

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ALIMENTOS DEVIDO AO NASCITURO E SUA  
CAPACIDADE POSTULATÓRIA**

Claudinei Aparecido da Silva

Presidente Prudente/SP  
2004

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ALIMENTOS DEVIDO AO NASCITURO E SUA  
CAPACIDADE POSTULATÓRIA**

Claudinei Aparecido da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Andrei Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP  
2004

**ALIMENTOS DEVIDO AO NASCITURO E SUA  
CAPACIDADE POSTULATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

Andrei Mohr Funes  
Orientador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes  
1º Examinador

Jeferson José Muracami  
2º Examinador

Presidente Prudente/SP, 01 de dezembro de 2004.

Dedico esta obra a minha mãe, Maria Tereza, principal responsável por mais essa conquista, fonte incessante de amor, força e carinho.

Dedico, em especial, ao meu pai José Geraldo e a meus irmãos Anésio e Alice que nos deixaram. Tenho certeza que estão olhando por mim. Saudades.

## **EPÍGRAFE**

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias mesmo expondo-se a derrotas, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito, nem sofrem muito, porém vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitórias nem derrotas.”

***Theodore Roosevelt***

## **Agradecimentos**

Primeiramente, agradeço a DEUS por ter me concedido a vida, proporcionado saúde e paciência para concluir mais este desafio em minha vida.

Agradeço aos meus pais, por terem, durante toda vida, me incentivado a prosseguir nos meus estudos e por terem me ensinado que deveria andar, desde cedo, com minhas próprias pernas.

Agradeço aos meus mestres por terem me transmitido os conhecimentos que detinham, colaborando assim para a minha profissionalização, refinando meu vocabulário, e apurar minha cultura pessoal. Em especial ao mestre e orientador, Prof. Andrei Mohr Funes, que cumpriu sua atribuição como orientar, com muito zelo, dedicação e responsabilidade.

Agradeço a minha querida esposa Cleide, e meu querido filho Kauã por terem compartilhado desta minha difícil conquista, sacrificando suas vontades em respeito aos meus compromissos acadêmicos.

A todos meus parentes, amigos, colegas e demais pessoas que de alguma forma contribuíram para a conquista desse objetivo.

## RESUMO

O tema “Alimentos devido ao nascituro e sua capacidade postulatória” é de grande importância aos estudiosos da norma jurídica, bem como para a sociedade, haja vista que trata-se do direito à vida, fundado no princípio constitucional da dignidade humana, calcado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e no princípio da solidariedade familiar.

O autor procurou analisar e interpretar o artigo 2º do Código Civil, bem como as principais teses concernente ao tema, extraíndo conclusões à luz da doutrina e jurisprudência, demonstrando por meio de regras de hermenêutica que o nascituro é detentor do direito a alimentos desde a sua concepção, bem como é parte legítima na ação de alimentos.

O presente trabalho possui caráter teórico e bibliográfico, sendo utilizada uma análise qualitativa das informações obtidas em pesquisas a livros doutrinários, citações jurisprudenciais, pesquisas via Internet, etc. Também foi utilizado os métodos dedutivo e dialético sacrificando a ampliação do conteúdo para atingir um resultado eficaz.

Na interpretação sistemática da legislação e da doutrina, de início estabeleceu um conceito de nascituro, bem como uma evolução histórica do instituto e uma comparação do tratamento do nascituro na legislação estrangeira.

Constatamos que o início da vida se dá com a fecundação, contudo que o início da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida. Ao analisar a personalidade jurídica observou as divergências doutrinárias sobre capacidade, personalidade e natureza jurídica do nascituro que culminaram na teoria natalista e na concepcionista.

E por fim, chegando-se a conclusão de que o nascituro como pessoa de direitos, possui direitos tais como o direito ao reconhecimento da paternidade, à curatela, à representação, à receber doações, à capacidade para suceder, sendo desta forma, os alimentos um direitos indispensável.

**PALAVRA-CHAVE:** Alimentos; Nascituro; Capacidade postulatória.

## ABSTRACT

The theme "Foods due to the unborn and his/her capacity postulatória" are from great importance to the specialists of the juridical norm, as well as for the society, have seen that it is treated from the right to the life, founded in the constitutional beginning of the human dignity, stepped on in the article 1st, interruption III of the Federal Constitution and in the beginning of the family solidarity.

