

DANOS CAUSADOS AO NASCITURO PELA GESTANTE: UMA PROPOSTA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

DAMAGE CAUSED TO THE UNBIRTH BY THE
PREGNANT WOMAN: A PROPOSAL FOR CIVIL
LIABILITY

DAÑOS CAUSADOS AL DESNACIMIENTO DE
MUJERES EMBARAZADAS: UNA PROPUESTA DE
RESPONSABILIDAD CIVIL

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:

O presente artigo objetiva realizar um estudo sobre a situação jurídica do nascituro, analisando as discussões existentes no tocante ao início da personalidade jurídica e ponderando sobre a possibilidade de responsabilização civil da gestante que, por descumprimento ao dever de cuidado, cause a este lesão à sua integridade física e/ou psíquica. Torna-se necessária referida discussão uma vez que a doutrina e os julgados não chegam a uma conclusão sobre a possibilidade ou não de responsabilização civil da gestante nestas situações, bem como, torna-se um obstáculo a falta de normatização do assunto.

ABSTRACT:

This article aims to carry out a study on the legal

Como citar este artigo:
RODRIGUES, Bianca,
BAGATINI, Júlia.
Danos causados ao
nascituro pela gestante:
uma proposta de
responsabilização civil.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 35, 2021,
p. 331-355.

Data da submissão:
08/04/2019
Data da aprovação:
10/03/2021

status of the unborn child, analyzing the existing discussions regarding the beginning of legal personality and considering the possibility of civil responsibility of the pregnant woman who, due to noncompliance with the duty of care, causes this injury to her physical and/or psychological integrity. Such discussion is necessary since the doctrine and the judges do not reach a conclusion on the possibility or otherwise of civil responsibility of the pregnant woman in these situations, as well as, it becomes an obstacle the lack of normalization of the subject.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo realizar un estudio sobre la situación jurídica del no nacido, analizando las discusiones existentes en cuanto al inicio de la personalidad jurídica y ponderando sobre la posibilidad de responsabilidad civil de la gestante que, por incumplimiento al deber de cuidado, cause a esta lesión a su lesión integridad física y/o psíquica. Se hace necesaria dicha discusión, ya que la doctrina y los juzgados no llegan a una conclusión sobre la posibilidad o no de responsabilidad civil de la gestante en estas situaciones, así como, se convierte en un obstáculo a la falta de normatización del asunto.

PALAVRAS-CHAVE:

Nascituro; Personalidade Jurídica; Gestante; Responsabilidade Civil.

KEYWORDS:

Unborn Child; Juridical Personality; Pregnant Woman; Civil Liability.

PALABRAS CLAVE:

Niño por nacer; Personalidad Jurídica; Embarazada; Responsabilidad civil.

1. INTRODUÇÃO

A tutela jurídica do nascituro caracteriza-se por ser um tema complexo, que desperta inúmeras discussões desde os seus primórdios. O ordenamento jurídico pátrio e a doutrina nacional, inclusive, apresentam divergências a respeito, principalmente no que tange à aquisição da personalidade jurídica.

Referida questão configura-se de suma importância, principalmente frente aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal brasileira, uma vez que é a aquisição da personalidade que delimita o alcance desses direitos e o momento de sua obtenção por seus titulares. Diante disso, surge a dúvida quanto à possibilidade de ser o nascituro titular de tais direitos desde a concepção, perquirindo-se acerca de sua personalidade jurídica.

Em virtude dos inúmeros entendimentos concernentes ao início da personalidade jurídica, três teorias, buscando elucidar o assunto, ganharam destaque em âmbito nacional, quais sejam, a teoria natalista, que defende que a aquisição da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida; a teoria da personalidade condicional, a qual entende estar o nascituro sob uma condição suspensiva; e a teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde o momento da concepção.

Hodiernamente, pode-se afirmar que ao nascituro são assegurados inúmeros direitos, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, notória se faz a atual convergência ao reconhecimento da teoria concepcionista, a qual amplia a proteção ao nascituro, em substituição à teoria natalista, defendida pela doutrina tradicional como sendo a adotada pela lei civil pátria.

