

O TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

THE LEGAL TREATMENT OF THE UNBORN CHILD AND ITS CONSEQUENCES IN THE CIVIL LIABILITY

Bianca Gabriela Cardoso Dias

Pós-Graduanda em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro
Universitário do Norte (UNINORTE).

Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em
Direito – CONPEDI.

Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

E-mail: biancagabi11@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO; 2.1 APONTAMENTOS SOBRE PERSONALIDADE JURÍDICA; 2.2 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A CONSIDERAÇÃO DO NASCITURO COMO PESSOA; 3 DA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS AO NASCITURO; 3.1 APONTAMENTOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL; 3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO NASCITURO; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 ABOUT THE CORPORATE ENTITY OF THE UNBORN CHILD; 2.1 NOTES ABOUT PERSONALITY IN LAW; 2.2. ABOUT THE BEGINNING OF THE CORPORATE ENTITY: THE CONSIDERATION OF THE UNBORN CHILD AS PERSON; 3 ABOUT THE RESPONSABILITY FOR DAMAGES TO THE UNBORN CHILD; 3.1 NOTES ABOUT THE CIVILIAN RESPONSIBILITY; 3.2 ABOUT THE RESPONSABILITY FOR DAMAGE TO THE UNBORN CHILD; 4 FINAL CONSIDERATIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: O Direito, a despeito de suas freqüentes transformações conceituais de conteúdo, em muitos aspectos apresenta problemáticas não expressamente por ele resolvidas por meio dos ditames legais. Como exemplo desse fenômeno temos a tutela jurídica do nascituro, tema que abrange discussões ferrenhas como a concepção de sua personalidade jurídica e os efeitos desta (ou da ausência desta) no tratamento normativo geral a ele dado. Apesar da habitual evolução experimentada pelo ordenamento jurídico, quando considerado em sua totalidade, a questão do nascituro ainda resta obscura, o que acaba por permitir diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema. Nesse diapasão, surgem questionamentos inquietantes face à realidade vivenciada pela sociedade, como a consideração do nascituro como pessoa para o sistema jurídico, a possibilidade de reparação por dano ilícito a ele causado, as conseqüências patrimoniais advindas do reconhecimento (ou não) de sua personalidade jurídica e etc. Com vistas a esclarecer o assunto, o presente estudo se lança no sentido de elucidar as citadas questões, buscando estabelecer uma discussão que contribua na obtenção do espírito da lei pertinente à polêmica em tela, sem o objetivo de exaurir o tema, mas objetivando abrir espaço para a discussão e levantamento de idéias, deixando, obviamente, a nossa contribuição doutrinária e acadêmica.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade jurídica. Responsabilidade. Dano.

Abstract: The Right, despite of its frequent conceptual transformations and content, in many aspects presents not express problematic for it decided by means of the legal ditames. As example of this phenomenon, we have the legal guardianship of the unborn child, subject that encloses quarrels as the conception of its corporate entity and the effect of this (or the absence of this) in the general normative treatment given it. Despite the habitual evolution tried for the legal system, when considered in its totality, the question of the unborn child still remains obscure, what it finishes for allowing diverse doctrinal positionings concerning the subject. In this way, questionings appear face to the reality lived for the society, as the consideration of the unborn child as person for the legal system, the possibility of repairing for illicit damage caused it to him, patrimonial consequences of the recognition (or not) of its corporate entity and etc. With sights to clarify the subject, the present study launches in the direction to elucidate the cited questions, searched to establish a quarrel that contributes in the attainment of the spirit of the pertinent law to the controversy in screen, without the objective of finishing the subject, but objectifying to open space for the quarrel and survey of ideas, leaving, obviously, our doctrinal and academic contribution.

Keywords: Unborn child. Personality. Damage.

