

**DÉBORA COELHO**

**ATITULARIDADE DO DIREITO AOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A  
(IM)PERTINÊNCIA DA LEI QUE OS INSTITUIU**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Msc. Renata Raupp Gomes

**FLORIANÓPOLIS – SC**

**2009**



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Curso de Graduação em Direito

### TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A titularidade do direito aos alimentos gravídicos e a (im)pertinência da Lei que os instituiu”, elaborada pela acadêmica Débora Coelho e aprovada pela banca examinadora, composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação e foi julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n.º 1886/94/MEC, regulamentada pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n.º 003/95/CEPE.

Florianópolis, 04/11/2009

---

Profª Msc. Renata Raupp Gomes

---

Profª Msc. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

---

Prof. João Leonel Machado Pereira

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida que me deu e por ser fonte de força nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Lorenara e Demétrio, e a minha irmã, Luciana, por me ensinarem o valor da disciplina, da persistência e da responsabilidade, indispensáveis para a realização desse sonho.

Ao meu namorado, Pietro, pelo carinho, apoio e por se fazer presente mesmo morando longe.

A Prof<sup>a</sup>. Msc. Renata Raupp Gomes, minha orientadora, por ter me apresentado ao Direito de Família durante o curso e por ter se demonstrado solícita, receptiva e, acima de tudo, bastante paciente na orientação do presente trabalho.

Aos membros da banca examinadora, os quais prontamente aceitaram o convite para participarem deste trabalho.

Ao quinteto fantástico Augusta, Débora, Juliana, Laila e Mariana, pela amizade construída e por tornarem esses cinco anos de curso inesquecíveis.

A Luciana, Flávio e Soraia, pelo aprendizado, pelos momentos agradáveis de convívio e pela amizade.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal apresentar a Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, e examinar os dispositivos vetados do projeto que a precedeu, bem como aqueles devidamente sancionados, a fim de verificar quem é o titular do direito aos alimentos gravídicos e concluir pela sua pertinência ou não, tendo em vista a existência de preceitos e acórdãos que garantem esse direito. Inicialmente, aborda-se a tutela jurídica do nascituro, a partir do estudo das teorias acerca do início da personalidade civil, e conclui-se que, embora o nascituro, consoante o disposto no art. 2º do CC, não possua personalidade, é titular de direitos. Analisa-se, entre os direitos reconhecidos ao nascituro, o direito a alimentos. Conceitua-se o termo “Alimentos” e discorre-se sobre o direito à vida do nascituro como fundamento do direito a alimentos. Aborda-se, também, a possibilidade do nascituro pleitear esse direito em juízo, verificando se ele é capaz de ser parte ativa no processo. Realiza-se, após, um breve estudo jurisprudencial sobre o direito do nascituro a alimentos, no qual se colacionam julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Por fim, examina-se a Lei n. 11.804/08, cuja titularidade é definida por meio de uma interpretação lógico-sistemática, situando-a no ordenamento jurídico e relacionando-a com outros dispositivos do Código Civil relativos aos fundamentos, sujeitos ativo e passivo da obrigação alimentar.

Palavras-chave: Pessoa. Personalidade jurídica. Nascituro. Alimentos. Alimentos gravídicos. Lei n. 11.804/08.

## ABREVIATURAS E SIGLAS

Art., arts.	Artigo, artigos
CC	Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CPC	Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
e. g.	<i>exempli gratia</i> , cuja tradução significa “por exemplo”
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2. TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO</b>	10
<b>2.1. Considerações preliminares</b>	10
2.1.2. <i>Acepção jurídica dos termos pessoa e personalidade</i>	10
2.1.3. <i>Início da personalidade jurídica</i>	14
<b>2.2. Natureza jurídica do nascituro</b>	16
2.2.1. <i>Conceito</i>	16
2.2.2. <i>Teorias acerca do início da personalidade civil</i>	18
2.2.2.1. Teoria natalista	18
2.2.2.2. Teoria da personalidade condicional	22
2.2.2.3. Teoria concepcionista	23
<b>2.3. Direitos do nascituro</b>	26
<b>3. DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS</b>	31
<b>3.1. Conceito de alimentos</b>	31
<b>3.2. O direito à vida do nascituro como fundamento do direito a alimentos</b>	33
<b>3.3. O direito do nascituro a alimentos</b>	38
<b>3.4. A proteção do direito a alimentos do nascituro em juízo</b>	46
3.4.1. <i>Capacidade de ser parte do nascituro</i>	46
<b>3.5. Direito do nascituro a alimentos sob o prisma jurisprudencial</b>	48
<b>4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: QUAL O TITULAR DESTE DIREITO?</b>	53
<b>4.1. Os alimentos gravídicos</b>	54
4.1.1. <i>Os dispositivos vetados</i>	54
4.1.2. <i>Os dispositivos sancionados</i>	55
<b>4.2. A titularidade do direito aos alimentos gravídicos</b>	58
4.2.1. <i>Natureza jurídica dos alimentos no Código Civil vigente</i>	60
4.2.1.1. <i>Natureza jurídica dos alimentos gravídicos</i>	61
4.2.2. <i>Fundamentos da obrigação legal de alimentos no Código Civil vigente</i>	62
4.2.3. <i>Sujeito ativo e passivo da obrigação alimentar no Código Civil vigente</i>	64
4.2.4 <i>Legitimidade extraordinária ativa da gestante</i>	67
<b>4.3 (Im) pertinência da Lei n.º 11.804/08</b>	70

**5. CONCLUSÕES**

73

**6. REFERÊNCIAS**

76

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a pertinência da recente Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que inseriu, de forma expressa, no ordenamento jurídico pátrio os “alimentos gravídicos”, ou seja, aqueles alimentos necessários ao período da gravidez, da concepção ao parto. A nova Lei estabelece, em seu art. 1º, que disciplinará o direito a alimentos da mulher gestante, surgindo dúvida com relação à titularidade desses alimentos.

Dessa forma, o objetivo geral é definir qual o titular do direito aos alimentos gravídicos, se a gestante ou o nascituro, a partir de uma interpretação lógico-sistemática da Lei, situando-a no conjunto do sistema jurídico, buscando compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas que com ela se articulam logicamente, a fim de concluir pela sua pertinência ou não, dada a existência de preceitos garantidores desse direito em vigor.

Outrossim, como objetivos específicos dessa pesquisa, procurou-se:

- Verificar em que momento se confere direitos ao nascituro a partir do estudo das teorias acerca do ponto inaugural da personalidade civil;

- Analisar, com base no direito à vida, o direito a alimentos do nascituro, bem como a sua capacidade para figurar no pólo ativo da demanda alimentar, verificando o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

- Definir quem é o titular do direito aos alimentos gravídicos a partir de uma interpretação lógico-sistemática da Lei n. 11.804/08, a fim de concluir pela sua pertinência ou não, ante a existência de preceitos garantidores de tal direito.

Para dar conta disso, foram utilizados o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, recorrendo-se, também, à pesquisa jurisprudencial.

Assim, apresenta-se a pesquisa em três capítulos:

O primeiro capítulo denomina-se “Tutela jurídica do nascituro”. Inicia-se com a apresentação da acepção jurídica dos termos “pessoa” e “personalidade”, bem como o conceito e alcance do termo “nascituro”. Em seguida, analisam-se os fundamentos das três teorias existentes acerca do início da personalidade civil



(natalista, personalidade condicional e concepcionista) e as conseqüências que delas decorrem no tocante aos direitos do nascituro. Ao final, busca-se definir qual o melhor entendimento para proteger os direitos do nascituro.

Já no segundo capítulo, verifica-se “O direito do nascituro a alimentos”, descrevendo-se, de início, o conceito de alimentos, após, o direito à vida do nascituro e, por fim, o direito a alimentos do nascituro, bem como a possibilidade de pleitear esse direito em juízo. Com a finalidade de verificar qual o entendimento jurisprudencial sobre o tema, colacionam-se alguns julgados dos Tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

O terceiro e último capítulo, denominado “Alimentos gravídicos: qual o titular deste direito?”, apresenta, inicialmente, a Lei n. 11.804/08, partindo da análise dos dispositivos vetados e dos sancionados. Após, constatada a dúvida existente quanto à titularidade desses alimentos, decorrente da redação do art. 1º da Lei, realiza-se uma interpretação lógico-sistemática da mesma para concluir pela impossibilidade da gestante titularizá-los, em razão dos pressupostos da obrigação alimentar. Por fim, ante a existência de preceitos garantidores do direito a alimentos do nascituro em vigor, bem como de decisões nesse sentido, questiona-se a necessidade da elaboração da Lei dos Alimentos Gravídicos.

## 2. TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

Identificar a proteção adequada e devida ao nascituro pressupõe compreender a disciplina jurídica das “pessoas” adotada pelo Código Civil brasileiro, enquanto sujeitos de direitos e obrigações.

A análise da referida tutela, em face da legislação vigente, passa pelo estudo do conceito e natureza jurídica do nascituro, bem como das teorias acerca do início da personalidade civil, a fim de que possam ser identificados os direitos que lhe são resguardados.

### 2.1 Considerações preliminares

#### 2.1.2 Acepção jurídica dos termos *pessoa* e *personalidade*

A verificação da acepção jurídica do vocábulo “pessoa” é de importância incontestável, uma vez que tem nítida correspondência nas manifestações da vida jurídica, além dos efeitos práticos e sociais decorrentes da forma como é conceituado.

Em busca da resposta, cumpre, inicialmente, destacar que, gramaticalmente, a palavra “pessoa” advém do latim *persona* (*per+ sonare*), que significa ressoar, fazer ecoar (PUSSI, 2008, p. 13).

Primitivamente, o termo *persona* era emprestado à linguagem teatral na antiguidade romana e designava a máscara, que adaptada ao rosto dos atores proporcionava o aumento do som, atingindo os lugares mais distantes da platéia, em razão de lâminas metálicas que se localizavam à altura da boca. A máscara, portanto, era uma *persona*, porquanto fazia ecoar, ressoar a voz dos atores (MOREIRA, 1983, p. 31).

Posteriormente, evoluiu para um conteúdo diverso, exprimindo o papel que cada ator representava no teatro e, em seguida, passou a designar a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico (MONTEIRO, 2007, p. 61).

Por fim, completando a evolução, o termo “pessoa” terminou por revelar o próprio indivíduo, sendo este o sentido que se emprega atualmente, isto é, “o ente humano, o animal dotado de inteligência, sem abranger as sociedades ou as entidades sujeitas de direitos e obrigações” (RIZZARDO, 2008, p. 137).

A aludida definição refere-se à acepção vulgar do termo, em que pessoa seria sinônimo de ser humano. Contudo, essa idéia não é completa por excluir os entes morais (pessoas jurídicas), a quem a lei, também, atribui personalidade para praticar atos da vida civil (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 102). Por outro lado, existiram entes humanos que não eram pessoas, a exemplo dos escravos, aos quais não se reconheciam direitos, sendo equiparados a coisas (*res*).

Na acepção filosófica, pessoa é o “ser inteligente, destinado a um fim que vai além do terreno, sujeito a uma moral, portador de uma espiritualidade que faz não lhe bastarem as coisas materiais, e destinado a um fim supremo, que é Deus” (RIZZARDO, 2008, p. 138).

Já na acepção jurídica, pessoa é todo ente físico ou moral, suscetível de adquirir direitos e contrair obrigações, no que difere da coisa, tida sempre como o objeto de uma relação jurídica.

Nesse sentido Maria Helena Diniz (2006, p. 118) leciona 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 do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Por conseguinte, duas são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a pessoa natural (ou física), que, em síntese “é aquele ente provido de estrutura biopsicológica, que traz consigo uma complexa estrutura de corpo, alma e intelecto. É, enfim, o ser humano” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 103). E a pessoa jurídica, igualmente denominada pessoa moral ou coletiva, que é o ente formado de esforços de pessoas naturais ou por um acervo patrimonial, visando à consecução de uma finalidade específica (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 103-104).

Atrela-se à pessoa a ideia de personalidade, que corresponde à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, para exercer ou praticar os atos da vida civil ou negócios jurídicos, por si ou por outrem (RIZZARDO, 2008, p. 139).

Deveras, como a pessoa, seja ela natural ou jurídica, é sujeito de relações jurídicas, e a personalidade é a possibilidade de ser sujeito, diz-se que toda pessoa é dotada de personalidade (DINIZ, 2006, p. 118). É, aliás, o sentido que deflui da leitura do art. 1º do Código Civil, proclamando que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Com efeito, a personalidade jurídica seria o atributo reconhecido a uma pessoa para que viesse a ser admitida como sujeito de direitos, que, nas palavras de Clóvis Beviláqua (1999, p. 81) é “uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”.

Contudo, a personalidade jurídica, especificamente a da pessoa natural, não pode ser aprisionada no conceito de sujeito de direito, porquanto determinadas entidades não personalizadas, ou seja, desprovidas de personalidade jurídica, como, e.g., o condomínio edilício, a sociedade de fato ou a massa falida, podem titularizar relações jurídicas, embora não possuam personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 104).

Assim, evidencia-se que a personalidade jurídica da pessoa natural é muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. É o atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico, titularizando uma tutela especial consistente em reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 104).

Na lição de Gustavo Tepedino (2001, p. 47), em respeito ao texto constitucional,

parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

Nessa linha de inteligência, destaca-se a lição de Maria Helena Diniz (2006, p. 121), apoiada em Goffredo da Silva Teles Júnior:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é.

Portanto, conclui-se que a personalidade é parte integrante da pessoa, juridicamente intrínseca, não se resumindo à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, impondo-se o reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência.

Há que se distinguir, por oportuno, personalidade e capacidade. Esta é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, os atos da vida civil ou negócios jurídicos (MONTEIRO, 2007, p. 66).

Duas são, portanto, as espécies de capacidade, sendo que à aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil dá-se o nome de capacidade de gozo ou de direito, que é ínsita ao ser humano, não podendo este ser dela privado pelo ordenamento jurídico, sob pena de negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade (DINIZ, 2006, p. 149).

Nesse norte, leciona Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 263):

A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos.

Nem toda pessoa, contudo, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, devido a limitações orgânicas ou psicológicas. Se puderem utilizá-los e exercê-los por si mesmo, possuem, igualmente, capacidade de fato ou de exercício (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 88).

Essa capacidade acha-se, assim, vinculada a determinados fatores objetivos: idade e estado de saúde. A incapacidade de exercício ou de fato não suprime, contudo, a capacidade de gozo ou de direito, ínsita ao homem, podendo ser suprida pelo instituto da representação. Assim, o incapaz exerce seus direitos por meio de representantes (MONTEIRO, 2007, p. 66).

Em síntese, aliada à idéia de personalidade, o ordenamento jurídico reconhece ao indivíduo a capacidade para aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por meio de um representante ou com a assistência de outrem. Personalidade e capacidade, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 263), completam-se: “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a idéia de ser alguém titular dele”.

### 2.1.3 Início da personalidade jurídica

Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não poderia se falar em sujeito ou objeto de direito. O feto era uma parte da mãe, “*portio mulieris vel viscerum*”<sup>1</sup>, e não uma pessoa independente, um ente ou um corpo, razão pela qual não podia ter direitos nem atributos.<sup>2</sup>

Contudo, seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se considerasse o nascimento como requisito para a aquisição da personalidade, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, proclamando-se que “*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*”<sup>3</sup> (PEREIRA, 2008, p. 216).

Dessa forma, operava-se uma equiparação do *infans conceptus* ao já nascido, não para considerá-lo pessoa, mas com o propósito de assegurar seus interesses.

O direito brasileiro adota a regra do sistema romano no que toca ao início da personalidade, conforme prescreve o art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil

---

<sup>1</sup> Porção da mulher ou de suas entranhas.

<sup>2</sup> Digesto, Livro I, Título V, fr. 7.

<sup>3</sup> O nascituro é considerado como já nascido, toda vez que se trata de seu interesse.

da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

No direito civil francês e holandês (art. 3º) não basta o nascimento com vida, sendo necessário que o recém-nascido seja viável, que é a aptidão para a vida, da qual carecem os seres em que faltam os órgãos essenciais, por exemplo (GONÇALVES, 2005, p. 77-78).

O direito civil espanhol (art. 30), por sua vez, exige que o recém-nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas para que possa adquirir personalidade.