The author tried to analyze and to interpret the article 2nd of the Civil Code, as well as the main theories regarding the theme, extracting conclusions to the light of the doctrine and jurisprudence, demonstrating through hermenêutica rules that the unborn and holder of the right to foods from his/her conception, as well as it is legitimate part in the action of foods.

The present work possesses theoretical and bibliographical character, being used a qualitative analysis of the information obtained in researches to doctrinaire books, citations jurisprudences, researches through Internet, etc. it was Also used the deductive methods and dialectic sacrificing the enlargement of the content to reach an effective result.

In the systematic interpretation of the legislation and of the doctrine, at the beginning it established a unborn concept, as well as a historical evolution of the institute and a comparison of the treatment of the unborn in the foreign legislation.

We verified that the beginning of the life feels with the fecundation, however that the beginning of the juridical personality feels with the birth with life. When analyzing the juridical personality it observed the doctrinaire divergences on capacity, personality and juridical nature of the unborn that culminated in the theory natalista and in the conception.

It is finally, being arrived the conclusion that the unborn as person of rights, possesses such rights as the right to the recognition of the paternity, to the curatela, to the representation, to receive donations, to the capacity to happen, being this way, the foods an indispensable rights.

**KEYWORDS:** Foods; Unborn; Capacity postulatória.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 DOS ALIMENTOS EM GERAL</b> .....	<b>12</b>
<b>1.1 Generalidades</b> .....	<b>12</b>
<b>1.2 Evolução Histórica do Instituto</b> .....	<b>13</b>
1.2.1 Direito romano .....	13
1.2.2 Direito canônico .....	14
1.2.3 Direito comparado .....	14
1.2.4 Direito brasileiro .....	14
<b>2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR</b> .....	<b>17</b>
<b>2.1 Conceito</b> .....	<b>17</b>
<b>2.2 Espécies</b> .....	<b>17</b>
2.2.1 Quanto à natureza: alimentos naturais ou civis .....	17
2.2.2 Quanto à causa jurídica: a lei, a vontade e o delito .....	18
2.2.3 Quanto à finalidade: provisórios, provisionais e definitivos .....	20
2.2.4 Quanto ao momento da prestação: atuais, futuros e pretéritos .....	20
2.2.5 Quanto às modalidades: obrigação própria e imprópria .....	21
<b>2.3 Características do direito à prestação alimentícia</b> .....	<b>21</b>
2.3.1 Personalíssimo .....	21
2.3.2 Intransmissibilidade .....	21
2.3.3 Incedibilidade .....	22
2.3.4 Impenhorabilidade .....	23
2.3.5 Incompensabilidade .....	23
2.3.6 Imprescritibilidade .....	24
2.3.7 Não transacionável .....	24
2.3.8 Atual .....	24
2.3.9 Irrepetibilidade .....	25
2.3.10 Irrenunciabilidade .....	25
<b>2.4 Natureza jurídica dos alimentos</b> .....	<b>26</b>
<b>2.5 Pressupostos da obrigação alimentar</b> .....	<b>30</b>
<b>2.6 Características da obrigação de prestar alimentos</b> .....	<b>31</b>
<b>2.7 Função e conteúdo da obrigação alimentar</b> .....	<b>32</b>
<b>2.8 O caráter não patrimonial da obrigação alimentar</b> .....	<b>33</b>
<b>3 NASCITURO</b> .....	<b>34</b>
<b>3.1 Conceito e etimologia do nascituro</b> .....	<b>34</b>
<b>3.2 Nascituro no direito estrangeiro</b> .....	<b>35</b>
3.2.1 Origem (Grécia e Roma) .....	35
3.2.2 França .....	36
3.2.3 Itália .....	37
3.2.4 Áustria .....	37
3.2.5 Portugal .....	38
3.2.6 Argentina .....	38