Tendo por base, então, o instituto da responsabilidade civil, que preleciona que com a ocorrência de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material do indivíduo, nasce o dever de reparar o dano, torna-se possível o reconhecimento de danos causados ao nascituro, em virtude da violação de seus direitos, o que inclusive vem sendo reconhecido pelos tribunais brasileiros.

Neste sentido, e diante de tais fatos, surge o questionamento: é possível responsabilizar civilmente a gestante que, por descumprimento ao dever de cuidado, cause danos ao nascituro?

Tendo por base a teoria concepcionista já mencionada, 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, devendo ser respeitados, principalmente, os direitos fundamentais deste ser em formação, que trazem consigo condições mínimas para a concretização de uma vida digna.

Destarte, deveria a gestante, diante do seu dever de cuidado, garantir ao nascituro um desenvolvimento saudável e livre de danos, sob a consequência de ser a sua conduta danosa, comissiva ou omissiva, passível de responsabilização.

Resta claro, então, que o objetivo central do presente artigo é 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.

2. O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A discussão acerca do início da personalidade jurídica, que persiste até os dias atuais, já existia quando da origem da codificação civil nacional. Antes mesmo da vigência do Código Civil de 1916, doutrinadores como Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas defendiam que a teoria concepcionista deveria ser adotada pelo ordenamento pátrio, todavia, com o advento do referido diploma, majoritariamente, passou-se a defender a aquisição da personalidade jurídica a partir do nascimento (SINISCALCHI, 2005).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, deu ensejo a significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que todas as áreas do direito passassem por uma constitucionalização, principalmente o direito civil, que passou a proteger integralmente os direitos da personalidade. A partir desta nova perspectiva adotada, visualizou-se um grande avanço na proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana (MORELATO; PAZÓ, 2006).

Nesta via, o Código Civil de 2002 caracteriza-se por ser o diploma brasileiro com o maior número de disposições a respeito do nascituro, assegurando-lhe inúmeros direitos, como o direito à curatela, a receber doação, à sucessão, ao reconhecimento da paternidade e ao recebimento de alimentos. Todavia, ainda existem discussões acerca do tema.

Conforme entendimento predominante, o nascituro pode ser considerado como o ser já concebido, em formação no ventre materno, ainda por nascer. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012a, p. 112, grifo do autor), “cuida-se do *ente concebido, embora ainda não nascido*”.

A origem do vocábulo “nascituro” advém do latim, mais precisamente do verbete *nasciturus*, participio passado de *nasci*, designando aquele

que deverá nascer, que há de nascer. Tal conceituação apresenta-se de fácil compreensão e pouca divergência, no entanto o mesmo não se pode afirmar acerca da abordagem quanto à personalidade 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 (VENOSA, 2010). Salientam Teixeira e Thamay que:

Personalidade é muito mais do que a simples capacidade, é valor objetivo, interesse e bem juridicamente tutelado. Personalidade e capacidade são conceitos conexos e interpenetrados, mas não podem ser confundidos. Isso significa dizer que a personalidade, além de significar a possibilidade de ser sujeito de direito, deve ser encarada como um valor ético que emana do próprio indivíduo. A personalidade é, portanto, valor inerente à condição humana, sendo que o vínculo existente entre a personalidade e a pessoa é orgânico; já a capacidade é a medida jurídica da personalidade atribuída pelo ordenamento para a realização desse valor. [...]

Ter personalidade é uma qualidade de ser pessoa e ter uma série de direitos e garantias em seu favor, por isso a grande importância de entender a personalidade, pois uma pessoa pode ser relativa ou absolutamente incapaz e, ainda assim, manter a sua condição de pessoa, ou seja, tendo personalidade (2013, p. 14).

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 “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

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.

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 primei-

ra teoria (natalista), adotada pela lei civil nacional, 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 (NAVES; SÁ, 2011).

Entretanto, pode-se afirmar que 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. 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 (TARTUCE, 2014).

Por sua vez, a teoria da personalidade condicional reconhece, desde a concepção, os direitos do nascituro, entretanto deixa tais direitos sob condição suspensiva. Estes direitos conferidos são, pois, direitos fictícios, que ficam subordinados à condição de nascimento do feto (PUSSI, 2008).

