



UnICEUB Centro Universitário de Brasília – UnICEUB
Centro Universitário de Brasília Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MARIA JÚLIA VIEGAS DE ARAÚJO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DANO MORAL AO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE**

BRASÍLIA

2019

MARIA JÚLIA VIEGAS DE ARAÚJO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DANO MORAL AO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Júlio César Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA

2019

MARIA JÚLIA VIEGAS DE ARAÚJO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DANO MORAL AO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Prof. Examinador

RESUMO

O presente trabalho tratou sobre a possibilidade de indenização por danos morais ao nascituro no ordenamento jurídico vigente. O Código Civil estabeleceu que a personalidade civil da pessoa tem início com o nascimento com vida, mas são ressalvados os direitos do nascituro desde a concepção. A partir dessa premissa, observou-se a possibilidade do nascituro receber qualquer tipo de indenização por danos morais. Os adeptos à Teoria Natalista seguem a rigor o Código Civil e consideram que o nascituro tem uma mera expectativa de direitos, que só se concretizarão com o nascimento. Por outro lado, os adeptos à Teoria Concepcionista consideram que a existência de direitos não patrimoniais e 'status' que independem do nascimento com vida conferem ao nascituro a personalidade civil. Além disso, corroboraram com a tese concepcionista os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal. Embora essa possibilidade não esteja expressamente elencada na legislação vigente, o Poder Judiciário, através da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, vem se mostrando favorável à Teoria Concepcionista ao viabilizar a reparação por danos morais ao nascituro.

Palavras-chave: Direito Civil; Responsabilidade Civil; Danos Morais; Nascituro; Personalidade Civil; Teoria Concepcionista; Teoria Natalista; Constituição Federal; Estatuto da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A DOCTRINA DO DANO MORAL NA TEORIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA	8
1.1 Personalidade Jurídica	8
1.2 Dano Moral e o Nascituro	13
2 O DANO MORAL DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	19
2.1 Dano Moral ao Nascituro e a Constituição Federal de 1988.....	19
2.2 Dano Moral ao Nascituro e a Legislação Infraconstitucional.....	24
3 A TUTELA JUDICIAL DO DANO MORAL DO NASCITURO.....	30
3.1 Superior Tribunal de Justiça.....	30
3.1.1 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp nº 399.028.....	30
3.1.2 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, REsp nº 931.556	32
3.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.....	34
3.2.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Segunda Turma Cível, Desembargador Relator Carlos Rodrigues, Processo nº 0059981-20.2002.8.07.0001	34
3.2.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Segunda Turma Cível, Desembargador Relator José Jacinto Costa Carvalho, Processo nº 0106085-65.2005.8.07.0001	36
3.2.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Primeira Turma Cível, Desembargadora Relatora Maria Ivatônia, Processo nº 0005375-05.2013.8.07.0018	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise da possibilidade de dano moral ao nascituro no ordenamento jurídico vigente, mais especificamente na Constituição Federal, Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A análise do início da personalidade civil da pessoa natural é de indiscutível relevância social, tendo em vista que isso determinará quem pode ser considerado sujeito de direitos. Ou seja, a quem é permitida a prática de atos e negócios jurídicos no âmbito do Direito Brasileiro.

Muitas teorias buscam explicar o momento do início da personalidade civil, mas a grande maioria o resume substancialmente em dois momentos: a concepção e o nascimento, que fundamentam as Teorias Concepcionista e Natalista.

Dessa maneira, surge o grande problema a ser enfrentado na presente monografia: é possível, na interpretação do direito, conceber-se a possibilidade jurídica do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro?

Nessa lógica, a hipótese responderá afirmativamente o problema proposto através do estudo da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema.

O primeiro capítulo tratará sobre os aspectos doutrinários que revelam as primeiras considerações acerca do objeto de estudo da presente pesquisa. Serão abordados pontos específicos, como as teorias que determinam o início da personalidade civil, quais sejam, a Teoria Natalista e Teoria Concepcionista. Além disso, serão desenvolvidos aspectos sobre a responsabilidade civil, no que diz respeito aos danos morais, especificamente a possibilidade de danos morais ao nascituro.

O segundo capítulo se ocupará da análise dos fundamentos legais que possibilitam a indenização por danos morais ao nascituro, à luz da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, no terceiro capítulo serão expostos os critérios utilizados em pesquisa jurisprudencial que possibilitam o nascituro como sujeito ativo de ações indenizatórias para reparação de danos morais. Serão examinados julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O referencial teórico será construído com base na doutrina de Paulo Thompson Flores, Sílvio Venosa, Silmara Chinelato, Carlos Roberto Gonçalves, Sérgio Cavalieri, Keith Moore, Aline Terra, Caio Mário, Flávio Tartuce, Pontes de Miranda, Nelson Rosenvald, Norberto Bobbio, Marcelo Novelino, Leslei Magalhães, Marta Toledo, Antônio Pires e Paulo Nader.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas brasileiras e artigos científicos, principalmente na área do direito civil e constitucional.

1 A DOCTRINA DO DANO MORAL NA TEORIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Este capítulo abordará os aspectos doutrinários referentes ao direito civil, principalmente no que diz respeito à personalidade civil da pessoa natural, com ênfase nas Teorias Concepcionista e Natalista e à responsabilidade civil, especificamente quanto à possibilidade de dano moral ao nascituro.

1.1 Personalidade Jurídica

O alicerce fundamental do sistema jurídico brasileiro são as pessoas, pois estas formam as relações jurídicas dentro da sociedade. A partir dessas relações, surge o estudo do Direito para regulação e solução de conflitos.

No âmbito do Direito, toda pessoa é dotada de personalidade, definida por Venosa como “a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações”¹. Todo ser humano nascido vivo detém como atributo a personalidade, sendo, conseqüentemente, um sujeito de direitos.

De acordo com Paulo Roberto Thompson Flores, o sujeito de direitos é conceituado como “a pessoa que detém a titularidade de um direito, que incorpora esse direito a seu patrimônio jurídico, como sujeito ativo, ou como sujeito passivo, responde pelas obrigações”. E complementa, “a titularidade desses direitos e obrigações sobrevêm da capacidade de cada sujeito, ou seja, da possibilidade jurídica do homem de apropriar-se de direitos e contrair obrigações”.²

O Direito Civil brasileiro divide a capacidade em dois vieses. A capacidade de gozo ou de direito indica que toda pessoa é capaz de usufruir de direitos e assumir obrigações, conquanto a capacidade de fato ou de exercício, com o fito de proteger alguns sujeitos, determina que algumas pessoas não possam exercer o direito sem estarem assistidas, seja por ausência de vontade ou por inexistência/insuficiência de discernimento.

¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 115.

² FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.188.

Seguindo a lógica, infere-se que toda pessoa é detentora de personalidade jurídica. Em razão disso, simultaneamente, torna-se sujeito de direitos e, conseqüentemente, detém a capacidade para assumi-los.

Como já dito, a personalidade jurídica da pessoa é atributo essencial e desta não se dissocia. Por isso, independe de sua vontade e não pode ser renunciada, tendo em vista que não se trata de direito subjetivo. Também não possui graus, uma vez que todos os tipos de personalidade são iguais.³

Nas lições de Pontes de Miranda, “*a personalidade em si não é um direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível ‘estar’ nas relações jurídicas como sujeito de direito*”⁴. Desta maneira, a partir da aquisição da personalidade, entende-se a pessoa passa a atuar como sujeito, sendo-lhe permitida a prática atos e negócios jurídicos.

Nos dias atuais, o grande embate sobre a personalidade civil dá-se sobre o momento de seu início, mais especificamente a partir de quando o ser humano passa a ser sujeito de direitos e obrigações. Muitas teorias buscam explicar o termo inicial da personalidade civil, mas, a grande maioria o resume substancialmente em dois momentos: a concepção e o nascimento.

No contexto doutrinário brasileiro prevalecem basicamente três teorias acerca do início da personalidade da pessoa natural: a Teoria Concepcionista, Natalista e da Personalidade Condicional.

De acordo com a Teoria Concepcionista, a personalidade jurídica é iniciada a partir do momento da concepção, posto que a legislação brasileira visa proteger os direitos do nascituro. Assim sendo, é possível assimilar que a legislação em comento, por considerar os nascituros como seres humanos, nos leva à conclusão lógica de que esses possuem personalidade jurídica, atributo inerente a toda pessoa.⁵

³ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 197-201.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.162.

⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, Vol.7/8, 2004, p. 87-104.

Portanto, para a primeira teoria, o nascituro é considerado pessoa e sujeito de direitos, ainda que não tenha nascido. Nesse sentido, Silmara Chinelato afirma que “a personalidade começa a partir da concepção decorre da existência de direitos não patrimoniais e ‘*status*’ que independem do nascimento com vida”.⁶

A Teoria Natalista, por outro lado, afirma que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida. Embasa-se principalmente no Direito Romano, que não reconhece o nascituro como pessoa. Avalia, também, que o nascituro é mera expectativa de pessoa, possuindo, portanto, meras expectativas de direito.

Flávio Tartuce declara que o grande problema da Teoria Natalista é que ela não consegue responder ao questionamento de que se o nascituro não tem personalidade e não é considerado como pessoa, ele então seria considerado como uma coisa. Salienta, também, que a referida teoria não acompanha o surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião.⁷

Os adeptos a essa teoria concluem que não há personalidade antes do nascimento com vida, sendo que a legislação protege os interesses do nascituro em circunstâncias excepcionais, tais como a admissibilidade de ser constituído como herdeiro e a possibilidade de receber doação.

A teoria mencionada é fundamentada pela primeira parte do artigo 2º do Código Civil⁸, o qual dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”⁹. Conclui, portanto, que a lei não concede ao nascituro personalidade, tendo em vista que esta só é conferida a partir do nascimento com vida.

Por esse mesmo ângulo sustenta Caio Mário ao afirmar:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao

⁶ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. *Tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.170.

⁷ TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 8.

⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º.

⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º.

nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.¹⁰

Caio Mário também justifica que o nascimento se concretiza quando o feto se separa do ventre materno, seja por meio de parto normal ou cesariana. Ademais, não considera o tempo de gestação para verificar o nascimento com vida. Pondera que viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, realizado sua primeira troca ox carbônica, ainda que faleça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu.¹¹

Pontes de Miranda também pode ser citado como um dos doutrinadores que defendem o início da personalidade com o nascimento, haja vista que afirma que a criança ainda no útero não é considerada pessoa, pois só chega a esse status com a sua consumação.¹²

Ainda, corroborando com essa tese, Carlos Alberto da Mota Pinto aponta que inexistente a possibilidade de qualquer tipo de indenização ao feto:

O direito surge só no momento do nascimento, momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a ação, que o começa a desencadear, ser anterior. Se o feto 'agredido' no ventre materno, não chega a nascer com vida, ele não terá direito a qualquer indenização.¹³

Em última análise, surge a Teoria da Personalidade Condicional como derivação das Teorias Concepcionista e Natalista. Os adeptos a essa tese constatarem que a personalidade civil surge com a concepção, mas se condiciona ao nascimento com vida.¹⁴

Defendem que o nascituro assume, desde a concepção, condição de sujeito de direitos e de detentor de personalidade. Todavia, tais direitos só seriam

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil – teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.182.

¹¹ *Ibidem*, p.184.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.162-163.

¹³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 202.

¹⁴ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, Vol.7/8, 2004, p. 92-93.

concretizados nos casos de nascimento com vida. Em outras palavras, caso o feto não venha a nascer, não há que se falar no surgimento desses direitos.

Flávio Tartuce problematiza essa teoria “mista” ao considerá-la apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou de personalidade, os quais não podem estar sujeitos à condição, termo ou encargo.¹⁵

Apreciados os conceitos atinentes à personalidade jurídica e seus desdobramentos, constata-se que o início da personalidade civil é o momento mais importante para qualquer ser humano em sua vida jurídica. É a partir desse momento que o ser humano passa a existir juridicamente como pessoa, sujeito de direitos e detentor de capacidade civil.¹⁶

Com os argumentos trazidos pelas aludidas teorias, necessário explorar, também, em qual momento se dá o início da vida. Na realidade, não cabe ao ramo do direito fazer essa análise, mas somente aplicá-la à vida jurídica.

Nos estudos médicos realizados ainda não há consenso sobre em qual momento o início da vida ocorre. No entanto, três das principais posições adotadas pelos especialistas serão aqui abordadas.

A primeira e mais tradicional posição por ser defendida pela maioria das religiões é a de que a vida tem início no momento da fecundação. Keith Moore assim considera:

O desenvolvimento humano começa quando o óvulo (ovo) é fertilizado por um espermatozoide. Desenvolvimento é processo de mudança que transforma um óvulo fecundado, que é uma célula única chamada zigoto, em um ser humano multicelular.¹⁷

Em outra perspectiva, os autores modernos adotam o período da nidação como o início da vida. Neste momento, a divisão celular já foi iniciada e somente com a nidação o ovo fecundado se tornaria viável. Para Silmara Chinelato, a

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 9.

¹⁶ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 217-218.

¹⁷ MOORE, Keith L. *Embriologia básica*. Rio de Janeiro: Interamericana, 1976, p.1.

implantação na parede do útero é a ocasião que determina o início da gravidez da mulher.¹⁸

A terceira linha de pensamento considera o momento da formação do sistema nervoso, que ocorre na terceira semana de gestação, como o início da vida. Esta posição é defendida por muitos juristas devido à formação da atividade cerebral, em contraponto da morte encefálica, que determina o fim da personalidade humana, diante da ausência de atividade cerebral.

Portanto, vislumbra-se que a doutrina civilista tem divergido quanto ao início da personalidade civil da pessoa natural, dividindo-se entre as Teorias Natalista e Concepcionista.

1.2 Dano Moral e o Nascituro

A vida em sociedade estabelece direitos e deveres e exige regras para viabilizar o equilíbrio e o convívio social. Dentre esses deveres, destaca-se o dever jurídico de não lesar (*neminem laedere*). A partir do momento que esse direito é afetado, surge sucessivamente o dever de repará-lo (*restitutio in integrum*).

A responsabilidade civil se relaciona à lesão de um direito pré-estabelecido no ordenamento jurídico. Isto é, resulta da violação de normas. Pode ser verificada quando existentes prejuízos que gerem dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste cenário, aquele que lesou é obrigado a recompor o direito impactado por meio de pecúnia.¹⁹

O termo “responsabilidade” pode ser utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Portanto, toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar.²⁰

Sílvio Venosa registra que:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não

¹⁸ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. *Tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.113.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.20.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 437.

reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.²¹

Verificam-se marcas da responsabilidade civil no Direito Brasileiro através do Código Civil, que dispõe em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²². Em decorrência disso, estipula, também, no artigo 927, *caput*, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.²³

Percebe-se que o nosso ordenamento jurídico busca proteger o lícito e reprimir o ilícito. Pretende reparar, por meio de indenização, aqueles prejudicados materialmente ou moralmente.

Como consequência disso, surge então a responsabilidade civil. Para que esta seja configurada, a doutrina moderna exige a reunião dos pressupostos da conduta, do dano e do nexos causal, elementos essenciais para sua configuração.

A conduta pode ser definida como “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”²⁴. Por ação, compreende-se o comportamento comissivo/positivo, tal como a destruição de algo pertencente a outrem. Por outro lado, a omissão indica uma conduta negativa, como o não cumprimento de um dever jurídico de agir.

É necessário que essa conduta seja voluntária, não no sentido de intencionalidade de causar o dano, mas de ter consciência do que se está fazendo. Desta forma, os atos reflexos (sonambulismo, hipnose e etc.) não são abrangidos, pois neste caso a vontade é inexistente.

Já o nexos causal é delineado por Cavalieri como “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado [...] permitindo concluir, com

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 437.

²² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 186.

²³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 927.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31.

base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano”.

25

Avançando com os pressupostos basilares da responsabilidade civil, ater-se-á maior análise ao dano. Cavalieri conceitua este como:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de bem patrimonial, quer se trata de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²⁶

A partir dessa definição, identifica-se que o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, pois não há que se falar em indenização sem dano.²⁷

Caio Mário também reconhece que o dano está “entrosado” com a responsabilidade civil, pois não haverá a obrigação de ressarcir se não houver o que reparar. Complementa, ainda, que a importância quantitativa do dano é muito relativa, pois o que orienta a justiça no dever de indenizar é a lesão ao direito e não sua extensão pecuniária.²⁸

A doutrina clássica classifica os danos em material e moral. O material é verificado quando atingidos os bens integrantes do patrimônio presente ou futuro da vítima, além disso, possibilita a avaliação pecuniária. Pode ser reparado diretamente, por intermédio de uma restauração natural ou de reconstituição da situação antecedente à lesão ou, de forma indireta, por meio de equivalente ou indenização pecuniária²⁹.

É dividido, basicamente, como dano emergente e lucro cessante. O dano emergente demonstra o efetivo prejuízo sofrido pela vítima. Em contrapartida, o lucro cessante consiste na frustração de uma expectativa de lucro, na perda de um ganho que já era esperado, o qual não pôde ser efetivado pela ocorrência do dano.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 49.

²⁶ *Ibidem*, p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 70.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 39.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p. 71.

Admite-se, ainda, o dano material reflexo, consistente no prejuízo de dano que atinge reflexamente terceira pessoa, ligada à vítima direta. Caio Mário exemplifica o caso de um ex-marido que deve à ex-mulher pensão em razão do divórcio mas fica incapacitado de prestá-la em razão de um dano que sofreu. Nesse caso, embora a ex-mulher não seja diretamente atingida, faz jus à indenização no valor da pensão.³⁰

O segundo grupo denomina-se como dano moral. Por dano moral, entende-se a “lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”³¹. Sua essência é a ofensa a um direito sem que haja prejuízo material (visível).

Venosa admite que não se pode identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica, uma vez que também “será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou [...] um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso”³². Não se configura como dano moral o mero dissabor cotidiano.

Em virtude de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária e pode ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, tornando-se esta mais uma satisfação que recompense o sofrimento ou a humilhação sofrida, do que propriamente uma indenização³³. Além disso, considera-se que os bens jurídicos sem valor estimável são ressarcíveis apenas pelo fato de serem ofendidos.

A sanção para esse tipo de dano recai na imposição de indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com uma tripla finalidade: (i) compensar a vítima, (ii) punir o infrator e (iii) prevenir fatos semelhantes garantindo a segurança jurídica.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 43.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 74.

³² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 498.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p. 75.

Cavaliere ainda configura que o dano moral está em *re ipsa*, tendo em vista que este “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral”.³⁴

A doutrina costuma categorizar os danos morais em diretos, indiretos e em ricochete. Os danos morais diretos lesam um interesse extrapatrimonial, relacionado aos direitos da personalidade. Os indiretos causam uma lesão patrimonial e indiretamente atingem também um interesse extrapatrimonial. Já os danos morais em ricochete lesam uma pessoa e, em razão da relação de parentesco/proximidade, afetam indiretamente um terceiro.³⁵

A partir dessas considerações, surgem controvérsias acerca da possibilidade dos nascituros serem os titulares de indenização por danos morais. Ao tempo que o próprio Código Civil determina que a personalidade só tem início com o nascimento com vida, a jurisprudência vem adotando a Teoria Concepcionista do início da personalidade jurídica para justificá-lo.

Alguns autores modernos salvaguardam ao nascituro o direito à indenização por danos morais. Na maioria dos casos, esse direito decorre do homicídio de que foi vítima seu genitor. Verifica-se que é irrelevante o fato de seu nascimento ter ocorrido após o falecimento do pai, pois, ainda que não o tenha conhecido, terá a dor de sua ausência³⁶. Nesse caso, os danos morais são denominados como futuros, as consequências do dano são previsíveis e por isso se tornarão realidade.

Neste caso, adota-se a Teoria Concepcionista, pois o nascituro detém incondicional personificação, havendo, inclusive, precedentes jurisprudenciais sobre a sua legitimidade para exigir a indenização pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da ofensa aos direitos da personalidade.³⁷

Flávio Tartuce assim analisa:

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.388-389.

³⁶ *Ibidem*, p. 396.

³⁷ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 337.

Partindo para uma análise prática, de confirmação da teoria concepcionista, pode-se dizer, inicialmente, que o nascituro tem direito à reparação por danos morais suportados. Como se sabe, os danos morais podem ser conceituados como sendo aqueles que atingem os direitos da personalidade e, no caso da pessoa humana, a sua dignidade. Como se reconhecem direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos, concluindo-se pela possibilidade de o nascituro pleitear a correspondente indenização por danos imateriais.³⁸

Carlos Alberto Bittar, conforme Carlos Roberto Gonçalves, sustenta, ainda, que a titularidade de direitos não exige requisitos ou condições pessoais. Na realidade, todas as pessoas naturais (as que já nasceram ou que ainda nascituras), capazes ou incapazes, podem figurar no polo ativo de uma ação indenizatória, necessitando apenas de representação nos casos em que a lei determina”.³⁹

Conclui-se neste capítulo que, embora o Código Civil regulamente com base na Teoria Natalista que a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, alguns autores modernos divergem desse entendimento e se baseiam na Teoria Conceptionista para resguardar ao nascituro direito à indenização por danos morais.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 7.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

2 O DANO MORAL DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste capítulo serão expostos os fundamentos legais que possibilitam a indenização por danos morais ao nascituro, à luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 Dano Moral ao Nascituro e a Constituição Federal de 1988

O ordenamento jurídico segue a Teoria da Construção Escalonada de Hans Kelsen, que determina que as normas não estão no mesmo plano pois seguem uma hierarquia, de forma que cada ordenamento tem uma norma fundamental superior a todas as outras.⁴⁰

Nas palavras de Bobbio:

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário a qual deriva a Constituição [...] se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema.⁴¹

No caso do Brasil, a norma hierárquica é a Constituição Federal, considerada como fonte de todas as normas que devem ser elaboradas pelos demais poderes, a fim de garantir a uniformização do ordenamento jurídico.

Em razão disso, todas as áreas do direito devem estar relacionadas, ainda que indiretamente, ao direito constitucional. Assim, nos dias atuais, o Direito Civil, após ter passado pela “constitucionalização”, passou a ser chamado por muitos como Direito Civil Constitucional.

Aline Terra define o Direito Civil Constitucional como “a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”.⁴²

Acrescenta, também, que a expressão “releitura” não deve ser entendida de modo restritivo, uma vez que não significa recorrer à Constituição para interpretar o

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Unb, 1995, p. 48-53.

⁴¹ *Ibidem*, p. 59.

⁴² TERRA, Aline de Miranda Valverde *et al.* *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.

Direito Civil, mas, na realidade, reconhecer que as normas constitucionais podem ser aplicadas às relações jurídicas entre particulares.⁴³

O Direito Civil Constitucional se firma na eficácia normativa da Constituição. Os princípios constitucionais não se confundem com os princípios gerais de direito pois os constitucionais são considerados como normas localizadas no ponto mais alto do ordenamento jurídico, assim, não podem assumir papel subsidiário em relação aos demais.⁴⁴

O reconhecimento de que esses princípios são normas aplicáveis às relações entre particulares demonstra que o Direito Civil se insere no ordenamento jurídico, não como um ramo autônomo, mas guiado pela força constitucional.

Esse tipo de metodologia busca que os institutos do Direito Civil sejam desviados à observância de valores constitucionais.

Diante disso, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu valores fundamentais. A título de exemplo, cita-se a dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente, valores estes que serão brevemente discutidos a seguir.

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.⁴⁵

É considerado como o valor constitucional supremo e serve (i) como razão para a decisão de casos concretos e (ii) como orientação para a criação, interpretação e aplicação das normas que compõem o sistema jurídico geral e o sistema de direitos fundamentais.⁴⁶

No mesmo sentido afirma Leslei Magalhães sobre o aludido princípio:

⁴³ TERRA, Aline de Miranda Valverde *et al.* *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1

⁴⁴ *Ibidem*, p. 7-8.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º, III.

⁴⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

Destaca-se que tais valores são supremos, estão colocados acima de quaisquer outros, portanto, o direito fundamental à vida, que é o mais importante de todos os direitos e o fundamento fático de todos os demais, deve ser garantido a todos, sem exceção, ainda que estejam no ventre materno.⁴⁷

A consagração desse princípio no texto constitucional corrobora a ideia de que a pessoa não é unicamente reflexo da ordem jurídica, na realidade, compõe um cenário no qual não existe Estado sem o homem.

Marcelo Novelino menciona que a dignidade é considerada como o bem principal de qualquer pessoa:

A dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Nesse sentido, não pode ser considerada como algo relativo.⁴⁸

Deriva do direito à vida, estabelecido também no texto constitucional de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.⁴⁹

Antônio Pires aduz que a partir desse direito decorrem outras situações. Ter direito à vida não abrange somente viver, mas também compreende o direito de nascer e de ter uma vida digna⁵⁰. Caso esses direitos não sejam providenciados e garantidos pelo Estado, fere-se a dignidade da pessoa humana.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, importante destacar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Referido princípio está previsto no artigo 227, também da Constituição Federal⁵¹.

De acordo com o artigo supracitado, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir às crianças e aos adolescentes direitos considerados como inerentes a todo ser humano, como por exemplo o direito à vida, à alimentação, à

⁴⁷ MAGALHÃES, Leslei. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

⁴⁸ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º.

⁵⁰ PIRES, Antônio Fernando. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 163.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227.

saúde, entre outros. Não deve haver nenhum tipo de discriminação em relação a esses titulares com os demais.

Dessa forma, infere-se que a criança – incluindo-se também as que ainda estão no ventre materno – e o adolescente também tem seus direitos resguardados por força normativa da Constituição.

Nessa perspectiva afirma Martha Toledo de Machado:

A Constituição de 1988 superou a dicotomia entre essas “classes” de direitos fundamentais, conformando-os estruturalmente de maneira toda particular e diversa daquela pela qual vêm conformados os direitos fundamentais dos adultos, visando atingir efetivamente proteção mais abrangente aos primeiros.⁵²

O princípio versado orienta o sistema jurídico a propiciar proteção especial àqueles considerados mais frágeis, que ainda estão em desenvolvimento. Diante da ausência de capacidade de fato, estes apresentam traços de vulnerabilidade e necessitam de apoio especial para a concretização de seus direitos, a fim de que sejam resguardados seus bens jurídicos fundamentais.

A partir dessas premissas, analisa-se, com base na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de danos morais ao nascituro.

O Direito à reparação por danos morais é previsto no texto constitucional, assim enunciado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] 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.⁵³

Conforme já discorrido, a tutela do nascituro pode também ser visualizada no texto constitucional. Um segmento da doutrina leva em consideração que o direito deve abranger todas as circunstâncias que possam gerar dano ao ser humano, ainda que este não tenha nascido.

⁵² MACHADO, Martha Toledo. *A Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 136.

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, X.

Como consequência disso, surge a necessidade de assegurar ao nascituro a viabilidade de ser reparado caso sofra algum tipo de dano decorrente da violação de seus direitos. Embora não tenha nascido, deve ser observado à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente, em decorrência da constitucionalização do Direito Civil.

Muitos autores criticam esse entendimento por não considerarem o nascituro como detentor de personalidade jurídica e sujeito de direitos, mas, ao mesmo tempo, compreendem que esse já representa uma vida humana. Desse modo, deve ser assimilado como destinatário do princípio dignidade da pessoa humana.⁵⁴

Nelson Rosenvald se pronuncia sobre o tema no sentido de que para o sistema jurídico brasileiro o nascituro tem personalidade jurídica, é sujeito de direitos e tem proteção fundamental em razão de sua condição especial. No entanto, quanto aos direitos patrimoniais, tais como a doação, a herança e o legado, esses só serão adquiridos com o nascimento com vida, pois a eficácia desse tipo de direito fica condicionada.⁵⁵

Assim complementa:

O nascituro ostenta personalidade, apesar de carecer de capacidade de direito, atributo específico daqueles que nascem com vida. Enquanto a personalidade concede ao nascituro os bens existenciais, a capacidade de direito lhe propiciará a titularidade de situações jurídicas patrimoniais. De fato, é indubitoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), enfim, dos direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito a reclamar alimentos gravídicos (não como crédito obrigacional, mas como mínimo existencial!), e à reparação por eventuais danos causados pela violação de sua imagem (como no exemplo de uma clínica de assistência pré-natal que explora a imagem da ultrassonografia) ou de sua honra, ou mesmo pela privação da figura paterna, em casos de homicídio contra o pai na constância da gravidez.⁵⁶

Para os autores modernos, contrariar a visão concepcionista traria a limitação de efetividade dos direitos decorrentes dos princípios fundamentais, o que seria

⁵⁴ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 236.

⁵⁵ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

inadmissível, considerando-se que esses são inerentes a todos ser humano, digam-se ainda os que estão no ventre materno.

Acredita-se que o nascituro deve ser justamente considerado sujeito de direitos pelo fato de que o Estado de Direito contemporâneo prega a igualdade, de forma que não se admite dignidade humana seletiva, na qual apenas os seres humanos já nascidos são considerados como seres humanos capazes de adquirir direitos.

Seguindo essa lógica, adotar a Teoria Natalista quanto ao início da personalidade civil significaria confronto com a norma máxima estabelecida pelo ordenamento jurídico atual.

Ressalva-se, no entanto, que o direito a esse tipo de reparação deve ser concretizado quando se mostrar viável, tendo em vista que não são todos os casos em desfavor do nascituro que demonstram cabível a indenização aos mesmos. Além disso, a análise do *quantum* indenizatório deve ser observada à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conclui-se, portanto, que ainda que o nascituro não tenha sido expressamente citado na Constituição Federal, estendem-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança ao mesmo. Por isso, ainda que existam divergências doutrinárias, é indiscutível a tutela à sua vida. Assim, existente a possibilidade de indenização pelos danos que vier sofrer, prezando-se a ordem constitucional.

2.2 Dano Moral ao Nascituro e a Legislação Infraconstitucional

Além da tutela dada pelo texto constitucional ao nascituro, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e ao adolescente, as legislações infraconstitucionais também protegem seus direitos.

Sabe-se que a situação jurídica do nascituro é questão polêmica e complexa. A partir dessa afirmação, faz-se necessária sua análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Penal, da Lei de Alimentos Gravídicos e do Código Civil, no que diz respeito à curatela, doação, adoção, sucessão e especialmente à reparação de danos morais.

Paulo Thompson Flores declara seu entendimento no sentido de que a personalidade civil da pessoa natural tem início pelo nascimento com vida. Dessa forma, entende que as legislações vigentes em nosso país também adotam essa posição, vez que o momento da aquisição da personalidade é o mais importante para que seja delimitada a circunstância em que o ser humano passa a ser sujeito de direitos. Por esse motivo, as legislações devem utilizar critérios juridicamente sustentáveis e seguros para fixar esse momento.⁵⁷

Complementa, também, que a adoção da Teoria Concepcionista não atenderia ao requisito da segurança, pois a possibilidade de aborto nas primeiras semanas de gestação é grande. Nesse caso, todas essas gestações interrompidas poderiam gerar repercussões relativas à titularidade de direitos subjetivos hábeis a afetar a esfera jurídica de qualquer pessoa.

Partindo para a análise das legislações infraconstitucionais, o Código Civil assim dispõe quanto à personalidade jurídica: “Art. 2º. A personalidade da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁵⁸

Para outros doutrinadores, em linha de raciocínio diferente de Paulo Thompson, a segunda parte do artigo supracitado estaria concedendo direitos ao nascituro, o que possibilitaria o entendimento de seu reconhecimento como sujeito de direitos e conseqüentemente detentor de personalidade jurídica.

Identifica-se que alguns artigos do Código Civil tratam a respeito do nascituro. A respeito da doação, dispõe o art. 542 que “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.⁵⁹

Via de regra o nascituro não está apto para realizar vendas, doações e compras, o que o configuraria como sujeito e elemento de relações jurídicas. No entanto, percebe-se que o artigo em comento admite que seja feita doação ao mesmo com uma condicionante, seu nascimento com vida. Dessa forma, seu

⁵⁷ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 227.

⁵⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º.

⁵⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 542.

representante legal poderá aceitar os bens doados, os quais ficarão sob sua gestão até seu nascimento.

No que concerne à curatela, o art. 1.779 prevê que “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.⁶⁰

Nesse caso, o dispositivo legal resguarda os direitos do nascituro nomeando curador quando tiver ocorrido o falecimento do seu pai e sua mãe não dispuser do poder familiar ou estiver na qualidade de incapaz. Nessa situação, a nomeação de curador se relaciona à tutela da saúde, da vida e dos bens do nascituro.

Em relação à sucessão, o art. 1.798 estabelece que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.⁶¹

O referido artigo certifica a capacidade sucessória do nascituro, isto é, o reconhece como herdeiro legítimo. Aqui o direito do nascituro só é consolidado com o nascimento com vida. Portanto, a eficácia da vocação também depende de seu nascimento.

No tocante à adoção, o art. 1.621 prevê que “a adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 anos”.⁶²

Ainda que o aludido artigo não cite expressamente o nascituro, muitos doutrinadores acreditam na possibilidade de sua adoção, ao tempo que a modernidade o considera como ser humano.

Portanto, percebe-se que embora o artigo 2º do Código Civil⁶³ determine que a personalidade civil tenha início com o nascimento com vida, a mesma ressalva ao nascituro outros direitos.

A Lei 11.804/08⁶⁴, que disciplina sobre os alimentos gravídicos, pode ser citada como forma de proteção ao nascituro. O legislador objetivou proporcionar à

⁶⁰ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 1.779.

⁶¹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 1.798.

⁶² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 1.621.

⁶³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º

mãe todos os meios necessários para a seu bem-estar. Buscou-se garantir o acesso à saúde, alimentos, assistência médica e qualquer tipo de suporte que a gestante e o feto necessitem.

Importante salientar também o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este é visto como o conjunto de normas que visa proteger a criança e o adolescente e é decorrente do próprio texto constitucional.

O art. 2º do referido estatuto define quem se enquadra no conceito de criança: “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”.⁶⁵

A partir da análise desse conceito, nota-se que a lei foi silente no que diz respeito a idade mínima para se enquadrar como criança. Diante dessa omissão, os adeptos à Teoria Concepcionista englobam o nascituro nessa ótica e resguardam a ele todos os direitos previstos pelo estatuto.

Outrossim, o art. 7º, também do estatuto da criança e do adolescente, regulamenta que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.⁶⁶

Partindo de uma visão concepcionista, percebe-se que ao resguardar a proteção da vida e da saúde antes mesmo do nascimento, é natural considerar que tais condições dignas de existências são consideradas também como dignas de concepção.

Paulo Nader registra que nesse caso o legislador foi “feliz” ao resguardar os interesses do nascituro, pois o princípio da igualdade de oportunidade deve alcançar o ser humano desde sua concepção.⁶⁷

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008*. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

⁶⁵ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 2º.

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 7º.

⁶⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v.1: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 186.

Além do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Penal também aborda sobre o nascituro ao criminalizar o aborto (arts. 124 a 128)⁶⁸. A grande relevância/complexidade do tema aponta a seguinte justificativa para a sustentação da Teoria Concepcionista: se o aborto é justamente criminalizado por se tratar de um crime doloso contra a vida, o nascituro há de ser reconhecido como ser humano, sujeito de direitos e detentor de personalidade jurídica.

Nessa lógica, Nelson Rosenvald admite que a cláusula constitucional de proteção à vida humana não pode se limitar a proteger somente os que já nasceram.⁶⁹

Complementa, também, que pela análise do ordenamento jurídico brasileiro é possível perceber que desde a concepção já existe proteção à personalidade jurídica. Isso porque, o valor do ser humano é estendido a todos, sejam nascidos ou ainda em desenvolvimento no útero materno. Compreender essa declaração significa respeitar o ser humano em toda a sua plenitude.⁷⁰

Assim, afirma que o nascituro dispõe de direitos da personalidade e, portanto, de uma proteção jurídica fundamental. A única ressalva seria quanto aos direitos de natureza patrimonial, considerando-se que esses somente são adquiridos pelo nascituro com o nascimento com vida.⁷¹

A partir dessas considerações, verifica-se a possibilidade do nascituro pleitear danos morais, à medida que o ordenamento jurídico vigente resguarda direitos ao mesmo.

O Código Civil é claro ao dispor, em seu art. 186⁷², que o ato ilícito compreende a violação a direito, ainda que exclusivamente moral. Em decorrência dessa lesão, há o dever de indenizar (art. 927⁷³ do mesmo dispositivo legal).

⁶⁸ BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Arts 124 a 128.

⁶⁹ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 334.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 334.

⁷¹ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 335.

⁷² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 186.

⁷³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 927.

Diante disso, ainda que os artigos supracitados não abordem sobre o nascituro de forma expressa, não se pode negar a possibilidade de indenização caso seja adotada a Teoria Concepcionista quanto ao início da personalidade civil.

Nelson Rosenvald considera que é indubitoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos da personalidade tais como o direito a reclamar alimentos gravídicos como mínimo existencial e à reparação por eventuais danos causados pela violação de sua imagem ou de sua honra, ou mesmo pela privação da figura paterna, em casos de homicídio em face de seu genitor.⁷⁴

Portanto, vislumbra-se que o Código Civil, ao dispor em seu art. 2º⁷⁵ que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, acaba por conferir uma brecha aos intérpretes do direito.

No próximo capítulo, serão explorados casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a fim de que se compreenda as razões pelas quais os magistrados concedem os danos morais ao nascituro.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. Op.cit., p. 335.

⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º.

3 A TUTELA JUDICIAL DO DANO MORAL DO NASCITURO

Neste capítulo serão analisados casos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que possibilitam que o nascituro pleiteie no âmbito jurídico indenização por danos morais.

3.1 Superior Tribunal de Justiça

3.1.1 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp nº 399.028

O primeiro caso a ser analisado é o Recurso Especial nº 399.028, de relatoria do ex-Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado pela quarta Turma do STJ.

O processo trata, na origem, de ação indenizatória ajuizada por Antônio Leonidas Filho e outros, objetivando a condenação da CIA Brasileira de Trens Urbanos ao pagamento de pensão vitalícia a cada um dos autores, além de danos morais.

Alegam os requerentes que seu genitor foi atropelado em ferrovia da requerida, vindo a falecer quando dois dos requerentes estavam com 5 e 3 anos de idade, tendo o terceiro requerente nascido dois meses após o acidente.

Argumentam, também, que os danos decorreram da falta de assistência que o pai propiciava à família, além da probabilidade de que a vida dos autores teria sido bem menos pesada se o pai não tivesse falecido.

Sobreveio sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais, ensejando a interposição de apelação. A turma julgadora negou provimento à apelação por entender que o evento danoso ocorreu há mais de vinte e cinco anos, tempo considerado suficiente para que os sinais da dor fossem apagados.

Em sede de recurso especial, os pedidos autorais foram parcialmente providos. Confira-se a ementa do julgado:

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.⁷⁶

O acórdão fixou que “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”.⁷⁷

Além disso, em relação aos direitos do nascituro, o acórdão relatou trecho dos ensinamentos do Professor Yussef Cahali:

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, 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 (Dano Moral, RT, 2 a ed., n. 4.8.4, p. 162).⁷⁸

O doutrinador Flávio Tartuce também vislumbra a possibilidade de indenização ao nascituro, ao dispor que “como se reconhecem direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos, concluindo-se pela possibilidade de o nascituro pleitear a correspondente indenização por danos imateriais”.⁷⁹

Para os autores modernos, contrariar a visão de que o nascituro é sujeito de direitos limitaria a efetividade dos direitos decorrentes dos princípios fundamentais apontados na Constituição Federal, tendo em vista que esses são inerentes a todos ser humano, ainda que estejam no ventre materno.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Método, 2007, p. 7.

3.1.2 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, REsp nº 931.556

Passa-se a análise do Recurso Especial nº 931.556, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma do STJ.

O referido processo trata sobre ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Luciana Maria Bueno Rodrigues e outros contra a empresa Rodocar Sul Implementos Rodoviários LTDA., em razão do falecimento de André Rodrigues, vítima de acidente de trabalho.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, para condenar a empresa ao pagamento de pensão vitalícia, além de danos morais, arbitrados em R\$39.000,00 para a esposa e R\$26.000,00 para cada filho, inclusive para o nascituro.

Inconformada, a empresa interpôs apelação, que foi prontamente desprovida pelo Tribunal. Posteriormente, em sede de recurso especial, a Terceira Turma do STJ deu provimento ao recurso autoral quanto o termo inicial dos juros e não conheceu do recurso interposto pela empresa. Veja-se a ementa do julgado:

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 CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. **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.⁸⁰

Ao dispor sobre os danos morais, o acórdão estabeleceu que “o dano moral não é a dor; esta é a consequência irrecusável do dano naquele que o suporta – e como tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros”.⁸¹

Quanto à fixação do quantum indenizatório, afirmou que a minoração da indenização ao nascituro é uma “tentativa de se estabelecer um padrão artificial de “tarifação” que não guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório.”⁸²

Além disso, assentou que se fosse possível qualquer tipo de aferição do sofrimento consequente da ausência de um pai, “a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor”⁸³, tendo em vista que “maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhece-lo [...] de ser privado de qualquer lembrança ou contato [...] com aquele que lhe proporcionou a vida”.⁸⁴

Desse modo, após a análise da argumentação exposta, percebe-se que acórdão supracitado está em consonância com o que prevê a Constituição Federal no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, o nascituro deve ser considerado sujeito de direitos pelo fato de que o Estado de Direito contemporâneo prega a igualdade, de forma que não se admite dignidade humana seletiva, na qual apenas os seres humanos já nascidos são considerados como seres humanos capazes de adquirir direitos.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.556/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

Partindo dessa premissa, Nelson Rosenvald admite que a cláusula constitucional de proteção à vida humana não pode se limitar a proteger somente os que já nasceram.⁸⁵

Levando em consideração os acórdãos expostos, verifica-se que o STJ tem julgado pela possibilidade de o nascituro pleitear danos morais, à medida que o ordenamento jurídico vigente resguarda direitos ao mesmo.

3.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

3.2.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Segunda Turma Cível, Desembargador Relator Carlos Rodrigues, Processo nº 0059981-20.2002.8.07.0001

Passa-se a análise da Apelação nº 0059981-20.2002.8.07.0001, de relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, julgada pela Segunda Turma Cível do TJDFT.

O processo mencionado trata sobre ação na qual o requerente Alexandre Barbosa dos Santos Brito pleiteia alimentos e danos morais em razão de defeito na prestação de serviços médicos oferecidos pela Rede Pública Distrital.

O requerente alega, em síntese, que na ocasião de seu parto sofreu danos decorrentes do atraso no atendimento e que, por esse motivo, sofreu lesão neurológica irreversível, conhecida como paralisia cerebral.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais em R\$ 15.000,00, além de pensão vitalícia ao autor no importe de 03 salários mínimos mensais.

Ambas as partes apelaram objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau. Assim, após o julgamento pela Segunda Turma Cível do TJDFT, a apelação do autor foi parcialmente provida e a do réu teve seu provimento negado. Confira-se a ementa do julgado:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ATO OMISSIVO. CULPA. **DANO MORAL**. DANO MATERIAL. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. **ERRO MÉDICO**. HOSPITAL PÚBLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DA

⁸⁵ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 334.

FAZENDA PÚBLICA. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. Art. 20, § 4º, CPC. 1. Adotou o direito brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado, por atos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos injustos a terceiros. Significa dizer que basta a ocorrência do dano injusto e a comprovação do nexo causal para gerar a obrigação de reparar a lesão sofrida pelo particular. 2. Em relação aos atos omissivos, a responsabilidade do Estado é subjetiva. Com isso, deve ser demonstrado o dolo ou culpa dos agentes públicos. **3. É patente o dever de reparação do dano por parte Estado, quando presta serviços médico-hospitalares com deficiência, causando lesões permanentes ao usuário. Nessas situações, quando seus agentes atuam com imperícia na condução do parto, deixando de adotar as providências necessárias para impedir que o nascituro experimente sofrimento agudo, com a deformação cerebral determinante das seqüelas como as que com elas se apresenta o autor, os elementos da responsabilidade civil se revelam por inteiro.** 4. A fixação da indenização por danos morais, dado que tem natureza meramente compensatória, não é de ser modificada quando se revela revestida de proporcionalidade. 5. Na fixação da verba honorária contra a Fazenda Pública de acordo com o art. 20 § 4º, não havendo impugnação específica quanto aos elementos que a informam, descabe a majoração pretendida. 6. Recurso do réu conhecido e improvido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.⁸⁶

O desembargador relator considerou que no referido caso a lesão sofrida pelo autor deu-se em razão da conduta omissiva dos agentes públicos, motivo pelo qual foi necessário aplicar a responsabilidade subjetiva do Estado. Após a realização de perícia médica, ficou constatado que “os problemas neurológicos apresentados pelo paciente [...] se relacionam com o parto e não com eventual síndrome diagnosticada posteriormente”.⁸⁷

Afirmou que os agentes estatais agiram com imperícia ou negligência na condução do parto, “deixando de adotar as providências necessárias para impedir que o nascituro experimentasse sofrimento agudo a ponto de causar a deformação cerebral”⁸⁸, o que poderia ter sido evitado com a submissão da mãe ao procedimento em tempo apropriado.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.259284, 200201110599819APC, Relator: Carlos Rodrigues, Revisor: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/09/2006, Publicado no DJU Seção 3: 21/11/2006.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

Vislumbra-se, neste caso, o autor da demanda, ainda nascituro à época dos fatos, sofreu os danos justamente em razão da demora e imperícia dos médicos na realização de seu parto.

À vista disso, ainda que não tivesse personalidade jurídica, teve seu direito resguardado quanto à reparação por danos morais.

Assim, fica notório o ensinamento da doutrinadora Silmara Chinelato, forte apoiadora da Teoria Concepcionista, a qual considera que a personalidade jurídica é iniciada a partir do momento da concepção, posto que a legislação brasileira visa proteger os direitos do nascituro.⁸⁹

Conforme já desenvolvido, a legislação brasileira, mais especificamente a Constituição Federal e o Código Civil, ressalvam os direitos do nascituro.

Nesse sentido, Nelson Rosenvald acredita que para o sistema jurídico brasileiro o nascituro tem personalidade jurídica, é sujeito de direitos e tem proteção fundamental em razão de sua condição especial.⁹⁰

3.2.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Segunda Turma Cível, Desembargador Relator José Jacinto Costa Carvalho, Processo nº 0106085-65.2005.8.07.0001

O segundo caso analisado é a Apelação nº 0106085-65.2005.8.07.0001, de relatoria do Desembargador José Jacinto Costa Carvalho, julgado pela Segunda Turma Cível do TJDF.

O referido processo trata de ação indenizatória ajuizada por Brennda Waleska da Silva Cordeiro contra Guarani Transporte e Turismo LTDA., objetivando reparação por danos materiais e morais em razão de morte de seu genitor.

A autora alega, em síntese, que seu pai esteve envolvido em acidente de trânsito ocorrido em 03/01/1992, ocasionado por veículo da ré, que resultou em seu falecimento quando ainda era nascituro. Assim, pleiteia pensão vitalícia e danos morais.

⁸⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, Vol.7/8, 2004, p.87-104.

⁹⁰ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

Sobreveio sentença julgando parcialmente procedentes os pedidos a fim de condenar a ré ao pagamento de pensão mensal correspondente a 16,66% da remuneração de um soldado do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, durante o período de 20 de junho de 1992 a 20 de junho de 2013, além do pagamento de R\$ 40.000,00 a título de danos morais.

Ambas as partes apelaram objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau. Assim, após o julgamento pela Segunda Turma Cível do TJDFT a apelação da autora não foi conhecida (intempestiva) e a do réu foi parcialmente provida. Confira-se trecho da ementa do julgado:

CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DIREITO À REPARAÇÃO E À COMPENSAÇÃO. MORTE DE TERCEIRO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. MINORAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ÔNUS SUCUMBENCIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Considerando o dano moral como a lesão a direito da personalidade, deve-se admitir a caracterização de dano moral em relação ao nascituro, pois, além de seus direitos estarem resguardados (art. 2º, do CC/2002), à luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito. Precedentes do e. STJ. 2. Sendo devida pensão por danos morais no importe de 2/3 (dois terços) sobre o valor da remuneração da vítima, tendo em vista a presunção de que 1/3 (um terço) dirige-se aos gastos pessoais do falecido, deve-se deduzir a parcela já percebida pela viúva, para fins de se obter o percentual cabível à filha da vítima. 3. Compondo fato incontroverso que o de cujus detinha ocupação profissional remunerada, impõe-se o cômputo do 13º salário (gratificação natalina). 4. Os juros de mora devidos anteriormente a 11/01/2003 (data da vigência do CC/2002) deverão incidir no importe de 0,5% ao mês, enquanto que, a partir de 12/01/2003, sob o percentual de 1% ao mês. 5. O arbitramento da compensação por danos morais ao filho deve considerar a indenização já fixada em favor da esposa, bem como o lapso de treze anos contido entre a morte do genitor e a propositura da ação. Minoração do quantum referente aos danos morais. Precedentes deste TJDFT. 6. Situada a responsabilidade na seara extracontratual, seria imperativa a aplicação dos juros de mora desde a data do evento danoso (Súmula nº 54, do STJ), contudo, no caso de assim se proceder, os fundamentos pinçados a bem de declinar o porquê da minoração da compensação em favor da filha tornariam-se insubsistentes, comprometendo-se, com isso, a higidez e a eficácia da prestação jurisdicional buscada. Dessa forma, em nome de ditames superiores concernentes à segurança jurídica e à justa e proporcional compensação, impõe-se que o cômputo dos juros de mora inicie-se a partir da data do arbitramento da compensação. 7. Consoante enunciado sumular do e. STJ de nº 362, a correção monetária é devida desde o arbitramento, isto é, da data do

juízo da apelação por esta e. Turma. 8. Não se deve substituir a constituição de capital pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento, em vista da cautela de ser assegurada a percepção do pensionamento, pois, acaso assim se proceda, ficará a autora sujeita aos contratemplos e vicissitudes inerentes à realidade econômica do país (Recurso Especial n. 302.304/RJ, Segunda Seção, do e. STJ). 9. Em homenagem à segurança jurídica e para a estreita observância da interpretação talhada pela fiel Corte Superior Legal, reviso meu entendimento (REsp 940.274-MS), para que o prazo de quinze dias inscrito no art. 475-J, do CPC, seja contado, após o trânsito em julgado, a partir da intimação do advogado para o pagamento, sendo desnecessária a intimação pessoal da parte. 10. Não há sucumbência recíproca, quando a sentença fixa a condenação por danos morais em valor menor que aquele cominado na inicial, haja vista este ser de natureza meramente estimativa, como se depreende da inteligência do enunciado sumular nº 326, do STJ. Havendo sucumbência recíproca quanto ao pleito de danos materiais, impõe-se a redistribuição do ônus sucumbencial quanto aos honorários. 11. Apelação da autora não conhecida. Apelação da ré conhecida e parcialmente provida, para reformar a sentença quanto ao quantum arbitrado a título de danos morais, ao termo inicial do cômputo dos juros de mora e à redistribuição do ônus sucumbencial.⁹¹

Nos termos do acórdão, “a lei civil, apesar de não considerar o nascituro como pessoa, assegura e reconhece os seus direitos desde a concepção, conforme disposto no art. 2º do CC”.⁹²

Assim, considerou que, no Brasil, a teoria adotada sobre o início da personalidade civil seria a concepcionista, posicionamento, inclusive, já assumido pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que o nascimento com vida apenas assegura a personalidade já existente desde a concepção.

Ademais, o acórdão consignou que a ofensa moral ao nascituro é indubitosa, “visto que a ausência do genitor na vida de um filho implica notórias dificuldades, as quais dão azo à tutela compensatória em comento.”⁹³

Nelson Rosenvald considera que é indubitoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos da personalidade como a privação da figura paterna em casos de homicídio contra seu genitor.⁹⁴

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.431797, 20050111060853APC, Relator: J.J. Costa Carvalho, Revisor: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/06/2010, Publicado no DJE: 12/07/2010. Pág.: 143.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

Igualmente dispõe Carlos Roberto Gonçalves, o qual reputa ser irrelevante o fato do nascimento ter ocorrido após o falecimento do pai, pois, ainda que não tenha o conhecido, terá a dor de sua ausência. Nesse caso, concebe que os danos morais são denominados como futuros, pois as consequências do dano são previsíveis e, por isso, se tornarão realidade.⁹⁵

3.2.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Primeira Turma Cível, Desembargadora Relatora Maria Ivatônia, Processo nº 0005375-05.2013.8.07.0018

O terceiro caso analisado é a Apelação nº 0005375-05.2013.8.07.0018, de relatoria da Desembargadora Maria Ivatônia, julgado pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O aludido caso trata sobre ação ajuizada por Afonso Henrique Rodrigues Lucena e outros, objetivando a condenação do Distrito Federal ao pagamento de danos morais para os requerentes em razão da morte de familiar próximo.

