



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

JAILSON NERES RODRIGUES FERREIRA

**NASCITURO: DA PERSONALIDADE JURIDICA À REPARAÇÃO DE
DANOS, A PARTIR DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP**

Palmas -TO

2020

JAILSON NERES RODRIGUES FERREIRA

NASCITURO: DA PERSONALIDADE JURIDICA À REPARAÇÃO DE DANOS, A PARTIR DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. M.e. Paulo Benincá.

Palmas -TO

2020

JAILSON NERES RODRIGUES FERREIRA

NASCITURO: DA PERSONALIDADE JURIDICA À REPARAÇÃO DE DANOS, A PARTIR DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. Paulo Benicá.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof. M.e. Paulo Benincá
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof. Sinvaldo Conceição Neves
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas -TO

2020

Dedico este trabalho aos meus pais, amigos e familiares, pelo carinho e motivação.

Agradeço a todos os professores do CEULP/ULBRA, pela colaboração, paciência e dedicação e, de maneira especial ao orientador Paulo Benincá, pelo apoio e estímulo que possibilitou a realização desse trabalho.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
justiça em todo lugar.”

Martin Luther King Jr.

RESUMO

A presente pesquisa apresenta um estudo acerca ao fenômeno jurídico do nascituro, tendo como principal foco a personalidade jurídica do indivíduo e a atribuição da reparação de danos no recurso especial n 1.487.089 - SP. A pesquisa se trata de um estudo detalhado dos fenômenos do nascituro, da personalidade jurídica e da reparação de danos, para atribuir tais conhecimentos no estudo do caso em tese. Para isso foi dirigido um estudo bibliográfico com foco em material doutrinário para compreensão das teorias necessárias, e um estudo do processo em questão. Desta forma, visando por fim alcançar uma possível compreensão abrangente a respeito dos direitos do nascituro no que tange a personalidade jurídica, com uma breve análise do recurso n° 1.487.089 – SP.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade Jurídica. Recurso especial n 1.487.089. Reparação de danos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO SOB UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA	11
1.1 PESSOA NATURAL: CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA.....	13
2 DIREITOS E GARANTIAS DO NASCITURO SOB A ORDENAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL	22
2.1. DIREITO DE RECEBER DOAÇÕES, SUCEDER, CURATELA E REPRESENTAÇÃO.....	22
2.2. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO, ALIMENTO E À VIDA.....	25
3 ANÁLISE DE CASO REAL: DANO MORAL CONCEDIDO AO NASCITURO	33
3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS ESPÉCIES DE DANO.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A presente monografia se refere ao trabalho de curso (TCD II), apresentado ao Centro Universitário Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA, como requisito parcial para conclusão do Curso de Graduação em Direito, tendo por finalidade fundamental o intuito de propor novas reflexões para fomentar o debate acerca do estado jurídico do nascituro, e a possível indenização de dano.

O nascituro é fruto de várias teorias no direito civil brasileiro, em diversas áreas do direito civil pode ser aplicado o fenômeno, desde a herança até a personalidade deste indivíduo.

Um dos problemas nesta área é o início da vida, diversas teorias foram criadas abrangendo ou excluindo o nascituro desta situação, no entanto a mais prevalente é a que a vida se iniciasse no primeiro suspiro do ser.

A problemática da pesquisa surge em razão do Direito Civil brasileiro não conceber expressamente o nascituro como pessoa, embora proteja seus direitos desde a concepção (art. 2º). Em alguns artigos, em especial no artigo 1.798, o Código Civil outorga ao nascituro o status de pessoa ao dispor: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A doutrina e a jurisprudência vêm adotando a Teoria Concepcionista acerca da personalidade jurídica, que entende que o nascituro tem personalidade desde a concepção, pois, tem melhor harmonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e com o contexto social, político e jurídico da sociedade contemporânea, que não pode ignorar os avanços das tecnologias, técnicas e dos conhecimentos biomédicos e biológicos sobre a vida.

Buscando respostas e visando melhor entendimento do assunto tratado nesta pesquisa, foi utilizada a metodologia de estudo bibliográfica, com análise de artigos e doutrinas de diversos autores que tratam do referido assunto, realizando uma abordagem comparativa e com análises mais aprofundadas no Código Civil.

Como objetivos para a pesquisa este estudo trata de pesquisar sobre a personalidade jurídica, direitos do nascituro e o RESP Nº 1.487.089 – SP, quanto a Personalidade jurídica do nascituro.

Ainda, para ser atendido os objetivos, o presente trabalho monográfico foi dividido em 3 capítulos qual sejam: no capítulo primeiro, os estudos foram inclinados a relatar conceitos sobre a Personalidade Jurídica do nascituro sob uma perspectiva contemporânea, como é visto

o início da vida, no qual aborda-se o início da personalidade sob a luz do código civil, conceituando a capacidade e personalidade jurídica, e as teorias sobre início da personalidade, teoria natalista, da personalidade condicional e a concepcionista que está sendo mais usada no Brasil na jurisprudência.

Já no segundo capítulo, trazemos alguns dos direitos e garantias do nascituro reconhecidos na ordenação jurídica do Brasil, trouxe-se inicialmente os direitos personalíssimos do nascituro e um rol de direito que o mesmo tem e é assegurado a ele, como direito de receber doações, suceder, curatela representação, reconhecimento de filiação, alimento, e o fundamental direito a vida.

Por fim o capítulo terceiro, traz uma breve análise de um caso, no qual foi concedido dano moral ao nascituro, ainda foi abordado noções de forma ampla sobre a responsabilidade civil, as espécies de dano, e também sobre possíveis danos morais devidos ao nascituro.

Desta feita, o estudo apresenta sua importância em virtude do que se pode chamar de conflito doutrinário no qual é envolvida a matéria, pois, essa repercussão chega até mesmo na jurisprudência, proporcionando decisões conflituosas, que resta evidente a falta de regulamentação justa e clara quanto a personalidade jurídica do nascituro, que pode trazer em alguns casos a insegurança jurídica, refletindo no âmbito social e por ventura vir a causar dano irreparável ao ente afetado.

1 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO SOB UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA

O Código Civil vigente, de 10 de janeiro de 2002, no seu segundo artigo, institui que a personalidade civil começa a partir do momento em que o ser humano nasce com vida, e na parte final do artigo 2º do referido código institui que, “a lei põem a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”(BRASIL,CC, 2002), no entanto para se tratar desse assunto, faz se necessário uma breve compreensão acerca do significado do termo nascituro, também se faz indispensável um estudo mais aprofundado para que seja projetado as concepções atuais.

No que tange a personalidade jurídica faz se necessário primeiramente apresentar o conceito, para então se analisar a aquisição da personalidade jurídica.

Segundo a escritora Diniz (2015), a personalidade jurídica é o que torna alguém apto, que dá aptidão a ela para adquirir e contrair obrigações, trata-se de um atributo para ser sujeito de direito.

Seguindo o entendimento anterior, o escritor Caio Mário considera que:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissoluvelmente ligada. Sua duração é a vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só resposta ambas as perguntas. (PEREIRA, 2004, p.216)

Esse conceito se estende a todos os seres humanos, de acordo com o Código Civil de 2002 em seu artigo 1º, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, CC, 2002). A questão é discutível no âmbito jurídico, pois, quando a vida começa, a partir de que momento o ser é considerado pessoa, para alguns escritores, antes de se fazer essa análise, será necessário deixar bem explicado o conceito, e significado no termo nascituro.

Nesse seguimento, Diniz (2008), entende que, o nascituro para alguns autores é aquele que vai nascer, ainda em desenvolvimento, que está concebido. Segundo Maria Helena Diniz (2008), a palavra nascituro é derivada do latim *nasciturum* que significa “que deverá nascer”.

Para Maria Helena Diniz:

Nascituro é aquele que [...] na vida intrauterina tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneceriam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2008, p.334)

O conceito usado por Maria Helena Diniz, segue no mesmo sentido do Código Civil de 2002 em seu artigo 2º, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, CC, 2002).

Diante disso, percebe-se que nesse conceito usado acima fica claro que o nascituro é um ser que tem a possibilidade de nascer, que está sendo gerado, e que apenas após o nascimento com vida, dará início a vida civil, com todos os seus direitos que estão em estado eventual.

Seguindo esse entendimento o escritor Venosa (2005), o nascituro é um ente que está no ventre da mãe em possível desenvolvimento, mas ainda não nascido, que poderá nascer com vida.

Ainda, nesse sentido Silvio de Salvo Venosa afirma que:

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

Sendo assim, percebe-se que, o autor preceitua que o nascituro tem uma mera possibilidade de direito, pois, para o Direito Civil brasileiro, só se adquire a personalidade jurídica, ou, só se é considerado pessoa com direito, no momento em que ocorre o nascer com vida.

Segundo o conceito tradicional, “nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno” (RODRIGUES, 2003, p. 35). Entretanto, entende-se que conceitos não são bases fixas, podem ser mudados na medida em que o mundo jurídico evolui, pode ser que algumas definições sofram modificações, reparos nos termos usados atualmente em 2020.

Nesse sentido, esse conceito não é unânime entre os escritores, para Antônio Chaves (1994), a fecundação dá início à vida, e a partir desse momento o ser passa a ter traço genético próprio e individual, diferente do seu pai e de sua mãe, e que pode vir a ser interrompida a qualquer momento por métodos artificiais externos, colocando fim a vida.