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 (2014, p. 77-78).

Por fim, tem-se a teoria concepcionista, segundo 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.

Diante disso, pode-se afirmar que:

[...] a existência da personalidade já desde o momento da concepção, é o sustentáculo da titularidade dos interesses existenciais, sobretudo os direitos extrapatrimoniais, dentre os quais o direito a nascer (como expressão do direito à vida) com saúde, à preservação de sua integridade física, dignidade, dentre outros.

Com efeito, estes direitos não constituem meras expectativas:

operam seus efeitos concretos desde o momento da concepção, impondo aos demais o dever de observância irrestrita o que, no caso específico, vincula de forma direta os genitores (dado o elo estreito de dependência no que se refere à vida e a saúde), os demais, e o próprio Estado (PAGANINI, 2008, p. 46).

Morelato e Pazó (2006) entendem que, no que se refere à capacidade de agir e de realizar atos de forma autônoma, a dependência do nascituro não é tão diferente da do recém-nascido, tendo em vista que ambos se encontram ligados a alguém, pois não possuem discernimento para tomar suas próprias decisões ou meios para subsistência própria. Destarte, entende-se que seria coerente a lei conceder ao nascituro os mesmos direitos e tratamentos que concede ao recém-nascido.

Sendo assim, a teoria concepcionista é a que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do direito civil nacional.¹ Quanto aos tribunais superiores, ressalta-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.

Pode-se verificar tal acolhimento no REsp 1.415.727-SC (BRASIL. STJ, 2014), 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.

Cumprir destacar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a qual pode ser entendida como princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados, ou ainda, como um valor superior, que atrai o conteúdo dos outros direitos fundamentais.

É nesse sentimento de valor que se fundamentam os direitos da personalidade, como projeção da própria personalidade humana. Desta forma, além dos direitos da personalidade², que são inerentes a todo ser humano e que decorrem de sua natureza humana, garantem-se ao nascituro outros direitos, expressamente previstos em lei, como, por exemplo,

o direito ao reconhecimento voluntário de filiação (art. 1609, parágrafo único do Código Civil e art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente), o direito a receber doações (art. 542 do Código Civil), o direito de ser contemplado em testamento (art. 1.798 do Código Civil), o direito à assistência pré-natal (art. 8º do ECA), e o direito a alimentos (art. 1694 e 1695 do Código Civil e Lei 11.804/08).

Assim, afirma Berti (2008, p. 113-114) 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.” Logo, a violação a direitos da personalidade do nascituro pode ser objeto de reparação judicial, com base no instituto da responsabilidade civil, que será analisado.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

Com a ocorrência de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material do indivíduo, nasce o dever de reparar o dano, uma vez que incumbe ao direito preservar e restabelecer o equilíbrio pessoal e social. Este interesse na manutenção do equilíbrio nas relações interpessoais é justamente a fonte da responsabilidade civil.

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 *pondeo*, do direito romano, pela qual se vinculava o devedor de forma solene, nos contratos verbais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

Quando se fala em responsabilidade civil, tem-se por fito a violação do dever geral de não lesar a outrem ou de não lesar o patrimônio de outrem, seja em seu aspecto econômico ou em seu aspecto moral, o que se consubstancia na máxima do *neminem laedere*, de Ulpiano (MAMEDE; ROCHA; RODRIGUES JÚNIOR, 2011).

A responsabilidade seria uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, conseqüente da violação de um dever jurídico originário. Portanto, pode-se dizer que a responsabilidade é uma obrigação que busca a reparação pelos prejuízos causados por meio do descumprimento de uma obrigação preexistente, ou seja, há um dever jurídico originário (ou primário), consubstanciado na norma geral de não lesar outrem, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo (ou secundário), o qual seria a

obrigação de indenizar o prejuízo causado (CAVALIERI FILHO, 2012).

Para que seja possível a responsabilização do agente, têm-se como necessários três elementos, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. O primeiro elemento, ou seja, a conduta humana, é definida por Cavalieri Filho (2012, p. 5) como sendo “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.