1 INTRODUÇÃO

A questão que envolve a tutela jurídica do nascituro é matéria que ainda intriga o meio social, gerando reflexos nos meios social, político e jurídico. Quanto a este último aspecto, notamos que a

discussão não é recente; todavia, está-se longe de um consenso sobre a celeuma, situação que se evidencia ao aprofundarmos a pesquisa acerca do assunto. A definição do momento do início de sua personalidade jurídica gera discussões inflamadas no meio doutrinário, dadas a indefinição legal e a jurisprudência ainda incerta e destoante da realidade, como se demonstrará adiante. Teorias diversas e convergentes entre si buscam determinar ou eliminar a consideração do nascituro como pessoa, trazendo cada uma elementos diferenciados e fundamentações interessantes, que merecem estudo pormenorizado.

Todavia, a polêmica não cessa nesse ponto. O debate se perpetua quando o assunto passa a ser a responsabilidade civil relacionada ao nascituro. Quanto a essa última contenda, o que se pode observar é que, dependendo da posição que se adota quanto à personalidade jurídica do que ainda não nasceu, diferentes conseqüências se obtêm no campo da responsabilização daquele que ao nascituro gera dano. É a teoria que se adota pelo sistema jurídico pátrio que irá determinar por via reflexa as conseqüências da teoria da responsabilidade civil no trato normativo do nascituro.

Passemos à análise das questões propostas.

2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 Apontamentos sobre Personalidade Jurídica

A personalidade jurídica do homem é justamente o reconhecimento deste como pessoa perante o Direito, passando a ser titular de prerrogativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Clóvis Beviláqua "[...] é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações" (BEVILÁQUA, *apud* RODRIGUES, 2003, p. 35). Nisso torna-se interessante a observação de outro grande autor, (RODRIGUES, *idem*), quando leciona:

Isso nem sempre ocorreu, pois, nos regimes em que floresce a escravidão, o escravo, em vez de sujeito, é objeto de direito. E em algumas legislações conheceu-se o instituto da morte civil. Mas, no

mundo moderno, e na quase-totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos. A isso se chama *personalidade*

O Código Civil, em seu art. 1º, expressamente prevê essa conceituação, quando normatiza: “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. Analisando o disposto no referido artigo, percebemos que a personalidade traz em si a capacidade para exercer direitos e contrair obrigações. Todavia, a lei restringe a capacidade para certas pessoas devido às suas condições especiais, como a menoridade, a excepcionalidade mental, etc., com o objetivo de protegê-las das possíveis más conseqüências derivadas dessas mesmas condições.

Visto o conceito introdutório de personalidade jurídica, verifiquemos as teorias que se direcionam na explanação do início da mesma, incidindo diretamente sobre a questão do nascituro.

2.2 Do Início da Personalidade Jurídica: a consideração do Nascituro como Pessoa

A fim de iniciarmos a discussão, vejamos o art. 2º do Código Civil:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Segundo Chinelato (2001), baseada nos ensinamentos de Rubens Limonge França, ou seja, “*pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno*” (vale aqui mencionar a ressalva feita pela própria autora, segundo a qual esse conceito é para o nascituro considerado no útero materno, e não o *in vitro*, o que não excluiria a análise da personalidade civil deste o que, contudo, demanda pesquisa mais específica). Ao nascer, o nascituro perde a sua qualificação para tornar-se criança, já no mundo extra-uterino. A ele, pelo dispositivo legal já citado, resguardam-se os direitos pela ordem jurídica concedidos.