<b>3.3 Nascituro no direito brasileiro</b> .....	<b>39</b>
<b>4 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO</b> .....	<b>43</b>
<b>4.1 Personalidade jurídica</b> .....	<b>43</b>
4.1.1 Personalidade e capacidade .....	43
<b>4.2 Início da vida</b> .....	<b>45</b>
<b>4.3 Teoria sobre o início da personalidade</b> .....	<b>47</b>
4.3.1 Corrente Natalista .....	47
4.3.2 Corrente Concepcionista .....	49
<b>5 A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO NASCITURO</b> .....	<b>52</b>
<b>5.1 Conceito de capacidade postulatória</b> .....	<b>52</b>
<b>5.2 O nascituro como sujeito ativo (jurisprudência)</b> .....	<b>53</b>
<b>5.3 Da posse em nome do nascituro</b> .....	<b>54</b>
5.3.1 Diferenças com o procedimento da tutela e curatela .....	54
5.3.2 Legitimação .....	55
5.3.3 Procedimento .....	55
5.3.4 Sentença .....	57
<b>6 DIREITOS A ALIMENTOS DO NASCITURO</b> .....	<b>59</b>
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>63</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho procurou enfatizar a problematização acerca do artigo 2º do Código Civil, o qual reconhece a personalidade civil da pessoa apenas a partir do nascimento com vida, entretanto resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, trazendo a luz, várias controvérsias acerca da natureza jurídica do nascituro – se ele tem ou não personalidade, se é ou não pessoa.

A despeito disso, procurou-se através da análise e interpretação de regras de hermenêutica principalmente da legislação brasileira, bem como a jurisprudência e a doutrina acerca do tema posicionar se o nascituro é detentor de direitos. Doutrinadores e juristas de todos os tempos preocupam-se com problema da personalidade do nascituro, às vezes negando-a, às vezes afirmando-a.

Neste sentido, enfocou as duas teorias a respeito do tema, isto é, a natalista e a concepcionista, para através dessas teses posicionar quanto à problemática que têm sido uma constante da doutrina.

Iniciou-se o trabalho com uma análise do instituto dos alimentos, fixando sua evolução histórica, conceito, espécies, características, natureza jurídica, etc. Em seguida, passou-se a analisar o instituto do nascituro, estabelecendo uma conceituação dos termos essenciais, passando-se para o desenvolvimento das teorias a respeito do início da vida, para concluir se o nascituro tem direitos ou perspectiva de direitos, principalmente o direito a alimentos, bem como se tem capacidade para pleiteá-los.

Neste diapasão, constatou-se que o tema é de grande importância, haja vista que os estudiosos de todos os tempos, desde os da Antiga Grécia, os do Direito Romano, em suas diversas fases, como os da atualidade, buscam um entendimento pacífico para o tema. O direito aos alimentos em detrimento do nascituro, está fundado no direito à vida, ou seja, sem alimentos a expectativa de vida do nascituro não se concretizará. Ademais, com a denominada “modernização”, isto é, com os novos costumes, culminando com a falta de preparo e experiência de vida das pessoas, que cada vez mais cedo iniciam suas vidas sexuais, conseqüentemente ficando grávidas antes mesmo de suas

formações, trouxe ao judiciário mais este fato, necessitando de prestação jurisdicional urgente, pois dependendo da situação a prestação jurisdicional poderá não ter mais eficácia.

Deste modo, constatou-se que o nascituro tem o direito à vida, sendo este o direito mais sagrado e superior dos homens, pois este que ainda esta por nascer já tem vida e tem direitos dispostos no artigo 5º “caput” da Constituição Federal que expressamente assegura:

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

Portanto, o nascituro é pessoa de direitos, e possuindo personalidade jurídica, podendo pleitear alimentos.

# 1 - DOS ALIMENTOS EM GERAL

## 1.1 - Generalidades

A obrigação alimentar funda-se em dois princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, plasmado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e no princípio da solidariedade familiar.

Todo ser humano tem direito a sua própria subsistência. Esta pode ser alcançada através do trabalho, o qual está assegurado constitucionalmente nos artigos 5º, inciso XIII, 6º e 170 da Constituição Federal.

Conquanto, em determinadas situações, tais como: incapacidade física, doença, desemprego, menoridade, idade avançada; o ser humano não tem condições de prover a sua subsistência. Neste contexto, o Estado, através da sua atividade assistencial, impõe o socorro destas pessoas aos parentes, cônjuges ou companheiros dos necessitados, os quais têm o dever de ajudá-los. É o que preceitua o artigo 1694 do Código Civil:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Entre os cônjuges, a obrigação alimentar exposta acima, é considerada como um dos deveres do casamento, fundada no artigo 1566, incisos III e IV do Código Civil, devendo ser exercido igualmente por ambos os cônjuges, conforme dispõe o artigo 226, § 5º da Constituição Federal, constituindo-se, pois, num dos efeitos do casamento.