Esta voluntariedade resulta da liberdade de escolha do agente imputável, que possui o discernimento necessário para ter consciência do que faz. Assim, essencial é que a ação ou omissão seja (em abstrato) controlável ou dominável pela vontade do agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

Cumprido salientar que a conduta não está necessariamente ligada à ilicitude, uma vez que “poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuricidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b, p. 84). Ademais, destaca-se que esta será sempre a conduta de um ser humano (homem ou mulher, adulto ou criança), todavia, “o civilmente responsável pelo ato poderá ser a própria pessoa física que o praticou, outra pessoa física [...], uma pessoa jurídica ou mesmo um ente despersonalizado em nome dos quais se considera praticado o ato humano” (COELHO, 2012, p. 609).

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

Diante disso, tem-se o dano como a lesão (diminuição ou destruição) a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por uma ação ou omissão do agente infrator. Em regra, todo dano deve ser indenizado, uma vez que, mesmo não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, sempre será possível fixar-se uma importância pecuniária como forma de compensação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

Todavia, para que o dano possa ser efetivamente indenizado, necessária se faz a presença de alguns requisitos, quais sejam: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa (física ou jurídica), a certeza do dano e a subsistência do mesmo – o dano

não pode ter sido reparado, pois assim o sendo, perde-se o interesse da responsabilização (exceto nos casos em que a reparação tiver ocorrido à custa do lesionado) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

Merecem destaque, ainda, as espécies de danos existentes. Tradicionalmente, a doutrina classifica os danos como sendo patrimoniais (materiais) ou extrapatrimoniais (morais). Com efeito, ocorre o dano patrimonial quando há lesão de bens e direitos suscetíveis de aferição econômica, e dano moral quando atingido o ânimo psíquico, moral ou intelectual do ofendido (BARBOSA; PAZÓ, 2013).

Assim, conclui Frota (2008, p. 176) que “o dano é indenizável, quando material, e compensável, quando for extramaterial, uma vez que, mesmo que não se consiga retornar ao *status quo ante*, estipular-se-á uma importância em pecúnia, à guisa de compensação”.

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 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

Para constituir-se o nexo de causalidade, elemento imaterial da responsabilidade civil, deve o fato lesivo ser oriundo da ação ou omissão do agente, de forma direta ou como sua consequência previsível. Assim, pode-se dizer que o “nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano” (GIORDANI, 2007, p. 49), portanto, mesmo que exista a conduta e o dano, não haverá dever de reparação se entre eles não existir uma relação causal.

As causas excludentes de responsabilidade impedem o estabelecimento do nexo causal, excluindo, assim, o dever de indenizar, vez que não preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Tais causas seriam o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Destaca-se, ainda, que o instituto da responsabilidade civil se subdivide em várias espécies, cada qual com suas características e campo de atuação. Dentre estas, destacam-se a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como, a responsabilidade subjetiva e objetiva, as quais passarão a ser analisadas.

A responsabilidade contratual advém da inexecução de um negócio jurídico, ou seja, de um vínculo obrigacional preexistente, sendo o dever de indenizar consequência do inadimplemento ou mora no cumprimento desta obrigação. Já a responsabilidade extracontratual, igualmente conhecida como responsabilidade aquiliana (ou ilícito aquiliano/absoluto), pode ser definida como o dever que advém de lesão a direito subjetivo, não havendo entre ofensor e vítima qualquer relação jurídica preexistente (DINIZ, 2007).

Ademais, a responsabilidade será subjetiva quando decorrente de dano causado por conduta culposa – em sentido amplo, abrangendo a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia) e o dolo (intenção de prejudicar). A prova desta culpa do agente passa a ser pressuposto necessário para configuração do dever de indenizar, cabendo à vítima o ônus de prová-la.³ Por sua vez, a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, se satisfazendo apenas com a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Pode-se observar, ainda, 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. Deste modo, não se pode conceber a ideia de que um integrante da família possa causar danos a outro sem ser responsabilizado por isso (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014).

No que concerne ao alcance da ilicitude nas relações de família, asseveram 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 (2015, p. 128, grifo do autor)

Assim, resta clara a possibilidade de incidência da responsabilidade civil na seara familiar, desde que verificada a ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado, conforme se exemplifica:

[...] 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 de-

correntes.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 129).

