução de um produto polêmico. Disponível em: <<http://professorarturreis.blogspot.com.br/2012/11/a-historia-do-cigarro-evolucao-de-um.html>>, acesso em 16 jan. 2017.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSEMBERG, José. **Nicotina**: Droga Universal. São Paulo: SES/CVE, 2003.

SANGHANI, Radhika. **Feminism, fashion and religion**: why muslim women choose to wear the veil. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11120588/Muslim-women-reveal-why-they-wear-the-veil-burqa-school-debate.html>>, Acesso em 03 ago. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice**: o social e o político na pós modernidade. Coimbra: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SASS, H. Brain life and brain death: a proposal for a normative agreement. **Journal of Medicine and philosophy**. vol. 14, p. 45-59, 1989.

SBPT, Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. **Diretrizes para cessação do tabagismo 2008**. Disponível em <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=817>, acesso em 17 jan; 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SHIVERICK, KT; SALAFIA C. Cigarette smoking and pregnancy I: ovarian, uterine and placental effects. **Placenta**. p. 265-72, 1999.

SILVA, Paulo Roberto Souza da. Instituições Republicanas na Revolução Romana. *Revista Alethéia de Estudos sobre Antiguidade e Medievo*. Volume 2/2, Ago/Dez. 2010. p. 16.

Disponível em:

<http://revistaale.dominiotemporario.com/doc/SILVA_PAULO_ROBERTO_SOUZA_DA.pdf>, Acesso em 13 abr. 2016.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 87. *apud* HENKES, Silviana; CAVAGNOLI, Carine. A tutela jurídica do nascituro: reflexões para a efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba. v. 17, n. 17, p. 126-144, janeiro/ junho de 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/14491522/A_TUTELA_JUR%C3%8DDICA_DO_NASCITUR_O_REFLEX%C3%95ES_PARA_A_EFETIVIDADE_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_DA_DIGNIDADE_HUMANA_-_Silviana_Lucia_Henkes_Carine_Cavagnoli> , Acesso em 03 ago. 2016.

SIMPSON, W.J. A preliminar report on cigarette smoking and the incidence of prematurity. **American Journal of Obstetrician and Gynecology**, vol. 78, p. 808-815, 1957.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA CRUZ. **Nossa história**. Disponível em:

<http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_7UVF24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9K2W?opendocument>, acesso em 26 set. 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TABAGISMO e saúde da mulher. Disponível em:

<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/mulheres>, acesso em 27 set. 2016

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO; Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

TRUTH tobacco industry documents. Disponível em:

<<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/>>, Acesso em: 08 nov. 2016.

UNINTENDED consequences of smoke-free bar policies for low-SES women in three California countries. **American Journal Prevent Medicine**. vol. 37, n. 2S, p. 138–S143, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v.. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

WEISS, Edith Brown. **Un mundo justo para las futuras generaciones**: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Madrid: Mundi-Prensa, 1999.

WHO: The Tobacco atlas. Geneva: 2002. Disponível em:
<http://www.who.int/tobacco/resources/publications/tobacco_atlas/en/>, acesso em 16 jan. 2017.