A par disso, não podemos deixar de comentar a evolução técnica das Ciências Biológicas e Médicas no sentido de aprofundar o conceito do que se concebe por nascituro. Modernamente, os avanços tecnológicos observados em especial na Engenharia Genética nos permitem um olhar mais individual ao nascituro. Este cada vez mais passa a ser visto como um ser singular, distinto da mãe, deixando de ser parte do corpo desta e passando a ser considerado em sua particularidade corporal. Assim sendo, a concepção romana de nascituro, segundo a qual *portio mulieris vel viscerum*¹, foi sendo cada dia mais subtraída do entendimento técnico atual. Além disso, a rejeição de crianças nascidas com deficiências, antes consideradas aberrações e monstruosidades, chegando a serem assassinadas pelos seus próprios familiares por não serem tidas como pessoas, é completamente rechaçada. O tratamento do embrião como coisa, ignorando a discussão sobre sua personalidade, visualizado especialmente para a realização de pesquisa de clonagem, também é objeto de polêmica, no entanto, quanto a isto, nos limitaremos a expor o pensamento de Godinho (2006), quando explica:

No decorrer destas linhas, as expressões *nascituro*, *embrião* e *feto* serão utilizadas com notável frequência. A lei brasileira não define o exato alcance desses termos, que servem para designar genericamente o ser que ainda está por nascer. O *embrião* representa o produto da concepção durante as oito primeiras semanas. Assim, ocorrida a fecundação, o ovo se fixa no útero, e pelas próximas oito semanas de gestação recebe a denominação de embrião, sendo inteiramente dependente da mãe. O termo *pré-embrião*, que passou também a ser utilizado no meio científico, designa o ovo fecundado durante as duas primeiras semanas, isto é, antes de sua implantação no útero. **A expressão merece críticas, pois além de carecer de qualquer fundamento científico, contribui para a “coisificação” do ser humano, já que o que se pretende é possibilitar a utilização do ser nesta fase da gestação para pesquisas e até mesmo para a clonagem de seres humanos. [...] O feto caracteriza-se por**

¹ Pela concepção romana, o nascituro nada mais era do que parte do corpo da mãe, podendo, por via de conseqüência, ser por ela disposto. O nascituro era componente das vísceras da mãe.

apresentar uma morfologia reconhecível e órgãos já formados. (grifo nosso)

Dada essa mudança relevante na consideração do nascituro, a doutrina e a jurisprudência, ao tratar do início de sua personalidade, restou dividida em três correntes distintas entre si, trazendo cada qual argumentos importantes no atendimento à problemática.

Em primeiro lugar, devemos observar a teoria denominada **natalista**. Segundo esta corrente, o nascituro não pode, em hipótese alguma, ser considerado pessoa para com o sistema jurídico. A personalidade jurídica só tem seu termo inicial com o nascimento com vida do embrião, só podendo se falar em direitos quando este evento ocorre. Atualmente, essa teoria não possui uso jurídico-normativo, vez que as legislações civis evoluíram no sentido de garantir ao nascituro relevantes prerrogativas de direito, descartando a possibilidade de ser ele excluído da proteção legal, como defende a mesma.

Em segundo lugar, devemos citar a teoria **condicional**. Denominada por alguns erroneamente como concepcionista (esta é a terceira teoria), essa corrente destina-se a aceitar a personalidade do nascituro a partir da sua efetiva concepção no ventre materno, mas sob uma condição: o nascimento com vida. Nas palavras de Godinho (*idem*):

Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhecem a personalidade desde a concepção, embora a condicionem ao nascimento com vida. O nascituro seria considerado um ser humano "potencial"; a sua autonomia, por isso, não seria humana, mas embrionária.

Percebe-se na doutrina e na jurisprudência uma maior tendência à filiação a esta vertente.

Por fim, citemos a teoria **concepcionista** propriamente dita. Consubstanciada no pensamento mais moderno a respeito do assunto, os seus defensores pregam a personalidade jurídica em si desde a concepção, incondicionalmente. Para eles, o nascimento com vida não seria o evento apto a conceder personalidade jurídica,

pois isto já ocorreu com a concepção. A única condição observada nesse caso é para a concretização de certos direitos patrimoniais, que por ele só podem ser usufruídos com o nascimento com vida. Essa condição é resolutiva, ou seja, são plenas, mas se resolvem com o nascimento *sem vida* do embrião. Chinelato (*idem*) explica bem o assunto, quando expõe:

A personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas determinados efeitos de certos direitos, notadamente dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente* condicionada ao nascimento *sem vida*. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve entender-se como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento *sem vida*.