Consequentemente, entende-se que 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, demonstrando-se o nexo causal ali existente.

É neste sentido que se pode falar da responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos, mais especificamente, da responsabilidade civil da gestante que cause danos ao nascituro, quando este ainda encontra-se em seu ventre.

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 da sua personalidade desde a concepção, levando em conta que muitos direitos, e em especial os direitos de personalidade, não dependem do seu nascimento com vida.

Tal entendimento encontra respaldo também no postulado da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República Federativa do Brasil, a qual se encontra estritamente vinculada aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal pátria. Diante disso, interessante se faz o entendimento de Reis:

Não faz sentido deixar de atribuir a condição de dignidade ao nascituro porque ainda não nasceu. Ora, mesmo não tendo nascido, não perdeu a sua atribuição de um ser humano em fase de desenvolvimento. Nele se encontram presentes todos os elementos fundamentais e identificadores da pessoa humana e, por consequência, os direitos da personalidade suscetível de assegurar o direito à proteção jurídica através da tutela dos danos morais dentre outros (2006 apud SPECHT,

2014, p. 61).

Convém enfatizar que os direitos personalíssimos são inerentes à natureza humana, iniciando-se desde a concepção (ou seja, antes do nascimento) e ultrapassando a morte, motivo pelo qual se pode dizer que existem de forma independente da capacidade do indivíduo (ALMEIDA, 2000). Nesta via, conclui-se que, diante da afirmação da titularidade de direitos personalíssimos pelo nascituro, o mesmo possuiria o direito a ser indenizado por quaisquer violações a tais direitos.

Portanto, não pode o nascituro ser concebido como mero objeto, ou, pior, como mero “amontoado de células”, desprovido de qualquer proteção na ordem jurídica, e, por isso, podendo ser descartado a qualquer momento. Admitir tal entendimento é desvirtuar os valores tidos como essenciais atualmente, desconhecendo a ênfase que se dá à dignidade da pessoa humana. Ademais, se o direito contempla a proteção da fauna, bem como oferece proteção especial aos enfermos e idosos, inverossímil seria afirmar a desnecessidade de proteção especial a um ser humano vivo indefeso (REIS, 2006 apud SPECHT, 2014).

Por fim, ressalta-se que, visando enaltecer os valores contemporâneos constitucionais calcados na dignidade da pessoa humana, a jurisprudência vem erigindo uma tutela dos direitos do nascituro através da reparação de danos.

A possibilidade de indenização ao nascituro vem sendo reconhecida e reiterada pelos tribunais pátrios, demonstrando a crescente preocupação acerca da proteção do mesmo. Como exemplo, podemos citar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça 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 RETROLENTICULAR - 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 JULGAMEN-

TO 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 retrolenticular - 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 possuisse 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 (BRASIL. STJ, 2009, grifo nosso).

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

Contudo, 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.

Cumpra 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 (BARBOSA, PAZÓ, 2013).

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.” (BERTI, 2008, p. 116).

Observa-se, desta maneira, uma relação materno-fetal na qual um dos partícipes (a mãe) ocupa posição dominante. Desta relação, inúmeras situações podem ocorrer, sendo necessária uma análise sobre os aspectos desta relação familiar entre mãe e filho e suas possíveis consequências.

É fato incontroverso o avanço, ao longo dos anos, dos direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, influenciada pela onda de proteção a tais seres mais vulneráveis e pelos diversos movimentos sociais em defesa dos direitos destes, a Constituição Federal de 1988 veio para positivar na ordem jurídica pátria o princípio da proteção integral, através de seu art. 227, reconhecendo a situação especial dos mesmos e garantindo a eles prioridade absoluta na ordem jurídica nacional.

Conforme assevera André Viana Custódio,

A Teoria da Proteção Integral [...] desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca (2008, p. 32).

Dentre os princípios ligados a tal teoria, podemos destacar o princípio da prioridade absoluta e o princípio do interesse superior da criança. Este último, decorrente do reconhecimento de sua condição peculiar, preleciona que todas as ações relativas às crianças, bem como todas as leis, devem ser fundadas no melhor interesse da criança, objetivando o seu melhor desenvolvimento (MOCHI, 201-).

