

## DANOS MORAIS DO NASCITURO: ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS DE SUA PROTEÇÃO

Juliana Peixoto Teixeira<sup>1</sup>  
Flávia Regina Porto de Azevedo<sup>2</sup>

**RESUMO:** Inicialmente será feita uma abordagem histórica sobre o surgimento dos direitos do nascituro e a sua definição no campo doutrinário e legal. Serão abordadas ainda as teorias sobre a situação jurídica do nascituro e qual delas foi adotada pelo Código Civil, pela doutrina e jurisprudência brasileira. Por fim, será apresentada uma análise dos aspectos jurídicos sobre a possibilidade de proteção e eficácia em relação aos danos morais do nascituro.

**Palavras-chave:** Nascituro. Dano moral. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** Initially, a historical approach will be made on the emergence of the rights of the unborn child and their definition in the doctrinal and legal field. Theories about the legal situation of the unborn child will also be addressed and which of them was adopted by the Civil Code, Brazilian doctrine and jurisprudence. Finally, an analysis of the legal aspects regarding the possibility of protection and effectiveness in relation to moral damages to the unborn child will be presented.

**Keywords:** Unborn child. moral damage. right to a personality. human rights. dignity of the human being.

1276

### I INTRODUÇÃO

Mesmo que ainda não tenha nascido, o ordenamento jurídico brasileiro põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção. Assim, apesar de não ser considerado uma pessoa em sentido jurídico, há o reconhecimento e tutela de seus direitos desde a concepção, compatíveis com a sua personalidade e em razão da sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Como no Brasil não há lei específica que resguarde o dano moral ao nascituro, o presente trabalho tem como objeto um enfoque das teorias natalista, personalidade condicional e

---

<sup>1</sup>Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas e graduada em Administração pela Faculdade de Estudos Sociais da Universidade Federal do Amazonas.

<sup>2</sup> Mestre em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação - PPGE da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Amazonas (2019), pós-graduada em Direito Penal e Processual pela Faculdade de Direito da Federal do Amazonas (2002). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (1999). Professora Adjunto C, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, desde 2009, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Civil; Direito de Família; Direito das Sucessões. Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (Ufam).

concepcionista, as previsões constitucionais e legais de proteção que fundamentam a concessão desse direito do nascituro e a posição da jurisprudência acerca da matéria.

Por meio de entendimento doutrinário e jurisprudencial, o texto pretende demonstrar que não obstante o artigo 2º do Código Civil expressamente prever que a pessoa natural apenas poderá adquirir direitos e obrigações a partir do nascimento com vida, o nascituro é passível de sofrer danos morais, em razão dele ser titular dos direitos da personalidade e protegido pelo princípio da dignidade como pessoa humana.

Sendo assim, irrelevante é o fato de que o concebido não tem consciência do mundo que o cerca, posto que ele é tutelado por alguns direitos desde a concepção, considerados fundamentais para a sua formação e existência como qualquer ser humano.

## 2 ORIGEM HISTÓRICA SOBRE OS DIREITOS DO NASCITURO

Foi na cidade de Tebas, na antiga Grécia, onde se tem notícia da primeira proteção dos direitos do nascituro, com previsão de aplicação de penalidades para aqueles que praticassem o aborto (GONZÁLEZ, 2013 s.p).

Rodrigues apresenta a visão de alguns filósofos sobre a questão da prática do aborto na Roma antiga:

Na Grécia e na Roma antigas, o aborto era um recurso comum. Em uma análise de práticas sociais gregas, datada de 1922, encontra-se nada menos que 12 páginas contendo listas de preparados abortivos, instrumentos, injeções, pessários e tampões utilizados pelos médicos gregos para induzir o aborto. Consta, também, que Hipócrates aconselhava que se dessem grandes saltos, a fim de provocar o aborto. No entanto, ele preferia aconselhar a mulher para que usasse anticoncepcionais. Sócrates também era favorável a que se facilitasse o aborto sempre que a mulher o desejasse. Platão propunha que as mulheres de idade superior a 40 anos abortassem obrigatoriamente, mas era igualmente partidário de alternativa anticoncepcional. Aristóteles, finalmente, recomendava o aborto, antes que se desse a animação do feto, que segundo se considerava na época ocorria após os primeiros 60 dias da concepção. Também ele era favorável a que se desse preferência ao uso de contraceptivos. (RODRIGUES, 1984, p.17 apud APARECIDA, 2019 s.p)

Nota-se que os principais filósofos e pensadores da época já debatiam o tema e registravam as suas preferências por métodos anticoncepcionais em detrimento de métodos abortivos, considerando a condição de ser do feto.

## 3 DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E LEGAL DE NASCITURO

A doutrina de Silva (1998) destaca que o vocábulo nascituro deriva do latim *nasciturus*, participio passado de *nasci*, significando aquele que há de nascer.

## Outros doutrinadores apresentam também o conceito sobre nascituro:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação. (VENOSA, 2005, p. 153.)

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ: 1998: p. 334).

Na definição legal, o art. 2º do Código Civil preceitua que “A *personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

Nascituro não se confunde com “prole eventual”, também protegida pelo Direito no artigo 1799, I, do Código Civil Brasileiro: “*Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão*”. Assim, o nascituro pode ser entendido como ente já concebido.

## 4 TEORIAS: NATALISTA, PERSONALIDADE CONDICIONAL E CONCEPCIONISTA

O autor Tartuce (2012) no seu artigo “A Situação Jurídica do Nascituro: Uma Página a Ser Virada No Direito Brasileiro”, apresenta essas teorias da seguinte forma:

1278

### a) Natalista

O nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direito, por não ser considerado pessoa.

Ao adotar a teoria natalista, o Código Civil apenas concede personalidade ao nascituro com o nascimento com vida, mas resguarda os seus direitos desde a concepção.

Ora, existe uma contradição nesse contexto, uma vez que não se pode “atribuir” direitos àquele que não possua personalidade, assim como não se pode ignorar o nascituro como se este não existisse.

### b) Personalidade condicional

Essa teoria defende que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Em outras palavras, como depende de uma condição, o direito do nascituro vai depender do seu nascimento com vida, como explicam os seguintes autores:

Teoria da personalidade que é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. (TARTUCE, 2013, p.118).

[...] condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro vem ao mundo com vida, sua personalidade retroage à data de sua concepção". (VASCONCELOS, 2010, p. 32)

A citada teoria vai na contramão da atual legislação, uma vez que ela admite que os direitos da personalidade somente existiriam após o nascimento com vida, entretanto, o Código Civil (art. 2º) deixa de forma clara que eles existem desde a concepção.

### c) Concepcionista

A teoria concepcionista foi introduzida pelo Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e recepcionado pela nossa Constituição no artigo 5º, § 3º, da Carta Magna e pelo Código Civil que estabelece que o nascituro adquire personalidade civil na sua concepção.

Sob a influência do direito francês, essa teoria defende que a personalidade jurídica tem início com a concepção, oportunidade em que há geração do ser humano, com existência própria e totalmente distinto do organismo materno.

Os concepcionistas consideram que o nascituro é portador de personalidade jurídica, devendo, portanto, ser reconhecido como pessoa e sujeito de direito, uma vez que não se pode conceder direitos para quem não é admitido como pessoa:

[...] não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele. (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 39).

O embrião ou o nascituro tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter a existência e vida orgânica e biológica própria, independente da sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, o mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e o direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113).

O autor Tartuce (2012) contesta as duas primeiras teorias, tendo em vista que elas tratam o nascituro como uma coisa, apenas admitindo a sua condição de pessoa humana na hipótese de vir a nascer com vida. Entretanto, para ele, na teoria concepcionista, há uma visão mais ligada

aos direitos de quarta geração, onde se define o nascituro como pessoa humana dotada de direitos e deveres.

## 5 ASPECTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO EM RELAÇÃO AOS DANOS MORAIS DO NASCITURO

### 5.1 ANÁLISE DAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), enquadrado como valor supremo, definindo-o como fundamento da República. Sob a ótica da dignidade da pessoa humana, a vida deve ser considerada na concepção uma vez que hoje se tem um direito civil constitucionalizado.

Por ser um direito fundamental, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a vida e sua proteção são pressupostos para a existência e gozo dos outros direitos que deverão ser usufruídos por ele. Partindo para uma interpretação ampliativa, pode-se chegar à conclusão de que os direitos do nascituro desde a concepção abrangem também a sua honra.

A dignidade é um direito de todas as pessoas, sem exclusão, assegurado na Constituição da República. Plácido e Silva (1967, p. 526) consigna que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

1280

Como visto, a dignidade é garantida ao nascituro e, para que tenha um desenvolvimento sadio, se faz necessário que os seus direitos sejam efetivados, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 7º e 8º.

Estabelece o art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 – ECA):

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

Prevê ainda o Código Civil o direito ao nascituro quanto à sucessão:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Para alguns doutrinadores, a aludida lei material adota a teoria concepcionista quando faz referência à doação ao nascituro:

Art. 542, CC. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Vale salientar que existe tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 478/2007, apresentado por Bassuma e Martini (2007, p.1), com a finalidade para a criação do Estatuto do Nascituro, com os seguintes fundamentos:

[...] pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delitos cometidos por seus genitores.

Nesse contexto, Clayton Reis (2010, p. 40 - 41) conclui:

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. Aliás, é exatamente esse ser humano que anseia por nascer, totalmente indefeso, que merece a maior e a mais irrestrita proteção do ordenamento jurídico. A dignidade que se encontra presente neste ser indefeso é certamente maior em relação àqueles que possuem mecanismos de defesa própria, a exemplo dos animais irracionais. Nesse particular, a ordem jurídica é contraditória. Na medida em que oferece proteção aos enfermos e idosos, como a recente Lei sobre o Estatuto do Idoso, não assinala a especial tutela que deve merecer os nascituros.

Logo, depreende-se que os valorosos princípios constitucionais, no que tange ao sentido mais amplo, amparam os direitos do nascituro e lhes dão proteção. No entanto, o que se deveria buscar consiste numa legislação mais robusta e que expusesse expressamente essa tutela aos nascituros.

## 5.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O DANO MORAL DO NASCITURO

Consoante tratado no tópico anterior, o art. 2º do Código Civil traz a previsão que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, entretanto, estabelece a ressalva aos direitos do nascituro que são assegurados desde a concepção. Nesse sentido, Gagliano explica os detalhes de como um recém-nascido pode adquirir a sua personalidade:

O seu surgimento ocorre a partir do nascimento com vida (art. 2º do CC/02 e art. 4º do CC/16). No instante que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois. (GAGLIANO, 2012, p.114).

Assim, a interpretação que se faz diante do entendimento doutrinário é que o início da personalidade jurídica ocorre em duas formas possíveis: a primeira, por meio do nascimento com vida, ou seja, a criança ao ser separada do corpo da mãe, recebe ar nos pulmões; enquanto que na segunda hipótese pela utilização do método artificial, procedimento chamado de docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar, técnica em que, ao nascer, basta apenas um suspiro para que seja considerado o seu nascimento com vida.

Apesar do Código Civil de 2002 ter adotado em seu artigo 2º a teoria natalista, o Direito Civil está longe de ser unânime em reconhecer a personalidade do nascituro, situação que gera divergências doutrinárias e que levou vários doutrinadores a adotar a teoria concepcionista, a qual fundamenta que o nascituro é pessoa humana e tem direitos resguardados na lei:

O próprio Supremo Tribunal Federal, não tem uma opinião definida a respeito, sendo que o mesmo tem aplicado as duas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora seguindo a teoria concepcionista". (GONÇALVES, 2017, p.106).

A palavra “pessoa” no sentido jurídico é enquadrada como sinônimo de sujeito de direito. Pode ser conceituado como todo “ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o polo ativo ou passivo de uma relação jurídica” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 96).

Desse modo, está inserido não só na qualidade de ser humano (pessoa natural), mas relacionada à pessoa jurídica, visando atingir a um interesse comum. Ao adquirir personalidade, essas pessoas físicas ou jurídicas passam a atuar, na qualidade de sujeito de direito, ficando aptas a praticar atos e negócios na área jurídica.

Destaca Reale (2000, p. 232): “A ideia de pessoa é fundamental tanto no domínio da ética como no campo estrito do Direito. A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais”. Estabelece o artigo 1º do Código Civil que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Como os direitos da personalidade são inatos e intrínsecos à condição humana, a titularidade e a sua proteção são asseguradas a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, idade, crenças, condições financeiras ou capacidade intelectual. Assim, o nascituro, desde a concepção, é considerado um ser vivo independente e, portanto, distinto da mãe, com



autonomia genético-biológica, devendo ser tratado como um ser humano, mesmo no estado de formação.

A partir da concepção, são reconhecidos e tutelados o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome. Da mesma forma, “o direito a reclamar alimentos, ao reconhecimento de sua filiação, à assistência pré-natal, à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem ou de sua honra” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 186).

Diniz (2009, p. 196) argumenta como devem ser exercidos os direitos do nascituro:

O nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício, devendo seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, o curador ao ventre ou ao nascituro zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor, administrando os bens que irão pertencer-lhe, se nascer com vida, defendendo em seu nome a posse, resguardando sua parte na herança, aceitando doações ou pondo a salva as suas expectativas de direito. Com o seu nascimento com vida, seus pais assumem o poder familiar; se havia curador ao ventre, cessar-se-ão suas funções, terminando a curatela, nomeando-se um tutor ao nascido.

Preceitua o artigo 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.

O dano moral e os direitos da personalidade encontram-se intrinsecamente ligados. Como a Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o ser humano é reconhecido como núcleo e alicerce da sociedade.

Por esse entendimento, se o nascituro for lesado em sua dignidade como ser humano ou em seus direitos personalíssimos, é permitido que em seu nome seja exigido em juízo a compensação do prejuízo moral experimentado.

Atualmente o dano moral é visto como um conteúdo técnico, ou seja, no tocante à violação de um direito da personalidade. Ele não mais se relaciona a uma compreensão negativa e subjetiva, passando a ser qualificado de forma técnica e objetiva.

Pela fragilidade que caracteriza o nascituro, é imperiosa a necessidade de concessão de uma tutela jurídica ampla aos seus direitos, os quais devem ser protegidos, sob pena de ferir a própria essência humana. Com o atual Estado Democrático de Direito, não mais se admite uma dignidade seletiva, na qual apenas os nascidos com vida são considerados pessoas humanas dignas.

Segundo a lição de Reis (2010, p. 24), a limitação aos direitos da personalidade tendo como argumento a incapacidade do nascituro é algo inadmissível, haja vista que este possui vida



desde o momento da sua concepção. Ainda de acordo com o autor, a teoria natalista não está mais de acordo com a atual ordem jurídica, uma vez que entra em choque com a realização plena da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, com a admissão da teoria concepcionista, entende-se que há uma proteção ampla dos direitos do nascituro, e não apenas uma mera expectativa de direitos ou mera condição suspensiva, defendidos pelas teorias natalista e da personalidade condicional.

### 5.3 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE DANO MORAL DO NASCITURO

Apesar do Código Civil Brasileiro haver adotado a teoria natalista, o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não está pacífico quanto à utilização das teorias natalista e da concepcionista, enquanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem adotado a teoria concepcionista.

Ainda que, com a adoção da tese natalista entre os doutrinadores clássicos, a teoria concepcionista vem sendo admitida no âmbito da jurisprudência, especificamente das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça na concessão do dano moral em favor no nascituro, negando, assim, a tese de que o nascimento com vida é condição para que o feto adquira personalidade jurídica.

1284

Em 26/02/2002, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao julgar Recurso Especial nº 399028/SP, apreciou um caso ainda sob a vigência do Código Civil de 1916º, tendo como objeto a indenização a filhos cujo pai faleceu em atropelamento, sendo um deles ainda nascituro na ocasião do fato, adotou a tese concepcionista, reconhecendo esse direito ao feto:

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 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.<sup>[3]</sup>

Pelo que traduz dessa decisão unânime de votos, que “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.” Por esse entendimento, certamente que a dor sofrida pelo nascituro é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu com o pai por muitos anos e sua perda posterior. Entretanto, isso só é questão de gradação, mas não exclui a concessão do dano moral do nascituro.

Um outro fundamento extraído da mencionada decisão é o que diz respeito à questão da prescrição, considerando o tempo de vinte e três anos da data da morte do pai da criança. O Superior Tribunal de Justiça rejeitou tal pedido sob o argumento de que a prescrição não corre em face do absolutamente incapaz. Essa decisão cristaliza a tese conceptionista de aquisição da personalidade, tendo em vista que só pode ser considerado incapaz aquele que possui personalidade, sendo, portanto, detentor de direitos.

Em outro julgado, agora sob a vigência do atual Código Civil, o STJ manteve o entendimento acerca do reconhecimento do dano moral em favor do nascituro, em decorrência da morte do pai em acidente de trabalho (Recurso Especial nº 931556/RS):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

1285

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.

- É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.

- Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes

- É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.

- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido.

Ao apreciar o caso, a Ministra Nancy Andriighi, seguiu o mesmo entendimento do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao reconhecer a concessão de indenização para o nascituro, porém, divergiu quanto à fixação de valor, fundamentando que seria impossível

admitir-se a redução do valor a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro em comparação com outros filhos do acidentado, nascidos na ocasião do evento morte, uma vez que o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser qualificado com precisão.

Diante dessa decisão, percebe-se ser possível verificar a equiparação entre o nascituro e o que já possui vida extrauterina.

Saindo da esteira de acidente que tenha causado a morte do futuro pai do nascituro, há também outros julgados reconhecendo a possibilidade de, após o seu nascimento com vida, vir ele a requerer indenização por deformações ou problemas físicos permanentes decorrentes do mau acompanhamento médico, falta de exame ou prescrição errada de medicamentos em exame pré-natal, a exemplo da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento, AgRg no Ag nº 1092134/SC:

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 JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE.

1286

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 retro lenticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança.

Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório. II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes.

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

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

Pelo visto, a jurisprudência dos tribunais superiores tem reconhecido o direito ao nascituro quanto à indenização por dano pré-natal contra o causador, seja ele sua mãe, de

conformidade com artigo 186 do Código Civil, ou o médico (artigo nº 951 CC e da Lei no. 8078/90). O que fundamenta esse dano ao nascituro em sua integridade física é a perda de sua aptidão de experimentar as situações prazerosas da vida.

O Estatuto do Nascituro, Projeto de Lei n.º 478/2007, estabelece em seu artigo 21, a possibilidade da reparação civil pelos danos morais sofridos pelo nascituro. Essa previsão consagra o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro vem solidificando cada vez mais de ser concedida ao nascituro a concessão de indenização por danos morais por violação dos seus direitos da personalidade.

Nesse sentido, vale destacar a decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator no Recurso Especial nº 1120676/SC:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI No. 6104/74.

- 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.
  - 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.
  - 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.
  - 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).
  - 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.
- A defesa dos direitos do nascituro é exercida via representação de sua genitora, salvo no caso desta não deter o poder familiar, ocasião na qual lhe seria dado um curador, nos termos do Código Civil Brasileiro. Esse curador, chamado de curador ao ventre, é a pessoa investida na atribuição de zelar pelos direitos do nascituro.

1287

Seguindo nesse raciocínio, a jurisprudência admite a indenização pela morte de nascituro, uma vez que ele é considerado uma pessoa desde a concepção, mesmo diante da redação aparentemente contraditória do artigo 2º do Código Civil, o qual merece ser interpretado por meio de um método sistêmico e não de forma isolada, seguindo, assim, os mesmos argumentos utilizados pela corrente concepcionista. Caso não seja concedida a indenização pela morte do nascituro estaria prestigiando o ato ilícito que impediu a conquista da personalidade.

## 6 CONCLUSÃO

Assim, pode-se concluir que a limitação aos direitos da personalidade tendo como argumento a incapacidade do nascituro é algo inadmissível, haja vista que ele possui vida desde o momento da sua concepção. A teoria natalista admitida pelo Código Civil não está de acordo

com a constitucionalização do direito civil, uma vez que entra em choque com a realização plena do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a admissão da teoria concepcionista, entende-se que há uma proteção ampla dos direitos do nascituro, e não apenas uma mera expectativa de direitos ou mera condição suspensiva, defendidos pelas teorias natalista e da personalidade condicional.

Desse modo, é cediço que a doutrina caminha para a substituição da teoria natalista pela concepcionista, evoluindo pela adoção da tese de que o nascituro seria dotado de personalidade jurídica, tanto no aspecto formal quanto material. Nessa toada, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça caminha em adotar a teoria concepcionista quando reconhece em seus julgados que o nascituro pode sofrer lesões de ordem moral.

Como visto, na hipótese da perda de seu genitor em acidente provocado por terceiro, uma vez que a morte de seu pai irá provocar reflexos em sua vida futura, deixando-o impossibilitado de sua companhia, de seus cuidados e de sua afetividade, e com possíveis problemas de ordem psicológica pelo sentimento de frustração diante da ausência da figura paterna.

Desse modo, parcela da doutrina quanto a jurisprudência possuem a compreensão de que, no atual Estado Democrático de Direito, não mais se admite uma dignidade seletiva, na qual apenas os nascidos com vida são considerados pessoas humanas dignas. Não se pode mais conceber a ideia de que a incapacidade do nascituro é um fator limitador dos direitos de sua personalidade, considerando que este possui vida desde o momento da sua concepção.

Por fim, de tudo o que ficou exposto conclui-se que o dano moral do nascituro deve ocorrer porque os direitos da personalidade são inerentes à natureza humana e existem independentemente da personalidade ou da capacidade do indivíduo, devendo ser preservados para o seu desenvolvimento como pessoa humana, bem como respeito em relação à dignidade, à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. **O Reconhecimento da Personalidade Jurídica do Nascituro Desde a Concepção no Sistema Jurídico Nacional como Forma de Solidificar a exigente Atuação Integral do Fenômeno Humano nas Relações Jurídicas**. In: Anais do [Recurso eletrônico] / XVII Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. p. 901-921 Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/brasilia/integra.pdf>> Acesso em 03 de Nov. 2014.conclu

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm)>. Acesso em: 12 de Nov. 2018.

BASSUMA, Luiz e MARTINI, Miguel. **Estatuto do Nascituro**, 2007. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584) Acesso em 12 de Nov. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Forense Universitária, 7ª. edição, 2006.

CONRADO, Gilberto. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Processo nº 264.502/2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 1998, p. 334.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-131.

FARIAS, Rosendal. **Dieito Civil**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2006, p. 96

GONÇALVES, Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; e ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela Jurídica do nascituro**. Revista de Direito Privado. RT, vol. 8, nº. 30. Abr./Jul. 2007.p. 256-263.

1289

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25a. edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIS, Clayton. **A dignidade do nascituro**. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, p. 40 - 41

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

\_\_\_\_\_, Plácido e. **Vocábulo Jurídico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, vol 4: Direito das Coisas. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 102-118.

VASCONCELLOS, Celso dos Santos. Planejamento: Projeto de Ensino Aprendizagem e Projeto Político-Pedagógico – elementos metodológicos para elaboração e realização. 21ª ed. São Paulo: Libertad Editora, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil/ parte geral. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. Direito Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.7zzVENOSA, 2005, p. 153.)