

RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO DURANTE A GRAVIDEZ

*CIVIL RESPONSIBILITY OF THE PREGNANT WOMAN FOR
DAMAGES CAUSED TO THE NASCITUR DURING PREGNANCY*

Bianca Alves Fernandes*

Resumo: O objetivo desse estudo é analisar a possibilidade de responsabilidade civil à gestante por condutas prejudiciais que resultem em dano ao nascituro durante a gravidez. Para isso, far-se-á um estudo aprofundado na natureza jurídica do nascituro e sua personalidade jurídica sob o ponto de vista da teoria concepcionista. Será feita a ligação entre a personalidade jurídica e responsabilidade civil por danos causados ao nascituro, com a possibilidade de gerar indenização compensatória na esfera jurídica. Ademais, devem ser analisados casos concretos existentes na jurisprudência estrangeira com base no sistema do Common Law, fazendo uso da doutrina e legislação concernentes ao tema proposto. Embora o objeto de estudo apresente conteúdo ainda não solucionado e com resultados não consubstanciados no ordenamento jurídico vigente em território nacional, a análise merece destaque para depreender diversos pontos que podem ser observados no cotidiano e que, caso não sejam avaliados, podem gerar riscos e consequências para o nascituro. O método de abordagem a ser utilizado é o método dedutivo, partindo-se da premissa de que o nascituro é sujeito de direitos para se chegar ao resultado conclusivo de que o nascituro pode responsabilizar civilmente a mãe por ter lhe causado danos durante a gestação. O método de procedimento é o monográfico, visando delimitar o caso através da análise da natureza jurídica do nascituro e o instituto da responsabilidade civil para posterior resolução da conclusão, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Danos ao nascituro. Direito de personalidade. Responsabilidade civil.

Abstract: *The objective of this study is to analyze the possibility of civil liability to the pregnant woman for harmful behaviors that result in damage to the unborn child during pregnancy. To this end, a thorough study will be made of the legal nature of the unborn child and his or her legal personality from the point of view of conceptionalist theory. I will liaise between legal personality and civil liability for damages caused to the unborn child, with the possibility of generating compensatory damages in the legal sphere. In addition, I will analyze some concrete cases in foreign jurisprudence, based on the Common Law system, I will use jurisprudence, doctrine and legislation concerning the proposed theme. Although the object of study presents content that has not yet been solved and results that are not embodied in legal system, its analysis deserves to be highlighted in several points that can be observed in our everyday lives and which, if not evaluated, can create risks and consequences for the unborn child. The method of approach used is the deductive method, starting from the premise that the unborn child is subject of rights to arrive at the conclusive result the unborn child can civilly blame the mother for having caused damages to him during pregnancy. The procedure*

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis. Endereço eletrônico: biaafernandes@hotmail.com

method is the monographic, aiming to delimit the case through the analysis of the legal nature of the unborn child and the institute of civil responsibility for later resolution of the conclusion, through bibliographic research.

Key-words: Damages to the unborn. Right of personality. Civil liability.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a responsabilidade civil imputável às gestantes que, a depender das condutas adotadas, podem gerar danos ao nascituro. Trata-se de um tema importante para o Direito, principalmente se analisado pela teoria concepcionista, a qual confere direitos de personalidade ao nascituro e podem ser exercidos no nascimento com vida.

Propõe-se com esta pesquisa elucidar a problemática colocada pela doutrina no que se refere aos direitos de personalidade conferidos ao nascituro pelo ordenamento jurídico, já que seria possível afirmar que a lesão a tais direitos enquanto ainda nascituro podem resultar em responsabilidade civil. Neste diapasão, responsabilizar civilmente as gestantes pelas condutas prejudiciais ao ser em desenvolvimento na vida intrauterina durante a gestação e que resultem em danos à formação intrauterina seria conduta típica a ser compelida pelo Estado.

É uma questão que, após analisada profundamente, leva a vários caminhos que refletem significativamente na sociedade, visto que é relativamente comum recém-nascidos nascerem com problemas de saúde por imprudência da mãe na gravidez. Tais danos podem ser cometidos por terceiros que, por falta do dever de cuidado, acabam gerando danos à gestante e, conseqüentemente, ao nascituro ou como descrito anteriormente, por condutas da própria gestante, o qual aprofundar-se-á este estudo.

Ademais, importante ressaltar que se busca com esse trabalho a relativização da liberdade comportamental da mulher durante a gravidez, de forma que haja um equilíbrio entre os direitos da mãe e os direitos assegurados ao nascituro para que este não venha a sofrer danos em sua esfera de direitos.

A legislação vigente não estabelece lei infraconstitucional que trate especificamente sobre o tema, deixando lacunas quanto à possibilidade de responsabilidade civil extrapatrimonial no caso de dano ao direito de personalidade do nascituro. Contudo, pode-se afirmar que, segundo o ordenamento jurídico, o nascituro é um ente personalizado que guarda, até o nascimento com vida, o condão de ser sujeito de direitos. A legislação não proíbe que a gestante, por exemplo, fume ou consuma bebidas alcoólicas em grande quantidade mas, embora sejam lícitas, ainda sim são prejudiciais e podem resultar em dano ao nascituro.

2 A PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Civil foram fundamentais para que houvesse uma mudança no entendimento jurisprudencial e,

principalmente, uma mudança axiológica, produzindo efeitos no direito positivista, filosófico e na metodologia jurídica. Cada um possui uma área de atuação, o primeiro é responsável pela organização da sociedade política e protetor dos direitos fundamentais, enquanto o segundo protege os direitos particulares de cada pessoa em suas várias relações jurídicas e pessoais.