Por sua vez, o princípio da prioridade absoluta visa garantir que os direitos da criança e do adolescente constem de forma prioritária em todos os âmbitos, devendo ser os mesmos respeitados pelo Estado, pela família e pela sociedade.

Frente a isto, afirma-se ser indispensável o papel da família no desenvolvimento sadio da criança, uma vez que a mesma depende destes para ter seus direitos efetivados e resguardados. Assim, não resta dúvidas de que a doutrina da proteção integral, juntamente com os seus princípios da prioridade absoluta e do interesse superior da criança, devem ser aplicados ao nascituro. Isso, pois, referido ser, frente à teoria concepcionista, deve ser entendido como criança⁴, necessitando de cuidados especiais para sua formação.

Portanto, seus direitos fundamentais devem ser assegurados, com a ressalva de serem exercidos de forma prioritária – inclusive, frente aos direitos da mãe – tendo em vista se sobreponem a qualquer outro, com base no princípio da prioridade absoluta. Da mesma forma, qualquer interpretação da lei deve se dar no sentido de atender ao melhor interesse do feto, tendo em vista ser ele o ser mais vulnerável da relação.

Ademais, assevera-se que da responsabilidade parental, imposta aos pais desde o momento da concepção, advém uma série de deveres, como o sustento, a guarda, a proteção e o afeto. Isto porque, tanto o nascituro quanto os já nascidos, acham-se na inteira dependência dos genitores até o seu total desenvolvimento, encontrando neles guarida para suas necessidades (NEVES, 2012).

Nesta perspectiva,

[...] no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não - inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. Justifica-se, desta forma, o instituto da autoridade parental, tido como um poder-dever, que é irrenunciável (TEIXEIRA, A., 2005, p. 151).

É justamente da responsabilidade parental (e conseqüentemente do poder familiar) que advém o dever de cuidado dos genitores para com seus filhos. Assim, o ato de ser mãe não se restringe à tarefa de gerar.

Deve esta decisão ocorrer de forma consciente, uma vez que envolve a magnitude de cuidar, proteger e se doar ao novo ser que se desenvolve, visando cumprir referida função de maneira satisfatória.

De acordo com o Informativo de Jurisprudência nº 496, do Superior Tribunal de Justiça, relativo às ações de abandono afetivo:

[...] o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) [...] como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae* [...] (BRASIL. STJ, 2012).

Diante disso, entende-se que os genitores não são obrigados a amar seus filhos, tendo em vista a impossibilidade de imporem-se sentimentos, todavia, o dever de cuidado sim é passível de imposição, uma vez que seu descumprimento configura ato ilícito por tratar-se de ônus constitucional.

Destaca-se, ainda, que o desenvolvimento do ser humano se inicia na vida intrauterina, abarcando a maturação neurológica e o crescimento físico. Durante este período devem existir alguns cuidados e prevenções, tendo em vista que referida fase é de extrema importância para o adequado desenvolvimento, o qual pode ocorrer de forma mais lenta ou mais acelerada conforme a influência de aspectos negativos ou positivos durante o período gestacional (MENEZES, 2013). Frente a isto, questiona-se: qual deve ser a conduta da gestante que carrega um filho dentro de si?

Algumas mulheres, durante a gravidez, às vezes por não se encontrarem preparadas, possuem comportamentos inadequados que acabam por comprometer a integridade física e psicológica do filho. Como exemplo, pode-se citar o consumo excessivo de álcool, cigarros, medicamentos não prescritos e drogas ilícitas, dentre as mais populares a cocaína e a maconha (BERTI, 2008).

Das drogas ilícitas, a maconha é a droga de maior consumo durante o período gestacional, com uma incidência que pode variar entre 10% e 27%. O uso desta “diminui a perfusão útero-placentária e prejudica o cres-

cimento fetal. Além disso, alguns estudos demonstram que a utilização perinatal da maconha levaria ao retardo da maturação do sistema nervoso fetal, além do aumento dos níveis plasmáticos de norepinefrina” (MATKOVSKI, 2015).