O Juízo de Primeiro Grau julgou procedentes os pedidos autorais, razão pela qual o réu interpôs apelação, que foi parcialmente provida pela Primeira Turma Cível do TJDF:

CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. INDENIZAÇÃO POR **DANOS MORAIS. ÓBITO DE PACIENTE EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA. PRELIMINAR. NETO DA VÍTIMA NASCIDO APÓS A MORTE DO AVÔ.** ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. FATO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEMORA NO ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE LEITO EM UTI. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. CUSTAS EX LEGE. DECRETO LEI 500/69. **O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que o nascituro também ostenta direito a reparação por danos morais na hipótese de perda de pessoa próxima da família, e que o fato de ainda não ser nascido, à época dos fatos, poderia influir tão somente, se o caso, no arbitramento da indenização, mas não no direito subjetivo do menor.** Em se tratando de imputação de conduta omissiva ao Poder Público, revela-se necessária a comprovação de culpa lato sensu ante a responsabilidade subjetiva

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.396.

advinda da ausência de prestação do serviço público esperado e exigido (*faute du service publique*). Assim, restando evidenciada a negligência do Poder Público, representada pelo descumprimento do dever de adotar as melhores técnicas possíveis para preservar a vida e a saúde de paciente vítima de atropelamento, uma vez que houve retardo de dez horas no atendimento, aliada à não disponibilização de vaga em leito de UTI, nada obstante haver determinação judicial nesse sentido, o que culminou com a morte do paciente, torna-se patente a responsabilidade civil do Estado, o qual deve indenizar os danos morais sofridos pelo filho e neto da vítima. Para a fixação do valor a ser atribuído sob o título de indenização por danos morais, deve o julgador pautar-se atento ao princípio da razoabilidade em face da natureza compensatória, satisfativa, punitiva, atendendo ao binômio reparabilidade e seu caráter pedagógico, não devendo provocar o empobrecimento do autor do dano, nem o enriquecimento desmotivado da vítima. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária há de ser fixada na forma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas do § 3º do mesmo dispositivo legal, e deve ser minorada, se, diante das particularidades da causa, seu montante se revelar desproporcional. Quando a sentença determina que as custas sejam pagas "ex lege", isso significa que seu adimplemento deverá observar a legislação que disciplina a matéria. Assim, considerando que o Decreto-Lei 500/69 expressamente isenta o Distrito Federal do pagamento de custas, conclui-se que a determinação sentencial de custas "ex lege", no caso concreto em que o Distrito Federal for sucumbente, não implica sua condenação ao pagamento de custas. Apelo e remessa oficial conhecidos e parcialmente providos.⁹⁶

O acórdão supracitado considerou que Afonso Henrique Rodrigues Lucena, neto do falecido, é parte legítima a compor o polo ativo da lide. Isso porque, “ter nascido uma semana após a morte de seu avô não tem o condão de afastar sua pertinência subjetiva para pleitear a reparação por danos morais objeto desta demanda”.⁹⁷

No tocante ao mérito, considerou que houve negligência na atuação dos médicos e na estrutura da saúde pública, o que ocasionou a morte do paciente, e, por esse motivo, cabível a indenização por danos morais.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão. n.905564, 20130110956638APO, Relator: Maria Ivatônia, Revisor: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/11/2015, Publicado no DJE: 24/11/2015. Pág.: 146.

⁹⁷ Ibidem.

Estabeleceu que o nascimento do neto em meio ao forte abalo sofrido pela família ocasionou abalo no próprio nascituro, que “não pôde usufruir por completo das alegrias advindas de seu nascimento com saúde”.⁹⁸

Ademais, o acórdão também ponderou como agravante o fato do neto “não ter a chance de desfrutar da convivência com seu avô paterno, pessoa jovem, falecida aos 46 anos de idade”.⁹⁹

Assim, verifica-se que para a análise do caso adotou-se a Teoria Concepcionista, sustentada pela segunda parte do artigo 2º do Código Civil¹⁰⁰ e por parte da doutrina.

Nas explicações doutrinárias de Nelson Rosenvald, o nascituro detém incondicional personificação, havendo diversos precedentes jurisprudenciais sobre a sua legitimidade para exigir a indenização pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da ofensa aos direitos da personalidade.¹⁰¹

Desse modo, após a análise de todos os casos apresentados na presente monografia, fica evidente que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios têm adotado a Teoria Concepcionista para possibilitar o nascituro como sujeito legítimo apto a receber indenização por danos morais.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão. n.905564, 20130110956638APO, Relator: Maria Ivatônia, Revisor: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/11/2015, Publicado no DJE: 24/11/2015. Pág.: 146.

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 2º.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 337.

CONCLUSÃO

O tema da presente pesquisa foi a análise da possibilidade jurídica de dano moral ao nascituro. Nessa hipótese, foram observados critérios doutrinários, legislativos e jurisprudenciais a fim de que se chegasse a presente conclusão.

O Código Civil de 2002 estabeleceu que a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, sendo ressalvados os direitos do nascituro. No entanto, ainda que o dispositivo legal seja claro ao dispor que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, há controvérsia entre os principais doutrinadores brasileiros, tendo em vista que o próprio código resguardou os direitos do nascituro.

Nesse seguimento, foram analisadas as principais teorias sobre o início da personalidade civil, tais como a Teoria Concepcionista e a Teoria Natalista. A partir dessa análise, observou-se que a doutrina moderna vem adotando a Teoria Concepcionista, ou seja, considera que o feto ainda dentro do ventre materno também é considerado como sujeito de direitos.

Ainda no aspecto doutrinário, foram avaliados entendimentos relativos à responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito aos danos morais e à possibilidade de indenização ao nascituro.

No aspecto legislativo, foram analisados diplomas legais como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Quanto à Constituição Federal, foi possível verificar que o texto legal estabelece meios para resguardar o nascituro, como os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente.

A legislação infraconstitucional também menciona o nascituro em diversas circunstâncias. O Código Civil é claro ao dispor que desde a concepção são resguardados os direitos ao nascituro. A única ressalva diz respeito aos direitos de cunho patrimonial, vez que esses são adquiridos pelo nascimento com vida. O Estatuto da Criança e do Adolescente também faz referência a esse tipo de proteção.

Por fim, após a análise jurisprudencial de casos julgados no Superior Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios foi possível perceber que os tribunais estão tendentes a sustentar a Teoria Concepcionista a fim de viabilizar o nascituro como sujeito ativo de ação de indenização por danos morais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Unb, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008*. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.556/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.259284, 20020110599819APC, Relator: Carlos Rodrigues, Revisor: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/09/2006, Publicado no DJU Seção 3: 21/11/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.431797, 20050111060853APC, Relator: J.J. Costa Carvalho, Revisor: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/06/2010, Publicado no DJE: 12/07/2010. Pág.: 143.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão. n.905564, 20130110956638APO, Relator: Maria Ivatônia, Revisor: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/11/2015, Publicado no DJE: 24/11/2015. Pág.: 146.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, Vol.7/8, 2004.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. *Tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Martha Toledo. *A Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MAGALHÃES, Leslei. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOORE, Keith L. *Embriologia básica*. Rio de Janeiro: Interamericana, 1976.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v.1: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil – teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.

PIRES, Antônio Fernando. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde *et al.* *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.