No sentido oposto ao visto, cabe ressaltar que os conceitos de nascituro são diferentes com o de prole eventual, pois para Semião (2000), prole eventual são aqueles filhos não concebidos, que podem ou não ser.

Encontra-se proteção para prole eventual no artigo 1799 do Código Civil em seu inciso I, concedendo capacidade testamentária passiva: “os filhos, ainda não concebidos, de pessoa indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. (BRASIL, CC, 2002).

Pelo que foi visto no capítulo anterior, percebe-se que há proteção no artigo mencionado do Código Civil aos filhos concebidos, mas não nascidos, o direito de estar em sucessão.

1.1 PESSOA NATURAL: CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA

Para se tratar dos direitos do nascituro, deve-se primordialmente fazer uma análise sobre pessoa no direito, pois, segundo o Código Civil (2002), sob a visão jurídica, pessoa é todo ser capaz de ter obrigações e direitos, inicialmente com a vida.

Desse modo pode-se entender que, todo ser humano é uma pessoa, ou seja, é o ser em seu estado racional, com suas próprias vontades. No entanto, no meio jurídico, a autora Maria Helena Diniz (2008) entende que, pessoa é um ser físico que lhe é atribuído direitos e obrigações mediante lei, ainda, nesse sentido, Maria Helena Diniz entende que:

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, poder de intervir na produção da decisão judicial. (DINIZ, 2008, p.113)

Com base nesse argumento de Diniz (2008), a pessoa natural deve cumprir certas obrigações, e de todo modo tem seus direitos reservados na ordem civil. O estado conhecido como pessoa, começa com o nascimento e acaba com a morte, ou em caso de não nascer com vida não teria nem início.

Aqueles que nascem com vida, obtêm direitos e obrigações. Todavia, os não nascidos, mas que já foram concebidos, tem resguardados pela lei seus direitos, no que couber.

Conforme o Código Civil (2002), preceitua que, o nascimento com vida é um dos pressupostos que dão admissibilidade a personalidade civil. Podendo essa pessoa ser um polo de um processo, ativo ou passivo, o escritor Venosa segue com esse pensamento.

Conforme afirma Venosa:

Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica delineada, no artigo 1º do código vigente, todos a possuem. Trata-se da denominada capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direito, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. (VENOSA, 2005, p.150)

Assim, Venosa (2005) entende que, a capacidade do indivíduo de exercer direitos e adquirir obrigações, é concebido quando este nasce com vida e todos a tem, momento em que

já adquire direitos para sua proteção, e torna-se pessoa. No momento em que esse ser torna-se pessoa para o campo jurídico, esse ser adquire a sua personalidade, obtendo direitos e obrigações jurídicas. Entretanto sobre a capacidade de fato, resta que nem todos vão ter, mas podem ser representados por outra pessoa.

Nesse sentido, um ser é considerado pessoa no momento do seu nascimento com vida, momento esse que já lhe é atribuído direitos e obrigações, bastando apenas preencher os requisitos necessários para agir como sujeito de uma relação jurídica.

Sobre a Capacidade Jurídica, é certo que as pessoas exercerem todos os atos que permeiam a capacidade jurídica a partir do momento em que completam 18 anos de idade, chamada de capacidade plena.

Nota-se que no direito civil brasileiro, o Código Civil traz em seus primeiros artigos os conceitos que lecionam sobre o assunto, qual seja, a capacidade civil, ainda alguns autores aprofundam-se sobre esse assunto que vem cada vez mais entrando em controvérsia no ordenamento jurídico.

A capacidade jurídica está claramente abrangida pelo artigo 1º do Código Civil (2002), que é conceituada como aptidão para adquirir direitos e obrigações, para si, ou para outrem, já que em certos casos se admite representação.

Segundo o posicionamento de Paulo Nader:

Não se confundem os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. Impõe-se a distinção, pois enquanto que o conceito de personalidade jurídica é absoluto, uma vez que dela ninguém possui graus, a capacidade jurídica é relativa, pois comporta alguma variação. Assim os estrangeiros possuem personalidade jurídica perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, por exemplo, ocupar certos cargos públicos que são privativos de brasileiros. (NARDER, 2004, p.145)

Alguns escritores compartilham do mesmo posicionamento de Nader, como o escritor Venosa (2005) afirma, que a capacidade é elemento deste conceito, e com ela é conferido o limite da personalidade.

Diante disso, entende-se que para se obter a personalidade, basta o ser humano nascer com vida. Todavia, para que seja capaz deve ser preenchido os requisitos que se é exigido pelo Código Civil, trata-se da capacidade de fato, capacidade para pleitear os próprios direitos sem que seja representado por outra pessoa. A capacidade de fato para o escritor Venosa (2008), é também chamada de capacidade de exercício ou de fato, pois, trata-se se a há aptidão para exercer algo por si só, seriam o atos da vida civil, caso falte esse requisito em alguma pessoa, a legislação prevê com intuito de proteção, que podem outras pessoas as representarem, ainda

explica que é por esse motivo que o recém-nascido possui apenas capacidade de direito, e não de fato.

Conforme Diniz (2005) sustenta, que a capacidade pode ser dividida em duas partes, a de direito e a de fato, a aptidão para se obter direitos na vida civil é a capacidade de direito, já a aptidão para exercê-los é a capacidade de fato. Quando esta pessoa possui as duas espécies, chamamos de capacidade plena, quando se tem apenas a de direito, este sofre limitação, e é necessário que outra pessoa substitua ou complete sua vontade, são chamados de “incapazes”.

Diante da compreensão sobre capacidade de direito ou não, Silvio Venosa ressalta que não se pode confundir capacidade com legitimação. Veja-se:

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o Art. 1.132 do Código Civil estatui: ‘os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam’. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, ‘legitimado’ para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações. (VENOSA, *apud* GAGLIANO, 2016, p.139)

Ora, se a incapacidade está ligada a proibição total de exercer algum direito previsto em nosso ordenamento jurídico, qualquer ato será somente praticado se esse estiver sendo representado legalmente, por se tratar de um absolutamente incapaz, caso seja ignorado esse requisito todos os atos praticados serão nulos.

A Personalidade Jurídica do nascituro, é trazida a baila pela lei nº 10.406, de janeiro de 2002, no entanto o entendimento do início da personalidade se tornou uma grande controvérsia para alguns escritores, pois, há divergências em certas decisões e até por alguns autores.

O Código Civil, traz o instituto da personalidade jurídica, os autores podem apoiar-se na legislação para traçarem um caminho sobre o assunto, e nesse sentido a autora Maria Helena Diniz conceitua a diferença, entre personalidade e capacidade jurídica.

Para Diniz (2005), ainda que a personalidade e capacidade sejam institutos próximos, são inquestionavelmente diferentes, por personalidade entende-se como a qualidade de ser

pessoa, uma aptidão para pleitear direitos, ser sujeito. Já a capacidade, está como uma extensão do direito da pessoa, para Rolf Madaleno:

A personalidade jurídica singular é própria das pessoas humanas e sempre se entendeu que ela começa com o nascimento, mas aquele que se encontra em processo de gestação no útero materno, apesar de ainda não ser considerado uma pessoa natural, um indivíduo, porque ainda precisa nascer com vida, é, no entanto, sujeito de direitos, contudo, despersonalizado, e só detém a qualidade de sujeito de direitos expressamente ressalvados por lei; como o direito à vida, à integridade física, à saúde, à dignidade, entre outros, e, assim, tornando-se pessoa, somente se nascer com vida, quando então será titular de direitos assegurados pela lei a partir da sua concepção. (MADALENO, 2018, p.873)

No entendimento de Madaleno (2018), a personalidade é personalíssima, é o primeiro direito da pessoa, que é garantido com o nascimento com vida, no entanto, antes de nascer é resguardado ao nascituro o direito à vida, integridade física, saúde. Todavia, só vem a tomar posse total dos direitos que o espera a partir no nascimento com vida. Nascer vivo, ainda que morra em seguida, para o entendimento do legislador no Código Civil de 2002, chegou a se tornar uma pessoa, e assim adquiriu direitos.

Conclui-se que, mesmo tendo controvérsias sobre a questão da personalidade do nascituro, e seus direitos, a vida deve ser protegida, pois, se ela for deixada em segundo plano, os possíveis direitos que viriam a ser concebidos a esse ser, não seriam mais necessários, pois, o mais importante já teria sido violado.

Há um questionamento que envolve o meio jurídico a respeito do início da personalidade, início da vida do ser humano, dentre algumas teorias que surgiram para buscar solucionar essa questão no Brasil, são três as que tem maior destaque, são elas: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e a concepcionista, serão explicadas a seguir.

A teoria natalista é uma das que são usadas para dar fundamento em decisões em nossos tribunais, essa teoria está lastreada na primeira parte do artigo 2º do Código Civil de 2002.

Para Gonçalves (2007), a teoria natalista é entendida pelo nascituro não ser uma vida separada da sua genitora, é simplesmente parte do ventre materno, ainda defende que o nascituro fica condicionado a ter personalidade se nascer com vida. Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

“Sustenta ter o direito positivo adotado, a teoria natalista, que o exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade”. (GONÇALVES, 2007, p. 79.).

Seguindo o entendimento do autor, para essa teoria, a personalidade só será definitivamente de fato adquirida com o nascimento com vida, logo, o que estar por nascer, o ser concebido não possuirá personalidade, apenas uma expectativa, caso nasça com vida.

Segundo Venosa (2005) afirma que, a personalidade jurídica só é atribuída pela lei ao indivíduo nascido com vida. Tendo o nascituro simples expectativa de direitos, sendo restrito aos casos expressos pelo Código Civil.

Assim, para os simpatizantes dessa corrente há apenas dois requisitos que caracterizam a personalidade jurídica, são eles: o nascimento e a vida.

Outro adepto à essa teoria é o escritor Pereira (2017), sustenta que, para ocorrer o nascimento faz se necessário a separação do corpo materno, não importando o tempo de gestação. Entretanto, deve respirar pelo menos uma vez para assim ter início o gozo da personalidade jurídica, e que tem seu fim com a morte.

Também é o que está contido na lei, no artigo 2º do Código Civil de 2002, foi esse o entendimento dos legisladores na época: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, CC, 2002).

Nesse sentido, entende Norbim (2006), que a teoria natalista, tem a personalidade jurídica como um atributo que é adquirido após o nascimento com vida, e dá ao nascituro apenas expectativa de direitos, desde a concepção. Coloca o nascituro como um ser que ainda não tem capacidade a lei antes do seu nascimento, apenas resguarda os direitos condicionados ao possível nascimento com vida, tendo que respirar ao menos uma vez o ar, não importando o tempo que venha a sobreviver.

Para Alberton (2001), o Código Civil no seu artigo 2º, põem a salvo alguns direitos que são assegurados ao nascituro desde a concepção, mas que só se referem aos direitos hereditários, em caso de falecimento do pai, e fica apenas a mãe grávida e herança, o artigo 1.779 do Código Civil prevê que seja nomeado um curador para o nascituro, nesse mesmo artigo é assegurado ao nascituro o direito a alimentos, para que seja garantido o direito à vida.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria natalista em seu artigo 2º, no momento em que condicionou a personalidade ao nascimento com vida, entretanto, deixa a salvo alguns direitos desde a concepção.

No mesmo sentido do Código Civil de 2002, o autor Caio Mario entende que, “Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro”. (PEREIRA, 2004. p. 218).

Por esse trecho acima entende-se que, sendo expectativa de se tornar pessoa o nascituro deverá ter apenas expectativa de direitos, sendo esses direitos considerados existentes desde a concepção, mas, no entanto, apenas viriam a ser concretizados com o nascimento com vida.

Nesse mesmo seguimento, o autor Carlos Bittar entende que, se não nascer com vida, não haverá aquisição de direitos, pois, nunca houve personalidade, veja-se:

Contudo, nos termos codificados, a personalidade somente se exterioriza com o nascimento, devendo a criança estar viva, para que ingresse no cenário jurídico, evidenciando-se o fato por sinais inequívocos, como respiração natural, o choro, a movimentação independente e outros compatíveis. Todavia, se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se não tivesse vindo à luz. Com isso, nem recebe, nem transmite direitos. (BITTAR, 1994, p.79)

Para os apoiadores da teoria natalista, os direitos do nascituro são taxativos, ao contrário do que sustentam os defensores da teoria concepcionista, pois, se fosse como os escritores concepcionistas entendem, não haveria necessidade do Código Civil indicá-los, pois, toda pessoa teria seus direitos automaticamente.

Conforme visto, conclui-se que, para os que apoiam essa teoria, só se torna um ser humano caso nasça com vida, nesse caso herdará automaticamente a personalidade civil, e a lei fornece enquanto não nascido expectativa de direitos, que ao nascer serão conferidos ao mesmo.

Em relação a teoria da personalidade condicional, para alguns escritores ela pode ser dividida em duas partes, sendo uma sub parte da visão concepcionista da personalidade jurídica do nascituro, reconhecendo a personalidade desde a concepção, no entanto a condiciona ao nascimento com vida.

Já o escritor William (PUSSI, 2005) afirma, é notável que segundo o Código Civil, os direitos do nascituro ficam condicionados à existência do feto, se isso acontece, inicia-se a aquisição dos direitos, mas, se não houver nascimento com vida, ou ter ocorrido aborto, não há uma perda de direitos, nesse caso não se dá a aquisição de direitos.

Afirma ainda que a lei assegura direito ao nascituro durante a gestação, tutela alguns direitos que são personalíssimos e patrimoniais, mas só vem a adquirir na condição de nascer com vida.

Para o escritor Flávio a expectativa é um elemento, “Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio jurídico ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto” (TARTUCCE, 2013, p. 118).

Sendo assim, a personalidade condicional defende o início da personalidade desde a concepção, no entanto, está sujeita a uma condição suspensiva.

Ribeiro (2010), com uma visão condicionalista, sustenta que o nascimento define a personalidade jurídica do nascituro e assinala o início da vida jurídica do homem, porquanto se a criança nascer viva, o nascimento confirma sua personalidade, mas se nascer morta, seu nascimento irá anular a personalidade que lhe foi reconhecida.

Fabio Ulhoa Coelho (2012), também adota o posicionamento acima, quando afirma que o nascituro possui direitos antes de nascer, dando o nome de sujeito despersonalizado.

Conclui que o ordenamento jurídico atribui direitos e deveres ao nascituro, tendo em vista que pode se tornar um ser personificado com o nascimento, mas que só serão integrados esses direitos na condição de nascer com vida.

Entende o escritor Fabio Ulhoa que:

O art. 2º do CC estabelece que 'a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro'. Isso significa que, antes do nascimento com vida, o homem e a mulher não têm personalidade, mas, como já titularizam os direitos postos a salvo pela lei, são sujeitos de direitos. Desse modo, falecendo o pai quando o filho já se encontrava em gestação no útero da mãe, o nascituro é sucessor, a menos que não venha a nascer com vida. (COELHO, 2012, p.341)

Diante do artigo 2º do Código Civil, os que defendem a teoria da personalidade condicional afirmam que a contradição do legislador pode ser entendida ao ser interpretada de maneira sistemática.

Conclui-se a respeito da teoria da personalidade condicional, que se dá início da personalidade com a concepção se houver nascimento com vida, esse nascimento com vida é uma condição suspensiva, no entanto, alguns direitos ficam resguardados desde a concepção, como o direito de nascer. Pode se ver a personalidade como capacidade, mas condicionado somente se o feto chegar a nascer, é uma personalidade existente, mas que se torna completa com a condição de nascer com vida.

Ainda, a teoria da personalidade condicional mescla as duas correntes mais importantes, a concepcionista que trata da personalidade do nascituro desde de a sua concepção e a natalista, que conceitua que só há personalidade quando o feto nasce com vida.

Por outro lado, de acordo com a teoria concepcionista o nascituro é uma pessoa desde o momento em que é concebido, garantindo assim os direitos referentes à personalidade.

Há muitos escritores que defendem a teoria concepcionista, uma delas é a Silmara Chinelato, que para ela, o artigo 2º do Código Civil, é destinado a teoria concepcionista e não a natalista, veja-se:

A Tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica *excepciones sunt strictissimae interpretations*. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do art. 4º, que, ao contrário, refere-se genericamente a 'direitos do nascituro'. (ALMEIDA, 2000, p.185 e 186)

Nesse seguimento, os direitos que são dados ao nascituro pelo Código Civil não são exceções, mas sim regras, e como o legislador não fez uso de expressões restritivas, o escritor não pode considerar o texto como taxativo. Por isso, o artigo deve ser interpretado de forma ampla, para conferir outros direitos do que estão expressos no Código Civil.

Ainda Almeida (1990), afirma que, a capacidade é diferente da personalidade e de forma alguma seria condicional, e que para ela, o nascimento com vida traria apenas alguns direitos, como, direitos de herança, adoção e patrimoniais. Aos direitos da personalidade citados, a autora entende que a única forma de ser condição resolutiva seria o nascimento sem vida, pois, o artigo 2º do Código Civil, traz que são direitos e não expectativa de direitos.

A escritora Maria Helena Diniz afirma que:

Uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais que decorrência dos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal do que a determinação do Código Civil. DINIZ (2010, p.36 e 37)

A corrente concepcionista deixa bastante claro quanto a aquisição dos direitos do nascituro, qual seja, iniciando imediatamente com a concepção, já colocando a salvo os principais direitos, como exemplo o direito à vida, pois, se esse for violado, todos os outros serão violados em cadeia.

De acordo com essa decisão do STJ, já se adota essa corrente, em alguns julgados, como o que foi reconhecido o direito de indenização por morte aos pais pela morte do feto, em decorrência de um acidente:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6.194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na

legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. (REsp 1.120.676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011).

Sendo assim percebe-se com essa decisão que, foi concedida a indenização aos pais pela morte do nascituro, é notável a modificação nos entendimentos atuais, apoiando na corrente da teoria concepcionista. Entretanto, ainda, a mais usada e que tem respaldo na primeira parte do artigo 2º no Código Civil é a teoria natalista.

Se adotada a corrente concepcionista, todos os direitos do nascituro referente a personalidade ficam assegurados a partir do momento em que é concebido, todavia, compete ao juiz decidir em qual teoria irá apoiar a sua decisão.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 trata do início da personalidade, que em seu texto faz uso da junção de duas teorias, qual seja, natalista e concepcionista, colocando a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, em outras palavras tutela seus direitos materiais, morais e patrimoniais.

O autor Sergio Abdala Semião, entende que:

Os direitos do nascituro, para não afrontarem o caráter universal dos direitos do nascido, para não contradizerem a 1ª parte do artigo 2º do C., e para protegerem seus prováveis interesses durante o período da gestação, restringem-se e limitam-se aqueles que são especificadamente previstos na lei. É a taxatividade dos direitos do nascituro. (SEMIÃO, 2000, p.68)

Pode-se concluir que, desde a concepção o nascituro já tem seus direitos, mesmo não tendo nascido ainda, nesse contexto ele adquire direitos personalíssimos a partir do momento em que é concebido.

2 DIREITOS E GARANTIAS DO NASCITURO SOB A ORDENAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Como foi visto, no Brasil o nascituro tem seus direitos resguardados, não só em teorias pacificadas e usadas no ordenamento jurídico, mas em legislação vigente, para dar segurança ao desenvolvimento desse ser que poderá nascer, veja-se a seguir alguns desses direitos que fazem amparo e aguardam para serem herdados.

Na verdade, os direitos que são de alguma forma pertencentes ao nascituro, ou que o mesmo pode vir a gozar dele, não são especificamente apenas dele, mas, sabe-se que o nascituro pode vir a usar qualquer um desses direitos que serão abordados a seguir, quais sejam, direito de receber doação, de suceder, curatela e representação, reconhecimento a filiação, alimento e o que é considerado o mais importante de todos, o direito à vida. Sendo o direito à vida o que norteia todos os outros, pois, se for violado, afetará todos os demais. Ainda, não há sentido em deixar o direito à vida em segundo plano, sendo esse direito o que rege a Constituição Federal da República de 1988.

2.1 DIREITO DE RECEBER DOAÇÕES, SUCEDER, CURATELA E REPRESENTAÇÃO

O nascituro pode receber doações desde que o seu representante legal aceite, segundo preceitua o artigo 542 do Código Civil de 2002, “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Para isso é necessário completar o requisito que se é exigido, qual seja, que o donatário no caso o nascituro, esteja concebido.

Segundo os termos do artigo 541 do Código Civil, entende-se que a doação é feita por meio de escritura pública ou instrumento particular, todavia, o nascituro tem apenas expectativa de vida, pode se dizer que o direito de receber doações também é uma expectativa.

Conclui-se que como foi visto o nascituro tem direito resguardado por força do artigo 542 do mesmo código, mas só poderá receber de fato quando vier a nascer com vida, já que conforme o artigo 1.245 do Código Civil, a transferência de imóvel só poderá ser feita por meio do registro. Diante disso, sabe-se que antes de o nascituro nascer, não tem como ser concretizada a doação, pois, ainda não tem personalidade e nem legitimidade para a realização do registro do que venha a ser doado.

Ainda, os pais ou representante ficam responsáveis pelo bem enquanto não ocorra o nascimento, cabe ainda dizer que o contrato só será concretizado depois que o nascituro sair

dessa condição, caso ocorra do nascituro vier nascer sem vida, o patrimônio retornará ao doador.

Para os escritores que apoiam a teoria concepcionista, o artigo 542 do Código Civil é um indicio a mais de que no Brasil essa teoria já vem sendo adotada, pois, se fosse o artigo 2º do mesmo código seguido estritamente, não seria permitida a doação a quem ainda não nasceu.

A escritora Almeida, deixa claro quanto a sua posição:

Ora, não há razão para pôr a regra de lado nos casos de doações feitas a nascituros. Nada as distingue, na verdade, das demais doações. Se representarem liberalidades puras e simples, portanto, deverão entender-se aceitas pelos pais que não declararem aceita-las. (ALMEIDA, 2000, p.232)

O representante tem a liberdade de escolher se aceita ou não a doação feita ao nascituro, se escolher aceitar este deve seguir os requisitos exigidos no artigo 877 e 878 do Código de Processo Civil, que preceitua: “Apresentando o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos do nascituro”.

Nesse contexto é nítido, o direito do nascituro de receber doação e o amparo que o legislador teve o cuidado de colocar em nossa legislação vigente, então, sim, é possível um nascituro receber doação, que espera o seu nascimento com vida, ficando os pais ou representante responsável até o momento que este vier ao mundo e garantir de fato seu direito.

Ainda se percebe que o artigo 538 do Código Civil de 2002, a doação tem efeito de “contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, o que confirma é o aceite do representante como institui o artigo 542 do CC, “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

Porém a doação ao nascituro só se completará quando ocorrer o nascimento com vida, caso contrário, é considerada como se nunca tivesse existido no mundo jurídico.

Pode-se entender que, embora o Código legitima algumas ações em prol do nascituro, em outra o mesmo dispositivo retira essa legitimação, como é o caso da primeira parte do artigo 2º, e deixando as decisões para os tribunais decidirem, que a depender da teoria que o julgador adota pode tornar a decisão totalmente divergente das atuais, ou mesmo prejudicar esse ser.

Sobre o direito de suceder do nascituro, é de extrema importância o legislador ter abordado esse assim, tendo em vista nos casos em que o pai, ou alguma sucessão que o nascituro faria parte se nascido fosse, fique protegido para quando possível tornar pleno.

É assegurado ao nascituro o direito de sucessão, o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 mostra que, podem adquirir pelo testamento as pessoas já concebidas no tempo da morte do testador. Sendo assim o nascituro faz parte desse rol, já que ele é um ser já concebido, para

o direito ele já existe, tendo capacidade sucessória, mas com o requisito de concretizar a aquisição de todos os direitos a partir do nascimento com vida.

Trata-se de um direito eventual, que pode vir a se concretizar com o nascimento desse ser, para o escritor Silvio Rodrigues se ocorrer de nascer morto, é como se tivesse sido renunciado a ela, afirma:

Suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do de cujus passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe.(RODRIGUES, 1988, p.37-38)

Sendo assim, percebe-se que, embora o nascituro não tenha personalidade, ele possui capacidade para adquirir por testamento. Caso ocorra a morte do testador antes do seu nascimento, a herança que é do nascituro fica em suspensão até seu nascimento, se nascer vivo adquire os bens, se nascer morto os bens que deveriam ser herdados são devolvidos a partilha.

Ainda, conforme o artigo 1.800, parágrafo 3º do Código Civil de 2002, com o nascimento com vida, a sucessão do herdeiro é concedida a ele. É nítido que o direito à sucessão do nascituro é condicional, se concretizando apenas se nascer com vida, caso venha a nascer morto não é efetivado.

Para Almeida (2000), mesmo que o Código Civil não tratasse expressamente da capacidade sucessória do nascituro, a jurisprudência e a doutrina trariam esse tema sem divergência, quanto a capacidade de sucessão do nascituro.

A Constituição Federal da República de 1988 também garante o direito à sucessão em seu art. 5º, XXX, “é garantido o direito à herança” (BRASIL, 1988). Como visto, para sucessão o nascituro não tem personalidade jurídica, no entanto, possui capacidade sucessória, sendo assim, está protegido e legitimado a suceder segundo o art. 1.798, do Código Civil de 2002.

O direito a curatela e representação é o direito que faz com que o nascituro seja parte de um polo na ação, normalmente representado por sua genitora, muito importante para ações de alimentos e reconhecimento de paternidade.

Esse direito é reconhecido pela legislação, em casos previstos em que a lei autoriza tal precedente, visando suprir uma necessidade para que seja pleiteado por alguém os direitos de outro, diga-se que em casos específicos será necessário a curatela ou a representação.

Segundo o artigo 1.779 do Código Civil de 2002, caso ocorra falecimento do pai, ou se a mulher não conseguir exercer o poder pátrio, será determinada a curatela. O escritor Silvio de Salvo Venosa entende que são “Duas condições são necessárias para possibilitar a curatela

do nascituro: falecimento do pai ou perda do poder familiar se estiver à mulher grávida e não se encontrar está em condições de exercer o pátrio poder.” (VENOSA, 2008, p.446).

Ainda o escritor Venosa (2008) preceitua que, o curador tem a responsabilidade de cuidar dos interesses, e é usada a curatela quando o nascituro faz parte de herança, ou tem doação a receber. Trata-se de um instrumento muito importante para dar segurança a essa possível vida que está por vir, caso ocorra a situação natural, sem interrupção externa.

Veja-se o artigo 1.779 do Código Civil de 2002, institui que:

Art. 1.779. 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.

Quando há o nascimento com vida, é extinta a curatela, caso a mãe não tenha o pátrio poder deverá ser nomeado um tutor. O curador do nascituro é considerado um representante, para que seja garantido o seu patrimônio.

Nota-se que o artigo 1.779 do Código Civil de 2002 assegura a representação dos filhos já nascidos assim como do nascituro quando há falta do poder familiar, por meio da curatela, no caso do nascituro, fica o curador responsável pelos interesses dele até que ele venha a nascer.

O Superior Tribunal de Justiça já vem reconhecendo nascituro como sujeito de direito, mesmo o artigo 2º do Código Civil preceituando que “a personalidade civil começa do nascimento com vida” (BRASIL, CC, 2002).

2.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO, ALIMENTO E À VIDA

Abordou-se nesse tópico os direitos que no entendimento de alguns escritores são os mais importantes para o nascituro, quais sejam, reconhecer sua filiação, alimentos para que possa ter um desenvolvimento saudável e digno, e ainda o direito primordial, o direito à vida.

O direito a reconhecimento da filiação está previsto no artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil de 2002, o direito de o pai reconhecer o filho ainda não nascido, está lei prevê a faculdade do pai reconhecer o filho antes do nascimento. Trata-se de um benefício, um direito que é dele, tendo em vista que é direito saber quem são seus pais.

Também outro aspecto importante é que, no artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, está previsto que uma vez reconhecido a filiação do nascituro essa é irrenunciável, sendo muito importante o reconhecimento, pois, após o reconhecimento o nascituro poderá

pleitear outros direitos, como: alimentos gravídicos, sucessão em que o pai faleceu antes do parto.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70006429096, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 13/08/2003)

Sendo assim, o nascituro, mesmo não adquirindo a personalidade jurídica tem direitos que são compatíveis.

Ainda, pode-se falar da ação de investigação de paternidade, sendo esse mais um direito do nascituro, que está previsto na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Essa ação assegura ao menor sua paternidade, para evitar transtornos após o seu nascimento, sendo muito importante, pois, facilita o ingresso de outras ações em favor do nascituro.

Para a escritora Chaves Lopes (2000), a filiação é um direito que pode ser incluído entre os direitos do nascituro, já que para ele, a relação de parentesco tem início com a concepção, que estabelece um elo jurídico, vejamos:

[...] o problema jurídico da filiação está intimamente ligado ao fato da concepção, [...] Assim, as relações de parentesco se fixam desde a concepção, e não no momento do nascimento, surgindo desse fato que estabelecerá os características fisiológicas que determinarão o elo jurídico que permanecerá por toda a vida, numa união permanente de pai e filho. (CHAVES LOPES, 2000, p.85)

O artigo 1.609, I a III, do Código Civil de 2002, dá previsão para o reconhecimento dos filhos, e deixa claro em seu parágrafo único que esse reconhecimento pode ser feito antes do nascimento do mesmo.

Para o autor Chaves (2000) preceitua que, a única justificativa seria o pai morrer antes de o seu filho nascer, ou de contrair alguma doença que não possibilitará o reconhecimento mais a frente, ou ainda se a mãe sobreviverá ao parto.

O direito a alimento é de suma importância para qualquer vida, ainda mais para as que estão em desenvolvimento, por esse motivo adota-se na legislação diga-se que um tratamento especial quanto ao reconhecimento da prestação alimentar.

Para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano é necessário uma boa alimentação, e local que propicie a vida, não sendo diferente ao nascituro, que para seu desenvolvimento saudável necessita que a mãe não passe por privações durante a gravidez.

Ademais, o nascituro tem na Lei nº 8.560/1992, em seu artigo 7º o direito a alimentos provisionais, ou definitivos quando haver necessidade:

Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Sendo assim, a teoria concepcionista é a que mais se alinha com esse artigo, tendo em vista que ela já põe à disposição os direitos desde a concepção desde ser, que será de grande importância para seu desenvolvimento saudável.

A proteção do direito aos alimentos está prevista na Lei 11.804/08, prevê alimentos gravídicos, ou seja, alimentos para a mulher gestante e o nascituro, disciplina a forma como será praticado, veja-se a artigo 2º da lei 11.804/08:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (BRASIL, Lei 11.804 de 2008)

Nesse entendimento, o possível pai é quem deverá dar assistência, sustento ao nascituro e a gestante, pois, com o mero indicio de paternidade o juiz poderá fixar alimentos gravídicos que irão até o nascimento da criança, mas sempre obedecendo o binômio necessidade e possibilidade.

Ainda, segundo artigo 6º e parágrafo único da Lei 11.804/08, se ocorrer o nascimento com vida, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que seja solicitado revisão por uma das partes. Ou seja, não serão mais devidos alimentos gravídicos e nem se extingue a obrigação alimentar do pai, mas, haverá conversão em pensão alimentícia, agora em favor do menor, desde que haja o nascimento com vida.

O autor Pontes de Miranda tem o entendimento no mesmo sentido, para ele:

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do art. 1.534, inciso II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio, consiste, não só no pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também, na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia. (MIRANDA, 2000, p.240)

Diante disso, percebe-se que finalidade dos alimentos é proporcionar a genitora meios necessários para que o filho concebido sobreviva, esse direito é defendido pelos autores da teoria concepcionista, como o Pontes de Miranda.

Para Gonçalves sobre a proporcionalidade:

O requisito da proporcionalidade é também exigido no aludido parágrafo 1º do art. 1.694, ao mencionar que os alimentos devem ser fixados “na proporção” das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”, impedindo que se leve em conta somente um desses fatores. Não deve o juiz, pois, fixar pensões de valor exagerado, nem por demais reduzido, devendo estimá-lo com prudente arbítrio, sopesando os dois vetores a serem analisados, necessidade e possibilidade, na busca do equilíbrio entre eles. A regra é vaga e constitui apenas um parâmetro, um standard jurídico, que “abre ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais. (GONÇALVES, 2009, p.485)

Trata-se de um requisito exigido no parágrafo 1º do artigo 1.694, instituindo em regra que os alimentos devem ser proporcionais, tanto para quem paga, quanto para quem recebe, tem que haver um equilíbrio.

Nesse entendimento, não adianta o valor ser desproporcional ou fora da razoabilidade para quem deverá arcar, a depender do valor não será suportado. Por outro lado, tem que ser um valor que irá ajudar a cobrir as despesas, pois, se for muito baixo não ajudará com o sustento.

Ainda dentro desse aspecto para o escritor PUSSI (2008), o nascituro apresenta condição de descendente e por isso possui direitos a alimentos, como se já nascido fosse, já que a lei põe a salvo seus direitos. Ainda para ele, o direito a alimento e saúde estão diretamente ligados, veja-se:

O direito a alimentos e à saúde estão diretamente relacionados com os direitos de personalidade, e ficam assegurados pela adequada assistência pré-natal, a ser prestada pelo adotante desde a adoção, lembrando Silmara Juny Chinelato que o Estatuto não desconsiderou os nascituros, quando estabeleceu no artigo 7º uma ampla proteção à vida e à saúde, com a implantação de políticas sociais públicas justamente desenvolvidas para permitirem o nascimento e um crescimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência da criança e do adolescente. (PUSSI, 2008, p.127)

Sendo assim, percebe-se que o ser concebido tem capacidade para postular e pleitear direito a alimento, podendo ser até mesmo cumulado com a investigação de paternidade. No entanto, a ação que investiga a paternidade, possui importância não só para o reconhecimento, mas sim visando a busca a prestação dos alimentos visando o nascimento com vida.

Conclui-se que o direito a alimento é fundamental para o possível desenvolvimento do nascituro, tendo em vista que se for negado esse direito, o mesmo não terá nem a possibilidade de ter um desenvolvimento com saúde e dignidade, os alimentos decorrem de lei, fundamentam a relação de parentesco, devem preencher o pressuposto da necessidade e possibilidade, e é essencial para a vida de saúde de quem recebe.

Há o entendimento predominante na jurisprudência, que manifesta legitimidade ativa ao nascituro na ação de alimentos. Nesse sentido, veja-se o julgado:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI N° 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso provido em Parte. (TJ-RS – AI:70083425058 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 28/04/2020, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 30/04/2020)

Não há que se cogitar em dúvidas quanto a legitimidade do nascituro quanto ao reconhecimento do mesmo na ação de alimentos, representado por sua mãe, que pode postular em seu favor, com fundamento que detém o dever de dar amparo, assistência e cuidado digno para que o nascituro possa nascer com vida, quanto a paternidade, poderá ser comprovada após o nascimento mediante o exame de DNA.

A vida é o direito torna-se principal até mesmo antes do nascimento, a partir da concepção para muitos já é o principal direito do ser humano. O direito à vida é personalíssimo, garantido a todo brasileiro, em regra desde a sua concepção, é um direito que se for violado, viola em sequência todos os outros direitos possíveis, que poderiam ser adquiridos, por esse ser, por isso deve ser resguardado com maior zelo.

Todos temos direito a vida assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, para Maria Helena Diniz, no caso do nascituro não seria diferente, vejamos:

Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa, tem direito à vida, (...). Se o feto pudesse falar, perguntaria: porque não tenho direito de nascer? Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer (DINIZ, 2001, p.29)

Seguindo a linha de pensamento percebe-se que, desde concebido o nascituro tem o direito de viver, e todos os direitos e garantias que a teoria concepcionista asseguraria a ele. Tratando a vida como um direito que jamais pode ser negociado ou substituído, e que se realmente não tiver interrupções a consequência é o nascimento com vida desse ser.

Também, não é diferente do que o Estatuto da Criança e do Adolescente institui no seu artigo 7º, veja-se:

Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e a saúde, mediante efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, Lei 8.069 de 1990, artigo 7º)

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), preceitua condições dignas de existência, condições que serão permitidas o nascimento, que darão amparo ao nascituro para concluir a gestação normal.

Diante disso, sabe-se que, para que o ser concebido tenha um bom desenvolvimento e venha possivelmente nascer com vida é necessário que antes, não só os pais, mas, o Estado tenha em seu rol de ações, políticas públicas voltadas a proteção da vida e seu desenvolvimento.

Nesse mesmo sentido de proteção a vida, o Decreto N° 678 de 06 de novembro de 1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, em seu artigo 4º institui que:

Art. 4º - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Nesse trecho pode-se evidenciar a proteção do nascituro desde a sua concepção, deixando explícito a vertente que vem da teoria concepcionista. A Constituição Federal da Republica de 1988, também tem em seu texto no seu artigo 5º a proteção a vida e declara que, o direito à vida é inviolável, vejamos:

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[...]. (BRASIL, 1988)

Nesse artigo da Constituição Federal de 1988, a proteção à vida está abrangendo todas as vidas no país, mesmo não citando a questão do nascituro que é uma possível vida, que está em desenvolvimento e poderá nascer vivo.

O artigo 949 do Código Civil de 2002 trata da integridade física, vejamos:

No caso de lesão ou ofensa contra a saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum prejuízo que o ofendido prove ter sofrido. (BRASIL, CC ,2002)

Alguns escritores entendem que o nascituro pode fazer parte desse rol, como ofendido, assim, se alguém vier a atentar contra a integridade do nascituro, pode ser considerado ofensor do direito à integridade do feto, sendo possível o diagnóstico por meio de exame para identificar lesões. Esse seria mais um instituto que visa a proteção dessa possível vida caso não ocorra nenhuma interrupção externa, ou algum acontecimento fisiológico com a genitora.

Para a escritora Silmara Chinelato, esse direito sobressai até sobre o da mãe:

O direito à vida, à integridade física e à saúde são do nascituro e não da mãe, não é lícito que ela se oponha a tal direito. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho nem a submeter-se a intervenção cirúrgica que vise dissolver medicamento no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. Não cabe a mãe dispor de direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim de filho nascituro. Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada. (ALMEIDA, 2000, p.315)

Nota-se a possível responsabilização da mãe pela omissão, nesse caso também poderá ocorrer responsabilidade em âmbito penal, segundo o art.135 do Código Penal, logo, a mãe depois de conceber seu filho, torna-se responsável por ele, primeiramente até o nascimento, e depois até atingir a maior idade, ou em casos que institui.

Ademais, percebe-se que a integridade física, a saúde deve ser concedida ao nascituro desde a concepção, cabendo a genitora zelar e proteger desse direito que não é só dela, e caso venha ocorrer algo com essa vida que é de responsabilidade da mãe, a mesma arcará com as consequências previstas para cada tipo de ação ou omissão a vida desse ser.

Para melhor compreensão em relação ao direito abordado, menciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça-STJ:

EMENTA: DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil);

a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade do nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (STJ – REsp: 1415727 SC 2013/0360491-3, T4, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 29/09/2014, internet em 2020)

Com esse entendimento percebe-se que, para que o nascituro tenha seus direitos reconhecidos há primeiramente que reconhecer sua personalidade, nesse caso foi dado ao nascituro direitos desde a concepção com adoção a teoria concepcionista, tendo em vista que o mesmo, não veio a nascer com vida, pois, teve seu aborto causado pelo acidente.

3 ANÁLISE DE CASO REAL: DANO MORAL CONCEDIDO AO NASCITURO

Trata-se de uma Ação de Indenização por Danos Morais, movida por Marcus Buaiz, sua mulher Wanessa Godoi Camargo Buaiz e na época o nascituro, filho que viria a nascer, em face de Rafael Bastos Hocsman.

A referida ação teve início após o comediante e ator Rafael Bastos em uma de suas apresentações no programa CQC no qual trabalhava, na Rede Bandeirantes de Televisão, além disso o acusado era bastante influente nos canais digitais, como Twitter, fato que o advogado do casal cita que deveria aumentar a sua responsabilidade.

A ofensa aconteceu no dia 19 de setembro de 2011, após o âncora do programa CQC Marcelo Tas, relatar sobre a beleza gravídica da Autora Wanessa, (disse nessas palavras “Gente, que bonitinha que tá a Wanessa Camargo grávida!”), o Rafael bastos gesticulando para dar ênfase disse: “Eu comeria ela e o bebê, não tô nem ai! Tô nem aí!”.

Para o advogado da família o réu desrespeitou os valores éticos, sociais da pessoa e da família, segundo o mesmo cita o artigo 221, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Salienta também que o réu expressou tremendo mau gosto da pior espécie, tendo em vista o local e o tipo de humorismo que se é de costume ver em canais televisivos.

Diante disso, os autores entraram com uma Ação de Indenização por Danos Morais, diante da alegação de injúria, agressão a honra e lesão a dignidade, os pedidos foram: condenação por danos morais, pagamento de indenização e custas processuais.

Da decisão da 18ª Vara Cível da Justiça de São Paulo em 2012 é que, o réu foi condenado a pagar 30 salários mínimos, sendo que seria 10 para cada autor, mãe, pai e filho. Rafael Bastos recorreu da decisão, que foi negada pelo Superior Tribunal de Justiça, e em julgamento pela 4ª turma em 2015 a justiça manteve a condenação do apresentador que teria de pagar o equivalente a R\$ 150 mil reais aos autores da ação, pois, considerou o comentário “agressivo e grosseiro”. O ministro Marco Buzzi, salientou que o comentário era “reprovável, agressivo e grosseiro sendo efetivamente causador de abalo moral”.

A questão com grande controvérsia foi sobre o nascituro ter ou não legitimidade para estar em juízo pleiteando a indenização e conseqüentemente receber direito a ela, sobre o nascituro poder ou não receber indenização, o que não está em consenso na doutrina e nem na jurisprudência, o relator pautou-se nos escritores Pablo Stolze gabliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006), pois, preceituam que no Brasil existem três teorias que são fundamentais sobre o momento em há a aquisição da personalidade jurídica. Teoria natalista, o ser humano passa a ser reconhecido como pessoa no ordenamento jurídico após o nascimento com vida, e que o

nascituro apenas tem apenas expectativa de direito. Teoria condicional, o ente concebido, tem direitos que ficam em condição suspensiva, que só os obteria caso o ocorra o nascimento com vida, e a última seria a teoria concepcionista, que preceitua, a partir da concepção já é adquirida a personalidade jurídica, desse modo o nascituro já deverá ser considerado pessoa.

Em resumo ao caso, a 10ª câmara de direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou recurso do Rafael bastos e majorou de aproximadamente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) totalizou o valor da indenização.

Na legislação, no artigo 2º do Código Civil de 2002 em sua primeira parte está claro a influência a teoria natalista, e a segunda parte a da teoria concepcionista.

O acórdão da apelação recebeu a ementa:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO - ILEGITIMIDADE ATIVA - Inocorrência - Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial. DIREITO DE EXPRESSÃO - ABUSO - Configuração - Uso deste que deve se dar com responsabilidade - Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor - Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR. DANO MORAL - Ocorrência - Indenização - Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas conseqüências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. (TJ-SP – APL: 2018380520118260100 SP 0201838-05.2011.8.26.0100, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 06/11/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2012)

Veja-se que a decisão foi pautada sobre o abuso do direito de expressão, uma vez que mesmo tendo esse direito o réu deveria se portar de maneira que não o usasse para ofender como foi feito, também sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, e dano moral, dever de indenizar, o valor da indenização foi incrementada pela sua gravidade segundo os julgadores, e ainda, pautada no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, ainda, a decisão traz o reconhecimento do nascituro como polo da ação, pleiteando a indenização juntamente com seus pais.

Para o Ministro Marco Buzzi (BRASIL, STJ, 2014), as palavras ditas pelo apresentador Rafael bastos, atingiram não só a mãe e o pai, mas também a criança, veja-se:

Ressalte-se que, salvo o entendimento precursionado pelo Desembargador relator originário do feito perante o Tribunal a quo (voto vencido), as instâncias ordinárias entenderam que o demandado, ainda que tenha feito uso da piada, foi "extremamente agressivo" pois, embora se utilizando de um brevíssimo discurso, esse estaria

"carregado de informações extremamente negativas, que aviltam a imagem tanto da mulher, como da criança, e reflexamente, do esposo e pai destas, todos atingidos de forma a se ter por comprometida a sua dignidade enquanto pessoas humanas. (BRASIL, STJ, 2014)

Trata-se de mais um caso em que a jurisprudência tende a aceitar a corrente concepcionista, tendo em vista que esse ser tem possibilidade de nascer, seguindo o entendimento de que os direitos do nascituro começam a partir da concepção. O Ministro Buzzi (BRASIL, STJ, 2014), afirma que o tribunal fez a ponderação de valores sobre os direitos constitucionalmente assegurados em relação ao caso foi de direito de personalidade versus liberdade expressão, mas que a prevalecera a personalidade no caso concreto. Pois, a piada do ator, atacou a dignidade de uma família.

Seguindo esse entendimento, o Ministro Marco Buzzi (BRASIL, STJ, 2014) entende em negar os pedidos do autor, qual sejam, retirar a legitimidade do nascituro na ação, veja-se a ementa do recurso especial:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE -INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS).IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. Hipótese : A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta. 1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes.2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irrisignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido. 3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontroverso o teor do comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes. 4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair

o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes. 6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" - não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido. (STJ – Resp: 1.487.089 SP 2014/0199523-6, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento:15/05/2014, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: - - > Dje 15/05/2014)

Ainda, o Ministro Marco Buzzi (BRASIL, STJ, 2014), afirma que houve uma análise sistemática para que fosse verificado se tinha realmente a vontade de difamar no momento da piada, que foi considerada de mal gosto, e a capacidade de gerar o dano pleiteado pelos autores.

Para o Ministro Marco Buzzi (BRASIL, STJ, 2014), entendeu em negar os pedidos do recorrente Rafael Bastos, por entender que realmente ocorreu dano as vítimas, e manteve a condenação de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada ofendido, nesse caso a mãe, o pai, e na época o nascituro.