Acerca do consumo de cocaína pelas gestantes, assevera Berti:

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 esses males a frequência de vômitos, diarreias, insônias, falta de apetite e um constante estado de letargia (2008, 141).

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 crescimento intrauterino reduzido e a ocorrência de parto prematuro, bem como o nascimento de crianças de baixo peso, além de diminuir a quantidade de oxigenação e nutrientes que chegam ao embrião, podendo desencadear a hipóxia fetal (ou sofrimento fetal) (YAMAGUCHI, 2008).

Nesta via, afirma-se que os cuidados com o nascituro durante o período gestacional são essenciais, uma vez que esse é o período responsável pelos maiores desenvolvimentos do embrião. Assim, resta claro que o consumo de drogas durante tal período é extremamente prejudicial ao

feto, podendo ocasionar inúmeros problemas.

Conclui-se, portanto, que:

Expondo o feto a um teratígeno, a mãe é moral e causalmente responsável pelo resultado. Está demonstrado que crianças de mães dependentes de substâncias psicoativas apresentam um risco elevado de doenças perinatais graves como: prematuridade, malformações, retardo no crescimento intra e extrauterino, sofrimento fetal e infecções, com sequelas neurológicas e respiratórias. Além disso, a transmissão vertical de infecções ligadas ao uso de drogas como HIV, hepatite B, C e sífilis, também está aumentada (GRINFELD, 2010, p. 28).

Possível, então, 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, por exemplo. No entanto, lembra-se que não pode a mesma sobrepor seus direitos aos do nascituro. 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.

Tem-se, pois, um conflito entre o direito de liberdade da mulher e a proteção dos direitos do nascituro. Diante dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, conferidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicados ao nascituro por ser este considerado criança frente à teoria concepcionista, deve-se pender para o lado da proteção dos direitos do mesmo, ainda mais porque aqui se fala do direito à vida, à saúde e à integridade, direitos fundamentais existentes no ordenamento nacional e dignos de total proteção. Ademais, segundo tais princípios, incumbe principalmente à família, na qual se inclui a mãe, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais do nascituro, tendo este prioridade frente aos direitos dos demais.

Pode-se afirmar, então, que à mãe incumbe um dever de cuidado para com o filho, não expressamente previsto no ordenamento jurídico, mas que pode ser percebido através de locuções que manifestam as suas diversas concepções, as quais asseguram os direitos daqueles seres mais vulneráveis, a exemplo do contido no art. 227 da Constituição Federal.

Portanto, não observado tal dever imposto constitucionalmente, resta para a gestante a responsabilização acerca de seus atos. Desta forma, causando danos ao filho em virtude do descumprimento de deveres inerentes ao poder familiar, cabe, além da suspensão ou destituição do poder familiar, a aplicação do instituto da responsabilidade civil (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014).

5. CONCLUSÃO

Querer que todos os fatos da vida em sociedade tenham uma previsão legal é, sem dúvida, uma pretensão irrealizável, até porque as relações humanas vão além das previsões normativas. Logo, não pode ser o Direito restringido às normas positivadas no ordenamento jurídico, tornando-se estável e quedando-se inerte às exigências reais da atualidade.

Deve este acompanhar a evolução social, adaptando-se a ela e atendendo para o fim social a que se destina. Ademais, nem sempre é necessária a previsão legislativa específica para que se possa defender um novo conteúdo no Direito, basta que se leve em consideração os princípios e os valores fundamentais compreendidos no ordenamento jurídico.

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.

Entende-se, portanto, adequada a aplicação do instituto da responsabilidade civil (subjetiva) nos casos de danos causados ao nascituro pela própria gestante, desde que efetivamente comprovados os elementos: conduta, dano e nexos de causalidade, bem como a culpa ou o dolo da mãe.

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, assegurados de forma prioritária na ordem jurídica pátria e essenciais ao desenvolvimento e manutenção da dignidade da pessoa humana, capazes de gerar consequências imensuráveis que o acompanharão pelo resto da vida.