Em suma, o nascituro não possui mera expectativa de direitos, mas estes de direitos no ordenamento vigente, situação que só se excepciona quanto aos direitos patrimoniais, que se colocam sob suspensão meramente resolutiva.

Expostas as teorias acerca do assunto, passemos a interpretar o Código Civil à luz dessas concepções.

À primeira vista, ao visualizarmos o exposto no art. 2º do *Codex*, a teoria condicional nos seduz mais e aparenta ser a mais condizente com a vontade do legislador quando elaborou a referida norma. Essa é a razão pela qual a jurisprudência se apega mais a essa corrente doutrinária, gerando a adesão de vários autores. A esse respeito, vislumbra-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARA DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMÃO DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JÁ NASCIDO.²

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Expectativa de direito de nascituro. Re 99038 / Mg – Minas Gerais. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Francisco Rezek. DJ 05-10-1984 PP-16432. Brasília, DF

No entanto, essa primeira impressão não deve desviar a atenção de uma verdadeira exegese jurídica. Essa interpretação, muito embora seja atraente, é obtida quando se analisa o artigo isoladamente, sem integrá-lo com os demais dispositivos do sistema normativo. Tal iniciativa, no entanto, traz sérios riscos ao desvender do espírito da lei, podendo haver contradição com outros institutos jurídicos. Daí a importância de uma interpretação sistemática das regras legais.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos (PEDRA, 2003).

Dito isto, observe-se que a Constituição Federal, em seu corpo, ao esculpir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, impõe ao legislador (seja constituinte originário ou infralegal) a obrigação de se respeitar a pessoa sobre qualquer outro argumento, seja por parte do Estado, seja por parte de outro indivíduo ou da sociedade. A pessoa recebe, assim, proteção especial, sendo vedado que lhe seja infligido tratamento considerado desumano e imposta a viabilização do seu pleno desenvolvimento, sendo também proibida qualquer tentativa de condicionar o exercício dos direitos da personalidade, que deve ter exercício viável de pleno direito, conforme diz Santos (2001).

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicum fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática".

Nesse sentido, não se pode admitir, principalmente com os estudos mais modernos da Ciência, que se afaste a consideração do

nascituro como pessoa. Se assim se proceder, estar-se-ia admitindo que o mesmo é mero componente do corpo da mãe, pregando a sua existência como coisa. Tal visão é completamente destoante do princípio da dignidade humana. Nesse diapasão, consideramos imprescindível a opinião de Godinho (*idem*), abaixo transcrita:

Ademais, a atribuição ao legislador da prerrogativa de determinar quais seres humanos são dotados de personalidade, retirando do nascituro essa qualidade, configuraria perigosa insegurança e manifesta arbitrariedade. Afinal, levando-se a idéia às últimas conseqüências, estar-se-ia a admitir que, se cabe à lei definir quem é pessoa, poderia também a lei extrair essa condição de alguns indivíduos. Com isso, algumas das práticas, mais aberrantes que a história cuida de narrar – os massacres de seres humanos supostamente "inferiores" sequer precisam ser aqui repisados – encontrariam amparo no ordenamento jurídico brasileiro, que se tornaria um meio de legitimação de atos discriminatórios e de condutas que o Direito, com toda a veemência, deve censurar e punir. A vida humana, e o ser humano, não são e nem podem ser construções lingüísticas ou sociais, mas verdades sobre as quais se assenta toda a construção jurídica.

Assim, admite-se que o legislador não conceda ao nascituro a capacidade jurídica, dada a sua condição de excepcional dependência e necessidade, mas a ausência de personalidade do mesmo não pode ser aceita. Muito embora o art. 2º do Código Civil, em sua primeira parte (*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*) pareça não dispor desse modo, a harmonização com o ordenamento jurídico como um todo (abrangendo normas, princípios; Constituição, Códigos, etc.) e com a própria segunda parte do mesmo (*... mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*) só é possível se considerarmos vigente a teoria concepcionista.