O Código Civil brasileiro, com esteio no dispositivo legal mencionado, afastou todas as questões relativas à viabilidade e forma humana do nascido, que originam incertezas e dúvidas, e impôs como requisitos para o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana o nascimento e a vida. Assim, se a criança nasceu com vida, tornou-se sujeito de direitos, mesmo que a ciência a condene à morte pela precariedade da sua formação ou que apresente anomalias ou deformidades (MONTEIRO, 2007, p. 65). Nessa mesma senda estão o Código Civil suíço (art. 31), o alemão (art. 1º) e o italiano (art. 1º).

Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno, não importando tenha sido o parto natural, feito com auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. Não importa, também, tenha o nascimento sido a termo ou antecipado, sendo necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical (PEREIRA, 2008, p. 219).

A vida do novo ser configura-se no instante em que ele opera a primeira troca ox carbônica no meio ambiente, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno<sup>4</sup> ou docimasia pulmonar. Ou seja, desde que tenha respirado,

---

<sup>4</sup> Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveonares coladas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo. Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a docimasia pulmonar histológica (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houve respiração, apresentarão dilatação uniforme e, caso contrário, as paredes alveonares estarão coladas), docimasia ótica de Icard (exame microscópico de fragmento de pulmão, esmagado em uma lâmina, quando, ao observar pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), docimasia química de Icard (passagem rápida de fragmento de pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhado em solução alcoólica de potássio cáustico a 30%, que dissolve o

viveu, tornando-se sujeito de direitos, mesmo que venha a falecer minutos depois (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 81).

Obtempera, contudo, Arnold Wald (2009, p. 118) que é possível provar o nascimento com vida por outros meios, como através do choro da criança, bem como por certos movimentos que ela tenha realizado.

Em síntese conclusiva, a personalidade jurídica, segundo reza o art. 2º do CC, é adquirida a partir do nascimento com vida, salientando-se que independe de providências burocráticas como, por exemplo, o registro civil de nascimento, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, o qual terá caráter meramente administrativo, de natureza declaratória e não constitutiva (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 199).

Conquanto o Código Civil brasileiro tenha adotado o nascimento com vida como marco inicial da personalidade civil do homem, desde o Direito Romano há uma grande perplexidade entre juristas e legislações para definir e demarcar o início da personalidade, atribuindo ao nascituro, de acordo com a teoria adotada, o *status* de pessoa ou não.

## 2.2 Natureza jurídica do nascituro

### 2.2.1 Conceito

É imprescindível, inicialmente, conceituar o termo nascituro, já que a lei brasileira não define o seu exato alcance.

Derivada da palavra latina *nasciturus*, o termo nascituro indica “o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo” (HOUAIS; VILLAR, 2009, P. 1343).

Paulo Carneiro Maia (1980, p. 30), assim conceitua nascituro:

O que há de vir ao mundo: está concebido (*conceptus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou continuando “pars ventris” ou

---

estroma pulmonar, liberando bolhas de ar, no pulmão que respirou), docimasia radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos – se não respiraram – ou transparentes – se receberam oxigênio), docimasia epimicroscópica pneumo-arquitetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as docimias respiratórias indiretas (verificação de outros órgãos, como estômago, intestinos, fígado e ouvidos – trompas de Eustáquio – conjuntamente com os pulmões, para tentar contatar se houve ar circulando no corpo do nascituro), conforme ensina Sérgio Abdalla Semião (Os direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais, e do Biodireito, Belo horizonte: Del Rey, 1998, p. 158-9).



das entranhas maternas: aquele que deverá nascer, “nascere”, de étimo latino. Quer designar, com expressividade, o embrião (“venter, “embrio”, “foets”) que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (“vitalis”), na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (“pars viscerum matris), no ventre materno (“no uterus”), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por parto natural ou artificial [...].

De acordo com essa definição, nascituro é o ente já concebido, quando já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião, nidado, ou seja, implementado nas paredes do útero materno, porém não nascido.

Contudo, há incessantes divergências na construção do conceito sobre aquele que está por nascer, decorrentes de interpretações diversas acerca das fases de desenvolvimento, tendo em vista a significativa dificuldade para identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa ser chamado de nascituro.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 11) assevera que se impõe o conceito de nascituro sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação obtida naturalmente ou por inseminação artificial, seja de fecundação *in vitro*. A gravidez, consoante os ensinamentos da autora, “começa com a nidação (isto é, quando o ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero)”.

Assim sendo, não se considera “concepção”, no sentido estrito, como sinônimo do ato de fecundação, isto é, união do espermatozóide com o óvulo para formar um zigoto, primeira célula humana, mas o de gravidez (binômio “ovo-mãe”) (ALMEIDA, 2000, p. 12).

Nessa linha de pensamento, não se poderá falar em nascituro, na técnica de fertilização *in vitro*<sup>5</sup>, enquanto o ovo (óvulo fertilizado) não tiver sido implantado na futura mãe e, pela mesma razão, não se poderá reputar nascituro o embrião congelado, com a finalidade de futura implantação no útero materno.

De outro turno, entende Maria Helena Diniz que, em razão destas novas técnicas de fecundação fora do útero e do congelamento de embriões humanos, o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher (1998, p. 7).

---

<sup>5</sup> *In vitro*: produzido no vidro. Método artificial de se realizar uma reação biológica (FIORILLO; RODRIGUES, 1996, p. 255).

Sobre a divergência quanto ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, afirma o especialista em biodireito Erickson Gavazza Marques (2005) que:

Em nenhum momento, a Constituição diz o que é vida, e nem poderia. As leis tratam das conseqüências da vida. [...] Não cabe a justiça decidir isso, e sim à medicina, à ciência. E nem a ciência já definiu quando começa a vida.

Portanto, sem pretensão de encerrar as discussões a respeito do início da vida, no presente estudo, considerar-se-á nascituro o ente concebido e implantado na parede interna do útero, porquanto só a partir desse momento se diagnosticará a gravidez, por meio de exames laboratoriais, fato que torna evidente a necessidade do nascituro a alimentos para se desenvolver.

Adverte-se, por fim, a fundamental importância quanto à diferença entre nascituro e prole eventual, igualmente protegida pelo Direito. Reside ela no fato de o nascituro ser o ente já concebido (ALMEIDA, 2000, p. 7).

### *2.2.2 Teorias acerca do início da personalidade civil*

Conceituado e determinado o alcance do termo “nascituro”, passa-se a análise da discussão acerca da sua condição jurídica, que pressupõe identificar o momento em que o ordenamento pátrio determina como o início da existência da pessoa, titular de direitos e obrigações.

Sobre o tema, há uma multiplicidade de idéias de diversos autores, o que dificulta subsumi-las em correntes doutrinárias. Contudo, três posições de destaque são identificadas na doutrina brasileira, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

Diante da importância e particularidade, cada uma dessas teorias merece análise detalhada, especificando-se suas dimensões, diferenças e seguidores.

#### *2.2.1.1 Teoria natalista*

A doutrina natalista representa significativa corrente do direito pátrio e, com fulcro na primeira parte do art. 2º do CC, afirma que a personalidade civil começa com o nascimento com vida.

Adepto dessa teoria, Pontes de Miranda (1954, p. 162), quanto à condição do nascituro, ensina que:

[...] a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 4º)". No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se obter algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (1954, p. 162).

Nesse sentido, Roberto de Ruggiero (1932, p. 341-342), civilista italiano, aduz que antes do nascimento o produto do corpo humano ainda não é pessoa, mas apenas uma parte das vísceras maternas. Porém, com esperança de que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe proteção especial, consistente em reservar os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, caso nasça, ao momento da concepção.

Para a escola natalista, portanto, o nascituro não tem vida independente e, a fim de reforçar tal entendimento, argumentam seus adeptos que na fase gravídica, a mãe e o filho mantêm um órgão comum a ambos, que é a placenta (SEMIÃO, 2000, p. 42)<sup>6</sup>.

Não sendo pessoa, o nascituro é mera expectativa de pessoa e, por isso, tem meras expectativas de direitos e só é considerado como existente, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. É o que afirma Vicente Ráo (1999, p. 655):

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa reconhecimento ou atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas, ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros.

---

<sup>6</sup> Sérgio Abdalla Semião explica que a placenta é um órgão misto, pois, é formada em parte por tecido do *infans conceptus* e em parte por tecido materno. Nela os vasos sanguíneos do nascituro e da gestante ficam muito próximos, permitindo a entrada de alimentos e oxigênio para ele e a saída de uréia e de gás carbônico para a mãe.

Tal doutrina acredita estar em conformidade com o previsto no art. 2º do CC e, contra as críticas feitas a sua suposta redação contraditória, que faz crer que na primeira parte do artigo o Código adere à escola natalista, para logo a seguir, na segunda, aderir à escola concepcionista, Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 68) afirma que este dispositivo

ao dizer que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; não teve a intenção de conceder direitos atuais ao nascituro, mas sim, a de colocá-los (em algum lugar) “a salvo” de quaisquer perigos eventuais ou iminentes, resguardando-os e vigiando-os, como expectativas, caso haja nascimento com vida.

Desta postura, extrai-se que não se trata de salvaguardar os direitos atuais e reais, mas de verdadeira expectativa, que em direitos subjetivos se transformará caso o nascituro nasça com vida.

O mesmo autor afirma que os direitos do nascituro, para não confrontarem o caráter universal dos direitos do nascido e para não contradizerem a primeira parte do art. 2º do CC, restringem-se e limitam-se àqueles que são especificadamente previstos na lei, ou seja, são taxativos (2000, p. 69).

E conclui que, caso o Código Civil tivesse adotado a teoria concepcionista não haveria necessidade de estabelecer um por um os direitos do nascituro, pois se fosse ele considerado pessoa, teria todos os direitos inerentes à personalidade civil plena (2000, p. 70).

Nesse vértice, está Caio Mário da Silva Pereira ao dizer que “pelo nosso direito, antes do nascimento, não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os direitos do nascituro” (2008, p. 218).

Assim, de acordo com a doutrina natalista, os direitos do nascituro estão taxativamente previstos nos seguintes artigos da Código Civil: 1609<sup>7</sup>, parágrafo único (permite o reconhecimento da filiação do nascituro); 1.779<sup>8</sup> (versa sobre a

---

<sup>7</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

<sup>8</sup> 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.

possibilidade de nomeação de curador ao nascituro); 542<sup>9</sup> (autoriza que se faça doação ao nascituro) e 1.798<sup>10</sup> (reconhece a capacidade sucessória do nascituro).

Sob outro prisma, a fim de reforçar o entendimento de que o Código Civil adotou a teoria natalista e não a concepcionista, os adeptos daquela alegam que nos arts. 3º e 4º do CC não está incluída a figura do nascituro como absolutamente incapaz e nem como relativamente incapaz. Assim, concluem que não estando o nascituro entre os incapazes e não sendo ele capaz, outra dedução não há, a não ser a de que ele não é pessoa no direito pátrio (SEMIÃO, 2000, p. 70-71).

Outrossim, segundo a teoria natalista, não obstante o crime de aborto esteja situado entre os crimes contra a pessoa, a proteção que o Direito Penal dá ao nascituro não é a mesma à pessoa já nascida. É que ao prever, no art. 128 do CP<sup>11</sup>, o denominado aborto terapêutico, realizado em caso de risco de vida da gestante, em detrimento da vida do nascituro, e o aborto sentimental ou humanitário, permitido no caso de gravidez resultante de estupro, aduzem que o sistema jurídico declara, expressamente, a desigualdade entre os direitos do nascituro e da pessoa nascida (ASUA, 1979, p. 133).

Apontam, ainda, que essa desigualdade fica mais evidente quando se comparam as penas conferidas ao homicídio<sup>12</sup> com as conferidas ao aborto<sup>13</sup>, constatando-se que aquela é significativamente superior a quaisquer das penas das espécies de aborto, na generalidade dos sistemas jurídicos mundiais (SEMIÃO, 2000, p. 44).

---

<sup>9</sup> Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

<sup>10</sup> Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>11</sup> Art. 128 do CP. Não se pune o aborto realizado por médico: I – se não outro meio de salvar a vida de gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

<sup>12</sup> O homicídio simples, conforme o art. 121 do CP pune-se com reclusão, de seis a vinte anos. O homicídio qualificado (art. 121, § 1º, do CP) pune-se com reclusão, de doze a trinta anos.

<sup>13</sup> Os artigos do Código Penal atinentes ao crime de aborto e suas respectivas sanções são os seguintes: Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou permitir que outro lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126. Provocar o aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de um a quatro anos. Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

### 2.2.1.2 Teoria da personalidade condicional

Essa doutrina sustenta que o início da personalidade civil começa a partir da concepção, porém, sob a condição suspensiva de que ocorra o nascimento com vida, conforme se depreende da lição de Washington de Barros Monteiro (2007, p. 66):

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos.

Mas, para que estes direitos se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Miguel de Serpa Lopes (1988, p. 254) também é adepto da teoria da personalidade condicional. Assim doutrina o civilista pátrio:

Antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa de uma *spers hominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria ao ventre [...] A aquisição de todos os direitos surgidos *medio tempore* da concepção subordina-se à condição de que o feto venha a ter existência.

Se tal acontece, dá-se a aquisição dos direitos e, por outro lado, se não houver nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por se tratar de um natimorto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá de suceder se ao nascituro fora reconhecida uma personalidade ficta (1988, p. 254).

Nessa linha de intelecção, assevera Arnaldo Wald (2002, p. 118) que:

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.

Portanto, em síntese, a doutrina da personalidade condicional sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, sob a condição de nascer com vida, ou seja, uma vez constatado o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção.

### 2.2.1.3. Teoria concepcionista

Partidários dessa doutrina, como Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 163), partem do entendimento de que, sob o prisma biológico, a vida começa desde a concepção<sup>14</sup>, ou seja, a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, gerando um ovo ou zigoto.

A mesma autora destaca a advertência feita pelo biólogo Botelha Lluzia (1998, p. 183) no sentido de que “o embrião ou feto<sup>15</sup> representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Por isso, não é exato ou certo afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe”.

Nessa senda, segundo Fernando Mantovani (2002, p. 187-188), a tese de que o início da vida humana ocorre com a concepção, se funda na:

“racionalidade biológica”, porque a fusão dos gametas representa o verdadeiro e único “salto de qualidade”, que não se repete. Essa fusão gera uma nova e autônoma individualidade humana, que se desenvolve sem solução de continuidade e sem necessidade de sucessivos estímulos externos até o nascimento. Com uma imagem arquitetônica, o zigoto é, ao mesmo tempo, projetista, encarregado e construtor do novo ser humano. A mãe provê o ambiente de trabalho e o material necessário para a construção. [...] Conclui-se que zigoto, blastocisto, pré-embrião e embrião indicam, convencional e descritivamente, somente fases diferentes do novo ser humano antes do nascimento; tal como recém-nascido, criança, menino, adolescente, adulto e velho indicam somente as diferentes fases da vida do homem depois do nascimento, sem nada acrescentar e nada deixar faltando à sua ‘humanidade’.

Assim, ao nascituro deve ser conferido o *status* de pessoa desde a concepção, porque é a partir desta que se dá, efetivamente, o começo de uma nova vida.

---

<sup>14</sup> João Evangelista dos Santos Alves esclarece que “é fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que normalmente ocorre na trompa, é o estágio em que começa o ciclo de uma nova vida humana. É o início de um processo vital que só terminará com a morte. Assim, o novo ser evolui segundo um plano inexorável até a plenitude do desenvolvimento de todo o seu organismo, cujas características já estavam contidas nos cromossomos da célula única inicial (1982, p. 212-213)

<sup>15</sup> Na verdade, os termos “embrião” e “feto” não são sinônimos. Tradicionalmente, o termo “embrião” designa tanto o ser após a concepção como o de oito meses de gestação. Já o termo “feto” é empregado para designar o “embrião” que apresenta os órgãos plenamente desenvolvidos (SANTOS, 1993, p. 83).

Sob o aspecto filosófico, Rubens Limongi França (1980, p. 143) afirma que o nascituro é pessoa por que:

Já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa.

Partindo dessas premissas, os concepcionistas sustentam que a personalidade civil da pessoa começa da concepção e não do nascimento com vida, sem considerá-la condicional, senão com relação a certos efeitos de alguns direitos.

Utilizando-se de métodos lógicos e sistemáticos de hermenêutica, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (1998, p. 185) concluiu que o art. 2º do CC, ao prever, na sua parte final, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, consagra a teoria concepcionista, e não a natalista.