De acordo com Zanini (2011, p. 49) fundamentado por Szaniawski, após os acontecimentos decorrentes da Segunda Guerra Mundial e na tentativa de que não voltassem a ocorrer, as constituições passaram a se fundamentar na dignidade da pessoa humana. O novo direito civil abandonou o liberalismo e se adaptou aos princípios constitucionais, no sentido de realizar a justiça social. Essa mudança de paradigma resultou na valorização dos direitos de personalidade. Colocando a pessoa humana como valor prioritário e fundamental da ordem jurídica, o dano à pessoa passa a ser visto como causa determinante do dever de indenizar (AMARAL, 2017).

Na cultura antiga, *prosopon* (Grécia) e *persona* (Roma) significavam a máscara utilizada para individualizar os personagens da vida social (VASCONCELOS, 2006). Foi com referência a esse papel representado no meio social, que o termo pessoa se desenvolveu no meio jurídico e passou a designar pessoa como o sujeito de direitos, desde que o mesmo usufrísse de sua liberdade e também fosse cidadão romano e chefe de família.

Berti (2008, p. 58) conceitua a pessoa em dois planos, o filósofo e o jurídico. Segundo o primeiro, "pessoa é o ser humano individualizado, de existência própria e caracterizado essencialmente por sua unicidade, interioridade, racionalidade e autonomia". No plano jurídico, pessoa é "o sujeito de direitos capaz de ser titular de direitos e obrigações" (BERTI, 2008, p. 59). É o ser ao qual a ordem jurídica atribui direitos objetivos, patrimoniais e extrapatrimoniais (BERTI, 2008).

A palavra dignidade, no sentido ético, fazia parte da obra Kantiana. Na sociedade, tudo tem um preço ou dignidade. O preço é o valor dado às coisas, que admitem a substituição por algo equivalente, enquanto a dignidade é um valor interno, de interesse geral, superior a qualquer preço e insubstituível por qualquer equivalente pertencente à pessoa (ZANINI, 2011, p. 68).

Dignidade é a qualidade da pessoa, sendo esta oponível a terceiros e tido como um valor absoluto de toda pessoa. Esse valor exprime-se como um valor ético, segundo o qual a pessoa é um fim em si mesmo e, por isso, deve ser respeitada por todos, concretizando a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico (AMARAL, 2017).

Há uma tríplice categoria de direitos que têm seu fundamento na dignidade da pessoa humana: Direitos Humanos (no âmbito do direito de personalidade internacional, direitos do Homem), Direitos Fundamentais (âmbito constitucional, pressupõe relações de poder) e Direitos da Personalidade (âmbito do direito civil, pressupõe relações de igualdade) (AMARAL, 2017).

É nesse contexto, de dar efetividade à importância do valor da pessoa, que se enfrenta o problema da responsabilidade civil pelos danos à pessoa. Este trabalho aborda, especificamente, dos direitos de personalidade.

3 DIREITO DE PERSONALIDADE

Conforme Amaral (2017), os direitos da personalidade são os direitos da pessoa que têm como cerne os bens e valores essenciais da pessoa. Sendo assim, a personalidade é a qualidade de ser pessoa. Não há Direito sem pessoas e são elas o fundamento ontológico do Direito (VASCONCELOS, 2006, p. 47). Os direitos da personalidade possuem caráter absoluto, pois se impõem ao respeito de todos. São também extrapatrimoniais e indisponíveis.

Conforme Zanini (2011, p. 110), consolidou-se na doutrina o entendimento de que “os direitos personalíssimos são insuscetíveis de transmissão de um titular para outro, de exercício apenas de seu titular, devido ao caráter *intuitu personae*, encontradas nas obrigações personalíssimas”.

Outro aspecto importante dos direitos de personalidade é com relação a sua tipificação, pois esta não constitui um limite material do direito de personalidade. Isso pois, caracterizam-se apenas como tipos ideais com origem em tipos reais que se apresentam com maior frequência e não cobrem todas as possibilidades de casos, ou seja, representam apenas tipificação de casos que possuem uma certa frequência. Não delimitam, dessa forma, excluindo casos que lhe são exteriores.

A personalidade humana tutelada não reveste um caráter estático, mas dinâmico, protegendo por isso mesmo o direito ao desenvolvimento dos próprios direitos de personalidade. O Homem, desde a sua concepção está em constante evolução, de modo que sua personalidade somente pode ser adequadamente compreendida mediante a consideração global deste fenômeno (SOUZA apud GARCIA, 2007, p. 92).

O Direito ocupa-se da personalidade de dois modos: objetivamente e subjetivamente. O relacionamento entre o Direito objetivo e o subjetivo de personalidade está ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio. Este diálogo, em sua origem, possui a grande diferença no modo de ver a inserção da pessoa no ambiente em que se insere, entre o objectivismo platônico-aristotélico e o subjectivismo estóico (VASCONCELOS, 2006).

O primeiro, objectivismo platônico-aristotélico, parte da *pólis* para a pessoa individualmente falando. A *pólis* é o estado natural da pessoa, e o indivíduo é membro da *pólis*. Pode-se associar este conceito ao de Ordem Pública, Bons costumes e Bem Comum. Dessa forma, constitui-se com a regulação jurídica relativa a defesa da personalidade consagrada, cuja razão esteja fundada na ordem pública assumindo papel relevante sob os princípios que regem sobre a tutela da personalidade e que são indisponíveis (VASCONCELOS, 2006, p. 47).

Essas regras são impostas pelo respeito da dignidade humana e não cabe ao Estado legislar ou dispor acerca de tais matérias concernentes à vida e dignidade pessoal. Assim também não cabe a nenhum indivíduo dispor sobre os direitos de personalidade. Estão abrangidos no direito objetivo da personalidade os direitos humanos, o direito constitucional e fundamental de cada ser humano concernente a

dignidade humana, o direito penal dos indivíduos (crimes contra as pessoas) e também o direito civil.