Destaca-se, ainda, que esta indenização não busca apenas compensar o dano injusto sofrido, mas também visa inibir ações semelhantes, evitando que tais danos sejam causados a outros filhos e até em outras relações. Visando alcançar além da função punitiva, a função dissuasória da responsabilidade civil, conscientizando a mãe do dano que causou ao filho e sinalizando para ela e para os demais que tal conduta deve ser evitada, tendo em vista sua gravidade e seu nível de reprovabilidade.

Desta forma, tomando por base o pensamento da Ministra Nancy Andrighi, relativo às 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” (BRASIL. STJ, 2012). Apenas exige-se, então, 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 consequente necessidade de sua reparação.

REFERÊNCIAS

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

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. **Lei 10.406 – Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002, Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso: 07 jul. 2017.

_____. **Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 1990, Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso: 08 jul. 2017.

_____. 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=&formato=PDF. Acesso: 08 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 496**. Brasília, 24 de Abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/acao=pesquisar&livre=REsp+1159242&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso: 10 jul. 2017.

_____. 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=&formato=PDF. Acesso: 07 jul. 2017.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações - responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, dez. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 08 jul. 2017.

DAL LAGO, Camila; OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral decorrente do abandono afetivo:

uma história de dois lados. **Revista síntese direito de família**, São Paulo, v. 15, n. 81, p. 126-141, dez./jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 67**. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de**

direito civil, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

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

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GRINFELD, Hermann. **Alcoolismo feminino durante a gestação.** In: SEGRE, Conceição Aparecida de Mattos (Coord.). Efeitos do álcool na gestante, no feto e no recém-nascido. São Paulo: Sociedade de Pediatria de São Paulo, 2010. p. 19-37. Disponível em: <http://www.spsp.org.br/downloads/alcool.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

MATKOVSKI, Paula Dayana. **Álcool e outras drogas na gravidez: misturas comprovadamente teratogênicas.** Rio de Janeiro: **Medportal**, 2015. Disponível em: <http://www.medportal.com.br/blog/artigos-medicina/alcool-e-outras-drogas-na-gravidez-umacombinacao-comprovadamente-teratogênica/>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MENEZES, Pablo de Godoy. **O desenvolvimento na vida intrauterina: uma política de saúde preventiva.** Buenos Aires: **Revista digital EFDeportes.com**, 2013. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd187/o-desenvolvimento-na-vida-intrauterina.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Leticia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental** [S.l.]. [201-]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso em: 08 jul. 2017.

MORELATO, Vitor Faria; PAZÓ, Cristina Grobério. **A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004.** **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 95, v. 847, p. 24-39, maio. 2006.

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

NEVES, Rodrigo Santos. **Responsabilidade civil por abandono afetivo.** **Revista síntese direito de família**, São Paulo, v. 14, n. 73, p. 96-108, ago./

set. 2012.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **Nascituro**: da personalidade jurídica à reparação de danos. 2008. 103 p. Monografia (Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SINISCALCHI, Carolina. O nascituro no ordenamento jurídico pátrio. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651. Acesso em: 07 jul. 2017.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista**

brasileira de direito de família, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./ nov. 2005.

TEIXEIRA, Evilázio Borges; THAMAY, Rennan Faria Krüger. A personalidade civil e a capacidade civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 424, p. 9-22, fev. 2013.

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

YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi et al. **Drogas de abuso e gravidez**. **Revista Psiq. Clín** 35, São Paulo. fev. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE%20ESPECIAL/Downloads/17181-20628-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

'Notas de fim'

1Tartuce (2014, p. 78) acrescenta que “[...] este é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal perscrutora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena

Diniz”.

2Como o direito à vida, à integridade física e moral, à saúde, entre outros.

3Entretanto, existem situações nas quais o dano não necessita de prova, sendo, então, presumido ou *in re ipsa*, como é o caso do dano causado a direitos da personalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012b).

4Destaca-se que, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990, grifo nosso). Portanto, inegável a possibilidade de considerar-se o nascituro como criança, uma vez que se enquadra no lapso temporal mencionado (até doze anos), tendo em vista não exigir-se o nascimento com vida como marco inicial para referido cômputo e por possuir esta personalidade desde o momento da concepção (sendo assim considerado pessoa desde tal momento) de acordo com a teoria concepcionista neste trabalho defendida.

