

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO: BREVE ANÁLISE¹

Bianca Fernanda Rodrigues²

Júlia Bagatini³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Desde muito se discute acerca dos direitos do nascituro e de sua personalidade jurídica, sendo cada vez mais forte o entendimento de que o mesmo possui direito à reparação dos danos sofridos, por ação de terceiros, quando ainda no ventre da mãe. No entanto, existem casos em que o autor do dano é a própria gestante responsável pelo cuidado e proteção do feto. Assim, através deste artigo, busca-se, de forma breve, analisar, frente aos direitos fundamentais do nascituro, a possibilidade de responsabilização civil da gestante que, por descumprimento ao dever de cuidado, cause a este danos à sua integridade física e/ou psíquica. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa documental indireta, apoiando-se em doutrinas, jurisprudências e artigos científicos. Nesta senda, torna-se necessária a discussão acerca de tal tema, uma vez que doutrina e jurisprudência não chegam a um consenso sobre a possibilidade de responsabilização civil da gestante que descumpra com seu dever de cuidado. Bem como, torna-se um obstáculo a reduzida discussão e a falta de normatização do assunto. Portanto, imprescindível a referida análise para que, assim, possa o Direito colaborar com a proteção da relação entre mãe e filho, alcançando, desta forma, a responsabilização daquele que cause dano à figura mais vulnerável deste contexto, qual seja, o nascituro.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Gestante. Nascituro.

Abstract: The rights of the unborn child and its legal personality have long been discussed, and it is increasingly understood that the child has the right to compensation for the damages suffered by third parties while still in the mother's womb. However, there are cases in which the perpetrator is responsible for the care and protection of the fetus itself. Thus, through this article, it is sought, in a brief way, to analyze, against the fundamental rights of the unborn child, the possibility of civil responsibility of the pregnant woman who, due to noncompliance with the duty of care, causes this damage to her physical integrity and / or psychic. For that, the method of deductive approach, the method of analytical procedure and the technique of indirect documentary research were used, relying on doctrines, jurisprudence and scientific articles. In this way, the discussion about this topic becomes necessary, since doctrine and jurisprudence do not reach a consensus on the possibility of civil responsibility of the pregnant woman that she disobeys with her duty of care. As well, it becomes an obstacle to the reduced discussion and the lack of normalization of the subject. Therefore, this analysis is essential so that, in this way, Law can collaborate with the protection of the relationship between mother and child, thus achieving the responsibility of the one who damages the most vulnerable figure in this context, that is, the unborn child.

Keywords: Civil Liability. Pregnant. I am born

¹ Tal estudo advém da disciplina TCC I, do curso de Direito da FAI.

² Aluna do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. E-mail: biancafernandarodrigues@hotmail.com.

³ Doutoranda em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Administrativo pela FGF. Advogada. Professora da FAI Faculdades. E-mail: juliabagatini@bol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A condição do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro gera, desde muito, discussões e embates entre doutrinadores e juristas. Os desafios advindos de tal questão despertam o interesse das mais diversas áreas das ciências humanas, e, em especial, do direito, tornando-se, assim, matéria de excepcional relevância.

Adotando-se a teoria concepcionista, é possível dizer que o nascituro possui personalidade jurídica desde o momento da concepção, sendo, a partir daí, considerado pessoa e titular de diversos direitos, em especial os direitos da personalidade.

Entende-se por nascituro o ser em formação no ventre da gestante. No entanto, vale ressaltar que, apesar de depender fisicamente da mãe, o mesmo possui corpo próprio, que não pode ser violado. Da mesma forma, constitui dever da gestante garantir o seu desenvolvimento saudável. Neste diapasão, encontra-se o nascituro suscetível a danos à sua integridade no decorrer da vida intrauterina, já que não depende única e exclusivamente de si o seu cuidado.

Em decorrência de tais danos, possuiria o nascituro, após o nascimento, o direito a postular indenização, como forma de compensação, inclusive, em face da própria gestante que, apesar da condição de protetora do nascituro, possa provocar danos à sua integridade física e psíquica, como, por exemplo, ao fazer uso, de maneira excessiva, de álcool, cigarros, medicamentos ou outras drogas. Porém, tal responsabilização civil somente seria possível se devidamente comprovados o dano causado, a culpa ou dolo da gestante e o nexo causal entre tais elementos, viabilizando a aplicação da regra geral do instituto da responsabilidade civil.