Enquanto o direito objetivo é tido como um dever de agir perante o outro, o direito subjetivo corresponde a um direito absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade enquanto pessoa. Diante disso, a lei surge como um instrumento de defesa que dá a cada indivíduo poderes jurídicos para a titularidade de seus direitos de personalidade e seu exercício é livre e depende da autonomia de cada um (VASCONCELOS, 2006).

Importante ressaltar que, o direito subjetivo de personalidade é disponível e encontra-se ancorado na autonomia privada, ou seja, pode a pessoa tolerar ofensas e prescindir de sua defesa. Portanto, são tidos como poderes que seu titular possui de defender seus direitos de personalidade contra o Estado e qualquer outro indivíduo (VASCONCELOS, 2006).

Este entendimento do direito subjetivo de personalidade como um “jus in se ipsum”, ou seja, um direito sobre si próprio, tem origem no Humanismo e na Idade Moderna (VASCONCELOS, 2006, p. 58). Essa concepção se dividia entre duas escolas, a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico.

Segundo a primeira, a admissão de um direito subjetivo da personalidade levaria ao reconhecimento de um direito cujo objeto é a própria pessoa, o que autorizaria a disposição sobre si mesmo, inclusive o suicídio (ZANINI, 2011). Por isso a Escola Histórica do Direito negava aos direitos de personalidade a qualidade de subjetivos e a impossibilidade de um sistema absoluto de direito, como o direito natural, pois o direito se refere a expressão da individualidade de um povo.

Para o positivismo, os direitos que derivam da pessoa somente seriam reconhecidos se eles estivessem expressamente tipificados no ordenamento jurídico, pensamento este que convalidou em grande parte da Europa (ZANINI, 2011).

3.1 A personalidade no Código Civil de 2002

A origem da personalidade no ordenamento jurídico é tratada no Código Civil de 2002, no art. 2º, segundo o qual “a personalidade da pessoa começa do nascimento com a vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção”. Na segunda parte do dispositivo se encontra a personalidade natural, ou seja, tem origem com a concepção.

O nascituro é protegido legalmente em toda a sua vida intrauterina. Na primeira parte podemos constatar a personalidade civil, que se dá a partir do nascimento com vida. A partir de então, o ser concebido é suscetível de direitos e obrigações (BERTI, 2008). Pode-se dizer que a lei civil reconhece, portanto, a personalidade natural do nascituro. O ser em gestação já é uma pessoa, mas no sentido jurídico, somente o será com o nascimento com vida.

Diante disso, a tutela que é dada a pessoa humana é estendida do nascituro ao embrião, trazendo à tona uma discussão muito recorrente no direito no que diz respeito

à natureza jurídica e personalidade do nascituro. Os direitos de personalidade são inatos pelo fato de que são adquiridos no instante da concepção e não podem ser retirados da pessoa enquanto ela vive, pois são inerentes à qualidade humana (DINIZ, 2016).

Essa discussão doutrinária desencadeou três teorias que se referem ao início da personalidade jurídica: a teoria natalista, que sustenta que esta se inicia com o nascimento com vida; a teoria concepcionista, que defende começar com a concepção; e a teoria da personalidade condicional, que aduz começar desde a concepção, mas permanece a condição do nascimento com vida (AMARAL, 2017).

O estudo etimológico da palavra nascituro aponta que o termo tem origem do latim nasciturus, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer. Nesse sentido, trata-se do já concebido mas ainda não nascido. Desta forma, sob o enfoque da teoria natalista, o nascituro não é, e não pode ser, dotado de personalidade jurídica, pois essa só é adquirida com o nascimento com vida (ROSENVOLD; FARIAS, 2014).

Outra teoria, é a condicional. Na linguagem jurídica condição é o evento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Se dá de dois modos, resolutiva e suspensiva. A doutrina admite uma personalidade civil condicional, cuja eficácia esteja subordinada ao nascimento com vida e a maior parte da doutrina entende se tratar de uma condição suspensiva. Para esta corrente, o nascituro é uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade condicionada ao nascimento com vida (ROSENVOLD; FARIAS, 2014).

A terceira se refere a teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro titulariza, desde a concepção, os direitos de personalidade e por isso já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais estarem sujeitos ao nascimento com vida. Borges (2007), considera que o nascituro já é titular de direitos da personalidade argumentando que sua aquisição na forma do art. 2º do Código Civil determina apenas a aquisição de direitos patrimoniais.

A teoria condicional é por alguns criticada pois não leva em consideração os direitos extrapatrimoniais atribuídos à criança ainda no ventre materno. Um exemplo disso é o cuidado que a criança exige quando ainda em desenvolvimento fetal. São direitos que, sem um titular, acabam por ficar à mercê da condição suspensiva, ou seja, o nascimento. Ademais, a criança concebida seria titular de direitos em formação em que somente medidas conservatórias poderiam ser realizadas (BERTI, 2008, p. 84).

No Brasil, atualmente, com fulcro na doutrina majoritária sufragada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a concepcionista, ainda que a breve leitura do art. 2º dê a impressão de ser a natalista.

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma,

o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional”¹

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º, e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatela-do (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.

¹ STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232

Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido.²

Em relação a isso, podemos citar o 1º Enunciado da I Jornada de Direito Civil: Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.

3.2 Tutela pré-natal da personalidade e tutela jurídica do nascituro

A gravidez é um momento muito delicado da vida da mulher, já que esta abriga em seu próprio corpo uma outra vida que a seus comportamentos está subordinada até que seu desenvolvimento embrionário se dê por completo e este esteja apto a exercer suas funções vitais. Embora seu contato se limite apenas à mãe, importante lembrar que o nascituro pode ser lesado indiretamente por terceiros quando sua mãe é atingida ou lesionada e pode também ser lesado por sua mãe através de condutas negligentes.

Atualmente, tem-se a concepção de que as mães devem ter cuidados especiais na gravidez, que muitas vezes não são cumpridos, gerando o risco de lesão ao ser em desenvolvimento que pode sofrer consequências graves (VASCONCELOS, 2006).