Confirma esse entendimento a tutela jurídica do nascituro em outros ramos do Direito que não somente o Civil, como o Penal (típica como crime as condutas de aborto e infanticídio, em evidente tentativa de proteção da pessoa humana, principalmente ao verificarmos que se insere no Título "Dos Crimes contra a

Pessoa”), além da “... ação de posse em nome do nascituro, medida cautelar acolhida pelo Código de Processo Civil (arts 877 e 878); a configuração do nascituro como sujeito passivo do imposto de transmissão inter vivos, na doação, e da causa mortis, na herança.” (CHINELATO, *idem*). O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao assegurar em seu art. 8º o atendimento pré e perinatal à gestante pelo Sistema Único de Saúde reconhece isso, já que essa proteção não é voltada diretamente à mãe, mas sim ao ser humano que nela é gerado.

Demonstrada nossa posição acerca da celeuma do início da personalidade, façamos uma análise dos efeitos que a mesma causa na responsabilidade civil por danos ao nascituro.

3 DA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS AO NASCITURO

3.1 Apontamentos sobre Responsabilidade Civil

Sobre a responsabilidade civil, consideremos a lição de RODRIGUES (*apud* ARALDI, 2006), quando ensina que ela é “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. Nesse sentido, podemos dizer que a responsabilidade civil é o instituto que se destina à afirmação do dever que alguém possui de responder pelas conseqüências que evento causado por si ocasione (ou por outrem que a lei determine). Nesse diapasão, a responsabilidade civil se destina a efetuar reparo ao prejuízo experimentado pela vítima, concedendo-lhe também uma satisfação; de punir o agente causador do dano; e de conscientizar a sociedade de que o comportamento ilícito danoso é desprezado pelo Direito.

A Constituição sacramentou esse entendimento, inserindo em seu corpo a menção ao dano moral, que antes gerava controvérsia na doutrina. Vejamos o seu art. 5º, inciso X:

(...)

são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na mesma esteira, o Código Civil vigente:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Reconhecido juridicamente o instituto em tela, passemos aos seus elementos constitutivos. Para que seja configurado o dever de indenizar vítima de dano, tais elementos são imprescindíveis; são eles: a conduta, a relação de causalidade, o dano e culpa.

Culpa é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar (VENOSA, 2005, p. 33). Consubstancia-se na efetiva quebra do dever de cuidado, no desprezo do agente pelas conseqüências que essa inobservância pode causar a outrem. Em sentido estrito, é visualizada por meio da negligência (omissão por desatenção, descuido), imprudência (ação caracterizada pela afobação, o indivíduo age com pressa e acaba por precipitar-se em conduta danosa) e imperícia (nesta, resta evidenciada inabilidade no ofício exercido pelo agente). Em sentido amplo, por sua vez, é denominada dolo, onde o agente age deliberada e intencionalmente de forma ilícita, incorrendo em manifesta má-fé. A culpa na responsabilidade civil abrange ambas as manifestações. Todavia, é importante ressaltar que a lei, em alguns casos, dispensa a sua ocorrência: são as hipóteses de responsabilidade objetiva. Todavia, entendemos ser a responsabilidade civil por dano ao nascituro *subjetiva*, uma vez que a lei não traz qualquer excepcionalidade a esse respeito.

O **dano** é entendido como o efetivo prejuízo experimentado pela vítima. Um bem seu tutelado pelo sistema jurídico (vida, patrimônio, liberdade, integridade física e moral, etc.) tem seu pleno exercício violado, trazendo-lhe alguma perda. Como já se viu, a Constituição Federal dirimiu qualquer dúvida que porventura ainda pudesse existir sobre o dano moral, tornando este plenamente possível. Sendo reconhecido o dever de reparação pelo Poder Judiciário, é o dano que servirá de medida para fixação do *quantum indenizatório*.