2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nascituro pode ser considerado como o ser já concebido, em formação no ventre materno, ainda por nascer. Nesta via, o vocábulo nascituro, que provém do verbete latim *nasciturus*, significa aquele que há de nascer.⁴

Tal conceituação apresenta-se de fácil compreensão e pouca divergência, no entanto o mesmo não se pode afirmar acerca da abordagem quanto à personalidade

⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

jurídica. A ideia de personalidade liga-se à pessoa, caracterizando-se como o conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas, sendo a personalidade a própria capacidade jurídica.⁵

Todavia, resta definir quando se dá o início desta personalidade, ponto fundamental na discussão acerca dos direitos do nascituro. Dispõe o artigo 2º, do Código Civil Brasileiro que “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁶

Tal dispositivo, à primeira vista, possui aspecto contraditório, uma vez que em sua primeira parte aparenta dispor que o nascituro não é pessoa (mas sim uma expectativa de pessoa), não possuindo, assim, direitos. No entanto, sua segunda parte apresenta o contrário, ao dispor que a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção (assim, se há direitos, é pessoa), ocasionando, então, dúvidas quanto ao início da personalidade.

Assim, diante das divergências quanto ao começo da personalidade, constata-se a existência de três teorias no âmbito nacional: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. A primeira teoria (natalista), adotada por nossa lei civil, conforme sustenta a doutrina tradicional, preleciona que a aquisição da personalidade se dá a partir do nascimento com vida, sendo assim, o nascituro possuiria mera expectativa de direito, uma vez que ainda não considerado pessoa, mesmo que recebendo certa proteção legal.⁷

Desta feita, tal teoria encontra-se distante da ampla proteção aos direitos da personalidade, tendência do direito civil pós-moderno, negando ao nascituro, inclusive, seus direitos fundamentais. Além do mais, ao falar-se em expectativa de direito se reconhece o nascituro como titular de direitos em formação, ou seja, pressupõem-se sua titularidade e, assim, personalidade (formal). Nesta senda, sustenta-se uma superação desta teoria, hodiernamente já obsoleta, tendo em vista que entra em colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶ BRASIL. **Código Civil**. In: VadeMecum compacto Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

Por sua vez, a teoria da personalidade condicional reconhece, desde a concepção, os direitos do nascituro, entretanto deixa tais direitos sob condição suspensiva.⁹ Os direitos conferidos ao nascituro são, assim, direitos fictícios, que ficam subordinados à condição de nascimento do feto. Entretanto, se isto não ocorrer, não haverá perda ou transmissão dos direitos, uma vez que não chegou a ser consumada sua aquisição.

O problema de tal corrente, conforme assevera Tartuce é que:

[...] ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalta-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.¹⁰

Por fim, tem-se a teoria concepcionista, para a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, sendo, então, considerado pessoa a partir deste momento. Para esta teoria, o nascituro já seria titular de diversos direitos ao longo de toda sua vida intrauterina.

Nesta via, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 4º dispõe que a vida do nascituro é protegida desde a concepção.¹¹ Tal pacto, apesar de não atender os requisitos formais do §3º, do art. 5º da Constituição Federal, que garante aos tratados internacionais de direitos humanos força de Emenda Constitucional, possui caráter materialmente constitucional, uma vez que o §2º, do artigo já mencionado, acrescenta ao rol de direitos fundamentais os direitos presentes em tratados internacionais.¹²

Sendo assim, a teoria concepcionista é a que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do direito civil nacional.¹³ Quanto aos tribunais superiores, ressalta-

⁹ SPECHT, Júlia Gracieli. **A personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de reparação do dano moral**. 2014. 79 p. Monografia (Direito) - Faculdade de Itapiranga-FAI, Itapiranga, 2014.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 77-78.

¹¹ "Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso: 24 ago. 2016).

¹² BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

¹³ Tartuce acrescenta que "[...] este é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes

se que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não possui posição definida quanto à adoção de alguma das teorias, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo o direito à reparação por dano ao nascituro.¹⁴

Pode-se verificar tal acolhimento no REsp 1.415.727-SC¹⁵, que aduz que, apesar da literalidade do art. 2º do Código Civil, o ordenamento jurídico pátrio confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos. Além disso, o mesmo ainda traz as teorias natalista e da personalidade condicional como teorias restritivas dos direitos do nascituro, edificadas na órbita dos direitos patrimoniais, sendo que atualmente já se encontram superadas.

Destarte, resta vazio o argumento de que ao nascituro não se possa reconhecer direitos, por não ser considerado pessoa em virtude de ainda não ter ocorrido seu nascimento. Apesar de não nascido, tal ser é humano e encontra-se em fase de desenvolvimento, justamente o que faz de si uma criatura indefesa que necessita de muito mais proteção, essencialmente de seus direitos fundamentais.

Assim, conclui-se que a personalidade jurídica adquirida pelo nascituro desde a concepção, o torna titular de diversos direitos, tanto patrimoniais como extrapatrimoniais. São assegurados ao nascituro, por exemplo, o direito a alimentos, o direito a receber doações e o direito de ser contemplado em testamento.¹⁶

Já no que concerne aos direitos extrapatrimoniais (direitos subjetivos não suscetíveis de avaliação econômica)¹⁷, encontram-se garantidos o direito à vida, à integridade física, à igualdade, à honra e à imagem (direitos da personalidade).

Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz". (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 78.)

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727 – SC**. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de Setembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39138375&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 24 ago. 2016.

¹⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acesso: 24 ago. 2016.

¹⁷ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Direitos esses que lhe proporcionam condições mínimas para uma vida digna, sendo assim, ligados intimamente à dignidade da pessoa humana.

Desta feita, afirma Berti que: “[...] quando um direito extrapatrimonial de um indivíduo for violado por outrem, a sanção consistirá, geralmente, em uma indenização, isto é, uma soma em dinheiro cuja finalidade é reparar o prejuízo causado.”¹⁸ Logo, a violação a direitos da personalidade do nascituro pode ser objeto de reparação judicial, com base no instituto da responsabilidade civil.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

O vocábulo “responsabilidade” advém do latim *respondere*, que seria a obrigação que alguém deve assumir pelas consequências jurídicas da sua atividade. Possui também raiz na expressão *spondeo*, do direito romano, pela qual se vinculava o devedor de forma solene, nos contratos verbais.¹⁹

A responsabilidade civil surge em face de um descumprimento obrigacional. De acordo com Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.²⁰

Nesta via, a responsabilidade seria uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, consequente da violação de um dever jurídico originário. Como muito bem leciona Gagliano e Pamplona Filho:

[...] conclui-se que a *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (grifo do autor)²¹

¹⁸ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 113-114.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

Desse modo, pode-se dizer que a responsabilidade é uma obrigação que busca a reparação pelos prejuízos causados por meio do descumprimento de uma obrigação preexistente. Sendo assim, apenas pode-se falar de responsabilidade quando caracterizado o desrespeito a um dever jurídico, seguido da produção de danos a outrem.

A responsabilidade decompõe-se em três elementos essenciais: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.²² O primeiro elemento, ou seja, a conduta humana, pode ser fundida com a culpa, formando apenas um elemento subjetivo da responsabilidade civil, segundo alguns autores.²³ Desta feita, tal conduta caracteriza-se por ser positiva (ação) ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente (de forma voluntária, por negligência, imprudência ou imperícia) que resulta no dano ou prejuízo a outrem. Esta voluntariedade, não traduz necessariamente a intenção de criar o dano, mas apenas a consciência daquilo que se está fazendo.

Ainda, a referida conduta voluntária do agente pode ser classificada como dolosa ou culposa. A conduta dolosa dirige-se intencionalmente à prática de ato ilícito, ou seja, o agente possui consciência sobre a ilicitude do fato e conhece seus possíveis efeitos, e mesmo assim pratica o ato ilícito.²⁴

Por sua vez, a conduta culposa advém de uma ação ou omissão, *a priori*, lícita, que apenas torna-se ilícita a medida que se desvia dos padrões adequados. O agente não possui a intenção de causar o resultado, nem tampouco procede com a consciência da infração. Entretanto, tal culpa seria a violação do dever objetivo de cuidado, por meio da negligência, imprudência ou imperícia.²⁵

Vale lembrar, porém, que a culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*) são elementos que caracterizam a responsabilidade civil subjetiva, enquanto que a responsabilidade civil objetiva não necessita da comprovação de dolo ou culpa, uma vez que se baseia na chamada “teoria do risco”, que tem por fundamento o risco de dano causado pela atividade exercida pelo agente.²⁶

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

²⁴ BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁶ FERNANDES, Mariane Santos. Elementos da responsabilidade civil. **Revista Hórus**. V. 5. N. 1. Jan-Mar, 2011. Disponível em: <http://www.faeso.edu.br/horus/artigos%20anteriores/2011/ELEMENTOS%20DA%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL.pdf>. Acesso: 25 ago. 2016.

Como segundo elemento, tem-se o dano, pressuposto fundamental que caracteriza o prejuízo sofrido pela parte. Indispensável sua existência para a configuração da responsabilidade civil, uma vez que sem a ocorrência de tal elemento, não haveria o que indenizar.

Nesses termos, tem-se o dano como a lesão (diminuição ou destruição) a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do agente infrator. Com efeito, ocorre o dano patrimonial quando há lesão de bens e direitos suscetíveis de aferição econômica, e dano moral quando atingir o ânimo psíquico, moral ou intelectual do ofendido.²⁷

Ainda, como último elemento da responsabilidade civil, tem-se o nexo de causalidade, sendo este o liame ou vínculo que une a conduta do agente ao dano por ele produzido. A responsabilidade civil não pode existir sem esta relação de causalidade, pois é justamente esta que indicará o agente infrator, o qual estará sujeito à responsabilização civil. Desta forma, somente poderá ser responsabilizado aquele cujo comportamento dê causa ao prejuízo.²⁸

Pode-se observar, assim, que o instituto da responsabilidade civil atua em todas as áreas da ciência jurídica, se fazendo presente também nas relações familiares e incidindo assim no direito de família. Entretanto, o alcance da ilicitude nas relações de família ainda proporciona dúvidas.²⁹ Na lição de Farias e Rosenvald:

[...] a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar *não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar*, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil. (grifo do autor)³⁰

Assim, resta clara a possibilidade de incidência da responsabilidade civil na seara familiar, no entanto, tal incidência apenas é possível quando verificada a ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado, conforme se exemplifica:

²⁷ BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 128.

[...] não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica.³¹

Consequentemente, não é possível o uso irrestrito e indiscriminado das regras do instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. Porém, não se pode negar a possibilidade de reparação civil dentro de uma relação familiar se comprovada a prática de um ato ilícito e evidenciada a culpa do agente.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO

Em primeiro plano, cumpre ressaltar que diante do estudo das teorias sobre o início da personalidade jurídica, aquela que se torna mais adequada a garantir os direitos do nascituro é a teoria concepcionista, que reconhece o começo de sua personalidade desde a concepção.

Neste sentido, “a violação à moral do nascituro se concretiza na medida em que o mesmo possui direitos decorrentes de sua personalidade. Esses direitos personalíssimos recebem guarida pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.³² Logo, ao atentar-se contra a vida e integridade do nascituro, estar-se-á por violar seus direitos fundamentais, e, assim, a sua dignidade de ser humano em desenvolvimento.

Por conseguinte, ao afirmar-se que o nascituro é titular de direitos da personalidade, resguardando-se sua dignidade, afirma-se também que ele possui o direito de ser indenizado pela violação de qualquer um desses direitos.

Nesta senda, destaca-se a importância da proteção ao nascituro, devendo seus direitos fundamentais possuir uma prioridade de efetivação, por se tratar de figura mais vulnerável.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

³² SPECHT, Júlia Gracieli. **A personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de reparação do dano moral**. 2014. 79 p. Monografia (Direito) - Faculdade de Itapiranga-FAI, Itapiranga, 2014.

Desta maneira, a possibilidade de indenização ao nascituro vem sendo reconhecida e reiterada pela jurisprudência pátria, como podemos ver no seguinte julgado do STJ, que reconhece o direito do nascituro a danos morais e estéticos em virtude de erro médico, que resultou em danos permanentes à saúde da criança:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLÉNTICULAR – RETINOPATIA DO NASCITURO - CRIANÇA COM PERDA DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL "A QUO" - SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE.

I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolénticula - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório.

II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes.

III - Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.

IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso.

Agravo regimental improvido.³³

Assim como o julgado acima mencionado, várias outras decisões neste mesmo sentido vem sendo proferidas pelos tribunais de todo país, reconhecendo ao nascituro o direito de reparação por danos causados ao longo de sua vida intrauterina. Nada mais correto do que tal posição, tendo em vista a necessidade de proteção dos direitos

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.092.134 – SC**. Agravante: ASSEC – Associação Educacional e Caritativa Hospital São Paulo. Agravado: L H K. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 17 de Fevereiro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4687517&num_registro=200801908488&data=20090306&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 25 ago. 2016.

fundamentais deste ser em formação, para que possa desenvolver-se de forma digna e saudável.

Por outro lado, não são exclusivos de terceiros os atos danosos praticados contra o nascituro. É possível que a própria gestante, por meio de conduta culposa ou dolosa, prejudique a integridade do filho por nascer.

Cumprе ressaltar que é dever da gestante garantir o desenvolvimento saudável do nascituro, proporcionando-lhe, principalmente, condições de efetivação do seu direito à saúde e integridade física. Assim, a mãe não pode opor-se a tais direitos, tendo em vista que pertencem ao feto e não a ela. Apesar da dependência física existente entre nascituro e gestante, o primeiro possui corpo próprio, não confundindo-se, assim, sua integridade física e saúde com a integridade física e saúde da mãe.³⁴

Desta feita, “há atos que podem atingir a integridade física do filho ainda no útero, independentemente de atingir a saúde da mulher grávida. Logo, um medicamento absorvido pela mãe pode causar lesões ao organismo do feto sem que tenha efeitos nocivos para ela.”³⁵

Assim, observa-se uma relação materno-fetal onde um dos partícipes (a mãe) ocupa posição dominante. Desta relação, inúmeras situações podem ocorrer. Algumas mulheres, durante a gravidez, possuem comportamentos inadequados e irresponsáveis que acabam por comprometer a integridade física e psíquica do filho. Como exemplo, cita-se o consumo excessivo de álcool, cigarros e outras drogas.³⁶

Conforme assevera Berti, tal conduta é extremamente prejudicial ao feto:

Estudos científicos já comprovaram que o consumo de cocaína pela mulher, durante a gravidez, pode causar diversas complicações: contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos; diretamente, no feto, foram comprovados, dentre outros males, o retardo no crescimento, anomalias congênitas, malformações cardíaca e urogenital e anomalias nos membros. Os estudos comprovam ainda que o uso de cocaína pode provocar o nascimento de crianças com cérebros deformados, em decorrência de lesões hemorrágicas. Pesquisas realizadas no Québec mostram que 35% de recém-nascidos expostos a esta droga apresentam anomalias significativas nos exames de ecografia cerebral. Alguns deles sofrem, no ventre materno, ataques debilitantes ou congestão cerebral, podendo-se acrescentar a todos

³⁴ BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

³⁵ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 116.

³⁶ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 141.

esses males a frequência de vômitos, diarreias, insônias, falta de apetite e um constante estado de letargia.³⁷

Da mesma forma, os efeitos do consumo de álcool e cigarros não são menos preocupantes. Ao consumo de álcool pela gestante, estão ligadas malformações congênitas do nascituro, disfunção do sistema nervoso, retardo de crescimento, cardiopatias congênitas e malformações faciais, sendo a Síndrome Alcoólica Fetal o transtorno mais grave do espectro de desordens fetais alcoólicas. Já no que concerne ao fumo (tabaco), sabe-se que, além de outros males, este pode gerar partos prematuros e nascimento de crianças de baixo peso.³⁸

Pode-se visualizar em tais condutas a violação de direitos essenciais ao nascituro, como o direito à vida, à integridade física e psíquica e à saúde. Direitos esses que, se efetivados, tornam-se garantidores de seu bom desenvolvimento na vida intra e extrauterina.

Desta feita, pode a mulher grávida entender estar usufruindo de seu direito de liberdade, ao proceder desta maneira. No entanto, lembra-se que não pode a mesma sobrepor seus direitos aos do nascituro, ainda mais quando falamos do direito à vida deste último. Assim, apesar da licitude, *a priori*, de sua conduta, esta não exclui a configuração de uma possível responsabilidade civil, vez que causa danos ao feto.

Sendo assim, assevera-se que:

O fundamento jurídico da culpa civil pela conduta da mulher, em nosso estudo, é de natureza delitual, decorrente, do descumprimento das obrigações específicas de mulher grávida em face do filho que espera; deve, pois, esta culpa ser certa e bem caracterizada.³⁹

Entende-se, portanto, adequada a aplicação do instituto da responsabilidade civil (subjativa) nos casos de danos causados ao nascituro pela própria gestante, de maneira semelhante à que é tratada a responsabilidade do profissional da saúde, desde que efetivamente comprovados os elementos: conduta, dano e nexo de causalidade.⁴⁰

³⁷ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 141.

³⁸ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³⁹ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 216.

⁴⁰ BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

5 CONCLUSÃO

Sobremaneira, apesar da dependência física do nascituro em relação à gestante, aquele não se constitui apenas como víscera desta, mas sim como pessoa autônoma, merecedora de proteção especial em virtude de sua fragilidade. Desta forma, ao atingirem a vida e a integridade do nascituro e tornarem-se concretas, as condutas danosas provocadas a este pela gestante, acabam por violar o bem mais precioso de qualquer ser: seus direitos fundamentais. Portanto, torna-se adequada a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos casos de descumprimento do dever de cuidado, por parte da gestante, que causem danos à integridade física e/ou psíquica do nascituro.

Pode tal responsabilização da gestante, à primeira vista, parecer medida drástica. No entanto, cumpre salientar que a mesma se mostra adequada, uma vez que existe violação a direitos fundamentais do nascituro, essenciais ao desenvolvimento e manutenção da dignidade da pessoa humana, capazes de gerar consequências imensuráveis que o acompanharão pelo resto da vida.⁴¹

Contudo, tomando por base o pensamento da Ministra Nancy Andrigli, relativo a ações de abandono afetivo, “não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos”.⁴² Ou seja, apenas exige-se aqui que a gestante desempenhe seu dever legal de cuidado para com o nascituro, protegendo e assegurando a vida, integridade e saúde da criança por nascer. Para que assim evite-se a produção de danos ao ser mais vulnerável desta relação e a conseqüente necessidade de sua reparação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acesso: 24 ago. 2016.

⁴¹ BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 496**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1159242&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso: 26 ago. 2016.

BARBOSA, Thais Dumas Simoneli; PAZÓ, Cristina Grobério. Os direitos fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. **Revista Panóptica**, Vitória, n.º 25. 2013.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.092.134 – SC**. Agravante: ASSEC – Associação Educacional e Caritativa Hospital São Paulo. Agravado: L H K. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 17 de Fevereiro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4687517&num_registro=200801908488&data=20090306&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 26 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 496**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1159242&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso: 26 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727 – SC**. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de Setembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39138375&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 24 ago. 2016.

_____. **Código Civil**. In: VadeMecum compacto Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia; Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso: 24 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Mariane Santos. Elementos da responsabilidade civil. **Revista Hórus**. V. 5. N. 1. Jan-Mar, 2011. Disponível em: <http://www.faesd.edu.br/horus/artigos%20anteriores/2011/ELEMENTOS%20DA%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL.pdf>. Acesso: 25 ago. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 3:** responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SPECHT, Júlia Gracieli. **A personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de reparação do dano moral.** 2014. 79 p. Monografia (Direito) - Faculdade de Itapiranga-FAI, Itapiranga, 2014.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.