Independente da teoria utilizada para responder ao questionamento do momento de aquisição da personalidade jurídica, é certo dizer que o nascituro, ontologicamente é pessoa. Por isso a lei não poderia dizer que antes do nascimento não há pessoa, pois não compete à lei determinar a existência da pessoa (GARCIA, 2007, p.96).

A fase pré-natal em que se encontra o nascituro é somente uma das fases no processo da vida humana. Dado isso, a lei não pode omitir esse fato e não atribuir ampla proteção aos seus direitos de personalidade, já que os direitos de personalidade são

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acessado em: 16/07/2019

inerentes à pessoa e não ao nascimento. De acordo com Vasconcelos (2006), desde a concepção o nascituro já é titular de direitos de personalidade, especialmente o de integridade física, e possui o direito de ser tratado conforme os cuidados que a fase peculiar em que encontra impõe.

Diante disso, certo dizer que o nascituro comporta direitos extrapatrimoniais, sendo estes os direitos que não integram o patrimônio da pessoa. Pertencem antes a uma ordem de valor. São direitos insuscetíveis de apreciação econômica e por isso sua lesão gera indenização de cunho compensatório. Entre esses direitos que o nascituro dispõe desde a concepção, enquanto sujeito de direitos, pode-se citar o direito à vida.

Pode-se afirmar que uma das mais sensíveis manifestações de direito à vida encontra-se na fase pré-natal. Ao olhar para as normas que gravitam no ordenamento jurídico e, em especial a Constituição Federal, pode-se dizer que existe um olhar especial à proteção da vida, sendo esta inviolável. Também no Direito Civil busca-se uma proteção por força da doutrina dos direitos da personalidade. No entanto, não há um momento preciso para que se dê essa proteção.

No art. 5º inciso XXXVIII da Constituição Federal há a competência do tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida. Entre esses crimes dolosos, segundo o Código Penal, está o aborto, com o intuito de proteger a vida do nascituro. Portanto, ainda que implicitamente, há o intuito de proteger a vida do nascituro ao se depreender que o crime de aborto é tipificado pelo ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2006).

Outros direitos extrapatrimoniais são o direito à integridade física e à imagem. É indubitável que a integridade do filho tem conexão necessária com a integridade da mãe. No entanto, sabe-se que com tantos avanços médicos hoje vivenciados existe a possibilidade de o médico introduzir no corpo da mulher produtos de utilidade terapêutica ao embrião em desenvolvimento humano, não lesionando a integridade física da mãe.

Não obstante, pode-se dizer que se tratam de duas integridades físicas distintas, uma da mãe e outra do embrião e feto que está sendo gerado. Desse modo, quando a gestante se vale de seu direito à liberdade para praticar condutas que, embora lícitas, prejudicam o pleno desenvolvimento do embrião, como a utilização compulsória de cigarro ou mesmo o consumo de drogas entorpecentes, a mãe está gerando danos à integridade física do bebê.

Ademais, conforme BERTI (2008), quando se dá a uma mulher grávida o direito de ter sua imagem respeitada essa proteção se estende ao filho que traz em seu ventre. Neste sentido, imagine-se o caso em que uma mãe concede a imagem do embrião para campanhas e propagandas contra o aborto ou até mesmo fotos indicando experimentos médicos-científicos com o embrião para divulgá-las em revistas científicas. Divulgar tais imagens, neste sentido, estaria infringindo o direito à imagem do nascituro.

De acordo com o Direito Processual Civil é reconhecida ao nascituro a capacidade de ser parte, seja passiva ou ativa. Isso demonstra a titularidade de situações,

tanto de direito material como processual, que comprovam a tese que defende a personalidade jurídica começar somente com o nascimento com vida, conforme sugere a interpretação literal no art. 2º do Código Civil. Uma interpretação sistemática leva a crer ser o mesmo sujeito de direitos, e assim, pessoa (AMARAL, 2017).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pressupõe a existência de três elementos, quais sejam, a conduta, onexo causal e o dano, podendo ser a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil é subjetiva se a conduta for culposa ou dolosa, pois é imprescindível sob esse viés analisar a conduta do sujeito que causou o dano para estabelecer a quantia a ser indenizada. A responsabilidade também pode ser objetiva, quando não for necessária a aceção de culpa no caso concreto (FILHO, 2014).

Divide-se na casuística, podendo esta ser pelo fato da coisa, do animal ou prédio em ruína, no abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil e na cláusula geral prevista no art. 927 § único do Código Civil, como a responsabilidade advinda de uma atividade geradora de risco (FILHO, 2014).

A responsabilidade civil subjetiva é de maior relevância para o presente estudo, tendo como viés a análise da conduta da mãe que age com dolo ou culpa e que, por essa conduta, causa um dano ao ser que está em desenvolvimento na gestação. A doutrina se divide em dois grandes grupos para estabelecer um conceito de culpa.

O primeiro grupo vê a culpa como uma violação de um dever legal ou contratual pré-existente, ou seja, é a violação de um dever jurídico pré-estabelecido. Este conceito, embora unitário e válido no âmbito contratual e extracontratual, carece de uma significação ao dever violado e como este se estabelece. Segundo esta corrente, a culpa contratual resulta na figura do inadimplemento, enquanto a culpa extracontratual resulta em um dever legal de prudência (CALIXTO, 2008).

O segundo grupo, conceitua a culpa como erro de conduta visando afastar a necessidade de se demonstrar o dever jurídico violado, mas deve-se estabelecer o padrão de conduta a ser seguido. Recupera-se dessa forma, o proposto de diligência adotado no Direito Romano com a figura do *bônus pater familias* (bom pai de família), admitindo-se a sua contextualização nos dias atuais (CALIXTO, 2008).