Por sua vez, a **conduta** pode ser entendida como o procedimento empreendido pelo agente para se chegar àquele prejuízo. Daí inferimos que **nexo causal** é a ligação entre essa conduta e o dano efetuado.

Pinceladas essas breves considerações acerca da teoria da responsabilidade civil, passemos à possibilidade de sua aplicação sobre o nascituro, enquanto eventual vítima de dano e titular de reparação.

3.2 Da Responsabilidade Civil por Dano ao Nascituro

A questão da responsabilidade civil aplicada ao nascituro é ainda tema pouco observado na Jurisprudência, seja considerando-o sujeito hábil a receber indenização, seja equiparando sua morte ao falecimento de pessoa já nascida, para efeitos de reparação civil à sua família.

Quanto a esta situação disposta acima, Silmara Chinelato nos aponta importante observação. Para ela, ao não se conceder indenização à família do nascituro morto por alguma conduta ilícita, está-se realizando verdadeira inversão de valores e princípios jurídicos, já que se deixa de valorizar a vida humana sob a alegação de que nascituro não é pessoa e, de outra sorte, indeniza danos considerados morais e materiais por morte de animais. Além disso, outra situação esdrúxula que se poderia observar desconsiderando a personalidade jurídica do nascituro é o caso de um medicamento ser ministrado de maneira incorreta à gestante e, em consequência disso, vir o feto a adquirir lesões físicas alarmantes ainda dentro do ventre materno. Se a teoria natalista for adotada, o nascituro não teria direito algum a indenização pelas lesões sofridas, e o que se poderia obter é a indenização pela integridade física da mãe, o que certamente geraria indenização bem menor e destoante do efetivo prejuízo à vida humana que foi levado a termo. De igual modo, se o feto for natimorto, a indenização seria muito menor do que se considerasse a morte de uma pessoa. Reforçando a idéia, leia-se interessante notícia veiculada no *Correio Brasiliense*³:

³ Feto terá indenização por tortura na ditadura. In: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Por ter sido considerado torturado durante o regime militar, ainda na barriga da mãe, João Carlos de Almeida Grabois, filho da ex-guerrilheira Criméia Grabois, pode ser indenizado, na próxima terça-feira, no valor máximo R\$ 39 mil a ser pago pela Comissão de Ex-Presos Políticos de São Paulo. Em 2004, a comissão já havia reconhecido o feto como preso político e vítima dos torturadores. Grávida de sete meses quando foi presa e levada para o DOI-Codi, Criméia foi torturada com choques e espancamento. O bebê nasceu com afundamento no peito, segundo a família. "Ele foi perseguido antes de nascer. Pagou pela trajetória política do avô, da mãe e do pai, que tinham o sobrenome Grabois", disse a tia de João Carlos, Amélia Telles. João Carlos recorreu da primeira sentença, que determinava o valor mínimo para este tipo de indenização, que é de R\$ 22 mil.

Dessa forma, não se pode olvidar da reparação por danos efetuados ao nascituro, quando os elementos da responsabilidade civil vistos acima se mostrarem presentes, sob pena de se comprometer todo o sistema jurídico no que tange não só à responsabilidade civil, mas aos princípios norteadores do Direito. Nesse diapasão, o reparo efetuado seria o mesmo quando comparado àquele realizado para com filho nascido vivo, uma vez que, como já defendido aqui, nascituro é pessoa e, portanto, é tutelado pelo ordenamento jurídico.

De igual modo deve ser considerado o dano moral ao nascituro. Em sendo pessoa, naturalmente é titular do direito à integridade moral, psíquica, social, etc., em toda a sua extensão. Como exemplo disso, Yussef Cahali⁴ leciona:

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo,

⁴ In *Dano Moral*, RT, 2a ed., n. 4.84, p.162. In Recurso Especial Nº 399.028 - SP (2001/0147319-0). Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 26/02/2002

esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado.