Na lição de Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe a qualidade de pessoa, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. Pessoa, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito (1953, p. 10).

Nesse raciocínio, argumentam que não há como explicar que o nascituro possua todos os direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico, sem que seja considerado pessoa.

Afirmam, ainda, que no Código Penal Brasileiro, no Título referente a “Dos Crimes contra a Pessoa”, ao declinar os crimes contra a vida, fica expressada com nitidez a proteção da vida do nascituro como pessoa, em razão da tipificação do crime de aborto (CHAVES, 2000, p. 26). É o que se depreende da lição de Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 163):

Juridicamente, o testemunho dos povos cultos, notadamente na Antiga Grécia, o do Direito Romano, o das legislações estrangeiras e o do próprio direito positivo pátrio confirmam que sempre se atribuíram direitos ao nascituro. O direito à vida tem sua tutela pública no Direito Penal, por excelência, por meio da incriminação do aborto [...].



Outrossim, asseveram os concepcionistas que já no Direito Romano, consoante o Digesta de Justiniano, a paridade do nascituro e do nascido era um princípio de caráter geral, salvo as exceções de algumas partes do *ius*. A execução da mulher grávida condenada à morte, *e.g.*, era adiada para que ela pudesse dar à luz, tudo em proteção à vida do nascituro (SEMIÃO, 2000, p. 36).

Partindo do fato de que o aborto sempre foi punido, como regra, concluem os concepcionistas que certos direitos são concedidos ao nascituro, independentemente do nascimento com vida, como o próprio direito à vida, à integridade física, no qual se compreende o direito à saúde, os quais são direitos absolutos, *erga omnes* (ALMEIDA, 2000, p. 165).

Também não dependem do nascimento com vida a curatela e a representação, que, conforme ensina Silmara J. A. Chinelato e Almeida, já eram reconhecidos ao nascituro desde a concepção, por meio do instituto da *bonorum possessio ventris nomine* do Direito Romano (2000, p. 166).

Para Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro a condição de nascer com vida diz respeito apenas aos direitos patrimoniais, mas o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro existem em sua plenitude, antes do nascimento (1953, p. 29).

Com efeito, apenas

certos efeitos de certos direitos, isto é os direitos patrimoniais materiais como a herança e doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4<sup>o</sup><sup>16</sup> do Código Civil, bem como os outros de seus dispositivos reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção (ALMEIDA, 1990, p. 172).

Estabelecendo-se, destarte, que certos direitos e determinados estados, atributos da personalidade, independem do nascimento com vida, refuta-se a tese

---

<sup>16</sup> A autora se refere ao art. 4<sup>o</sup> do CC de 1916, que foi reproduzido integralmente no art. 2<sup>o</sup> do CC de 2002.

de que aquela sempre dependa deste. Mesmo que ao nascituro fosse concedido apenas um direito ou um *status*, seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, pois não há direito ou *status* sem sujeito (ALMEIDA, 2000, p. 168).

Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro apontam importante consequência advinda da tomada de posição quanto ao momento do início da personalidade. Segundo eles, adotar a doutrina natalista importa reconhecer ao nascituro apenas expectativas de direito, e tão somente nos casos expressamente previstos pelo ordenamento.

De modo diverso, considerar o nascituro como pessoa impõe que a norma civilista seja estendida de modo amplo, como regra geral (1953, p. 29).

Sobre a não-taxatividade dos direitos do nascituro, assim se manifesta Silmara J. A. Chinelato e Almeida (1998, p. 186):

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 afastam na espécie, a regra de hermenêutica “*excepciones sunt strictissimae interpretationis*”.

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” (1998, p. 186).

### 2.3 Direitos do nascituro

Do exposto acima deflui que a doutrina brasileira define o início da personalidade e, por conseguinte, a proteção do nascituro, de acordo com os parâmetros da teoria adotada, as quais foram bem sintetizadas pelos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

- a) *natalista*, segundo a qual a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida;
- b) *da personalidade condicional*, afirmando que a personalidade tem início a partir da concepção, porém, ficando submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento.

- c) *concepcionista*, pela qual se adquire a personalidade com a concepção, dela decorrendo que o nascituro tem personalidade jurídica, sendo, portanto, sujeito de direitos, apenas ressalvados os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com via (2008, p. 202, grifo dos autores).

Um fato, de qualquer sorte, parece incontroverso: o nascituro tem vida humana, ainda que embrionária, circunstância não negada nem sequer pelos natalistas.

Partidário desta teoria, Sérgio Abdalla Semião afirma que

Não há dúvidas de que, no primeiro momento da fecundação, já há biologicamente uma vida humana, dotada de todo um patrimônio genético. Outrossim, a Igreja sempre o considerou pessoa, desde os tempos mais remotos (2000, p. 63).

A primeira parte do art. 2º do CC, ao constar que a personalidade começa do “nascimento com vida”, refere-se a um prolongamento, mesmo que por pouco tempo, da vida que já existia, agora, porém, sob outra forma, após a saída do feto do corpo da mulher.

Assim, ontologicamente, não há dúvidas de que o nascituro, logo que concebido, tem vida. A discordância é quanto ao fato de ser ele juridicamente pessoa. Em que pese tal controvérsia, tendo o nascituro vida é indubitoso, pois, o reconhecimento dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), ou seja, os direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito à vida, a alimentos, abordados no próximo capítulo, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem<sup>17</sup> ou de sua honra.

Nesse ponto, ressalta-se que quando o Código Civil estatui, na segunda parte do art. 2º que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, não há o legislador de ter empregado impensadamente, sem compromisso com a propriedade terminológica, a palavra “direitos”. Poderia ter usado a palavra

---

<sup>17</sup> Quanto ao direito à imagem do nascituro, Benedita Inêz Lopes Chaves esclarece que “A ultrasonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade de consentimento do titular, por seu representante legal, o pai, a mãe ou o curador, conforme o caso, residindo a hipótese de ofensa ao direito de imagem na utilização inautorizada de captação da imagem por este método. Com efeito, conclui-se que o nascituro é protegido pelo direito à imagem” (2000, p. 76-77).

“interesses”; não o fez, preferiu dizer “direitos” e a opção não pode deixar de ter significação.

Pouco importa o modo pelo qual, no plano dogmático, se justificará a atribuição de direitos a alguém que, nos termos da primeira parte do aludido dispositivo, ainda não tem personalidade. De acordo com José Carlos Barbosa Moreira “é assunto para disquisições teóricas, sem dúvida, importantes e sedutoras” (2006, p.13). Seja qual for a teoria acerca do início da personalidade civil adotada, nenhuma proposta poderá minimizar, nem desprezar, o dado claro e inequívoco do texto legal: é de “direitos” que se trata, e não de qualquer outra figura jurídica.

Nesse sentido, o mesmo autor assevera que “Visto que a lei promete pôr ‘a salvo os direitos do nascituro’; a lógica mais elementar impõe admitir que o nascituro *tem direitos*. Negá-lo é fazer *tábua rasa* de disposição cristalina”. E conclui, afirmando que as construções doutrinárias “devem partir desse ponto firme; se não partem dele, são construções erguidas sobre areia” (2006, p.13, grifo do autor).

Impende esclarecer que a comparação entre as duas partes do art. 2º do CC coloca o intérprete ante esta alternativa: ou aceita a possibilidade de um ente desprovido de personalidade ser titular de direitos, ou imputa ao Código contradição insolúvel, que viola um dos primeiros princípios da razão especulativa, “*tertium non datur*”<sup>18</sup> (MOREIRA, 2006, p. 14).

Destaca-se que, no plano jurídico, inexistente princípio que exija que se identifiquem “personalidade” e possibilidade de ser titular de direitos. Essa é a regra, porém, pode o legislador optar pela identificação ou separação conceitual. Do confronto entre as duas partes do art. 2º do CC denota-se que, o direito brasileiro, preferiu não identificar os conceitos.

Ademais, no direito processual, em vários casos, entes desprovidos de personalidade podem ser partes no processo e, nessa qualidade, são titulares de direitos. O art. 12 do CPC alude à massa falida, à herança jacente ou vacante, ao espólio, ao condomínio e às sociedades sem personalidade jurídica. O próprio Código Civil autoriza, no inc. II do art. 1.348, que o condomínio edilício, mediante

---

<sup>18</sup> Expressão em latim traduzida como “A lei do terceiro excluído”. É um princípio cujo enunciado consiste no seguinte: “ou A é x ou é y e não há terceira possibilidade”.

representação pelo síndico, pratique, “em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns”.

Assim, no ordenamento brasileiro, seja qual for a explicação dogmática, o nascituro, conquanto ainda não haja adquirido personalidade, tem direitos, e não os expressamente contemplados em lei, e sim todos os direitos relativos à personalidade.

Acerca da titularidade dos direitos da personalidade, assim leciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 142):

Não há a menor dúvida de que o ser humano é o titular por excelência da tutela dos direitos da personalidade.

Todavia, vale destacar que o instituto alcança também os nascituros, que embora não tenham personalidade jurídica, têm seus direitos ressaltados pela lei, desde a concepção, o que inclui, obviamente, os direitos da personalidade.

Já há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito do nascituro à percepção de indenização a título de danos morais, confirmando a tese aqui defendida de que ao nascituro são reconhecidos os direitos da personalidade. Veja-se a ementa do acórdão n. 2001/0147319-0, cujo relator foi o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26.2.02:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum (BRASIL, 2002).

Destaca-se, ainda, que é reconhecido ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 203). A respeito do tema, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 193.648-1, de relatoria do Desembargador Renan Lotufo:

Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos arts. 5º da Constituição da República e 7º e 8º da Lei 8.069/90. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, uma vez que neste há vida (SÃO PAULO, 1993).

É por essa razão que Maria Helena Diniz reconhece ao nascituro “*personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção”, passando a ter “*personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” (2006, p. 197, grifo da autora).

Assim, os direitos de natureza patrimoniais (apreciáveis economicamente), como a doação, a herança e o legado, somente serão adquiridos pelo nascituro com o nascimento com vida, porquanto a plenitude da eficácia desses direitos patrimoniais fica a este evento condicionada. Compartilhando desse entendimento está Silmara J. A. Chinelato e Almeida, como já demonstrado.

Com alicerce nos argumentos e decisões apresentadas não resta dúvidas quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro. Desta forma, independente da atribuição da personalidade apenas a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, garantindo a ele uma série de direitos.

### 3. O DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS

#### 3.1 Conceito de alimentos

O ser humano, desde a concepção até sua morte, necessita de amparo e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. É o que se depreende da lição de Yussef Said Cahali (2006, p. 15):

o ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal – mais ou menos prolongada -, a sua dependência de alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos, cujo termo, na sua acepção vulgar, pode ser entendido como tudo aquilo necessário para a subsistência do ser humano (VENOSA, 2006, p. 375); ou, no dizer de Pontes de Miranda (2001, p. 251), “o que serve à subsistência animal”.

Na acepção jurídica, a palavra “alimentos” mantém com o seu significado vulgar apenas a idéia de necessidade da pessoa humana, contudo, vai muito além da simples nutrição, haja vista que o homem, como ser animal, necessita do indispensável para o seu desenvolvimento orgânico; “como ser pensante, do indispensável para o seu desenvolvimento intelecto”; e “como ser social, do indispensável para o desenvolvimento da moral e dos costumes” (SANTOS, 2004, p. 3).

O Código Civil em vigor, no capítulo relativo ao tema (arts. 1.694 a 1.710), não definiu o que se entende por “alimentos”. Contudo, no art. 1.920 encontra-se o conteúdo legal de alimentos quando a lei se refere ao legado, veja-se: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Assim, em direito, o termo tem acepção técnica, compreendendo tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ao tratamento de moléstias e, se o alimentando for menor, às despesas de criação e educação (MIRANDA, 2001, p. 251).

Nesse quadro, a doutrina costuma distinguir os alimentos em os dois tipos de prestação: alimentos civis ou cômugros e alimentos necessários. Estes compreendem o estritamente indispensável para a sobrevivência do ser humano, “como a alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, etc.”. Já os civis ou cômugros “são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o padrão de vida e o *status* social” (DIAS, 2005, p.449).

Ainda no plano jurídico, ao conceito de alimentos apresentado, deve-se acrescentar a idéia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite (CAHALI, 2006, p. 15).

Obrigação é um termo genérico que significa um dever. Porém, juridicamente, tem um significado mais restrito e técnico, conforme ensina Fernando Noronha (2003, p. 9):

Obrigação é a relação jurídica em que uma pessoa (ou mais de uma) pode exigir de outra (ou de outras) uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (ou das primeiras). Quem exige tem o nome de credor, quem deve é o devedor, a prestação é designada de prestação devedoria, esta há de atender um interesse do credor. O que pode ser exigido do devedor (prestação devedoria) é suscetível de variações infinitas: dinheiro, prestação de um serviço, entrega de coisa, uma pura e simples abstenção [...]<sup>19</sup>.

Portanto, em sentido jurídico, os alimentos são o conteúdo ou prestação da obrigação alimentar, compondo-se dos itens acima mencionados, e tendo como fim o sustento de qualquer ser humano que se encontre impossibilitado de manter-se pelo seu próprio esforço. Concretiza-se na forma de contribuição periódica, ou prestações, tendo o credor o direito subjetivo sobre o devedor de ser sustentado por este. É o que se infere das palavras de Yussef Said Cahali (2006, p. 16):

Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

---

<sup>19</sup> Neste estudo utilizar-se-á os termos “alimentando” e “alimentante” para o credor e o devedor, respectivamente, de alimentos. A doutrina, porém, também utiliza a palavra “alimentário” para denominar o credor desta obrigação.



No tocante à sua natureza jurídica, convém pontuar que, de acordo com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, os alimentos se prestam à manutenção digna da pessoa humana, assim, concluem que a sua natureza “é de *direito da personalidade*, pois se destina a assegurar a integridade física, psíquica e intelectual de uma pessoa humana.” (2008, p. 588, grifo do autor).

Contudo, o tema não é pacífico, havendo, em sede doutrinária, quem prefira atribuir-lhes uma natureza mista, eclética, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, apresentando-se, nos termos de Maria Helena Diniz, “como uma relação patrimonial de crédito-débito” (2006, p. 556).

### **3.2 O direito à vida do nascituro como fundamento do direito a alimentos**

Reconhecido ao nascituro os direitos da personalidade, impende esclarecer, inicialmente, que, quanto à sua natureza jurídica, integram a categoria dos direitos subjetivos, sendo garantido a todo ser humano em decorrência do simples fato de existir, por se tratar de direitos intrínsecos à própria natureza do homem (MATTIA, 1978, p. 81).

Nessa linha de intelecção, Willian Arthur Pussi (2008, p. 227) afirma que os direitos da personalidade “são inerentes ao ser, e não se condiciona a qualquer requisito ou pressuposto para a sua aquisição”. E continua, asseverando que “referir-se da inerência desta classe de direitos é falar a respeito de algo que nasce com o ser humano, a ele se imanta no recôndito da sua alma”.

Para melhor distinguir os direitos em comento, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 152) os separa em dois campos:

os referentes à integridade física e os referentes à integridade moral. De acordo com a doutrina, nos primeiros, encontram-se o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver; nos segundos, se destacam o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral de autor.

Assim, incluído entre os direitos da personalidade, o direito à vida é dotado de certas características particulares<sup>20</sup>, que lhe confere posição singular no cenário dos direitos privados. Destarte, o direito à vida, assim como os demais direitos da personalidade, é absoluto, geral, extrapatrimonial, indisponível, imprescritível, impenhorável e vitalício (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 144).

Observa-se que a doutrina vai além do que proclama o art. 11 do CC: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Além de ser espécie do gênero “direitos da personalidade”, o direito à vida é direito fundamental<sup>21</sup>, assegurado no art. 5º, *caput*, da CF, segundo o qual “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”.

De acordo com José Afonso da Silva (2007, p. 197), “vida”, no texto constitucional, é um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Acrescenta o autor que tudo que interfere nesse fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida, por sua vez, consoante ensina Ives Gandra da Silva Martins (1987, p. 28), é o primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano, reconhecido, mas não criado pelo ordenamento jurídico, por pertencer ao ser humano, não em razão de evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter sido concebido. “É-lhe inerente e não concedido”.

---

<sup>20</sup> A respeito das características dos direitos da personalidade, há um Projeto de lei (n. 6.960 de 2002) que pretende enumerá-las expressamente, estabelecendo na nova redação proposta do art. 11, *caput*, do CC que o “direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”. No parágrafo único ressalva que “com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária”.

<sup>21</sup> Convém esclarecer que “alguns autores afirmam a identidade entre os direitos do homem ou fundamentais (liberdades públicas ou civis, para alguns) e os direitos da personalidade. Destaca-se a essencialidade que predomina em ambos, embora os primeiros sejam concernentes ao direito público – vocacionados, pois a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado - , enquanto os últimos, pertencentes ao direito privado, voltam-se às relações entre particulares (HADDAD JÚNIOR, 2000, p. 30).

Outro não é o entendimento de Reinaldo Pereira e Silva (2001, p. 250), para quem “a naturalidade do direito humano à vida se impõe ao mero reconhecimento da positividade, inclusive da positividade constitucional, como *conditio sine qua non* de sua justeza”.

Nessa perspectiva, insta esclarecer que o atributo vida não está escalonado entre os direitos que, originalmente, foram criados e protegidos pelo ordenamento jurídico. A vida, na medida em que preexiste a qualquer direito, antecede o próprio ordenamento e é pressuposto de qualquer tutela destinada à espécie humana.

Para Fernando Capez (2006, p. 60) o direito à vida consiste no direito

de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. É considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos [...]. O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado.

Observa-se, contudo, que o texto constitucional não esclareceu se garante o direito à vida desde a concepção ou somente após o nascimento. Não tendo previsto nenhuma dessas hipóteses, significa que a questão pode ser tratada pela legislação infraconstitucional (CAPEZ, p. 61).

Silmara J. A. Chinelato e Almeida afirma, nesse ponto, que a definição expressa do início da vida ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, “embora nos pareça que a Constituição Federal proteja inequivocamente o nascituro” (2000, p. 298).

Foi o que ocorreu com o art. 2º do CC, que assegurou, desde a concepção, os direitos do nascituro, reconhecendo o ordenamento jurídico, portanto, a existência da vida intra-uterina.

Assim, se o nascituro tem direitos, não pode deixar de ter, antes e acima de quaisquer outros, o direito à vida, pressuposto necessário de todos os demais. Recusar ao nascituro o direito à vida, a rigor, importa recusar-lhe qualquer direito, contrariando frontalmente o disposto na segunda parte do art. 2º do CC (MOREIRA, p. 35).

Sobre o direito à vida a partir da concepção, o constitucionalista José Renato Nalini (1999, p. 267-268) esclarece que:

a vida perante a atual Constituição do Brasil, seja biológica, seja moral ou juridicamente, começa desde a concepção [...]. Como se pode concluir que a Constituição do Brasil proteja a vida desde a concepção. Ou, mais diretamente, qual a vida protegida pela Constituição do Brasil? O constituinte não formula soluções desvinculadas da realidade das coisas. Não pode ele, ao seu alvedrio, inventar conceitos írritos à ciência. Existe toda uma teoria das limitações implícitas ao Poder Constituinte. Dentre estas, aquelas postas como dogmas já consagrados por outras ciências. O elaborador do pacto fundante precisa contemplar os dados sociológicos, antropológicos, culturais, tudo aquilo que vem chamado supraconstitucionalidade autogenerativa [...]. Biologicamente, a vida tem início no momento da concepção.

Dessa forma, é imprescindível reconhecer que “o direito à vida começa com a própria vida. O fato da vida constitui o conteúdo essencial do direito à vida, que não possui um conteúdo acidental”. Trata-se, portanto, “de um direito que não possui gradação: ou se está vivo, ou se está morto” (BARRACHINA apud SILVA, 2001, p. 248).

Além da previsão da inviolabilidade do direito à vida constante do art. 5º, *caput*, da CF, entende Guaraci de Campos Vianna (1996, p. 295) que o art. 227 da CF<sup>22</sup>, ao dispor que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida [...]”, reconhece ao nascituro “o supremo direito de garantir a continuidade da vida após o nascimento”.

Nessa esteira, aliás, encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei n. 8.069/90, que, no art. 7º, estabelece ter a criança e o adolescente direito “à proteção à vida e à saúde mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

---

<sup>22</sup> Art. 227, *caput*, da CF. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

No âmbito do Direito Penal, tutelam o direito à vida do nascituro os arts. 124 a 127, os quais incriminam o abortamento<sup>23</sup>.

No direito internacional, relativamente ao direito à vida do nascituro, merece destaque a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de São José da Costa Rica.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada na Costa Rica, no ano de 1969, em vigor, contudo, a partir de 1978, ocasião em que atingiu o número mínimo de onze ratificações.

Foi subscrita pelo Brasil em 22 de novembro de 1969 e somente foi aprovada pelo Congresso Nacional em 26 de maio de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 27, sendo determinada sua integral observância em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto n. 678, sendo reafirmado pelo protocolo de São Salvador<sup>24</sup>.

Com relação ao nascituro, a Convenção, no Capítulo II (“Direitos Cívicos e Políticos”), art. 3º, ratifica que toda pessoa tem direito a uma personalidade jurídica e, no art. 4º, inciso I, é expresso em reconhecer o início da vida a partir da concepção, *in verbis*:

Toda pessoa tem direito a 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<sup>25</sup>.

Reinaldo Pereira e Silva (2001, p. 316-317) aponta as três diretivas da Convenção: “a primeira prevê o respeito universal à vida; a segunda esclarece que a

---

<sup>23</sup> Tecnicamente é mais correto se dizer abortamento, pois aborto é o produto do abortamento (feto depois de morto, expulso do ventre materno por tal processo). Então, abortamento, em seu sentido (que advém do latim – **abortu, abortare**) quer dizer: **ab** = privação + **ortus** = nascimento, ou seja seria a privação do nascimento. É a interrupção do processo da gestação, resultando na morte do feto (CANEDO, 2000, p. 169).

<sup>24</sup> Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais (Protocolo de São Salvador – Adotado durante a XVIII Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos, em São Salvador, em 17.11.1988).

<sup>25</sup> O texto original do artigo encontra-se em espanhol, dispondo dos seguintes termos : “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por La ley en general, a partir Del momento de La concepción. Nadie puede ser privado de La vida arbitrariamente*”. A tradução foi extraída da obra de Silmara J. A. Chinellato e Almeida (2000, p. 199).

vida deve ser respeitada desde o momento da concepção; e a terceira afirma o respeito incondicional à vida”.

Já, por sua vez, a Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, considera em seu preâmbulo que “Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”.

Por derradeiro, com base nos argumentos apresentadas pela doutrina a respeito do direito à vida, nas disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro relativos ao tema, e considerando, também, as Convenções ratificadas pelo Brasil destacadas acima, conclui-se que ele é o principal direito do ser humano, devendo ser garantido ao nascituro e, juntamente com ele, o direito a alimentos, a fim de assegurar o seu nascimento com vida, como será visto a seguir.

### **3.3 O direito do nascituro a alimentos**

Aspecto bastante controvertido refere-se a alimentos do nascituro.

A teoria natalista, adotada por grande número de autores brasileiros, com base na primeira parte do art. 2º do CC e no fato de o nascituro não ter existência própria, fazendo parte das vísceras da mãe, negam-lhe o direito a alimentos. Para essa corrente, depende tal direito do nascimento com vida.

Entre os autores que não reconhecem o direito a alimentos ao nascituro, destaca-se Yussef Said Cahali (2006, p. 361), que proclama que “pendente a condição nascimento com vida, o ser humano, ainda que concebido, não é titular da pretensão alimentícia, eis que permanece *mulieris portio vel viscerum*, sem individualidade própria de vida”.

O autor esclarece que somente se reconhece ao nascituro o direito a alimentos, “no sentido das coisas necessárias a sua manutenção e sobrevivência, de *modo indireto*, compondo o valor respectivo a pensão deferida à esposa ou a companheira”. Sendo inviável, desse modo, a ação direta do nascituro havido fora do casamento contra o indigitado pai, antes do seu nascimento com vida, haja vista

que o nascituro encontra-se integrado no colo materno numa unidade indissolúvel (2006, p. 361, grifo do autor).

Acrescenta-se, ainda, que os natalistas defendem a taxatividade dos direitos concedidos ao nascituro, consistindo em mais um argumento para negar o seu direito a alimentos, uma vez que não há qualquer dispositivo que, expressamente, reconheça-lhe tal direito.

Entretanto, como consequência do direito à vida, deve-se facultar ao nascituro o direito de pleitear alimentos, tendo em vista que estes se destinam a assegurar o nascimento com vida daquele que ainda está por nascer.

Assim, a “obrigação alimentar pode começar antes mesmo do nascimento com vida, na fase da gestação. Emanada, nesse caso, da proteção jurídica concedida ao nascituro” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 625)

Entre os juristas brasileiros que defendem esse direito ao nascituro avulta Pontes de Miranda (2001, p. 260), que assim leciona:

A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º)<sup>26</sup>, 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 de pediatria.

De fato, durante a gestação existem despesas necessárias à realização do pré-natal, destinando-se a garantir a vida do concebido, das quais não se poderá furtar em colaborar o pai da criança em formação.

Perfilham esse entendimento os adeptos da teoria concepcionista, entre os quais merece destaque Silmara J. A. Chinelato e Almeida, a qual assevera que ao nascituro, desde a concepção, são devidos, “*como direito próprio*, alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida” (2000, p. 243, grifo da autora).

Continua a autora, afirmando que se incluem nesses alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese,

---

<sup>26</sup> Os artigos citados (397 e 4º) correspondem, no código atual, aos artigos 1.696 e 2º.

ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais freqüentes, alcançando, ainda, as despesas com o parto (2000, p. 243).

No mesmo vértice, João Claudino de Oliveira e Cruz (1961, p. 85), ao discorrer sobre os direitos do nascituro, reconhece que “o maior desses direitos é, sem duvida, o de ser alimentado e tratado para poder viver”. Assim, acrescenta o autor, “pode a mãe pedir alimentos para o nascituro, hipótese em que, na fixação, o juiz levará em conta as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, incluindo despesas médicas e de medicamentos”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 627) vão além e sustentam a tese de que os alimentos em favor do nascituro devem ter percentual mais elevado, sob a justificativa de que

a manutenção adequada do nascituro dependerá da integridade física e psíquica da sua genitora, a quem está, inexoravelmente, atrelado durante o período gestacional. Assim, se o magistrado fixaria em favor de um recém-nascido um determinado valor, deverá estipular percentual superior para o nascituro, considerando que as suas necessidades são mais amplas, envolvendo o bem-estar de sua mãe. Trata-se de simples aplicação da regra da igualdade substancial, tratando desigualmente quem está em situação desigual.

Com base nos argumentos apresentados, denota-se que a questão relativa à prestação de alimentos ao nascituro é polêmica. Embora não exista uma solução final e absoluta, convêm adotar o posicionamento no sentido de que o nascituro possui necessidades próprias, como despesas médicas, eventuais cirurgias fetais, despesas com o parto e nutrição. Tais necessidades, por conseguinte, devem ser supridas através dos alimentos e, nesse diapasão, deve ser reconhecido tal direito ao nascituro.

Salienta-se que esta corrente é a que melhor se adapta à realidade e justifica os direitos assegurados ao nascituro desde a concepção pelo ordenamento jurídico, dentre os quais, o fundamental é o direito à vida.

Além da constatação de que o nascituro possui necessidades próprias, deve existir entre ele e o alimentante um vínculo de família, pois este constitui um dos



requisitos para o surgimento da obrigação alimentar, consagrado no art. 2º da Lei n. 5.478/68<sup>27</sup> (Lei de Alimentos).

Por sua vez, esse vínculo de família entre o nascituro e a pessoa obrigada a prestar alimentos está ligada à questão da filiação. Nesse ponto, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Farias (1953, p. 37) asseveram que as “relações de parentesco se fixam no instante da concepção; não ao tempo do nascimento”, esclarecendo que

Desse fato de ordem fisiológica que determinou a geração de um novo ser, surge também o elo jurídico que permanecerá por toda a vida unindo os pais ao filho. Em relação ao que acabamos de afirmar, duas considerações se impõe: 1 – O nascituro deve ser considerado como filho desde o momento da concepção. 2 – Como consequência, deve ter o nascituro todos os direitos normalmente concedidos aos filhos.

Partindo do entendimento de que o nascituro tem o *status* de filho desde a concepção, lhe devem ser reconhecido os mesmos direitos normalmente concedidos aos filhos já nascidos, dentre os quais, o direito a alimentos.

Imprescindível, assim, a existência, bem como a comprovação da gravidez e do vínculo de família entre o alimentante e o alimentado, podendo este ser comprovado mediante o reconhecimento voluntário ou forçado (ação de investigação de paternidade) e da presunção *pater is est*.

O reconhecimento dos filhos pelos pais está previsto no art. 1.609 do CC. Ressalta-se, de início, que é ato personalíssimo, uma vez que depende de ato do próprio genitor, que deve possuir capacidade para a prática dos atos da vida civil ou ser representado ou assistido pelo pais, conforme se infere da lição de Luís Pinto Ferreira (1982, p. 36):

O reconhecimento da paternidade é um ato pessoal, que deve emanar do pai. O reconhecimento da paternidade não pode emanar dos herdeiros do pai, de tutor, ou de curador de menor interdito, nem de parentes ou outros ascendentes. Assim, o avô não pode ser agente de tal reconhecimento da paternidade, exceto quando reconhece um filho seu pré-morto; daí a filiação do pré-morto quanto

---

<sup>27</sup> Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

à sua descendência. O reconhecimento voluntário da paternidade pressupõe capacidade do agente; assim, o incapaz por menoridade ou alienação mental não pode ser considerado agente capaz, não pode reconhecer o filho. No que concerne o relativamente incapaz, não pode subscrever nem assinar a escritura pública sem assistência do pai ou tutor, mas pode fazê-lo por testamento (CC, art. 1.627)<sup>28</sup>.

Além de ser ato personalíssimo, o reconhecimento, nos moldes do art. 1.609 do CC, pode ser feito no registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Tais formas de reconhecimento voluntário dizem respeito tanto ao pai quanto à mãe, ainda que se aplique com maior freqüência ao pai, já que a maternidade constará, normalmente, no registro de nascimento (ALBERTON, 2001, p. 90). A propósito, João Manoel de Carvalho Santos (1980, p. 435) destaca:

[...] como a maternidade é sempre notória, a dizer, consta sempre do termo de nascimento, caso em que se dispensa o reconhecimento, é natural, o artigo de lei supra se aplicar mais vezes com referência à paternidade, o que não significa, todavia, que não se aplique também à maternidade, sempre que o nome da mãe não conste do termo de nascimento.

Em relação aos efeitos jurídicos provocados pelo reconhecimento voluntário, Luís Pinto Ferreira (1982, p. 38) cita alguns: “retroatividade, incondicionalidade, validade *erga omnes*, renunciabilidade, falsidade, anulabilidade, irrevogabilidade e individuabilidade”. Para o autor o reconhecimento é retroativo, pois outorga o estado de filho retroagindo à data do nascimento ou até mesmo da concepção, além de ser incondicional, não estando sujeito a qualquer condição. Já a validade *erga omnes* decorre do Registro de Nascimento, podendo haver a renúncia do reconhecimento pelo reconhecido menor de idade, por meio da impugnação de paternidade.

Outrossim, o reconhecimento deve decorrer de uma declaração verdadeira, valendo como confissão ou declaração de vontade, que equivalerá à verdade, pois,

---

<sup>28</sup> O artigo citado (1.627) corresponde, em relação ao atual Código Civil, ao artigo 1.860, que assim dispõe: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de 16 (dezesseis) anos”.

caso contrário, pode ser anulado por falsidade ideológica. Pode, também, o ato jurídico do reconhecimento da paternidade ser anulado judicialmente, com base no art. 147 do CC (FERREIRA, 1982, p. 39). O autor se refere ao Código Civil de 1916, sendo que o artigo citado corresponde, no atual Código, ao art. 171<sup>29</sup>.

Por fim, o autor leciona que o reconhecimento voluntário é irrevogável e indivisível, considerado o filho de forma global, para toda a vida (1982, p. 39).

Quanto ao nascituro, da leitura do parágrafo único do art. 1.609 do CC, deflui que ele pode ser reconhecido, pois assim preconiza: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Nesse sentido, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria (1953, p. 40) entendem que é atribuída ao nascituro a “capacidade de ser reconhecido”.

De outro turno, Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 74) sustenta que o direito ao reconhecimento não é conferido propriamente ao nascituro, mas a quem o reconhece, ao pai principalmente, ao argumento de que

o pai, por questão de cautela e de sentimento humano, tem direito de reconhecer o filho antes que ele nasça. Assim, entende-se porque a lei civil não elenca o direito do nascituro de pleitear o reconhecimento da paternidade [...]. É que o direito de investigar a paternidade não está expresso em lei a favor do *infans conceptus*. Assim, sendo um direito personalíssimo, nos termos do art. 27 da Lei n. 8.069/90, ninguém pode pleiteá-lo por ele. Disso depreende-se que o direito é primeiramente do pai de reconhecer o próprio filho antes de nascer.

O autor acrescenta, ainda, que o reconhecimento consiste num direito (ato unilateral) do pai e não do filho, afirmando que “o direito é de quem reconhece, embora o ato jurídico produza efeitos atingindo o reconhecido” (2000, p. 75).

Desta forma, entende-se que o nascituro não pode obrigar ao reconhecimento voluntário por parte do pai, tendo em vista que, como o próprio nome diz, exige voluntariedade.

---

<sup>29</sup> Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídicos: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Não havendo o reconhecimento voluntário do nascituro, duas situações podem ocorrer. Na primeira, o suposto pai estava casado com a genitora do nascituro na época da concepção, aplicando-se, nesse caso, a presunção *pater is est* (CHINELATO, 2000, p. 243), cabendo ao suposto pai contestar a paternidade. Na segunda, não houve casamento entre os pais, não se aplicando tal presunção.

Na primeira situação, quanto à possibilidade de aplicação da presunção *pater is est*, cumpre esclarecer que o sistema jurídico brasileiro adota o regime de atribuição da paternidade por força exclusiva do casamento, consagrando a máxima dos romanos: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (BOEIRA, 1999, p. 41), prevista pelo art. 1.597 do CC<sup>30</sup>.

Na lição de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 41) isso significa que

É pai aquele que as núpcias legítimas indicam e firma a certeza para o estabelecimento da condição de filho como uma consequência natural e espontânea do casamento. Portanto, a filiação está dentro das consequências naturais que advêm da instituição do casamento.

Averbe-se, no ponto, que, embora a presunção da paternidade seja exclusiva do matrimônio, é plenamente possível a concessão de alimentos ao nascituro concebido na constância de união estável. É o que leciona Silmara J. A. Chinelato (2000, p. 243):

Quando o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável – inclusive por inseminação artificial homóloga ou por fertilização *in vitro* -, aplicando-se a regra *vero pater is est* [...], basta a prova da gravidez para a propositura da ação, que em nosso entender, pode fundar-se na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, que exige prova do parentesco ou prova pré-constituída da obrigação alimentar.

A autora acrescenta que o mesmo se aplica em caso de separação judicial, estando a mulher grávida. Aduz que, mesmo que ela tenha renunciado aos

---

<sup>30</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

alimentos, a renúncia só a ela se aplica não aos alimentos devidos ao nascituro, que expressamente tem *status* de filho (2000, p. 244).

Na segunda situação, isto é, não tendo havido o casamento ou união estável entre os pais do concebido, é cabível a ação de investigação de paternidade, já que não há a possibilidade de aplicação da presunção *pater is est*.

Nesse caso, deve o nascituro, por seu representante legal (mãe ou, excepcionalmente, o curador) ingressar com a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a qual, consoante Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 244), não encontra óbice na legislação ordinária, “pois a Constituição Federal – no art. 227, § 6º - iguala, para todos os fins, os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção”. Circunstância que possibilita, por conseguinte, o exame da paternidade sem restrições.

Tratando-se de filho não matrimonial, deverão ser apresentadas outras provas, com o intuito de demonstrar o vínculo familiar entre o nascituro e o suposto pai. Sobre a prova desse vínculo, Willian Artur Pussi (2008, p. 425) afirma ser “evidente que a incerteza perdurará quanto à paternidade até a realização do exame de DNA”. Entretanto, continua o autor,

os princípios devem responder à questão e, obviamente, entendo, é mais razoável garantir o sustento do nascituro e seu desenvolvimento completo e serem fixados alimentos provisionais do que, eventualmente, permitir que apenas as dúvidas venham a prevalecer sobre a sobrevivência.

Corroborando esse entendimento, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 244) assevera que “Salvo caso de manifesta má-fé ou ausência inequívoca do *fumus boni iuris*, o juiz deve conceder os alimentos provisionais, para possibilitar a adequada assistência pré-natal ao concebido, visando ao nascimento com vida [...]”.

A doutrina, portanto, reconhece alimentos ao nascituro até mesmo na hipótese de ser ele fruto de um vago relacionamento entre a mulher grávida e o suposto pai, bastando, para fins de fixação dos alimentos provisionais, que se demonstre, por qualquer meio de prova, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

### 3.4 A proteção do direito a alimentos do nascituro em Juízo

Como já visto, é reconhecido ao nascituro o direito a alimentos. Porém, não basta apenas ter o direito, mas também a possibilidade de postulá-lo perante o Poder Judiciário.

#### 3.4.1 Capacidade de ser parte do nascituro

Em razão das divergências sobre o termo inicial da personalidade civil, controvertido também é a questão relativa à capacidade do nascituro de ser parte no processo.

Doutrinariamente, há uma divisão de posições. Primeiramente, há um grupo de autores que não separa as figuras da capacidade e da personalidade. Para eles a capacidade do nascituro será reconhecida conforme a teoria acerca do início da personalidade adotada, quais sejam: a concepcionista ou a natalista (ALBERTON, 2001, p. 105).

Dessa forma, os adeptos da teoria natalista afastam a possibilidade de o nascituro possuir capacidade de ser parte em qualquer demanda e, muito menos, de ser representado por sua genitora, sob o argumento de que, não tendo ainda nascido com vida, não possui legitimidade *ad causam*<sup>31</sup> (ALBERTON, 2001, p. 105).

Dentre os partidários dessa posição, merece destaque Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 110), que assim leciona:

De sobejo, o artigo 7º do Código de processo Civil diz que toda *pessoa* que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo. O artigo 8º do mesmo diploma determina que os incapazes (também pessoas) serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.

---

<sup>31</sup> Há que se diferenciar a capacidade processual da legitimidade *ad causam*. A primeira “é uma aptidão genérica para agir em juízo, conferida, em princípio, aos que não forem absolutamente incapazes ou relativamente incapazes e às pessoas jurídicas regularmente constituídas, na forma da lei substantiva, bem como, segundo a lei instrumental, a determinados entes despersonalizados. Por sua vez, a legitimidade é uma atribuição específica para agir concretamente, conferida exclusivamente pelo direito objetivo aos titulares da lide, podendo, também, por razões diversas, ser conferida a outras pessoas que não integram diretamente a relação jurídica afirmada em juízo” (FREIRE, 2005, p. 136).

Assim, tem capacidade de ser parte toda pessoa natural, não importando a idade, estado mental, sexo, nacionalidade, estado civil, além das pessoas jurídicas.

Outras figuras declinadas expressamente em lei também têm essa capacidade, como o espólio, a massa falida e o condomínio. No entanto, essas figuras que obviamente não são pessoas, para terem capacidade processual, devem estar expressamente elencadas em lei. Nosso Código de Processo Civil enumera expressamente no art. 12 o espólio, a massa falida e o condomínio, mas se omite quanto à figura do nascituro.

Com base nesses argumentos, o autor conclui que “para as pessoas físicas, a capacidade começa do nascimento com vida”. Assim, as medidas processuais “que os genitores ou o curador tomam em prol do nascituro têm escopo de garantir e de defender, como corolário lógico, as expectativas eventuais de direito que possa ter o *infans conceptus* e não representando-o [...]” (2000, p. 110).

De outro turno, os concepcionistas, atribuindo ao nascituro o *status* de pessoa e, por conseguinte, a titularidade de direitos, entendem ter ele capacidade para demandar em juízo, representado por sua genitora e, na falta dela, pelo curador do ventre. É o que se infere da lição de Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 280):

Quanto à legitimidade do nascituro para ser parte em ações de seu interesse – como autor, no mais das vezes, mas também como réu, principalmente quando se refiram ao patrimônio do qual é titular, como donatário ou herdeiro, bem assim como alimentante - , é importante enfatizar que decorre ela da personalidade, ponto central de nossa obra. O nascituro tem capacidade para ser parte e será representado pela mãe, ou pai ou curador, conforme o caso.

Há outros autores, dentre os quais Anacleto de Oliveira Faria e Ernane Fidélis dos Santos, que dissociam a capacidade para ser parte da personalidade civil, entendendo que, em certos casos, aquela existe mesmo sem esta.

Para esses autores, garantindo a lei civil direitos ao nascituro, nada mais natural que lhe sejam concedidos meios para defendê-los através de sua capacitação para ingressar no pólo ativo de determinadas demandas (SANTOS, 1994, p. 56).

Nesse vértice, Anacleto de Oliveira Faria (1975, p. 125) afirma que “se o Código alude aos ‘direitos’ do nascituro, é porque lhe reconhece capacidade”.

Corroborando tal entendimento, Ernane Fidélis dos Santos assevera que “o nascituro não é pessoa, mas a lei põe a salvo seus direitos desde a concepção (CC, art. 4). Isto quer dizer que ele tem capacidade de ser parte, sendo representado por seu procurador em juízo, quando necessário” (SANTOS, p. 56).

### 3.5 O direito do nascituro a alimentos sob o prisma jurisprudencial

Da mesma forma que não há unicidade de idéias na doutrina quanto à possibilidade do nascituro ser titular do direito a alimentos, bem como de ser parte no processo, no âmbito dos tribunais a questão também se demonstra divergente.

Entre os acórdãos examinados, há decisões que negam o direito do nascituro a alimentos, sob a justificativa de que, por ele não ter personalidade jurídica, em conseqüência, não tem legitimidade ativa para pleiteá-los em juízo. Nesse sentido, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n. 17.091-1, interposta na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, movida pela mãe em benefício do nascituro, entendeu pela manifesta ilegitimidade ativa *ad causam*, decretando, em conseqüência, a extinção do processo sem julgamento do mérito. É o que se extrai da ementa do acórdão:

EMENTA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Cumulação com alimentos. Ação em benefício de nascituro. Propositura pela mãe. Inadmissibilidade. Ilegitimidade ativa. A ação de investigação de paternidade é privativa do filho, podendo ser promovida, desde que o filho exista. Se a criança ainda não havia nascido ao tempo da propositura da ação, a ilegitimidade ativa é manifesta. (SÃO PAULO, 1982).

Do corpo do acórdão, merece destaque o seguinte trecho:

essa modalidade de ação é privativa do filho, podendo ser promovida desde que o filho exista. [...] Deveria, portanto, poder ser intentada desde a concepção. Mas, porque a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, nos termos do art. 4º, do



Código Civil, o seu direito somente pode ser efetivado do dia de seu nascimento em diante, ficando latente até verificar-se o parto.

Em caso semelhante, a Quinta Câmara Cível do aludido Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de Apelação n. 181.471-1, assim decidiu:

Ilegitimidade de parte - Ativa - Ocorrência - Investigatória de paternidade ajuizada por futura mãe de nascituro- Inadmissibilidade - Ausente a personalidade, ao nascituro falta capacidade de ser parte e de se fazer representar em juízo - Aplicabilidade do art. 7º, do CPC - Embora a Lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (art. 4º, do CC). Ausente a personalidade, ao nascituro falta a capacidade de ser parte e de se fazer representar em Juízo (art. 7º, do Código de Processo Civil). A ação de investigação de paternidade é personalíssima e, assim, somente o filho pode propô-la (art. 363 do Código Civil). O nascituro que sequer se sabe se irá vingar, não ostenta juridicamente essa condição. Na realidade, a ação foi proposta por aquela que seria a futura mãe (por sua vez, representada pela respectiva genitora), indubitavelmente parte ilegítima (art. 6º do CPC). O posterior nascimento da criança em nada altera a equação. A ausência de pertinência subjetiva para a demanda persiste, inviável que seja convalidada. (SÃO PAULO, 1993).

Por outro lado, acórdãos mais recentes, baseados em novas reflexões, admitem a possibilidade de o nascituro ser titular do direito a alimentos e de pleiteá-los como parte no processo. Nesse diapasão, foi a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, no recurso de Apelação n. 70006429096, julgada em 13 de agosto de 2003, de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Veja-se a 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. (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Da ementa, observa-se que o objeto da insurgência é a ausência de prova da paternidade e a redução do *quantum* fixado a título de alimentos em favor do nascituro, não se discutindo, portanto, a sua possibilidade de titularizar tal direito. Convém destacar, do corpo do acórdão, o seguinte trecho: “Cuida-se, pois, de ação de investigação de paternidade onde a autora busca alimentos provisórios em favor do nascituro o que deve ser visto com cautela, mas é inequívoca a possibilidade”.

Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Oitava Câmara Cível, no acórdão proferido no recurso de Agravo de Instrumento n. 70021002514, de relatoria do Desembargador José S. Trindade, julgado em 15 de outubro de 2007, confirmou a decisão de primeiro grau que, mesmo sem prova inequívoca da paternidade, fixou alimentos em favor do nascituro, sob a justificativa de que “o direito a alimentos, intimamente ligado com a sobrevivência, não pode ser relegado ao momento em que seja levado a efeito o exame genético, o qual, é sabido, pode demorar muito para ser realizado”. A ementa desse julgado é a seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. O AGRAVANTE NÃO NEGA O RELACIONAMENTO AMOROSO MANTIDO COM A REPRESENTANTE DO NASCITURO, TAMPOUCO QUE TENHA MANTIDO RELAÇÃO SEXUAL COM ELA À ÉPOCA DA CONCEPÇÃO. ALEGAÇÃO DE DÚVIDA SOBRE A PATERNIDADE NÃO INFIRMA O DISPOSTO NO ART. 2º DO CC QUANTO À PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO NASCITURO. PRECEDENTES. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Em consonância com o entendimento observado na jurisprudência gaúcha, encontram-se as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, no sentido de reconhecer o direito do nascituro a alimentos.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 2007.000786-1, de relatoria do Desembargador Fernando Carioni, datado de 10 de abril de 2007, confirmou-se a decisão de primeiro grau que fixou, em sede de ação de investigação de paternidade, alimentos provisórios em favor do nascituro. Veja-se a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - NEGATIVA DE PATERNIDADE - COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DO RELACIONAMENTO - ADMISSÃO PELO PRÓPRIO ALIMENTANTE - INDÍCIOS SUFICIENTES AO DEFERIMENTO - FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA - *QUANTUM* ACERTADO - OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. É possível a fixação de alimentos provisórios, em sede de ação de investigação de paternidade, quando existe fortes indícios nos autos da veracidade da paternidade invocada, em especial fotografias dando conta do relacionamento (SANTA CATARINA, 2007).

Do mesmo modo, no julgamento da Apelação Cível n. 2006.040111-4, de relatoria do Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, datado de 2 de fevereiro de 2009, determinou-se, com base no disposto na Súmula nº 277 do STJ<sup>32</sup>, que são devidos os alimentos a partir da citação e, em conseqüência, reconheceu-se o direito do nascituro a recebê-los, porquanto a data daquela antecedeu o nascimento da alimentanda. Confira-se a ementa do acórdão:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DISCUSSÃO CIRCUNSCRITA AO VALOR DA PENSÃO ALIMENTÍCIA E AO *DIES A QUO* DA OBRIGAÇÃO DE PENSIONAR. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. EXEGESE DO ART. 1.694, § 1º, DO CC. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO VÁLIDA. O critério de fixação dos alimentos provisionais, provisórios ou definitivos está previsto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, que determina sejam observadas as necessidades do reclamante e os recursos econômicos da pessoa obrigada. Assim, a despeito da inexistência de fórmula matemática, a verba alimentar não pode ser arbitrada em quantia irrisória, imprópria para suprir as exigências vitais do alimentando, tampouco em valor excessivo, capaz de levar à bancarrota o obrigado. Consoante o disposto no artigo 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68, a verba alimentícia é devida desde a data da citação válida do réu em ação investigatória de paternidade julgada procedente (SANTA CATARINA, 2009).

No voto, ressaltou o eminente relator “que o fato de a ação ter sido proposta antes do nascimento da infante não impede que, após reconhecida a paternidade, os alimentos retroajam à data da citação”, ao argumento de que o art. 2º do CC garante os direitos do nascituro.

No tocante ao termo inicial da obrigação dos alimentos, em sentido oposto e, diga-se, pioneiramente, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio

---

<sup>32</sup> Súmula nº 277 do STJ: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

Grande do Sul, no julgamento do recurso de Apelação n. 70012915062, de relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, datado de 9 de novembro de 2005, decidiu devidos os alimentos pelo pai, quando tem conhecimento prévio da gravidez, a partir da concepção e não da citação. A eminente relatora expressou seu entendimento nos seguintes termos:

Há muito que esse tema – termo inicial dos alimentos em ação de investigação de paternidade – gera-me inquietude e está a merecer reflexão mais aprofundada nesta Corte, em especial no âmbito desta Câmara.

A posição mais cômoda, obviamente, é declarar devidos os alimentos a partir da citação, já que tal momento serviria, tanto para dar ciência ao alegado pai sobre os termos da petição inicial, como para constituí-lo em mora (art. 219, CPC) a respeito da obrigação que, nas palavras de ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO (in *O Termo Inicial dos Alimentos e a Ação de Investigação de Paternidade*, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, RT, 2000, Nº 6, p. 50-6), *antes de qualquer regra escrita é de direito natural e tem a ver com o sustento dos filhos pelos pais*.

Todavia, esse entendimento é ainda acanhado, porquanto sendo o reconhecimento da paternidade, como se disse, um meio pelo qual se prova um fato (a filiação), que já existia, seus efeitos retroagem ao momento da concepção (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Da leitura dos acórdãos mais recentes, proferidos pelos Tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, constata-se que, embora não tenham os eméritos julgadores atribuído ao nascituro o *status* de pessoa, fundamento da teoria concepcionista, reconheceram-lhe o direito a alimentos, com alicerce no disposto na segunda parte do art. 2º do CC. Verifica-se divergência, unicamente, quanto ao termo inicial da obrigação alimentar, sendo a decisão proferida pela Justiça gaúcha merecedora de reflexão para a solução dos demais casos.

## **4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: QUAL O TITULAR DESTES DIREITOS?**

### **4.1 Os alimentos gravídicos**

Em vigor desde 6 de novembro de 2008, a Lei n. 11.804 disciplina “o direito a alimentos gravídicos e a forma como será exercido e dá outras providências” consoante consta da sua ementa, a qual, aparentemente, introduziu uma nova modalidade de alimentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, porém, de analisar o conteúdo deste diploma e a titularidade do direito nele instituído, convém mencionar que o Projeto de Lei nº 7.376/06 contava com doze dispositivos, contudo, tão somente seis foram sancionados pelo Presidente da República<sup>33</sup>.

Diante de tal fato, em que pese a importância que o intuito da norma representa, não se pode olvidar que o texto já se inicia esvaziado, uma vez que, ainda que os vetos tenham sido necessários, sistematicamente, há evidente perda.

Nos últimos tempos, percebe-se um movimento inflacionário de leis, no qual há uma preocupação exacerbada por parte do legislador em editar normas em resposta às exigências sociais. Porém, muito mais atento com a forma e sua divulgação do que propriamente com a sua finalidade e alcance, se perde, na maioria das vezes, a profundidade e a substância das questões nelas abordadas.

Por isso, é necessário analisar o regulamento em comento, partindo dos dispositivos vetados, a fim de concluir qual a titularidade dos alimentos gravídicos e, ao final, pela sua pertinência ou não, dada a existência no ordenamento de preceitos garantidores de alimentos em favor do nascituro, conforme estudado nos capítulos anteriores.

---

<sup>33</sup> Foram vetados pelo Presidente da República os arts. 3º, 4º, 5º, 8º, 9º e 10º do Projeto de Lei n. 7.376/06.

#### 4.1.1 Os dispositivos vetados

O primeiro deles, o art. 3º, estabelecia como competente para o processamento e julgamento da ação de alimentos gravídicos o foro do domicílio do réu, regra entabulada no art. 94 do Código de Processo Civil. Da mensagem de veto apresentada consta que o dispositivo mostrava-se em desacordo com a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que prevê como foro competente para julgar e processar ações de alimentos o do domicílio do alimentando.

A propósito, ao comentar o Projeto de Lei respectivo, Maria Berenice Dias (2009, p. 2) leciona que:

O primeiro grande pecado é fixar a competência no domicílio do réu, quando de forma expressa o estatuto processual concede foro privilegiado ao credor de alimentos. De qualquer modo a referência há que ser interpretada da forma que melhor atenda ao interesse da gestante, a quem não se pode exigir que promova a ação no local da residência do devedor de alimentos.

O art. 4º, segundo o qual a petição inicial deveria, necessariamente, ser instruída com laudo médico que atestasse a gravidez e sua viabilidade, também foi vetado, sob o fundamento de que, embora inviável, enquanto perdurar a gravidez, a gestante necessita de cuidados que ensejam dispêndio financeiro.

Com relação ao art. 5º, que impunha ao magistrado a realização de audiência de justificação a fim de ouvir a parte autora, oportunidade na qual apreciaria as provas da paternidade em cognição sumária, lhe sendo facultado tomar depoimentos da parte ré e de testemunhas, bem como requisitar documentos, o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União manifestaram-se pelo seu veto, com base no fato de que, na legislação brasileira, a designação de audiência de justificação não é obrigatória em nenhum procedimento.

Assim, a nova Lei causaria um retardamento desnecessário ao processo, motivo pelo qual o art. 5º, da mesma forma, foi vetado.

O art. 8º estabelecia que “havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente”, tendo sofrido o veto presidencial em razão da impossibilidade de imposição da realização do exame de pericial como condição de procedência da demanda, mas, apenas, como elemento de prova.

O art. 9º, o qual, expressamente, previa que o débito alimentar seria devido desde a data da citação do réu, também foi alvo de veto, justificado pelo fato de que poderia ensejar manobras por parte do alimentante no sentido de evitar a concretização do ato citatório.

Pertinente são as palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 2) ao comentar o aludido artigo: “Ninguém duvida que isso vai gerar toda a sorte de manobras do réu para esquivar-se do oficial de justiça. Ao depois, o dispositivo afronta a jurisprudência já consolidada dos tribunais e se choca com a Lei de Alimentos”.

Para concluir, o art. 10 do Projeto de Lei previa que “em caso de resultado negativo do exame de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”, esclarecendo, no parágrafo único, que “a indenização será liquidada nos próprios autos”.

Nas razões do veto presidencial, tal dispositivo trata de norma intimidadora, por impor responsabilidade objetiva pelo exercício de um direito expressamente consignado na atual Constituição Federal, o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXVI).<sup>34</sup>

Acerca desse artigo, conclui Cleber Affonso Angeluci (2009, p. 68):

Este dispositivo do Projeto deixa patente o conflito axiológico do legislador brasileiro, pressionado pelos rumos da realidade parental contemporânea, buscando alterações necessárias, porém, ainda preso a valores individuais e patrimonialistas, ou seja, deixando claro seu exagerado protecionismo ao demandado.

#### 4.1.2 Os dispositivos sancionados

---

<sup>34</sup> Art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88 – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Após ter sido vetado metade do seu texto projetado, a Lei n. 11.804/08 está em vigor, carecendo a sua análise e efetiva aplicação de interpretação cuidadosa pelos juristas.

Dos preceitos sancionados, extrai-se do art. 1º que a Lei disciplina “o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”, enquanto o art. 2º exemplifica que os alimentos gravídicos compreenderão:

[...] os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da 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.

Da leitura da última parte do artigo, denota-se que o seu rol não é exaustivo, já que pode o magistrado fixar o *quantum* dos alimentos considerando outras despesas pertinentes ao período da gravidez.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 2º esclarece que os alimentos gravídicos “referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”.

Quanto à matéria de prova, a parte inicial do art. 6º dispõe que “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos [...]”, constatando-se que, muito embora a cognição plena e exauriente seja a regra para o deferimento da tutela jurisdicional pretendida (DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 273-274), a novel Lei expressamente a afastou, privilegiando, assim, o manejo da cognição sumária para o deferimento dos alimentos gravídicos.

Sobre o tema, Douglas Phillips Freitas (2009, p.37) assevera que:

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1.597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar ‘indícios da paternidade’ informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o



exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.

No ponto, destaca-se que, com base na cognição sumária, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em vários acórdãos<sup>35</sup>, tem analisado com cautela, no caso concreto, a existência de indícios de paternidade suficientes a fundamentar a condenação do réu ao pagamento dos alimentos gravídicos.

A propósito, merece destaque a ementa do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 70029315488, cujo relator é o eminente Desembargador Rui Portanova:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. CABIMENTO. A Lei 11.804/08 regulou o direito de alimentos da mulher gestante. Para a fixação dos alimentos gravídicos basta que existam indícios de paternidade suficientes para o convencimento do juiz. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Do corpo do Acórdão, extrai-se que:

Dependendo do caso, o indício de paternidade aparece, mais ou menos, de nebulosa e difícil demonstração. Contudo, não se pode perder de vista que a lei não exige prova. A lei fala em *indícios de paternidade*. E mais, a lei fala ainda em *convencimento do juiz*. Ou seja, mais do que nunca está aberta a possibilidade de uma análise subjetiva pelo magistrado (grifo do autor).

A segunda parte do art. 6º determina que os alimentos gravídicos, fixados pelo juiz de acordo com as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré, perdurarão até o nascimento da criança, momento em que, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo, serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite a sua revisão.

O art. 7º introduz regra processual, estabelecendo que o prazo de resposta do réu é de cinco dias. Por derradeiro, o art. 11 determina a aplicação supletiva das Leis n. 5.478/68 (Lei de Alimentos) e n. 5.869/73 (Código de Processo Civil); e o art. 12 disciplina que a Lei entra em vigor na data da sua publicação (6 de novembro de 2008).

---

<sup>35</sup> Os julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relativos à Lei n 11.804/08, até o presente momento, foram os seguintes: AI n. 70029200391; n. 700028848547; n. 70028914976; n. 70028646594; n. 70029315488; e n. 70028667988.

Após uma análise objetiva dos preceitos sancionados da Lei n. 11.804/08, necessária a reflexão no que diz respeito à titularidade do direito por ela assegurado, a fim de se concluir se a mesma introduziu uma nova modalidade de alimentos no cenário jurídico brasileiro, ou seja, titularizados pela mulher gestante, ou se apenas reconheceu expressamente o direito de alimentos do nascituro, o que, ressalta-se, já vem sendo garantido pelos Tribunais dos estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

#### **4.2 A titularidade do direito aos alimentos gravídicos**

O já mencionado art. 1º da Lei n. 11.804/08 delimita o campo de abrangência da norma, dispondo que ela disciplinará o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, impondo-se, de início, dúvida acerca da titularidade desses alimentos, mormente por prever o parágrafo único do art. 6º que, após o nascimento, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor.

Numa primeira leitura, tem-se a impressão que o legislador pretendeu inserir no ordenamento uma nova forma de alteração subjetiva da relação obrigacional, porquanto o primeiro titular desses alimentos seria a mulher gestante, já que o art. 1º é claro ao se referir a ela, sendo o nascimento com vida o marco inicial do novo titular desse direito, a criança (ANGELUCI, 2009, p. 68).

Nessa linha de intelecção, assevera Denis Donoso que “[...] ao que me parece, inicialmente a titularidade – e, portanto, a legitimidade ativa – seria da própria gestante. Após o nascimento com vida, porém, haveria uma *conversão* de *titularidade*, de modo que os alimentos gravídicos passariam à qualidade de pensão alimentícia em favor do menor (2009, p. 4, grifo do autor).

Do modo como foi redigido, o texto legal dá margem à interpretação acima referida, no sentido de que é a gestante a titular do direito aos alimentos gravídicos, conforme se infere, *e.g.*, da notícia sobre a concessão de alimentos gravídicos a uma gestante na comarca de Mossoró, no estado do Rio Grande do Norte, intitulada “Gestante tem direito a pensão alimentícia” (2009).

No mesmo norte, extrai-se da recente obra de autoria de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2009, p. 132):

[...] foi sancionada a Lei nº 11.804, de 5/11/2008, que trata dos alimentos gravídicos, buscando-se resguardar a responsabilidade paterna, criando o legislador uma pensão alimentícia a ser entregue diretamente à mulher gestante agora titularizada para a demanda alimentar independentemente do matrimônio ou união estável [...].

Destaca-se que, com base nesse entendimento, o deputado Régis de Oliveira, membro da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, concluiu, em voto separado, pela constitucionalidade, juridicidade e inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do projeto que deu origem à Lei.

Com efeito, o deputado anota que:

[...] Embora o mérito seja louvável, o projeto é sem sentido e apresenta falhas de ordem técnico-jurídica [...] cria para a mulher gestante tais alimentos em contrariedade com a tradição jurídica brasileira. Foge ao bom senso atribuir à mulher gestante alimentos sobre a mera presunção de paternidade. A mulher, ainda que gestante, não tem direitos a alimentos se não manteve com o alimentante prévia relação de casamento ou união estável [...] (2008, p. 2).

Conforme se verifica, tal entendimento decorre de uma interpretação puramente literal da Lei<sup>36</sup>, que é a forma mais rudimentar de exegese, valendo ressaltar, por oportuno, que “A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadoras de pensamento, mas podem ser defeituosas” (FERRARA, 1937, p. 128, grifo do autor).

Dessa forma, a fim de se definir o verdadeiro titular da nova Lei, é imprescindível que se realize uma interpretação lógico-sistemática<sup>37</sup>, situando-a no conjunto do sistema jurídico, buscando compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas que com ela se articulam logicamente.

---

<sup>36</sup> Impende esclarecer que o método de interpretação literal também chamado de gramatical funda-se nos princípios da lingüística. Através dele, examina-se o significado dos termos normativos, observando a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras (BULOS, 1997, p. 22).

<sup>37</sup> A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema. (BONAVIDES, 2009, p. 445).

Para tanto, serão analisados alguns dispositivos do Código Civil em vigor reativos à obrigação alimentar.

#### *4.2.1 Natureza jurídica dos alimentos no Código Civil vigente*

Em virtude da sua origem, os alimentos podem ser legítimos, voluntários ou ressarcitórios, dependendo da razão jurídica justificadora (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 636).

São legítimos os alimentos devidos em decorrência de uma obrigação legal. No âmbito do Direito de Família, o dever alimentar emana do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável, estabelecendo uma prestação em favor daquele que necessita e proporcionalmente às possibilidades do devedor (DIAS, 2005, p. 448).

Por outro lado, são voluntários quando se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, seja *inter vivos* ou *causa mortis*. Nesta hipótese, denominam-se testamentários, por decorrer de um ato de última vontade, só produzindo efeitos após a morte do testador, como, *e.g.*, o legado sob a forma de alimentos, que onera o espólio, conforme reza o art. 1.920 do CC<sup>38</sup>. No caso de *inter vivos* ou convencionais, apresentam-se sob a forma de doação (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 637).

Ambas as hipóteses são atos de liberalidade, porquanto não há lei obrigando o devedor a prestá-los, incidindo sobre eles as normas do Direito das Obrigações ou do Direito das Sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhe fundamentam (CAHALI, 2006, p. 21)

Por derradeiro, os alimentos são ressarcitórios ou indenizatórios quando consequentes da prática de ato ilícito, resultantes de uma sentença condenatória em matéria de Responsabilidade Civil, na qual o magistrado estabelece a reparação do dano sob a forma de prestações periódicas, com natureza alimentar. É o caso da vítima que se torna incapaz para o trabalho por causa de lesões corporais graves, sendo matéria atinente ao Direito da Responsabilidade Civil.

---

<sup>38</sup> Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Com relação à competência, salienta-se que o juízo da vara cível é o responsável por dirimir os conflitos envolvendo os alimentos voluntários ou ressarcitórios, já os litígios que tenham como objeto os alimentos legítimos dizem respeito à vara da família.

#### *4.2.1.1 Natureza jurídica dos alimentos gravídicos*

Quanto à natureza jurídica dos alimentos gravídicos, em que pese entendimento no sentido de que é híbrida, sob o argumento de que o instituto, no aspecto material, agrega elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil (FREITAS, 2009, p. 36), entende-se que são alimentos legítimos, uma vez que decorrem de lei (Lei n. 11.805/08) e tem como fundamento o dever do pai de prover as necessidades vitais do nascituro, que é o titular dos alimentos, conforme se pretende demonstrar.

Em verdade, em face do pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos é inviável, apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar, a fragmentação do instituto em compartimentos estanques, baseando-se cada modalidade em princípios próprios e autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incomunicável (CAHALI, 2005, p. 23).

Neste campo, como não se reconhece a existência de uma única disciplina para as obrigações alimentares resultantes de diversas causas, admite-se uma certa migração normativa entre os vários ramos do direito, com alicerce na analogia, justificada pela mesma destinação do benefício (CAHALI, 2005, p. 23).

Permite-se, e.g, que o pagamento de pensão mensal, a título de indenização por ato ilícito, que tenha natureza de prestação alimentícia, nos termos do art. 948, II, do CC, possa ser efetuado através do desconto em folha de pagamento do devedor, que é uma forma de pagamento prevista para o pagamento de alimentos legítimos. É o que se infere da lição de Luiz Guilherme Marinoni (1995, p. 93):

O juiz, em caso de não atendimento à ordem, deverá ordenar, obviamente se for possível no caso concreto, o desconto em folha de pagamento da importância da prestação devida (art. 734). Será viável, ainda, a aplicação do art. 17 da Lei 5.478/68, que diz que 'poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de

quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz. A diferença de fonte não pode servir para determinar a diferenciação de meio executório. O que importa, sem dúvida, é o fim, a exigir meio executório efetivo

Contudo, se aceitável, em princípio, a tese da aproveitabilidade de algumas regras da obrigação alimentar legítima em matéria de obrigação legal resultante da atividade humana, os institutos não se confundem a ponto de permitir a criação de uma obrigação alimentar de natureza híbrida, como pretende Douglas Phillips Freitas (2009, p. 36), uma vez que a natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação e, por conseguinte, o fato gerador da responsabilidade de indenizar sob a forma de pensão alimentícia é a prática de um ato ilícito, não o poder familiar, que é o pressuposto da fixação dos alimentos gravídicos.

Assim, identificada a razão jurídica justificadora da condenação do suposto pai ao pagamento dos alimentos gravídicos, passa-se, num primeiro momento, a interpretar a Lei a partir da análise de dispositivos do Código Civil relativos aos fundamentos e pressupostos subjetivos da obrigação alimentar, no intuito de demonstrar que à gestante, tão somente por estar grávida do suposto pai, não cabe o direito aos aludidos alimentos.

Em seguida, após se constatar a impossibilidade de a gestante titularizar os alimentos em comento, realizar-se-á uma interpretação da Lei a partir do CPC, a fim de se concluir que a novidade introduzida pela Lei é a legitimação extraordinária ativa da gestante.

#### *4.2.2 Fundamentos da obrigação legal de alimentos no Código Civil vigente*

Como já estudado nos dois primeiros capítulos, desde o momento da concepção, o ser humano é carente por excelência. Ainda no colo materno, ou fora dele, se lhe reconhece, por um princípio natural inquestionável, o superior direito de ser alimentado pelos responsáveis por sua geração, diante da sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção (CAHALI, 2005, p. 28).

Tal responsabilidade subsiste durante todo o processo de desenvolvimento físico e mental do ser gerado, até que ele seja completo. Porém, ao atingir o ser humano o seu desenvolvimento completo, este assume, em princípio, a responsabilidade por sua subsistência e, por conseguinte, deveria cessar o direito de requerer alimentos a quem quer que seja.

Contudo, certas circunstâncias, momentâneas ou permanentes, tais como a idade avançada, doenças, inabilitação para o trabalho ou incapacidade de qualquer espécie, podem impossibilitar o adulto de procurar por si a conservação da própria existência, subsistindo, então, o problema da proteção que passa a ser-lhe devida (MONTEIRO, 1980, p. 295).

Sobre o dever de assistir ao próximo na necessidade, Arnaldo Rizzardo (2004, p. 717) assinala que “É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento. Desponta do íntimo das consciências esta inclinação, como que fazendo parte da nossa natureza, e se manifestando como uma necessidade”.

Paulatinamente, esse dever de assistência, que originariamente não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, foi se transformando em obrigação jurídica, como decorrência direta da lei, e desde que preenchidos certo pressupostos estabelecidos por ela.

Sílvio Rodrigues lecionava que “desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir o socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral” (1978, p. 375).

Na lição de Pelissier, citado por CAHALI (2004, p. 30), como todos os homens são irmãos, cada um deve, segundo a lei natural, vir em auxílio do outro na sua necessidade, todavia, esse dever de solidariedade é muito geral para ser consagrado pelo direito.

Assim, não será senão em agrupamentos limitados, bem definidos, que o dever de solidariedade dá surgimento a uma obrigação alimentar, sendo no agrupamento familiar que esse dever apresenta-se de forma mais expressiva, cujos membros são unidos por vínculos de afeição e de interesses particularmente fortes (CAHALI, p. 30).

Desse modo, em todos os tempos e em todos os lugares, o legislador consagrou esta obrigação de mútuo auxílio familiar, que se tornou a obrigação alimentar típica.

#### 4.2.3 Sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação alimentar no Código Civil vigente

Do art. 1.694 do CC exsurtem os princípios que ditam a titularidade de pleitear alimentos. Da sua leitura, infere-se que os alimentos são devidos, reciprocamente, entre parentes, bem como entre cônjuges e companheiros, após a dissolução da relação matrimonial ou convivencial respectivamente.

Nas relações parentais, os alimentos são devidos como concreta expressão da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pouco interessando se a origem dessa relação é, ou não, biológica, alcançando, igualmente, as relações afetivas e as adotivas (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 620).

O dever de prestar alimentos entre parentes é recíproco, consoante se depreende do art. 1.696 do CC<sup>39</sup>. Acerca dessa reciprocidade, Pontes de Miranda (2001, p. 283) anota ser “razoável que assim seja. Se o pai, o avô, o bisavô têm o dever de sustentar aquele a quem deram a vida, injusto seria que o filho, neto ou bisneto, abastado, não fosse obrigado a alimentar o seu ascendente incapaz de manter-se”.

Na linha reta de parentesco, a obrigação alimentar é infinita, recaindo esta nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros, isto é, numa ordem de vinculação que alcança primeiramente os pais, e depois os filhos; na falta ou impossibilidade destes, os avôs ou bisavôs, e os netos ou bisnetos (RIZZARDO, 2004, p. 748).

Por outro lado, não sendo possível satisfazer a obrigação com os parentes em linha reta, o dever poderá ser imposto aos parentes na linha colateral, na forma do art. 1.697 *in fine*: “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

---

<sup>39</sup> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.



Quanto aos irmãos, são eles chamados, portanto, na ausência de ascendentes e descendentes, constituindo os únicos colaterais em que incide a obrigação, sendo excluídos os tios e primos. Igualmente, não há obrigação aos afins, ou seja, genro, sogros, nora e cunhados.

Outrossim, conforme o já mencionado art. 1.694 do CC, devem alimentos entre si os cônjuges e companheiros. No pertinente aos cônjuges, a obrigação assenta-se, inicialmente, no art. 1.566, inciso III, do CC<sup>40</sup>, o qual impõe que é dever de ambos os cônjuges a mútua assistência e, no tocante aos companheiros, está no art. 1.724 do CC<sup>41</sup>, que inclui a assistência entre os deveres a serem observados nas relações.

Com efeito, no campo material, a mútua assistência se perfaz através do provimento do sustento e das despesas comuns ao núcleo familiar, por meio da colaboração de cada um dos cônjuges, na proporção de suas possibilidades (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 611).

Na lição de Arnaldo Rizzardo (2004, p. 765), a expressão “mútua assistência” não se limita ao ato de fornecer alimentos, abrangendo, também,

[...] os cuidados que um cônjuge está obrigado a devotar ao outro, tanto na doença, nas adversidades, no âmbito afetivo, como no setor material, concentrando-se o cuidado nos alimentos, que abrangem a alimentação, o vestuário, o transporte, os medicamentos, a moradia e até as doenças.

Nessa mesma linha de inteligência, Arnaldo Wald (2002, p. 120) afirma que:

Devem os cônjuges, reciprocamente, assistir-se moral e financeiramente. A assistência moral configura o dever de apoio, carinho atenção e, sobretudo, solidariedade psíquica e emocional à pessoa do outro consorte.

Contudo, quando um dos cônjuges deixa de contribuir com a mútua assistência, verificada ou não a ruptura da conjugalidade, surge a possibilidade de reclamação de alimentos entre eles. Dessa forma, a obrigação alimentícia entre os cônjuges decorre da frustração do dever de mútua assistência, que, por óbvio, é

---

<sup>40</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

<sup>41</sup> Art. 1.724. As relações pessoais ente os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

mais comum depois da cessação da sociedade conjugal, marcada pelo fim da afetividade (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 612).

Com base no art. 1.511 do CC, o qual dispõe que o casamento forma uma comunhão de vida baseada na “igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher”, superou-se em definitivo a estruturação imposta pelo Código Civil de 1916, na qual a prestação de alimentos era devida apenas pelo marido em favor da esposa.

Portanto, o pensionamento entre cônjuges é recíproco, podendo ser fixado em favor de quem o necessitar, independente da condição sexual.

Em face do disposto no art. 1.694, estendem-se as considerações acima aos companheiros na união estável, porquanto que não se encontra qualquer dificuldade para se admitir a aplicabilidade aos conviventes de todos os princípios, regras, características e limitações das obrigações existentes entre os cônjuges, não havendo motivo para se proceder de forma diversa, mormente em respeito ao § 3º do art. 226 da CF<sup>42</sup>.

A partir da análise dos dispositivos legais do Código Civil relativos à titularidade do direito aos alimentos, conclui-se que podem ser sujeitos ativos da obrigação alimentar os parentes, ascendentes e descendentes, assim como os irmãos, além dos cônjuges e companheiros.

Relativamente aos alimentos gravídicos, deve-se considerar que, na quase totalidade das vezes, a mãe e o suposto pai não são casados, tiveram apenas uma, ou esporádicas relações sexuais, o que não lhes erige à situação de companheiros (GABURRI, 2009, p. 59) e, portanto, a mulher gestante não está, evidentemente, na linha de responsabilidade fixada pelo Código Civil, não subsistindo a obrigação em favor dela.

Ademais, para a constituição de união estável, alguns pressupostos devem ser preenchidos, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família, consoante prevê o art. 1.723 do CC. No entanto, as relações sexuais de que se trata, em geral, são mantidas em

---

<sup>42</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

caráter sigiloso, com o único objetivo de satisfação física de ambos, ou seja, sem o propósito de constituir família.

Assim, conquanto a redação do art. 1º da Lei n. 11.804/08 dê margem à interpretação no sentido de que o credor dos alimentos gravídicos, ainda que sem relação de conjugalidade com o devedor, é a mulher gestante, o verdadeiro titular desses alimentos é o nascituro, que, como visto anteriormente, tem direito à percepção de alimentos, o que já foi, aliás, consagrado pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Corroborando tal entendimento, Adilto Luiz Dal'Oglio Júnior e Sávio Ricardi Cantadori Copetti (2009, p. 3) asseveram que “malgrado se mostre inequívoca a redação do dispositivo (art. 1º), temos que os alimentos previstos em lei são de titularidade do nascituro, como forma de resguardar o seu direito à vida, e não de sua genitora”.

No mesmo vértice, leciona Leonardo Soares Lomeu (2009, p. 1) que “Os alimentos gravídicos podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez”.

Além disso, reforça esse entendimento o fato de os alimentos gravídicos, automaticamente, converterem-se em pensão alimentícia após o nascimento, na forma do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/08, demonstrando que a preocupação primeira do legislador não é a mulher gestante, mas sim a criança que ela traz em seu ventre.

Nesse contexto, caso a gestante tenha sido cônjuge ou companheira do suposto pai e sejam preenchidos os demais pressupostos legais, quais sejam, a necessidade ou incapacidade de se sustentar por si próprio e a possibilidade de fornecer alimentos por parte do obrigado, nada impede que, além dos alimentos gravídicos, titularizados pelo nascituro, postule alimentos para si.

#### *4.2.4 Legitimidade extraordinária ativa da gestante*

No plano do direito processual, o art. 1º da Lei n. 11.804/08, ao dispor que nela será disciplinado “o direito de alimentos da mulher gestante” trouxe hipótese de

substituição processual, legitimando extraordinariamente a genitora a propor a ação de alimentos no interesse do nascituro, que, como visto, é o titular dos alimentos gravídicos.

Como regra, o direito objetivo atribui, para agir em juízo diante de uma situação concreta, legitimação aos titulares da lide, em outras palavras, aos titulares da relação hipotética de direito material afirmada em juízo pelo autor, conforme os fatos narrados na exordial e os documentos apresentados (FREIRE, 2005, p. 137).

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 80) leciona que:

a legitimidade deflui da afirmação de titularidade de uma situação jurídica (que vem a ser, justamente, a situação legitimante), aferível conforme a lide trazida a juízo, quer seja real ou virtual, pondo-se dessa forma como condição ao exame do mérito: admitindo-se a conjuntura retratada na inicial, há correspondência entre a demanda e os sujeitos presentes no processo.

Diz-se que há legitimação ordinária quando “coincidem as figuras das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial” (ARMELIN, 1979, p. 117). Assim, legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio.

Excepcionalmente, entretanto, o direito objetivo atribui legitimação a outras pessoas que não são titulares da relação jurídica de direito material hipotética, sem, contudo, excluir a legitimidade desses titulares, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ( art. 5º, inc. XXXV, da CF) (FREIRE, 2005, p. 139).

Denomina-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimidade ordinária, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete ao legislador e não ao magistrado a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade, consoante prevê o art. 6º do CPC<sup>43</sup>, e ele o faz sempre em virtude de alguma espécie de relação entre o sujeito e o conflito (DINAMARCO, 2004, p. 311).

O legitimado extraordinário, também chamado por alguns autores de substituto processual, sempre é o destinatário de algum benefício indireto ligado à iniciativa que tomar, porque sem esse benefício e, assim, sem poder esperar

---

<sup>43</sup> Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

qualquer utilidade do provimento que pede, não haveria motivo para instituir sua legitimidade *ad causam* (DINAMARCO, 2004, p. 311).

Nesta hipótese, encontra-se a legitimação extraordinária de qualquer cidadão para promover ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, in. LXXIII, da CF)<sup>44</sup>.

Em razão de o legitimado extraordinário atuar em nome próprio, defendendo direito alheio, recebe da lei a qualidade de parte principal no processo, ou seja, não é representante do titular do direito controvertido (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 170).

Ao analisar o instituto em questão, Giuseppe Chiovenda (1988, p. 303) ensina que:

[...] conquanto se produzam, aí, alguns efeitos análogos ao da representação, não é de representação que se trata, de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado; ao passo que o substituto processual age em nome próprio e é parte na causa [...].

A condição de parte no processo habilita o substituto a atuar segundo suas próprias vontades e escolhas, sem vínculo às do substituído. Para tanto, entre outras atitudes, propõe a demanda inicial e oferece contestação (no caso de legitimação extraordinário passiva), formula requerimentos, recorre (DINAMARCO, 2004, p. 311).

Por outro lado, o substituto arca com todos os ônus inerentes a essa condição, incluindo o de realizar preparo de custas e, caso o resultado lhe seja desfavorável, arcará com a obrigação final de pagar todas as despesas processuais e os honorários advocatícios da sucumbência (DINAMARCO, 2004, p. 311).

A partir do estudo das principais características do instituto da legitimação extraordinária, observa-se que a mulher gestante recebeu da Lei n. 1.804/08

---

<sup>44</sup> Art. 5º, inciso LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

legitimidade para atuar em juízo defendendo interesse alheio, no caso, o direito do nascituro à percepção de alimentos.

Com esse pensar, há decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, em recursos interpostos por mulheres gestantes, que atuam na qualidade de parte no processo e não de representante do nascituro, contra decisões que negaram o pedido de fixação de alimentos gravídicos, sem que tenha sido suscitada a ilegitimidade ativa das mesmas pelos réus ou pelo magistrado *a quo*.

Nesse sentido, colhe-se do relatório de alguns acórdãos:

“CLÁUDIA S.C. interpõe agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de alimentos gravídicos pleiteados em desfavor de RENATO G.O.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009a).

“Ação de reconhecimento de paternidade com pedido de fixação de alimentos provisórios ao nascituro intentada por ANA em face de JOSÉ.[...] O presente agravo de instrumento veio em face de decisão que denegou o pedido de fixação de alimentos gravídicos em prol de ANA no valor de meio salário mínimo.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

“Trata-se de agravo de instrumento interposto por Juliana de A. R. em face da decisão que, nos autos da ação de alimentos ajuizada em face de Edson Cristiano M., ora agravado, indeferiu pedido de tutela antecipada, consistente em pedido de alimentos gravídicos, tendo em vista estar o feito à mingua de provas da existência de indícios da paternidade em relação ao demandado.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009c).

#### **4.3 (Im)Pertinência da Lei n. 11.804/08**

A nova Lei, em suma, trouxe a hipótese de substituição processual, legitimando extraordinariamente a genitora a pleitear alimentos em favor de seu filho, ainda em fase de gestação.

Como visto no capítulo segundo deste estudo, o direito do nascituro a alimentos já vinha sendo defendido por alguns doutrinadores e assegurado pelos tribunais, notadamente, os dos estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

Nesta ótica, seria até mesmo desnecessária a edição da Lei, conforme assevera Cleber Affonso Angeluci (2009, p. 70):

Algumas situações da vida social carecem de regulamentação e coragem para mudar. Em outras porém, como no caso dos alimentos ao nascituro, basta a preocupação com a efetividade do direito independentemente de nova normatividade.

E conclui o autor que

independentemente de lei, o nascituro tem direito a alimentos e ao pleno desenvolvimento do processo de gestação, pois o seu direito fundamental à vida é garantido na Constituição, sem a necessidade de rótulos ou alteração dos dispositivos vigentes.

No mesmo sentido, José Carlos Teixeira Giorgis (2008) anota que “Enfim, positivou-se o que estava no cenário forense, sem inovações importantes ou rito diverso, e com redação pouco técnica, até descuidada”.

Por outro lado, merece consideração a iniciativa representada pela Lei, pois demonstra a vontade do legislador de enfrentar temas de influência do princípio da dignidade da pessoa humana, que sempre gerou controvérsias. Além disso, a matéria por ela disciplinada, em que pese não seja desconhecida da doutrina e jurisprudência, até então não havia recebido expresso tratamento legal.

Assim, a nova Lei, além de dar cabo às discussões relativas ao direito do nascituro a alimentos, contem outros aspectos que, a seu tempo, revelam-se convenientes.

O primeiro diz respeito ao termo inicial da obrigação alimentar. De acordo com os julgados colacionados no segundo capítulo, observou-se que, embora o STJ tenha regulado a matéria na Súmula nº 277, dispondo que os alimentos são devidos a partir da citação, não há uniformidade sobre o tema, uma vez que há um acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, datado de 9 de novembro de 2005, que considerou devidos os alimentos desde a concepção, ao passo que no acórdão proferido pela 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, na Apelação n. 2006.040111-4, mais recente, de 2 de fevereiro de 2009, determinou-se, com base no cunhado na aludida Súmula, como termo inicial da obrigação a data da citação.

Assim, com o veto do art. 9º do projeto que originou a nova Lei, que estabelecia como termo inicial dos alimentos a data da citação e, considerando que o seu art. 2º prevê que os alimentos compreendem as despesas desde a concepção até o parto, outra não é a conclusão senão que a nova Lei estabelece que o débito alimentar será devido desde a concepção, consagrando o entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias, relatora do acórdão acima citado. A respeito dessa inovação, a eminente desembargadora afirma que ela “acolhe a doutrina que há muito reclamava a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro” (2008).

A Lei tem outro mérito. Chama atenção dos envolvidos nas relações familiares a respeito de suas responsabilidades com relação à nova vida gerada, carente de recursos indispensáveis à sobrevivência inicial.

Dessa forma, a Lei promove e visa dar efetividade ao princípio da parentalidade responsável<sup>45</sup>, consagrado pela Constituição Federal ao eleger, no seu art. 227, como absoluta prioridade, a proteção integral das crianças e adolescentes, delegando não apenas à família, mas também à sociedade e ao Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã (DIAS, 2009).

Por fim, salienta-se que leis não despertam a consciência do dever, mas geram responsabilidades, o que é imprescindível para quem está por nascer, porquanto mesmo sendo fruto de uma relação desfeita, ainda assim terá a certeza de que foi amparado por seus pais desde a concepção, o que já é uma garantia de respeito à sua dignidade.

---

<sup>45</sup> Parentalidade responsável reporta-se à noção de cuidado em sua dimensão ontológica, ou seja, à idéia de que a pessoa humana é ser consciente e livre, que está no mundo com os outros, voltado para o futuro e justamente por isso, este ser merece atenção especial num processo dialético, precisando ser cuidado para viver e sobreviver, mas também cuidar dos outros, especialmente daqueles que representarão sua continuidade como descendência (GAMA, 2008, p. 31).



## 5. CONCLUSÕES

O início da caminhada desta pesquisa foi o questionamento de qual o titular dos alimentos gravídicos, instituídos pela recente Lei n. 11.804/08, se a gestante ou o nascituro, uma vez que o seu art. 1º dispõe que a Lei disciplinará o direito a alimentos da mulher gestante, a fim de concluir pela sua pertinência ou não, em face da existência de preceitos garantidores desse direito ao nascituro.

Para tanto, demonstrou-se que, em que pese o art. 2º do CC adote o nascimento com vida como termo inicial da aquisição da personalidade civil, a doutrina se divide em três principais teorias, quais sejam : natalista, concepcionista e da personalidade condicional. Cada uma dessas correntes doutrinárias adota marcos distintos para a aquisição da personalidade civil, a natalista o estabelece no nascimento com vida; a concepcionista e a condicionalista, na concepção, a segunda, porém, impõe a condição suspensiva do nascimento com vida para tal fim.

A partir da teoria adotada, atribuí-se ou não o *status* de pessoa ao nascituro e reconhece-lhe direitos. Contudo, como exposto, incontroverso é o fato de o nascituro representar uma das fases do processo vital, tornando-se imperioso o reconhecimento dos direitos necessários para que venha a nascer vivo, isto é, direitos ligados à sua condição de ser humano já concebido, mas ainda não nascido, tais como o direito à vida, a alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem ou de sua honra.

Assim, no direito brasileiro, conquanto desprovido de personalidade, o nascituro é titular de direitos da personalidade, dependendo do nascimento com vida apenas a aquisição dos direitos patrimoniais, como a herança e doação.

Entre esses direitos, inclui-se, necessariamente, o direito à vida, direito condicionante dos demais, que, como demonstrado, além de ser um direito da personalidade, é um direito fundamental, garantido constitucionalmente e estendido ao nascituro em razão do disposto na segunda parte do art. 2º do CC, que põe a salvo os direitos do nascituro, além do art. 7º da Lei n. 8.069/90 e do consagrado em algumas Convenções ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Após, demonstrou-se que, estando vivo o nascituro é carente de recursos indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, devendo ser-lhe reconhecido o direito a alimentos. Viu-se, ainda, que um dos requisitos para o surgimento da obrigação alimentar é a prova do parentesco, no caso, entre o nascituro e o suposto pai, que pode ser dar mediante o reconhecimento voluntário pelo genitor, pela presunção *pater is est*, ou, ainda, por meio de uma ação de investigação de paternidade.

Constatado o direito do nascituro a alimentos, imprescindível foi, também, verificar a possibilidade de pleiteá-los em juízo. Sobre o tema, duas correntes foram identificadas. A primeira não dissocia a personalidade da capacidade de ser parte no processo. Assim, a teoria concepcionista entende ter o nascituro capacidade processual, já os natalistas afirmam o contrário, em razão da ausência de personalidade do ser concebido, mas ainda não nascido.

A segunda corrente dissocia a capacidade para ser parte da personalidade civil, entendendo que, em certos casos, aquela existe mesmo sem esta. Quanto ao nascituro, asseveram que, garantindo a lei civil direitos a ele, nada mais natural que lhe sejam concedidos meios para defendê-los através de sua capacitação para ingressar no pólo ativo de determinadas demandas

Verificada as controvérsias doutrinárias a respeito do direito a alimentos do nascituro, bem como da sua possibilidade de ser parte no processo, passou-se a análise da matéria sobre o prisma jurisprudencial, com ênfase nas decisões mais recentes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

Colacionaram-se duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, datadas de 1982 e 1993, nas quais se declarou a ilegitimidade ativa da mãe que

propôs ação em nome do filho e, ainda, a impossibilidade desse vir a juízo antes do nascimento com vida, em virtude da ausência de personalidade civil.

Contudo, a jurisprudência gaúcha e catarinense são uníssonas em admitir o direito de alimentos ao nascituro, bem como a possibilidade de pleiteá-los em juízo, representado pela sua genitora. O único ponto divergente diz respeito ao termo inaugural da obrigação alimentar, tendo em vista que a corte catarinense reputa como devidos os alimentos a partir da citação e há uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, que impõe como termo inicial dos alimentos a concepção.

Superado o ponto relativo ao direito do nascituro a alimentos, passou-se a análise da Lei n. 11.804/08, que instituiu os alimentos gravídicos, isto é, aqueles compreendidos da concepção ao parto. Inicialmente, para concluir pela sua pertinência ou não, necessário se fez definir qual o titular do direito aos alimentos gravídicos, a partir de uma interpretação lógico-sistemática da Lei.

Após análise dos dispositivos legais do Código Civil relativos à titularidade do direito a alimentos, concluiu-se que podem ser sujeitos ativos da obrigação alimentar os parentes, ascendentes e descendentes, assim como os irmãos, além dos cônjuges e companheiros.

Dessa forma, por não estar na linha de responsabilidade fixada pelo Código Civil, a mulher gestante não pode ser titular do direito a alimentos gravídicos, que se destinam, portanto, ao nascituro. A razão pela qual o art. ° 1 da Lei a ela se refere é de cunho processual, pois a Lei trouxe hipótese de substituição, legitimando extraordinariamente a mulher gestante a pleitear em juízo, como parte, direito alheio, no caso, o direito a alimentos do nascituro.

Revelado o verdadeiro credor dos alimentos gravídicos, analisou-se a pertinência da nova Lei em face da existência de decisões que garantem esse direito ao nascituro, conforme demonstrado ao longo deste trabalho. Conquanto haja diversas críticas no sentido de que a nova Lei é desnecessária por não introduzir nenhuma novidade no cenário jurídico, ela regulamentou um direito que até então não havia recebido expresse tratamento legal, encerrando discussões doutrinárias sobre o tema, além de conter outros aspectos relevantes.

Apontou-se, como um dos aspectos da Lei que merecem consideração, a fixação do termo inicial do débito alimentar na data da concepção, no intuito de proteger à vida do nascituro durante todo o seu desenvolvimento intra-uterino.

Outro mérito da Lei destacado é o fato de chamar atenção dos envolvidos nas relações familiares quanto a suas responsabilidades com relação à nova vida gerada, carente de recursos indispensáveis à sobrevivência desde a concepção, dando efetividade ao princípio da parentalidade responsável.

## 6. REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. *Alimentos para a vida*. Disponível em: <[HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 20 de jun. de 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito do Nascituro a Alimentos: Do Direito Romano ao Direito Civil*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, dez. 1990.

\_\_\_\_\_. *O Nascituro no Código Civil e no Direito Constituendo do Brasil*, Revista de Informação Legislativa, n. 97, vol. 25, jan./mar. 1998.

ALVES, João Evangelista dos Santos et al. *O aborto: O Direito do Nascituro à Vida*. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos Gravídicos: Avanço ou retrocesso?. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/1130>>. Acesso em: 18 mai. 2009.

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: RED, 1999.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Comissão de constituição e Justiça e da Cidadania. Câmara dos Deputados. Voto em separado Deputado Régis de Oliveira. Disponível em <[HTTP://www.camara.gov.br/proposicoes](http://www.camara.gov.br/proposicoes)>. Acesso em: 2 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de dezembro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 27, de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.478, de 15 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.804/08, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como será exercido e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2001/0147319-0. Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 15 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=399028&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 12 out. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo, *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1997.

CANEDO, Ricardo Senna. Aborto Legal? Ou Será Inconstitucional?. *Revista da Faculdade de Direito da UCP*, 2000. v. 2.

CAPEZ, Fernando et al. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1988. v. II.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos Alimentos no Direto de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961.

DALL'OGGIO; Adilto Luiz; COPETTI; Sávio Ricardo Cantadori. *Alimentos gravídicos: Aspectos materiais e processuais*. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=5967>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos Gravídicos?*. Disponível em <[http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=1413&isPopUp=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1413&isPopUp=true)>. Acesso em 23 junho 2009.

\_\_\_\_\_. *Alimentos para a vida*. Disponível em: <[HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 20 de jun. de 2009.

DIDIER JR., Fredie *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Bahia: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONOSO, Denis. *Alimentos Gravídicos*. Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/37977>>. Acesso em: 2 março 2009.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução e prefácio de Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

FERREIRA, Luís Pinto. *Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro. José Olympio, 1975. v. 4.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: Enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 – Primeiros Reflexos*. <[www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468)>. Acesso em: 16 mai. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.  
GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*, n. 101, p. 29-36, dez. 2008.

GESTANTE tem direito a pensão alimentícia. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jun. 2009. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 15 jul. 2009

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Alimentos Gravídicos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=465>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

HADDAD JÚNIOR, Gilberto. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1343.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988. v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela antecipada na reforma do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, dirigida por R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 54.

MANTOVANI, Fernando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.



MARQUES, Erickson Gavazza. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico em 6 novembro de 2005. Disponível em < [http://www.conjur.com.br/2005-nov-06/nao\\_cabe\\_lei\\_definir\\_vida\\_especialista](http://www.conjur.com.br/2005-nov-06/nao_cabe_lei_definir_vida_especialista) >. Acesso em: 15 abr. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fundamentos do direito natural à vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 623, set. 1987.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. III.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOREIRA, Décio. *Elementos de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *Revista Jurídica*. Ano 54, n. 340, p. 11-19, fev. 2006.

NALINI, José Renato. Evolução Protetiva da Vida na Constituição Brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e jurídica*. Porto Alegre (RS): Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PUSSI, William Artur. *A personalidade jurídica do nascituro*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2008.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70029315488. Rel. Des. Rui Portanova, Porto Alegre, 31 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2009&codigo=397919](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=397919)>. Acesso em: 12 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 70028667988. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, Porto Alegre, 6 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2009&codigo=216127](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=216127)>. Acesso em: 12 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 70028646594. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, Porto Alegre, 15 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2009&codigo=480950](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=480950)>. Acesso em: 12. out. 2009.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 70006429096. Rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcelos Chaves, Porto Alegre, 12 ago. 2003. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 12. Out. 2009.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 70021002514. Rel. Des. José S. Trindade, Porto Alegre, 15 out. 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 12 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 70012915062. Rel. Des. Maria Berenice Dias, Porto Alegre, 9 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 12 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2007.000786-1. Rel. Des. Fernando Carioni, Florianópolis 10 abr. 2007. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 out. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 2006.040111-4. Rel Des. Luis Carlos Freyesleben, Florianópolis, 2 fev. 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 out. 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva 1994. v. 1.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado, Principalmente do Ponto de Vista Prático*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. I e v. XXXIII.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada concepção*. São Paulo: USP, 1993.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *Alimentos: Técnica e Teoria*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 17.091-1. Rel. Des. Evaristo dos Santos. São Paulo, 01 jun. 1982. Revista dos Tribunais, nº 566, p. 54-55, dez. 1982.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 181.471-1. Rel. Des. Marcus Andrade. São Paulo, 15 abr. 1993. JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva: São Paulo, CD Room n. 11, 1º trimestre/98.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 193.648-1. Rel. Des. Renan Lotufo. São Paulo, 14 set. 1993. Revista dos Tribunais, n. 703, p. 60-63, mai. 1994.

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

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida: uma abordagem político-jurídica da concepção humana*. 2001. 496 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SOUZA, Alberto R. R. Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VIANNA, Guaraci de Campos. O nascituro como Sujeito de Direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil. In: *BUSTAMANTE, Ricardo; SODRE, Paulo César (Coords.). Ensaios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. v. I.

VIEIRA, Luiz Paulo. *Direito Civil : Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 3. ed. rev. atual. e aum. Niterói: Editara Impetus, 2009.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro o novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GESTANTE tem direito a pensão alimentícia. Revista Consultor Jurídico, 23 de junho de 2009. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 15 jul. 2009.