Atualmente, outro desafio tem surgido, qual seja, identificar os elementos que devem ser considerados na apreciação da conduta daquele que agiu ou se omitiu. Neste ponto também se divide a doutrina, em apreciação em abstrato, que leva em consideração o padrão de conduta do bom pai de família, e em concreto da culpa, que leva em conta elementos mais subjetivos, como a conduta do agente em negócios anteriores ao se tratar de responsabilidade civil contratual, e a intenção do agente em praticar o evento que resultou em dano ao se tratar de responsabilidade civil extracontratual (CALIXTO, 2008).

A culpa possui dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. O requisito objetivo seria a antijuridicidade ou violação de uma norma jurídica pré-existente. Este se encontra no art. 186 do Código Civil, segundo o qual, "aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2018).

O segundo requisito, denominado imputabilidade, exige do agente a capacidade de entender o caráter ilícito dos seus atos. De acordo com Calixto (2008, p. 31), pode-se conceituar culpa da seguinte maneira: “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto”. Pode consistir em uma ação ou omissão que acarreta a violação de um cuidado que é determinado socialmente como uma conduta que seria tomada por um ser humano prudente (e não do homem médio ou *bônus pater família*).

O caso concreto é mencionado pois impõe-se a consideração da formação intelectual do agente, o que leva a crer que o conceito de culpa deve ser relativizado e contextualizado, não absoluto, levando-se em consideração vários aspectos. A imputabilidade a que se fez referência diz respeito a imputabilidade civil pautada na capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato.

Importante ressaltar que uma leitura rápida do art. 186 do Código Civil dá a ideia de que dano advém de um ilícito. No entanto, dano difere de ilícito, pois entende-se que um dano pode advir de um ato lícito, por exemplo, o *venire contra factum proprium*³, a figura da *supressio*⁴ e a *surrectio*⁵.

A causalidade, outro pressuposto da responsabilidade civil, é o vínculo entre dois eventos, em que um é efeito necessário do outro, ou seja, existe um fato antecedente e outro fato conseqüente. A causa de um dano, é o fato que contribui para gerar o resultado ou agravá-lo. Nesse viés, a obrigação de indenizar deve partir da prova quanto à existência da causação do dano.

Deve-se ressaltar a diferença entre causa e condição. O primeiro se refere a um fato determinante de um dano, enquanto o segundo, não se refere a fatos determinantes. Para determinar o fato responsável pelo dano, há a necessidade de teorias, entre as quais se destaca a teoria da causalidade direta ou imediata.

Esta teoria utiliza o critério da proximidade na qual vai ser considerada causa aquela que esteja ligada imediatamente aos danos e está presente no art. 403 do Código Civil. Segundo este dispositivo, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e também imediato.

³ Significa a proibição de um comportamento contraditório. As partes de um negócio jurídico devem agir conforme a boa-fé objetiva, conforme padrões de lealdade e honestidade. Diz respeito a um comportamento inicial, que reiteradas vezes é seguido por ambas as partes, fazendo surgir uma confiança para o outro. Posteriormente, há uma conduta contraditória, que fere a legítima expectativa criada pelo seu comportamento primário (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 148).

⁴ Nas palavras de Flávio Tartuce, a *supressio* se refere a uma perda de uma obrigação pelo decurso do tempo, ou seja, trata-se de uma obrigação que existia, mas por deixar de cumprir alguma obrigação acessória reiteradas vezes, perde-se o direito de cobrá-la do outro (2017, p.421).

⁵ Nas palavras de Flávio Tartuce, *surrectio*, ao contrário da *supressio*, se refere ao surgimento de uma obrigação pelo decurso do tempo, ou seja, não existia uma obrigação, mas ao exercer de forma continuada, gera uma expectativa de que aquele comportamento se repetirá (2017, p.421).

Importante lembrar as excludentes de causalidade, que envolvem três casos. O primeiro se refere ao caso fortuito ou força maior. Na responsabilidade civil subjetiva, o caso fortuito é um evento imprevisível e a força maior, o evento é irresistível. Em ambos os casos, o ônus da prova é do lesante. O segundo é o fato de terceiro, e sua diferença com a força maior é que neste, não se identifica o terceiro, sendo requisitos o desconhecimento (não pode haver vínculo com o lesante ou a vítima) e a exclusividade (tem que ser a causa exclusiva do evento). A terceira excludente de causalidade é o fato de vítima, na qual há atuação própria da pessoa que sofreu o dano.

Também, para que haja responsabilidade civil é necessário que o fato gerador apareça como causador do dano. Deve haver um autor. Dano é o prejuízo causado a um bem jurídico que gera a obrigação de indenizar. A partir de uma conduta de terceiro que lese um direito, seja patrimonial ou não, nasce para o titular e ofendido um direito a ser indenizado (AMARAL, 2017).

A doutrina moderna faz uma importante distinção entre dano e prejuízo, sendo o prejuízo um atentado material, enquanto o dano um atentado jurídico. O prejuízo se limita ao quadro da responsabilidade, e o dano pode desvincular-se e designar outra lógica de reparação (BERTI, 2008, p. 177).

Dano é qualquer diminuição do patrimônio moral ou material da pessoa. O dano indenizável compreende qualquer desses dois âmbitos, e o dano deve efetivamente causar um prejuízo para o indivíduo que teve seu direito lesado. Prejuízo é, portanto, consequência do dano. Para a reparação do dano, o fato lesivo tem que dar causa ao prejuízo através da causalidade.

Os elementos integrantes da personalidade podem ser divididas em três esferas: elementos físicos, morais e atinentes ao desenvolvimento da personalidade. O dano pode atingir qualquer uma destas esferas. Quanto ao dano físico, também chamado biológico, este compreende qualquer ofensa ao aspecto físico da personalidade, intimamente ligado à saúde. A exemplo disso estão a vida e integridade física (GARCIA, 2007).

O ressarcimento a esses danos envolve remédios, honorários médicos e odontológicos, despesas com hospitais, exames, fisioterapia e outros. No caso de o dano gerar incapacidade permanente ou temporária deve-se levar em conta os efeitos que esta perda gera para a vítima, para calcular o quantum indenizatório, que deve ser proporcional ao prejuízo que este sofreu enquanto estava incapacitado. No Código Civil, está estabelecido no art. 950 o seguinte:

Art. 950: Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

§único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Ainda no primeiro aspecto do dano, há também o prejuízo a ser suportado por aqueles que dependiam economicamente da vítima, também chamado “dano por ricochete”, nos casos em que o dano causou a cessação da vida da vítima, estampado no ordenamento no art. 948 do Código Civil (GARCIA, 2007, p. 279). Para a fixação da indenização, que será paga em forma de pensão, levar-se-á em consideração o tempo provável de vida.

Conforme a jurisprudência, a indenização é devida a todo aquele que provar ter suportado um prejuízo em razão do óbito da vítima, independente de relação jurídica. No dano à integridade física se insere os sofrimentos físicos, dano à satisfação e prazer, como a privação de alegrias da existência, e o dano estético, caracterizado por mutilações e cicatrizes no corpo. Este último pode gerar consequências de ordem patrimonial ou extrapatrimonial se lhe causar vexame e humilhações (GARCIA, 2007).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que se pode cumular dano estético e dano moral, conforme a Súmula 387, desde que oriundos do mesmo fato ilícito. Importante ressaltar que o dano por ricochete também se enquadra nos casos de dano à integridade física, bem como suas consequências.

Com relação ao segundo aspecto do dano, o aspecto moral da personalidade faz referência à imagem do sujeito para a sociedade. São protegidos os elementos que individualizam e qualificam a pessoa como o nome, identidade, honra, imagem e também os aspectos individuais, como a vida privada e intimidade. O dano a tais direitos da personalidade no aspecto moral resulta em medidas de cunho inibitório, reparação in natura e até mesmo indenização de dano moral e material que envolva dano emergente e lucro cessante (GARCIA, 2007).

O terceiro aspecto envolve danos que afetam o livre desenvolvimento da personalidade. Há uma restrição da liberdade de ir e vir resultando em dano. O ato ilícito que venha a intervir nesse processo de desenvolvimento da personalidade causando um dano, chamado de “dano ao projeto de vida”, deve ser indenizado. O exemplo dado por Garcia, em citação a Sessarego, é elucidativo: “um pianista que sofre acidente de trânsito e perde os dedos de sua mão, e então, não consegue mais exercer seu ofício. Sua liberdade de escolher ser pianista está interrompida, gerando ao pianista um vazio existencial, dano ao seu projeto de vida” (GARCIA, 2007, p. 298).

O dano pode ser classificado, quanto à natureza, em patrimonial e extrapatrimonial. Será patrimonial quando há uma alteração ou inutilização de bem ou direito econômico. O extrapatrimonial é imprescindível para o presente estudo, pois inclui a violação aos direitos da personalidade.

Importante dizer que, durante muito tempo, a doutrina e jurisprudência se opuseram à ressarcibilidade em virtude da violação de um direito da personalidade. A indenização, por seu cunho de ressarcimento seria incompatível com a natureza dos direitos de personalidade e, por isso, não poderia apagar o dano.

Não seria possível atribuir compensação pecuniária pois não haveria a supressão do dano. Certo é que os direitos de personalidade não fazem parte do patrimônio em

sentido estrito, no entanto, tem grande relevância para a vida econômica das pessoas (ZANINI, 2011). O quadro mudou com a promulgação da Constituição de 1988, que expressamente previu a possibilidade de indenização por dano moral ou à imagem no art. 5º, seguindo o Código Civil de 2002 no mesmo sentido. Desse modo busca-se compensar o mal sofrido.

Importante ressaltar que não se fala em equivalência, já que a indenização pelo dano e o direito lesado não são iguais. Busca-se apenas uma compensação, e não reparação. Refere-se, portanto, ao dano à honra, ao nome, à imagem, à saúde ou ligado ao corpo, integridade psíquica. Através da reparação se busca restabelecer o equilíbrio gerado rompido pela ocorrência do dano.

Verificada a violação do direito de personalidade, o ordenamento jurídico reage sancionando o comportamento do agente, obrigando-o a restabelecer, na medida do possível, a situação anterior que se encontrava a vítima (GARCIA, 2007).

Conforme Garcia (2007, p. 255), “as definições de dano conduzem a 2 grandes teorias: a teoria da diferença e a teoria do interesse”. De acordo com a primeira, compara-se a situação após o dano e a situação que existiria se não tivesse acontecido o dano, através de um cálculo matemático. A diferença entre os dois fatores conduz ao quantum indenizatório.

A teoria da diferença é criticada por não se encaixar no caso de danos morais, em que o direito lesado não possui valor econômico. Já a teoria do interesse, adotada pelo sistema jurídico no art. 186 do CC, calcula-se o dano a partir da violação do interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico. Não se trata o dano de uma violação física do bem, mas sim de um interesse protegido pelo ordenamento, abarcando também aqueles que não possuem valor patrimonial.

4.2 Responsabilidade civil da gestante pelos danos causados ao nascituro

Durante a gravidez, o nascituro depende exclusivamente de sua mãe. Todo comportamento atinge o nascituro, seja de forma positiva ou negativa. Diante disso podemos dizer que, do mesmo modo que a boa alimentação da mãe é imprescindível, a saúde física, psíquica e mental é extremamente importante para o perfeito desenvolvimento do embrião e feto, tendo em vista que comportamentos que afetem sua integridade física também afetarão o ser que está sendo desenvolvido, direta ou indiretamente.

Lesões fetais podem resultar de diversos fatores, a exemplo da desnutrição da mãe, desinformação, da negligência e imprudência no período pré-natal, da prática de certas atividades físicas, transmissão de uma doença ou condição genética, a exposição a um ambiente perigoso (BERTI, 2008).

Estas condutas lesivas podem advir de comportamento dos pais ou de terceiros. A personalidade do nascituro também é protegida diante de omissões ilícitas que possam comprometer o seu desenvolvimento, a exemplo da gestante que se omite do dever de ingerir medicamentos essenciais para o desenvolvimento do ser em gestação (GARCIA, 2007).

Estudos revelam que o consumo de cocaína pela mulher durante a gravidez pode causar complicações como contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos e, especificamente no embrião, pode causar sua má-formação, anomalias congênitas, anomalias em seus membros e outros (FREIRE; PADILHA; SAUNDERS, 2009).

Podemos também citar os efeitos do álcool, que causa ao desenvolvimento do embrião e feto grande risco de malformações congênitas, retardo no seu crescimento, disfunção do sistema nervoso central, malformações faciais e cardiopatias congênitas (FREIRE; PADILHA; SAUNDERS, 2009). No caso do dano ao nascituro causado pelo tabagismo pode-se dizer que há culpa da mãe, podendo-se, portanto, invocar a responsabilidade civil.

Ainda que haja certa margem de liberdade a mãe e que o seu comportamento seja lícito perante o ordenamento jurídico, pode ela prejudicar o filho e, neste caso, poderá ser responsabilizada civilmente (BERTI, 2008). Na responsabilidade pessoal, a culpa serve para designar o responsável, sendo fonte para a reparação civil.

É admitido a ação contra os genitores apenas quando o ato lesivo não é o mesmo que gera a vida. O fato da mãe conceber um filho transmitindo-lhe doença genética não seria considerado ilícito, afastando o dever de indenizar. As condutas que não fossem conexas com a concepção, poderiam determinar essa obrigação (OPPO apud BERTI, 2008, p. 206).

O direito positivo respondia essa questão dizendo que somente se era imputável o agente com responsabilidade moral, condição hoje não mais exigida. A responsabilidade moral é o modo como a conduta da mulher em relação ao ser que está sendo gerado em seu ventre é visto na sociedade. A tendência atual é de que somente se imputem responsabilidades ao médico e à mulher, através de uma responsabilidade civil compartilhada, e a um terceiro, quando for este o causador do dano à mulher e que, indiretamente, também atingiu o embrião ou feto.

Qualquer ação pertinente para proteger os direitos de personalidade atinentes ao nascituro pode ser ajuizada antes do nascimento, podendo ser através de uma medida preventiva de cunho inibitório (cujas finalidades são prevenir o ilícito e não o dano, cita-se o exemplo de uma ação ajuizada com vistas a obrigar que a mãe usuária de drogas seja internada para se tratar e evitar que haja a lesão ao embrião em formação) ou ressarcindo o que ocorreu. As medidas protetivas se justificam no ordenamento jurídico com fundamento no art. 12 do Código Civil, segundo o qual pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão ou reclamar perdas e danos (ALMEIDA apud GARCIA, 2007).

A doutrina moderna não mais hesita em admitir que o nascituro tem direito à indenização. Teoricamente, existe a necessidade de a criança propor ação contra a mãe para a reparação de danos pré-concepcionais e pré-natais causados na vida intrauterina. Entretanto, dentre os casos observados, este somente se deu com os já nascidos e por representação.

Espera-se da mulher em estado de gravidez uma redução de sua liberdade em favor do filho. Tendo em vista que o art. 2º do Código Civil é claro ao prever que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida, uma saída para esse

problema seria entender a criança já nascida cada vez que ela precisasse tratar de seus interesses, sempre que a sua sobrevivência depender do ajuizamento da ação e cessação da violação de seus direitos (BERTI, 2008). Neste caso, os direitos adquiridos retroagirão se a criança nascer sem vida.

Evita-se, dessa forma, a condição suspensiva do nascimento com vida toda vez que o nascituro necessitar de tutela jurisdicional (BERTI, 2008). Isso pois, a condição suspensiva de se aguardar o nascimento com vida para só então dar-lhe personalidade civil, impediria o nascituro de ter a violação dos direitos que lhe são conferidos cessados através de uma ação preventiva de caráter inibitório.

Outra solução seria admitir o nascimento com vida não uma condição, mas apenas uma confirmação. Desse modo, a criança seria considerada sujeito de direitos desde a concepção e não seria necessário pensar em retroatividade da personalidade de em caso de a criança nascer morta (BERTI, 2008).

Na jurisprudência brasileira, pode-se citar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu lícita a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, em demanda que envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute no direito à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07).⁶

Na jurisprudência estrangeira temos alguns exemplos de como o entendimento acerca da responsabilidade civil da gestante pelos danos causados ao nascituro evoluíram. Em 1986, uma mulher foi presa na Califórnia, acusada de desconsiderar ordens médicas, o que resultou na morte cerebral do bebê. Segundo as acusações, ela consumia drogas e mantinha relações sexuais mesmo com orientações do médico (BERTI, 2008).

No Canadá, o sistema do Direito Civil do *Common Law* dispensam ao embrião em desenvolvimento um reconhecimento de seu status e seu direito de ação, mas admite e prevê medidas favoráveis às crianças. Isso decorre da doutrina da imunidade parental, que não admite a proposição de ações de reparação civil de filhos contra os pais, quando aquele ainda não tiver nascido.

Essa doutrina originou-se nos Estados Unidos, com a decisão da Corte do Mississippi, em 1891, caso em que a filha promoveu a internação injustificada de sua mãe num asilo psiquiátrico. Segundo a Corte, a atitude feriria o interesse público, paz social e o convívio familiar (BERTI, 2008).

Em 1986, surgiu um novo entendimento, contrariando a doutrina da imunidade parental. Com o *Family Law Act*, estabeleceu-se que ninguém seria impedido de exigir a reparação por um dano sofrido, ainda que este dano tenha sido sofrido antes de seu nascimento, sendo utilizado principalmente contra mães fumantes ou taxicônomas.

⁶ Decisão proferida no REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009

A liberdade dá o direito de cada um escolher o que entender melhor, e a mulher pode escolher estar grávida, mas, neste caso, há um maior comprometimento com a responsabilidade. Quanto à gestante há um reflexo moral e quanto ao nascituro, ao atingir a sua esfera de direitos causando-lhe danos incide responsabilidade civil através de uma sanção jurídica.

A mãe tem relação direta com o nascituro. Agir prudentemente e manter cuidados para que o bebê se desenvolva bem é dever da mulher grávida. Quanto ao nascituro, este depende integralmente de sua mãe, não existindo a opção de não se deixar ser influenciado diretamente por ela.

Por todo o exposto, para falar em responsabilidade civil pela conduta da gestante é necessário que se fale em culpa, e que essa conduta tenha causado um dano ao nascituro através de uma relação causal. Na ausência de culpa, não pode a mãe ser responsabilizada. O ideal seria um equilíbrio entre a liberdade da mãe e os direitos do filho, de maneira a se proteger este sem interferir completamente na liberdade da mãe (BERTI, 2008).

Segundo o ordenamento jurídico, quando os interesses do incapaz se colidem com os interesses da representante o juiz deve nomear um curador para atuar como seu representante. Ademais, o Ministério Público pode, como legitimado a defender direitos indisponíveis, defender os direitos do nascituro, requerendo medidas protetivas que façam cessar as condutas que são agravantes para a desenvolvimento do embrião.

Poder-se-ia utilizar, ao invés de medidas punitivas, medidas preventivas e de caráter didático, com aparato legal e que beneficiem os dois lados, como forma de não fazer da reparação pelo dano ao nascituro uma regra. Entretanto, mais eficaz seria uma ação que visasse a inibir o ilícito.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o atual ordenamento jurídico contempla o início da personalidade civil com o nascimento com vida. No entanto, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Diante disso, importante o estudo a respeito da personalidade civil, para aprofundar o entendimento trazido pela doutrina e jurisprudência. Para se falar no início da personalidade, imprescindível adentrar no estudo das três teorias, a natalista, a condicionalista e a concepionalista.

A doutrina, majoritariamente, entende que o nascituro é titular, desde a concepção, dos direitos de personalidade, já que a lei põe a salvo desde a concepção seus direitos. Nesse sentido, teria personalidade. Certo dizer que o nascituro, quando concebido, pode ser considerado ser humano mas em uma particular fase da vida na qual depende inteiramente de sua mãe.

Desde a concepção já se pode dizer que o nascituro comporta direitos, e entre eles os direitos de personalidade enquanto ser que possui vida e dignidade, por ser este um valor intrínseco à vida humana. Por comportar direitos, pode-se falar em violação dos mesmos, e a partir desta violação surge a responsabilidade civil extracontratual.

Por seu estrito contato com a mãe, o ser que está em formação no útero materno pode ser lesado através de condutas negligentes da gestante, gerando consequências irreversíveis que terão de ser suportadas ao longo da vida da criança após o nascimento. Exemplo disso, é a mulher que ingere grande quantidade de bebida alcoólica e que consome drogas entorpecentes durante a gravidez. Por isso, defende-se um especial cuidado das mães ao longo do período da gestação, de modo que se assegure uma integridade física ao ser que está sendo gerado.

Para a caracterização da responsabilidade civil é necessário a existência de três requisitos, quais sejam a conduta, o nexo de causalidade e o dano. A conduta deve ser dolosa ou culposa, não podendo a mãe ser responsabilizada por danos que se originaram com a concepção, a respeito das doenças genéticas.

Com os avanços científicos a mãe possui total liberdade de engravidar, mas quando este evento acontece, ela deve abrir mão de algumas liberdades a fim de proteger o novo ser que depende de seus comportamentos para que tenha um bom desenvolvimento.

No entanto, por ser altamente evasiva a interferência do Estado nesse quadro, obrigando a mãe a ter certos comportamentos em favor da proteção do feto, se torna antes necessária uma atuação preventiva do Estado. Isto pode se dar através de palestras de conscientização que mostrem às grávidas a importância de uma vida saudável e moldar provisoriamente alguns hábitos que antes possuía.

Quanto ao problema de se permitir que o nascituro demande por responsabilidade civil pelos danos sofridos, tendo em vista que o Código Civil estabelece o nascimento com vida condição para o início da personalidade civil, uma hipótese seria entender a criança já nascida, sempre que ela precisar tratar de seus interesses. Isso aconteceria sempre que o seu nascimento com saúde dependesse da interrupção das condutas que lhe gerem danos. Isso porque, ainda que a lei só lhe dê personalidade civil com o nascimento, a mesma põe a salvo seus direitos desde a concepção.

Dessa forma, a tutela jurisdicional é imprescindível para que os direitos do nascituro sejam observados, como o direito à integridade física e, em casos extremos, para que a sua própria vida seja resguardada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.
- BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: del Rey, 2008. 251 p.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 257 p.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Redação dada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2016. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 7 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 779 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014

FILHO, Sérgio Cavaleiri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

FREIRE, Karina; PADILHA, Patrícia de Carvalho; SAUNDERS, Cláudia. Fatores associados ao uso de álcool e cigarro na gestação. *Rev. Bras. Ginecol. Obstet.* [online]. 2009, vol.31, n.7, pp.335-341. ISSN 0100-7203. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-72032009000700003>.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 2007. 333 p.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 575 p.

Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 26. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. São Paulo: Almedina, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.