Por fim, apesar de ainda haver polêmica cercando o assunto, já se conferiu ao nascituro inclusive direito a alimentos. Poder-se-ia alegar que não é possível fornecer alimentos a um feto, e sim à mãe; contudo, sendo o feto pessoa, tem seu próprio direito à integridade física, sendo esta considerada distintamente para efeitos jurídicos, observado o avanço da Medicina a respeito.

Finalmente, traremos à baila dois julgados a respeito, demonstrando que a postura dos Tribunais, apesar de certa resistência, começa a inclinar-se no sentido de aceitar a responsabilidade civil para com o nascituro e, conseqüentemente, à consideração da teoria concepcionista da personalidade jurídica. Veja-se:

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. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito a 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.⁵

E ainda:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte.⁶

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade, como se sabe, é fruto de constantes evoluções. Por esse motivo, o Direito, regulador dos comportamentos nela efetuados, deve acompanhar essas transformações. No caso específico do nascituro, velhas concepções devem ser abandonadas e uma nova visão deve ser adotada. Com as novas ordens civil e constitucional, o tratamento daquele que ainda está por nascer como coisa se torna incompatível quando consideramos o sistema normativo como um todo. Uma interpretação isolada não pode mais ser levada a termo nos dias atuais, dada a dinâmica social que envolve a comunidade (tanto nacional como internacional), e a questão do nascituro é exemplo disso.

Diante disso, teorias que antes eram absolutas não podem mais ter razão de ser. O exegeta deve estar atento às transformações do meio social, e sua atividade interpretativa deve sempre levar isso em consideração, de tal sorte que direitos não sejam perdidos e

⁵ Recurso Especial Nº 399.028 - SP (2001/0147319-0). Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF. Relator: Ministro Sérgio de Figueiredo Teófilo, Julgado em: 25/02/2002

⁶ Agravo de Instrumento Nº 70006429096, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 13/08/2003

vidas não sejam desconsideradas. A desconsideração do nascituro como pessoa titular de direitos é por nós considerada uma afronta aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, em que pese ser este um fundamento da República Brasileira. Todo o conjunto de normas e princípios que compõem o Direito Brasileiro apontam para a proteção do nascituro e concessão a ele de todos os direitos de pessoa nascida (com exceção dos direitos patrimoniais, como foi demonstrado anteriormente).

Portanto, por tudo o que foi exposto do decorrer deste trabalho, filiamo-nos à corrente concepcionista da personalidade e reafirmamos a possibilidade de ser o nascituro titular de direito a indenização por dano a ele causado ilicitamente, sem vislumbrarmos com isso qualquer ofensa à teoria da responsabilidade civil. Ao contrário, visualizamos nisso uma forma de ver a vontade legislativa concretizada em seu espírito, além da efetivação do ideal de Justiça, hoje tão aclamado e incessantemente buscado.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. *O início e o fim da personalidade jurídica. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3898>>. Acesso em: 26 set. 2008.

ARALDI, Udelson Josue. *Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1070, 6 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em: 29 set. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 11.01.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em 25 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 27 set. 2008.

CHAVES, João Freitas de Castro. **Responsabilidade Civil por Dano Causado ao nascituro: Possibilidades de Reparação no Direito Brasileiro**. In: "A priori", INTERNET. Disponível em <[a href=http://www.apriori.com.br/artigos/responsabilidade_civil_por_danos_nascituro.shtml](http://www.apriori.com.br/artigos/responsabilidade_civil_por_danos_nascituro.shtml)>. Acesso em 20 set. 2008.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela jurídica do nascituro**. 2001. Disponível em <<http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=100>>. Acesso em 26 set. 2008.

GODINHO, Adriano Marteleto **O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro**. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2265>. Acesso em: 24 set. 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>>. Acesso em: 27 set. 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 27 set. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV