

**O FATO GERADOR DA VIDA DEFICIENTE COMO UM DANO: A (IM)
POSSIBILIDADE DO FILHO AJUIZAR AÇÃO DE DANOS MORAIS CONTRA A
GENITORA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**THE FACT THAT GENERATES THE DEFICIENT LIFE AS A HARM: THE (IM)
POSSIBILITY OF THE CHILD CLAIMING MORAL DAMAGES AGAINST THE
PARENT BEFORE THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

Antônio Mário de Arruda Pereira Filho¹

Jhonyson Henrique Dias Nobre²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar a problemática que engloba a tutela dos direitos do nascituro e a sua violação no contexto legislativo atual. Pretende-se demonstrar a possibilidade do nascituro, que através de representação legal, após de ter como causadora da deficiência a conduta de sua geratriz, pleitear ação de dano moral contra a mesma, que por consequência de ação ou omissão, comprovadamente ligada ao resultado, violou direitos salvaguardados ao nascituro, como sujeito de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro. Responsabilidade Civil. Gestante. Dano Moral.

ABSTRACT: The aim of this article is to address the issues that encompass the protection of the rights of the unborn and its violation in the current legislative context. It is intended to demonstrate the possibility of the unborn child, who through legal representation, after having as cause of disability the conduct of his father, claim legal action against moral damage against it, which as a result of action or omission, proven linked to the outcome, violated rights safeguarded to the unborn child, as a subject of law.

KEYWORDS: Unborn Child. Civil Responsibility. Pregnant. Moral Damage.

¹Estudante de Graduação em Direito do Centro Universitário Tiradentes - AL.
E-mail: jhonysonnobre27@gmail.com

²Estudante de Graduação em Direito do Centro Universitário Tiradentes - AL.
E-mail: jhonysonnobre27@gmail.com

INTRODUÇÃO

Diante das novas perspectivas que surgem com a evolução social e as possibilidades que a repersonalização do direito civil trouxe - como uma maior proteção da pessoa - se faz mister a análise de novas pretensões no âmbito dos danos morais. A visto disso, tendo a liberdade como direito intrínseco à pessoa humana, o presente artigo busca entender se a liberdade da genitora pode ser limitada diante da condição do nascituro como sujeito de direito. Por conseguinte, a ação ou omissão da genetriz acarretando em um dano, como a deficiência ao nascituro, geraria uma responsabilização pelo seu ato? Assim, é imprescindível buscar o entendimento acerca da (im) possibilidade do filho pleitear uma demanda de danos morais em face da mãe.

Inicialmente, buscar-se-á compreender, por meio de pesquisa bibliográfica conjuntamente com o método histórico, a evolução legislativa que trouxe como pauta principal as garantias aos direitos fundamentais e o ser humano como principal tutelado no que tange os direitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, mas, no caso em questão o Código Civil, que parte de um estado patrimonialista para um mais social.

Conjuntamente com os fatores históricos, compreender-se-á, por intermédio de uma análise qualitativa, o papel do nascituro diante do presente contexto legislativo. Assim, a relevância jurídico-social do tema abordado é entender de qual maneira é tutelada os direitos do nascituro e como isso implica em uma possível condição de ser sujeito de direito.

Por fim, a partir do método dedutivo, é destrinchada a estruturação da responsabilidade civil e a sua introdução no que tange à forma do dano, ligação da conduta com o resultado e a representação da pretensa ação.

1 EM DEFESA DO SER: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Convém, inicialmente, fazer um sucinto apanhado histórico a fim de analisar as principais características da evolução pela qual o direito civil passou. A partir do liberalismo burguês o patrimônio “era a matriz de todos os institutos jurídicos”³ tanto é que o *Code Civil* (1804) tinha a propriedade como seu instituto central.

³ COHEN, Ana Carolina Trindade. **A proteção do contratante vulnerável: estudo em uma perspectiva civil-constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Repositório UFAL, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/765>. Acesso em: 25 out. 2019. p. 10.

Além da propriedade, a burguesia tinha em seus anseios a liberdade individual. Essa liberdade caracterizava-se, na concepção liberal, pelo conjunto de direitos postos contra o Estado e eram concretizados por meio do direito civil. Uma vez que o Estado era o principal inimigo da liberdade, não havia que se falar em intervencionismo estatal. Pelo contrário, tinha-se um Estado abstencionista, cabendo a ele apenas garantir a liberdade e a propriedade.