Diante dessa decisão resta claro, que o entendimento contemporâneo está em aperfeiçoamento em relação as teorias anteriormente adotadas, entre elas a teoria natalista e concepcionista, assim, adotando a personalidade do nascituro logo que concebido.

Assim como o Ministro Marco Buzzi, há entendimento no mesmo sentido em relação a personalidade do nascituro, só que em demanda de indenização por morte.

Para alguns escritores a indenização civil por morte causada ao nascituro é um assunto bastante conturbado, pois, tem parte que concorda e outra que discorda de tal possibilidade, já o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria concepcionista, e condicional em suas decisões.

Aos escritores que apoiam a teoria natalista, baseiam-se no início do artigo 2º do Código Civil de 2002, eles excluem a indenização, por considerar que ele não possui personalidade, deste modo, não teria direitos.

Para os defensores da teoria concepcionista, acreditam que o nascituro pode ter direito a indenização, com o fundamento na parte final do artigo citado acima, que institui: “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. (BRASIL, CC, 2002).

Seguindo o mesmo entendimento, o escritor Zanoni:

Mesmo que não se reconheça personalidade do nascituro, admitindo-se apenas a existência de vida humana, ainda que sem personalidade, há de se concordar que existe no *conceptus* o direito de nascer, como particular manifestação dos direitos de viver. (ZANONI, 1982. p.305)

Sendo assim, percebe-se que a vida é entendida como um direito personalíssimo, independente do nascimento, é ligada ao ser humano, e somente os direitos patrimoniais dependem de nascimento com vida.

Para Almeida (2000), não faz sentido indenizar a morte de um recém-nascido e não indenizar a morte de um nascituro.

Ainda, a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, institui que: “É indenizável o acidente que causa a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, os escritores admitem que no caso de responsabilidade subjetiva podem ser qualificar os nascidos e nascituros.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy (BRASIL, STJ, 2008), entende que a indenização por morte ao nascituro é aceita, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. – 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. (STJ – Resp: 9315556 RS 2007/0048300-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/06/2008, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: - - > Dje 05/08/2008).

Essa decisão reconhece o direito do nascituro sob a interpretação da corrente concepcionista, dando ao nascituro o status de pessoa desde o momento em que foi concebido, e dando ao pai o direito de receber a indenização pleiteada, em razão do aborto sofrido por sua esposa em razão do acidente sofrido.

Para Ministra Nancy (BRASIL, STJ, 2008), no seu entendimento conclui que embora não tenha personalidade, o nascituro é sujeito de direitos, e se é sujeito ativo de direitos, fazendo uso de um senso de justiça, e se acha na obrigação reconhecer que ele também pode ser sujeito passivo e gerar a obtenção de determinados direitos para terceiros, no caso seu pai.

3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS ESPÉCIES DE DANO

Como foi visto, as teorias sobre o nascituro estão cercadas de discussões sobre o início da personalidade civil, o reconhecimento da personalidade e os direitos que lhe são devidos, será apresentado agora algumas circunstâncias sobre a violação dos interesses desse ser que pode ser lesado mesmo sem ter nascido.

Mesmo não sendo o objetivo principal desse trabalho trazer o instituto da responsabilidade civil, faz-se necessário traçarmos noções sobre a matéria, para que traga uma compreensão sobre o tema do trabalho, qual seja, o início da personalidade, e reparação de danos.

Responsabilidade civil norteia a sociedade, desde um simples contrato a algo mais complexo como uma indenização por dano moral a um ser ainda nem nascido, veja-se alguns institutos sobre esse tema, no qual é de grande importância o seu entendimento.

Há algumas definições da responsabilidade civil, para a autora Maria Helena Diniz, sob seu entendimento afirma que:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2005, p.34)

Assim, observa-se que, nessa definição tende a alcançar diversas hipóteses da obrigação de indenização, que decorrem da responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva.

Geralmente evidencia-se que desde o início da humanidade, a responsabilidade civil direciona o olhar da sociedade, com o início de relações que eram pactuadas, começou o

surgimento dos desentendimentos, disputas, e crimes, com isso, nasceu a exigência para retribuir esses atos praticados. O que se entende por violência privativa, era ratificada pela Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”, instituída pelo Código de Hammurabi, na Mesopotâmia antiga, no início do segundo milênio antes de Cristo (TARTUCE, 2018. p.18).

O autor Pussi (2007), conceitua a responsabilidade civil como o dever que obriga a reparação de algum prejuízo causado, para o escritor esta é uma forma de estabelecer a condição inicial antes da relação, isso quando não tiver o caráter de compensação ou reparação.

Para o autor Tartuce (2018), o Código Civil de 2002 tem uma divisão metodológica sobre as normas do direito civil, veja-se:

Na codificação brasileira de 2002, melhor organizada, repise-se que o Título IX do Livro das Obrigações foi intitulado como “Da responsabilidade civil”, tratando, a princípio, da responsabilidade extracontratual (arts. 927 a 954), uma vez que o seu dispositivo inaugural faz menção ao ato ilícito (art. 186) e ao abuso de direito (art. 187). De outro modo, a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento das obrigações, consta dos arts. 389 a 420 do CC/2002. Nesse ponto, mais bem sistematizado do que o seu antecessor, o Código de 2002 trata do inadimplemento absoluto, com disposições gerais (arts. 389 a 393); do inadimplemento relativo ou mora (arts. 394 a 401); das perdas e danos (arts. 402 a 405); dos juros legais (arts. 406 e 407); da cláusula penal (arts. 408 a 416); e das arras ou sinal (arts. 417 a 420), encerrando a teoria geral das obrigações. Após, segue a teoria geral dos contratos, com tratamento entre os arts. 421 a 480. Na Parte Geral, assim como o Código anterior, há o conceito de ato ilícito (art. 186), ao lado do de abuso de direito (art. 187), categorias básicas da responsabilidade civil extracontratual. Há, ainda, uma norma complementar que elenca os atos que não podem ser considerados como ilícitos (art. 188). (TARTUCE, 2018, p.47)

Tartuce traz os artigos que são relacionados a responsabilidade civil, seja por obrigações positivas ou negativas, para o autor, “Em suma, nota-se que, na obrigação positiva, o descumprimento se dá quando o ato não é praticado; já na obrigação negativa, o inadimplemento ocorre quando o ato é praticado” (TARTUCCE, 2018, p. 48).

Ainda Tartuce (2018), traz também noções sobre a responsabilidade extracontratual, preceitua que em regra é decorrente de um descumprimento de uma lei ou norma, após a prática de um abuso de um direito.

Nesse mesmo entendimento sobre a responsabilidade civil, resta salientar os artigos 186 e 187 que tem previsão no Código Civil de 2002 (BRASIL, CC, 2002), com a seguinte redação:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, a responsabilidade civil pode ser aferida pela ação ou omissão, e aquele que causa o dano deve repará-lo. (BRASIL, CC, 2002).

Finaliza Tartuce (2018), o direito à indenização e o dever de reparação só poderá ocorrer se algum dos elementos dos artigos 186 e 187 do Código Civil estiver presente.

Como visto, o dano moral não faz parte da esfera patrimonial, tendo como foco a honra, a dignidade da pessoa humana, atinge diretamente o direito da personalidade, ferindo todos os direitos ligados a ela.

Após o reconhecimento da personalidade do nascituro sendo pela teoria concepcionista, resta claro que os direitos são garantidos a ele desde a sua concepção, nesse sentido o dano moral já seria confirmado assim que fosse cometido.

No entendimento da escritora Almeida (2000), não se tem dúvidas quanto o reconhecimento de indenização em favor do nascituro, pois, para ela o nascituro já é pessoa desde a concepção, assim já teria legitimidade para o recebimento.

Ademais, sobre danos Tartuce (2018) afirma que, o dano moral não é sofrimento em si, mas, sim uma lesão aos interesses que decorrem da personalidade.

Nesse aspecto, Pussi explica como seria se fosse adotada a teoria natalista, no lugar da concepcionista para os pedidos de indenização e afirma que:

Caso a teoria natalista fosse adotada, seria criado um quadro interessante. O nascituro não poderia receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direito. Se sua genitora viesse a falecer e este sobrevivesse, o dano moral (dor, sofrimentos futuros, desamparo) seria causado ao filho por nascer. Nesta hipótese, a ausência de personalidade quando do falecimento da mãe impediria, numa interpretação lógica, a pretensão do filho em obter qualquer indenização do que causou o dano. O mesmo problema ocorreria se o nascituro fosse vítima de medicamento ministrado à mãe durante a gravidez, resultando em sequelas físicas terríveis. O dano a ele causado dificilmente seria indenizado, já que à época do *eventos damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser tentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa e, seguramente, de menor valor pecuniário. (PUSSI, 2007, p.386-387)

E nessa mesma situação ficaria o nascituro, se fosse adotada a teoria da personalidade condicional, pois, a teoria adota quase a mesma vertente da teoria natalista, protegendo seus direitos se apenas nascer com vida. Assim, caso nascesse com vida, poderia pleitear os danos morais que foram causados a ele, se nascesse morto, não seria possível tal pleito, seria inexistente judicialmente.

Caso haja o dever de indenizar, o artigo 927 do Código Civil institui que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, percebe-se que, quem de fato causa do dano a outra pessoa, essa fica obrigado a indenizar, deixando claro que deverá indenização independente de culpa.

Para a escritora Diniz, em relação a reparação por dano moral, afirma que:

[...] O dano moral no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofridos. [...] a reparação do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. (DINIZ, 2005, p.82-116)

Nesse entendimento, entende-se que o dano moral é trazido para além do prejuízo patrimonial, caso ocorra isso legitima a vítima a fazer com que seu agressor seja punido pelo ato que praticou.

Ainda se evidencia, pois, o Estatuto do nascituro traz em seu artigo 3º e 4º, o direito à vida, integridade física, à honra, imagem e de todos os direitos inerentes a personalidade, tendo a família, a sociedade e o Estado que assegurar esses direitos. Veja-se:

Art. 3º. O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo – lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único: o nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 4º. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com isso percebe-se que, realmente o nascituro tem ganhado uma visão mais voltada a sua proteção, tutelada não só pelos pais, mas pelo Estado e sociedade. Cabe ressaltar que o dano moral pode ser provado de qualquer forma assim como preceitua o escritor MORAES (2009), ainda afirma que:

No dano moral, a reparação só pode ser satisfatória ou compensatória, se o objetivo é diminuir a dor, o sofrimento ou a tristeza, impossível restabelecer o bem ao estado anterior ao fato danoso, diferente do dano patrimonial que é possível a quantificação ou a substituição do bem. (MORAES, 2009, p.47)

Diante dessa afirmação, é perceptível que o nascituro tem direitos que são resguardados sem dúvida, e a saúde é o direito fundamental.

O ordenamento Jurídico do Brasil cada em cada decisão que se tem em relação ao conhecimento da personalidade do nascituro, em indenizações por dano moral, ficam mais consolidadas, como na citada decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Especial N° 931.556 – RS (2007/0048300-6), o nascituro recebeu indenização, pela morte de seu pai, em acidente de trabalho. Também temos outro recurso especial citado qual seja, recurso especial nº 1.487.089 – SP, no qual o tribunal manteve a condenação da instancia inferior e negou o pedido do réu de retirar a legitimação do nascituro.

Ora, veja-se, segundo o entendimento de Carlos Alexandre de Moraes, “Vários são os conceitos da responsabilidade civil, mas pode-se encontrar um ponto em comum: a obrigação de reparar o dano causado a outrem.” (Moraes, 2009 p.32).

Em outras palavras percebe-se que, de toda forma no final, quem causou o dano deve indenizar quem sofreu. Para Maria Helena Diniz, o dano pode ser suprido por:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (Diniz, 2009, p. 34).

Sendo assim, resta claro que, não que se falar em responsabilidade civil se não houver dano, seja qualquer tipo, por ação ou omissão. Logo, percebe-se que o nascituro realmente tem o seu direito resguardado no nosso ordenamento jurídico, põe a genitora como responsável principal para cuidar desse ser em desenvolvimento, entretanto o Estado e a sociedade também têm obrigação de cuidar, zelar e dar um desenvolvimento digno a esse ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer da presente pesquisa, tratamos da personalidade jurídica do nascituro sob a visão contemporânea, os direitos e garantias que protegem esse ser, direitos esses que estão presentes no Brasil, também trouxemos uma breve análise de um caso real, de um recurso especial, no qual foi concedido danos morais ao nascituro, reconhecendo o direito de receber tal indenização.

Desde logo, foi conceituado o termo nascituro como “o ser concebido no ventre da mãe, que possivelmente nascerá”, foi analisado e definido os conceitos de pessoa natural, capacidade e personalidade jurídica, e a diferença desses dois últimos institutos.

Então apresentamos as principais teorias existentes no Brasil sobre o início da personalidade jurídica, quais sejam: Teoria natalista, Teoria da personalidade condicional, Teoria concepcionista. Em resumo, a primeira teoria é a que tem respaldo na primeira parte do artigo 2º do Código Civil, preceitua que o ser concebido terá personalidade apenas se nascer com vida, antes disso terá mera expectativa de direitos, a segunda teoria, conceitua que a personalidade do feto inicia-se com concepção, no entanto, ficara suspensa até que ocorra o nascimento com vida, já a terceira teoria, institui que, desde o momento em que é concebido, o nascituro já tem a personalidade reconhecida podendo pleitear qualquer tipo de direito desde que representado.

Ademais, foram citados os direitos e garantias no qual o nascituro tem proteção jurídica no Brasil, são ele, direito de receber doações, de suceder, à curatela, representação, reconhecimento de filiação, alimentos, e que por definição é o mais importante, o direito à vida, pois, se esse último for violado, todos os outros serão violados automaticamente. O direito à vida tem proteção na Constituição Federal de forma geral no artigo 5º, no Estatuto da Criança e do adolescente, no Pacto de São José da Costa Rica, no qual deve ser respeitado o princípio da dignidade humana.

Após apresentarmos os conceitos, análises, definições, foi feita uma breve análise do recurso especial nº 1.487.089 - SP, foi constatado que, apenas pela teoria em que se é fundamentada a decisão poderia mudar todo o processo, nesse caso foi adotada a teoria concepcionista, dando ao nascituro direito a personalidade desde a concepção, então assim, pode pleitear junto com sua mãe e seu pai a indenização por danos morais que sofreram. Antes de o ministro negar o pedido do recorrente, que era de anular o reconhecimento da legitimidade do nascituro, ele salientou, que o direito de expressão e o direito de personalidade estavam em confronto naquele momento, mas que no caso, o direito a personalidade estaria a cima, tendo

em vista que o recorrente atentou contra a dignidade, a honra não só da mãe, mas do pai e do filho que ainda estava por vir. Desta forma, o recurso se tornou uma novidade no mundo jurídico trazendo a possibilidade da aplicabilidade da personalidade jurídica em casos de danos morais aos nascituros, gerando uma nova jurisprudência e uma nova forma de agir o mundo jurídico.

Ainda foi comentado sobre a responsabilidade civil, os motivos que ensejariam a uma possível indenização, e quem tem o dever de indenizar será aquele que cometeu a ação ou omissão. Os danos morais que podem ocorrer ao nascituro, resta claro que se negar a personalidade jurídica desse ser, é o mesmo que negar a ele todos os direitos fundamentais, como o direito à vida e os demais. Se negado o reconhecimento da personalidade de alguma forma, certamente estará violando o princípio constitucional da igualdade, pois, o nascituro na concepção atual, em relação aos julgados analisados é considerado como pessoal.

Em resposta a questão que esse trabalho levantou, será controversia, pois, o nascituro pode sofrer danos morais pela literalidade do artigo 2º do Código Civil, gerando apenas expectativa, por outro lado, se for adotado a teoria concepcionista na decisão como foi visto, sim é possível o nascituro pleitear e receber indenização por danos morais desde o momento da concepção.

Diante de tudo resta salientar, que deve-se ter como base a Constituição Federal, que é a norma rígida a ser seguida para ter a proteção dos valores que nela são expressos, tendo como objetivo principal a proteção a vida, o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, e a junção com teoria concepcionista, já está se consolidando diante das varas e tribunais, chegamos à conclusão de que o ser a partir do momento em que é concebido já se pode sofrer danos morais em razão do princípio da segurança jurídica, uma vez que o dano afete direitos a sua personalidade jurídica. Ainda no tocante ao tema, provavelmente haverá muita discussão com toda a matéria jurídica que está em nosso ordenamento, e que ainda está se criando.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

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

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Brasil. (Estatuto do Nascituro) Projeto de Lei 478/07, 19 de maio de 2010. Autor Deputado Luiz Bassuma e Miguel Martini. Rel. Dep. Solange Almeida.

BRASIL. Tribunal de Justiça. AGRADO DE INSTRUMENTO N. 70006429096, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 13/08/2003). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/367550496/agravo-de-instrumento-ai-70069631729-rs/inteiro-teor-367550506>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 399.028/SP 2001/0147319-0. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJ: 15/04/2002. JusBrasil, 2002. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.487.089/SP 2014/0199523-6. Relator: Ministro MARCO BUZZI. 13/05/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ – Resp: 9315556 RS 2007/ 0048300-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/06/2008, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje. 05/08/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6> . Acesso em: 20/11/2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça. TJ-RS – AI:70083425058 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 28/04/2020, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 30/04/2020). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886426149/agravo-de-instrumento-ai-70083425058-rs>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ – REsp: 1415727 SC 2013/0360491-3, T4, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 29/09/2014, Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequ>

encial=39138375&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=5&formato=PDF.
Acesso em: 23/11/2020.

BRASIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.: **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL, LEI Nº 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL, DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, PACTO SÃO JOSE DA COSTA RICA: **Convenção americana de direitos humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Súmula nº 491: É indenizável o acidente que causa a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3055>. Acesso em 19 de junho 2020.

CHAVES LOPES, benedita Inez. **A Tutela Jurídica do Nascituro**. São Paulo: LTR, 2000.

CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 2, 1994.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil, V.1 - Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

Miranda apud almeida, Silmara J.A. Chinelato. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade civil das empresas tabagistas. Curitiba: Juruá, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2004.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instruções de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005 v. 1.

PUSSI, William Arthur. **Personalidade jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005.

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

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2007.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. **O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil**. São Paulo, 2010. Dissertação (Curso de Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Parte Geral, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. V.1.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e o biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TARTUCCE, Flávio. **Manual de direito civil: parte geral**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TARTUCCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. 1ª. Ed. Volume único. Rio de Janeiro: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio De Salvo, Ob. Cit., P. 139 Apud Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2016.

ZANONI: 1982, p. 121 apud ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.