As limitações aos direitos dos indivíduos impostas pelo Estado eram as necessárias para garantir o convívio social e somente existiam diante da imposição dos próprios indivíduos. Tinha-se, assim, uma sobreposição dos interesses individuais em relação aos interesses sociais e uma divisão consistente entre direito privado e público onde o primeiro “insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado do Estado para a tutela de interesses gerais.”⁴

O intervencionismo estatal – publicização -, a mudança interna da estrutura do direito civil, a crise do liberalismo e outros fatores fizeram com que houvessem mudanças na relação entre direito público e direito privado. O Estado, antes abstencionista, passa a intervir, por exemplo, na propriedade e na autonomia individual que, por sua vez, passa a sofrer uma determinada limitação - através do dirigismo contratual. A constituição passa a ocupar espaço central no sistema irradiando a promoção dos direitos sociais e a igualdade substancial por todo o ordenamento jurídico (constitucionalismo).

É nesse contexto que se tem uma festejada exaltação da pessoa, onde Código Civil passa a privilegiar valores existenciais, “porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil.”⁵ O código de Beviláqua (1916), por ter influência patrimonialista, não trazia previsão expressa no que diz respeito à proteção dos direitos da personalidade. Para doutrina majoritária e para jurisprudência não era possível precificar a dor, vez que se adotava a Teoria da Diferença onde “respondia adequadamente às questões no âmbito do dano patrimonial, mas trazia dificuldades para considerar como indenizáveis os danos extrapatrimoniais.”⁶

A promulgação da Constituição de 1988 elevou os patamares da preocupação com a pessoa, tanto isso é verdade que trouxe em seu art.1, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Temos aqui, em consonância com o pensamento

⁴ MORAES, Maria Celina B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado**, Direito e Sociedade, v. 1, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991. p. 2.

⁵ MORAES, Maria Celina B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado**, Direito e Sociedade, v. 1, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991. p. 9.

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

de Gustavo Tepedino e corroborando com o entendimento pela tipicidade aberta dos direitos da personalidade, a Cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, vez que:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos. Desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.⁷

Nessa mesma linha de pensamento, com a adoção de cláusulas constitucionais abertas e com a previsão expressa da reparação do dano moral no art. 5º, V e X da Constituição Federal, foi dado ao dano extrapatrimonial (imaterial ou existencial), assim como a proteção dos direitos humanos, novos rumos no direito brasileiro. O Código Civil, por sua vez, dedica um capítulo da parte geral aos direitos da personalidade e traz a tutela dos danos morais por meio do art. 186 e todo o seu sistema de janelas abertas, seguindo a filosofia realeana. Existe, aqui, um intenso diálogo entre os institutos conforme Enunciado n. 274, CJE/STJ, Jornadas de Direito Civil, 2006:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Por toda essa evolução, surge a possibilidade de tutela dos danos existenciais que “se manifesta como uma lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal [...]”⁸ Partindo para o próximo tópico, no campo da responsabilidade civil “esta preocupação com a proteção da pessoa humana irá possibilitar a reparação de danos imateriais em extensão antes não justificadas.”⁹

2 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Na dicção de De Plácido e Silva, nascituro é “o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu

⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50.

⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

⁹ MACHADO, Carlos Eduardo Martins; SCHAFER, Gilberto. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013. p. 196.

o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.”¹⁰ Diante disso, seria o nascituro pessoa como alguns consideram? ou sujeito de direitos? Poderia o nascituro sofrer danos?

Não obstante as várias posições doutrinárias que tratam sobre a personalidade do nascituro, segue-se a corrente que entende o nascituro como ser humano não dotado de personalidade jurídica. O entendimento não poderia ser outro diante do que dispõe o art. 2º do Código Civil. Porém, apesar de não ser pessoa, o nascituro é sujeito de direitos tendo “capacidade para adquirir ou exercer titularidade de direitos”,¹¹ trata-se de um conceito mais amplo que abrange o de pessoa e que traz a possibilidade de existir entes não personificados onde, consequentemente, “nem todo sujeito de direito é uma pessoa.”¹²

Não se pode estender o conceito de pessoa para abranger o nascituro, sob pena de descaracterizar o conceito de pessoa. Não se pode, da mesma forma, confundir os conceitos de sujeito de direito e pessoa. Desse modo, entende-se que o nascituro é um sujeito de direito não personalizado.

Desse modo, o nascituro é titular de direito expectativo (e não de expectativa de direito), ou seja direitos que já existem e que devem ser defendidos por seu representante legal ou, futuramente, por ele próprio, seja ele ajuizando a ação ou integrando o polo ativo posteriormente (*jus superveniens*). Em outras palavras:

Após o nascimento, pode a pessoa exercer pretensões em relação a acontecimentos que refletiram em sua condição de nascituro. Pode, por exemplo, pleitear reparação por deficiências físicas ou mentais, cujas causas foram, comprovadamente, atos ou atividades médicas ou hospitalares, provenientes de erros de diagnósticos, de omissões, de exames, de prescrições etc.¹³

Nada obsta que essa pretensão seja contra a sua própria mãe que lhe causou um dano durante a gestação. Partindo do pressuposto de que para a ocorrência de danos morais necessário se faz a ofensa a direitos da personalidade poderíamos, em uma análise propedêutica, negar-lhe tais direitos por ausência de personalidade. Porém, não é isso que acontece. O nascituro tem direitos da personalidade, o que lhes falta é personalidade. Não há de se confundir os referidos termos. Porém, ressalta-se que:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida

¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 1051.

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 101.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 290.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 201. p. 107.

intrauterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.¹⁴

Nesse sentido é o Enunciado n. 2 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, 2002, que atribuem os direitos da personalidade ao nascituro. Vejamos: “Art. 2.º: sem prejuízo dos direitos da personalidade, neles assegurados, o art. 2.º do CC não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de estatuto próprio.” (grifo nosso).

Em última análise, é certo que, desconsiderando a adoção de qualquer corrente doutrinária, nos termos do art. 2º, do Código Civil, o nascituro é titular de direitos e, por isso, tem resguardado direitos personalíssimos (à vida, à proteção pré-natal, entre outros). Neste sentido, arremata Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, quando aduz que “ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não uma mera expectativa.”¹⁵ Deve-se, portanto, iniciar uma análise para as consequências de uma eventual lesão a esses direitos.

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O fato gerador da vida deficiente como um dano se apresenta como uma deficiência que foi resultado de uma lesão durante o período de gestação (ou fase pré-natal) ocasionada por ação direta da própria mãe como, por exemplo, o uso de drogas. Diferencia-se essa situação das deficiências originárias em que não houve contribuição de qualquer comportamento humano e de uma eventual omissão do médico no dever de informação.

Quando se deduz uma pretensão nesse caso se põe em causa a própria vida em si como um dano incidindo nas considerações contraditórias de alegar a não-vida. Diante disso, deve-se analisar quais os termos e as condições para uma pretensão da criança contra a sua mãe pela vida deficiente, de tal modo que pretende-se “uma satisfação por uma deficiência que lhe poderia ter sido evitada.”¹⁶

Partindo das considerações exposta em que se tem um sujeito de direito e um dano causado por terceiro, o cenário está armado para a possibilidade de violação de um direito,

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2019. p. 153.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2019.p. 153.

¹⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 81, set. 2016. p. 167.

resultando em uma eventual ação de danos morais (sujeito de direito + dano = violação de um direito = danos morais). Sendo o nascituro sujeito passivo do dano provocado, é totalmente admissível que venha no futuro (vez que é, a ação, imprescritível) demandar sua genitora por ofensa a direitos da personalidade:

Isso porque se é certo que os direitos assegurados ao nascituro configuram um sistema de proteção com a natureza de direitos da personalidade, conferir tutela jurídica ao nascituro, resguardando seus direitos como faz a lei, independente da concessão necessária dessa personalidade.¹⁷

Será uma provocação ao Estado para defender os direitos de quem ainda não nasceu, mas já sofreu um ato atentatório contra si. Esse ato atentatório é ilícito, pois, nas festejadas lições de Flávio Tartuce, “ato ilícito é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém.”¹⁸ Consequentemente, se faz mister a reparação desses danos. Para tanto, com base no art. 186, do Código Civil, passemos a analisar os elementos da responsabilidade civil que, em nosso entendimento, constituem-se em:

- a) conduta humana (comissiva ou omissiva);
- b) dano;
- c) nexo de causalidade.

A conduta humana pode ser dar por ação ou omissão, esta pode ser voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. Veja, são várias as possibilidades de conduta da mãe que podem causar danos ao nascituro. A mãe quando faz uso de substâncias entorpecentes, de bebidas alcoólicas e outras drogas está por comprometer o desenvolvimento do nascituro. Ora, como visto na seção 3, o nascituro é sujeito de direitos gerando, consequentemente, deveres para sua mãe.

O dano também é elemento que precisa ser provado, além da prova de culpa ou dolo na conduta. A reparação desse dano é “o produto da teoria da responsabilidade civil”¹⁹. *In casu*, é o fato gerador da vida deficiente que se apresente como dano, dano este de caráter imaterial, que ofende os direitos da personalidade, principalmente no que diz respeito à integridade física e a própria vida.

¹⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, v. 30, abr. 2007. p. 5.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 518.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 3, 2018. p. 91.

O nexo causal caracteriza-se pela “interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano `porque´ o agente procedeu contra o direito”.²⁰ Dessa maneira, quando a mãe ofende a norma por meio de uma conduta, o vínculo dessa conduta com o resultado-dano é o nexo de causalidade. Ou seja, a conduta da mãe em usar substância nocivas ao desenvolvimento filho causou a vida deficiente. Neste sentido, assevera Silma Mendes que:

Estudos científicos já comprovaram que o consumo de cocaína pela mulher, durante a gravidez, pode causar diversas complicações: contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos; diretamente, no feto, foram comprovados, dentre outros males, o retardo no crescimento, anomalias congênitas, malformações cardíaca e urogenital e anomalias nos membros. Os estudos comprovam ainda que o uso de cocaína pode provocar o nascimento de crianças com cérebros deformados, em decorrência de lesões hemorrágicas. Pesquisas realizadas no Québec mostram que 35% de recém-nascidos expostos a esta droga apresentam anomalias significativas nos exames de ecografia cerebral. Alguns deles sofrem, no ventre materno, ataques debilitantes ou congestão cerebral, podendo-se acrescentar a todos esses males a frequência de vômitos, diarreias, insônias, falta de apetite e um constante estado de letargia.²¹

Aqui a responsabilidade é subjetiva, sendo necessário a comprovação da culpa (*lato sensu*), o que pode trazer certas dificuldades para a produção de provas por parte do demandante, vez que o ônus da prova incumbe a parte que tiver interesse no reconhecimento do ato ilícito a ser provado.

Dessa maneira, diante da conduta que fere direitos da personalidade é impossível, no presente caso, deixar de acreditar que o dano efetivamente aconteceu. Porém, mister se faz uma análise mais detida do elemento que liga essa conduta ao dano, ou seja o nexo de causalidade, o qual passamos a analisar com mais concisão no próximo tópico.

4 O LIAME ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO: OS MEIOS COMPROBATÓRIOS DA CULPA

A mulher grávida, embora tenha direitos resguardados - como acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e o planejamento reprodutivo e 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 - ao agir de forma que caracterize ato violador

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil. De acordo com a Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

²¹ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 141.

da norma, ferindo o direito do nascituro, adiciona elementos que atingem a responsabilidade civil. A gestante deve ter atos voltados à proteção ao nascituro, em razão de sua vulnerabilidade, podendo este pleitear pela reparação do dano, por meio de seu representante legal ou pelo Ministério Público, quando restar lesionado por condutas da sua genitora.

Portanto, quando há violação desses direitos, seja por ação ou omissão de terceiro ou por quem deveria resguardar a integridade do nascituro, é gerado aqui um dano, que conforme disposto em lei, é necessária a responsabilização civil.

No tocante ao vínculo materno-filial, especificamos duas vertentes de dano, podendo ser denominada de dano genético e o dano pré-natal. O dano genético toma forma no processo de opugnação aos genes do nascituro que, por consequência de tal agressividade, confranja o desenvolvimento normal e saudável, gerando impossibilidades futuras, afetando diretamente a qualidade de vida da pessoa nascida, podendo ocorrer através de exposição de agentes teratogênicos - substâncias radioativas ou tóxicas que se presentes na fase de desenvolvimento embrionário pode gera deformidade ou alterações no feto -, como também as questões hereditárias - tema alheio ao tema em questão. Em contrapartida, no que tange a definição de dano pré-natal, no que lhe concerne, é gerado a partir de condutas externas, questões do âmbito em que se insere a mulher grávida e a relação de ameaça que o lugar acresce ao nascituro. Essas questões estão diretamente ligadas ao consumo de substâncias também teratógenas nocivas ao desenvolvimento saudável do feto, dentre as mais comuns estão o consumo de drogas, seja ela lícita como o medicamento para tratamento de acne conhecido como isotretinoína, que está associado:

Ao tratamento da acne e seu uso durante a gestação é relacionado a uma síndrome, caracterizada por anomalias craniofaciais (hipoplasia da face, microftalmia, fenda palatina e anomalias do canal auditivo externo); malformações do sistema nervoso central (microcefalia, hidrocefalia, cisto da fossa posterior, cegueira cortical, paralisia facial, paralisia oculomotora, anomalias do fechamento do tubo neural, holoprosencefalia); malformações cardíacas (comunicação inter-ventricular, transposição de grandes vasos, tetralogia de Fallot, hipoplasia do arco aórtico, hipoplasia do ventrículo esquerdo); anomalias gênito-urinárias (hidronefrose e hipoplasia renal); entre outras (fístula esôfago-traqueal, hipoplasia suprarrenal).²²

²² SILVA, Andressa Oliveira da; BRANCHER, Daianne Ribeiro Gonçalves Elizabeth Do Canto; CHIQUETTI, Maria Dos Santos. **Relação entre o uso de Isotretinoína durante o período gestacional e má-formação congênita**. Unipampa, Pampa, Disponível em: <http://seer.unipampa.edu.br/index.php/siepe/article/view/3511>. Acesso em: 10 ago. 2019.

Concomitantemente, a utilização do álcool e uso do tabaco; e a relação das drogas ilícitas como a cocaína, o crack e outras substâncias que podem desenvolver deformidades no processo embrionário, podendo levar até o aborto.

A relação do consumo de álcool e do tabaco no a processo gestacional é tida propriamente como algo não recomendável pela medicina, por ser uma das substâncias que geram o péssimo desenvolvimento fetal. O consumo dessas substâncias acarreta em danos irreversíveis ao estado indefeso que se encontra o nascituro. Assim:

O uso do álcool durante a gravidez, pode trazer efeitos colaterais teratogênicos para o bebê. [...] O uso dessas substâncias, além de contribuir para o desenvolvimento de doenças crônicas no indivíduo adulto, pode influenciar diretamente no peso recém-nascido e/ou no óbito perinatal, quando consumidas pela mulher no período gestacional. [...] Os elementos bioquímicos que compõe o cigarro, como a nicotina e o monóxido de carbono ultrapassam com facilidade a barreira placentária. [...] Estudos, demonstram os efeitos maléficos do tabagismo na gestação e destacam os partos prematuros, menor crescimento linear do feto, menor perímetro cefálico e o baixo peso ao nascer.²³

A imoderação em relação ao consumo de drogas, principalmente as consideradas lícitas no contexto social é uma questão de saúde pública, que percorre ao longa da história, como um fator crítico para a manutenção da saúde, atingindo uma parcela considerável da população, acarretando em alterações no desenvolvimento humano. Em relação às mulheres grávidas, o impasse se torna ainda mais grave, dado que o contato de grávidas às drogas, como vimos, gera o não desenvolvimento de vários sistemas do nascituro. Dentre eles, o sistema nervoso - um dos mais contaminados - em consequência da atuação de agentes teratogênicos, que são substâncias, organismos ou agentes físicos capazes de produzir alterações estruturais no organismo do feto em desenvolvimento.²⁴

Dessa forma, é perceptível a possibilidade de ligação entre a conduta e o dano, no que diz respeito às questões de vulnerabilidade que está o ser humano, ainda mais, no que tange a condição de gestante como protetora da instabilidade e indefensabilidade que se encontra o nascituro.

Conjuntamente a essas questões que afetam diretamente a evolução do nascituro, temos a questão do aborto, que no contato com a legislação brasileira, é um prática vedada e

²³ PENA, Janaína Cristina de Paula et al. Uso do álcool e tabaco na gestação: influência no peso do recém-nascido. **Revista Saúde**, São Paulo, n. 1, 2017. p. 97. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/saude/article/download/3070/2207>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁴ ALEXANDRINO, Jonas Sampaio et al. **Repercussões neurológicas nos fetos expostos a drogas lícitas durante a gestação**: uma reflexão teórica. Sanare: Ceará, jan. 2016. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/932/561>. Acesso em: 12 ago. 2019.

passível de punição - exceções previstas em lei -, seja pelos atos da mãe ou de quem contribua para que o fato seja alcançado. Em consequência disso, a mulher que engravida, não tem a escolha de seguir ou não com a gestação. Dessa forma, ao adentrar na condição de gestante, cria-se para mãe um dever de contribuir para uma gestação saudável, tendo que garantir a sua saúde, que está ligada a da criança, acarretando no nascimento com vida do nascituro e a incidência da sua personalidade. Tendo em vista esse dever, existem também direitos que vislumbram um campo de liberdade da mãe.

O filósofo inglês, Herbert Spencer indica que a verdadeira liberdade respeita os direitos e espaço do próximo, quando cita que a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro.²⁵ A vista disso, o pré-natal poderá ser uma forma de prova concreta do dano gerado, pois o processo de pré-natal é caracterizados como um conjunto de exames feitos de forma detalhada para avaliar o desenvolvimento do feto e a sua saúde, como a saúde da própria gestante. Assim, danos causados pela irresponsabilidade da gestante que em sua sanidade, optou por não seguir os métodos adequados e indicados para o melhor desenvolvimento do feto, é compreendido a questão sob a ótica do reflexo dos direitos e deveres da gestante, verificando a possibilidade de danos morais ao nascituro por danos causados em razão de condutas praticadas, ainda no ventre materno, pela grávida, englobando além da possibilidade de reparação do dano, a legitimidade para propositura da ação. A mulher grávida, embora tenha direitos resguardados, a sua conduta deve ser pensada como um todo, pois é através de seus cuidados e cautelas que poderá o nascituro nascer com vida. Isto posto, ocorrendo o ato danoso que engloba a impossibilidade da vida ou a dificuldade da vida sem auxílio pode este ajuizar pela reparação do dano através do liame entre a conduta e o resultado que comprova a atuação danosa da mãe e os efeitos trazidos ao desenvolvimento do nascituro.

5 NASCITURO AUTOR DA AÇÃO DE DANO: LEGITIMADOS À PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL

Na seara dos direitos da personalidade, como vimos, tem como um dos sujeitos o nascituro. Esse, mesmo não sendo pessoa, pois não vivenciou de fato importante para a sua evolução - o nascimento. Assim, como sujeito de direitos, o nascituro tem alguns direitos garantidos desde a concepção, deste modo, como retrata o art. 7º do Estatuto da Criança e do

²⁵ SPENCER, Herbert. **O indivíduo contra o Estado**. Tradução: Leôncio de Sá Filho. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2012, p. 56.

Adolescente - ECA, que tanto a criança, quanto o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, através de políticas sociais públicas para que haja a efetividade que permita o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Dentre os direitos do nascituro, temos o direito à vida sendo um dos mais elevados direitos referentes ao ser humano, garantido na nossa Carta Magna sendo indubitável sua relevância, que, por isso, alcança o nascituro. Conjuntamente aos direitos do nascituro, conforme a Lei Nº 8.560, de 29 de Dezembro de 1992, em seu artigo 7º, concede direitos a alimentos provisionais ou definitivos, se reconhecido, em sentença de primeiro grau, a paternidade.

Entende-se, dessa forma, que os alimentos não carecem, neste caso, de um compreensão na literalidade, em razão de firmarem um entendimento no que tange a dignidade, que aliás, é garantida pela Carta Magna de 1988, abarcando, a possibilidade de sustento e desenvolvimento do nascituro. É um direito irrenunciável, tendo como fundamental propósito, possibilitar a efetividade do direito à vida da criança.

Simultaneamente, ao nascituro incide, do mesmo modo, o direito à representação. Se exemplificarmos o caso em questão, tendo a gestante como a causadora do dano, em regra o pai do nascituro o representará. Mas, em situação, na qual o pai venha a falecer, conforme alude o Código Civil, em seu artigo 1.779, o nascituro terá um curador, estando grávida a mulher, e não possuindo o poder familiar. O parágrafo único, ainda diz “se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.”²⁶

No que concerne ao poder familiar, é de competência dos genitores, independente como se encontra o cenário conjugal, conforme esclarece o artigo 1.634, VII e no artigo 1.690 do Código Civil representar, com exclusividade, os filhos, judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade - ou se houver emancipação - nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.²⁷

Nas questões do nascituro se tornar pessoa com o advento do nascer com vida, maior ou emancipado, como garante o artigo 197, II, do CC, poderá, independente, propor a ação de reparação do dano em face de sua genitora. Todavia, no que diz respeito a sua situação de incapaz, tanto como ainda nascituro, como filho nascido, a sua legitimidade para propor a

²⁶ BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Casa Civil: Brasília, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

²⁷ BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Casa Civil: Brasília, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

pretensão se dará por intermédio do seu representante legal, em regra seu genitor ou conforme supracitado e, também, como aludido no artigo 1.779, CC.

No que diz respeito a atuação na representação legal do nascituro, o Ministério Público - MP, entra como aliado e legitimado atípico, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 127, determina sua principal função como a defesa dos interesses individuais indisponíveis. Aliado a isso, no que tange às determinações positivadas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, soma a função do MP - no artigo 201, V - que visa promover ação civil pública para proteger os interesses individuais. Assim, pode buscar a deposição do poder familiar, apresentar soluções para suspender ameaças contra plenitude/integridade do nascituro.

A representação do nascituro é algo viável e positivado, precisando, apenas, expor, esclarecer o liame que conecta a conduta ao resultado, encaixando nas exigências trazidas pela responsabilidade civil, de que forma uma ação ou omissão da mãe violou direito do nascituro, compreendendo, conjuntamente, em qual situação estava inserida a gestante, se o que a faz causar o dano estava intrinsecamente conectado com as questões excludentes da responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

O nascituro, por ser sujeito de direito, é passível de sofrer danos. Partindo desse pressuposto, verifica-se que, diante da proposta desse artigo, é totalmente viável o filho demandar a sua genitora em uma ação de danos morais. Uma vez que presentes todos os elementos da responsabilidade civil, não se pode negar o direito a reparação somente pelo fato do agente que causou o dano ser a própria mãe.

Nesse particular, o nexo de causalidade ganha destaque, entre os elementos da responsabilidade civil, justamente por ser o elemento em que será necessário um esforço probatório maior e, principalmente, por fazer o elo de ligação entre a conduta da mãe e o dano provocado.

No caso aqui proposto, não é a vida deficiente que caracteriza esse dano, mas o fato gerador dessa deficiência. Assim, a genitora tem liberdade sobre o nascituro até o ponto que não o prejudique, tendo em vista que a extensão da órbita da sua liberdade não pode adentrar no campo de garantias do seu filho.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Jonas Sampaio et al. **Repercussões neurológicas nos fetos expostos a drogas lícitas durante a gestação: uma reflexão teórica**. Sanare: Ceará, jan. 2016. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/932/561>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista do Tribunais, v. 30, abr. 2007.
- ARAÚJO, Adely Fátima Dutra Vieira. **Consumo de bebida alcoólica na gravidez: fatores associados e prejuízos na relação mãe-filho**. Tese (Pós-Graduação em Saúde Coletiva/CCBS) - Departamento de Enfermagem, Universidade Federal do Maranhão, Maranhão, 2017. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/2322#preview-link0>. Acesso em: 18 ago. 2019.
- BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade Civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Casa Civil, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Casa Civil: Brasília, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.
- COHEN, Ana Carolina Trindade. **A proteção do contratante vulnerável: estudo em uma perspectiva civil-constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Repositório UFAL, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/765>. Acesso em: 25 out. 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- DA SILVA, Andressa Oliveira; BRANCHER, Daianne Ribeiro Gonçalves Elizabeth Do Canto; CHIQUETTI, Maria Dos Santos. **Relação entre o uso de Isotretinoína durante o período gestacional e má-formação congênita**. Unipampa, Pampa, Disponível em: <http://seer.unipampa.edu.br/index.php/siepe/article/view/3511>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 81, set. 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 3, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, v. 1, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991.

MACHADO, Carlos Eduardo Martins; SCHAFER, Gilberto. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013. p. 186.

PENA, Janaína Cristina de Paula et al. Uso do álcool e tabaco na gestação: influência no peso do recém-nascido. **Revista Saúde**, São Paulo, n. 1, 2017. p. 97. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/saude/article/download/3070/2207>. Acesso em: 23 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil. De acordo com a Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 1051.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPENCER, Herbert. **O indivíduo contra o Estado**. Tradução: Leôncio de Sá Filho. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.