Aos companheiros também é assegurado o direito aos alimentos, conforme dispositivo em epígrafe, bem como as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

A obrigação alimentar também poderá surgir em decorrência de um ato ilícito, conforme dispõem os artigos 186 e 927, do Código Civil. Essa espécie de dever alimentar tem caráter meramente indenizatório. Pode surgir através de negócio jurídico bilateral, como por exemplo, o contrato, ou ainda, através de doação.

Assim, em razão de o dever alimentar se originar de várias fontes, o presente trabalho dará ênfase no estudo dos alimentos decorrentes do direito de família.

## **1.2 - Evolução Histórica do Instituto**

### **1.2.1 - Direito Romano**

A obrigação alimentícia era fundada em várias causas: na convenção; no testamento; na relação familiar; na relação de patronato e na tutela. Inicialmente foi estatuída nas relações de clientela e patronato e posteriormente nas relações de família.

Na relação familiar, a obrigação alimentícia não é mencionada nos primórdios do direito romano, pois todos os direitos concentravam-se nas mãos do *“paterfamilias”* e assim sendo, um direito a alimentos resultante de uma relação de parentesco não teria sentido, visto que a relação parental derivava do pátrio poder. Desta forma, os demais dependentes não poderiam exercer qualquer tipo de pretensão contra o detentor do pátrio poder, ressaltando assim, o individualismo dominante, contrapondo o princípio da solidariedade familiar. Também não há um momento determinado para o reconhecimento da obrigação alimentar no âmbito familiar do direito romano.

Já no Direito Justinianeu, a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes em linha reta ao infinito, legítimos ou não, foi devidamente reconhecida. Entre os cônjuges, a mulher tinha direito aos alimentos, já o homem, não, entretanto havia divergências doutrinárias. Nesta época, os alimentos poderiam ser negados em virtude de ingratidão e o ônus do alimentante cessava nos casos em que se verificasse que não mais possuía condições de sustentar-se.

A obrigação alimentar no Direito Justinianeu foi o ponto de partida para a determinação desta obrigação no âmbito familiar.

### 1.2.2 - Direito Canônico

Nos primeiros tempos, o direito canônico ampliou o âmbito das obrigações alimentares, abrangendo: sustento, habitação e tudo o que era necessário à vida, sendo amplamente reconhecida, não se restringindo apenas a um dever ou obrigação decorrente do contrato matrimonial. Esse reconhecimento ocorreu tanto na relação familiar como na extrafamiliar.

Foi através da interpretação do texto que se referia ao "*liberi naturales*" do Direito Justiniano que os filhos havidos fora do casamento em relação ao companheiro da mãe obtiveram o reconhecimento do direito aos alimentos, reconhecendo o vínculo pelo sangue.

Aqui, também surgiram dúvidas se entre padrinhos e afilhados ou entre tios e sobrinhos haveria obrigação alimentar, em razão do vínculo espiritual.

O Código Canônico mantendo a tradição eclesiástica, não disciplina o instituto de forma específica, mas algumas disposições a respeito do assunto.

### 1.2.3 - Direito Comparado

Os países civilizados cuidam do instituto levando em consideração vários contextos, seja quanto à natureza, seja quanto às pessoas que a ela estariam vinculadas.

Cada ordenamento jurídico, disciplina o instituto alimentar de maneira específica, observando regras condizentes com suas tradições e costumes, bem como em razão de valores próprios que entende por bem tutelar.

### 1.2.4 - Direito Brasileiro

A obrigação alimentar no direito pátrio encontra-se prevista desde as Ordenações Filipinas, sendo que o texto mais importante sobre alimentos foi inserido no Livro 1, Título LXXXVIII, 15:

Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu

mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de 12 anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda.<sup>1</sup>

Os Livros 1, Título LXXXVIII, 11 e o 4, Títulos XCIX, 1º trataram do direito alimentar dos filhos ilegítimos.<sup>2</sup>

O Assento de 09/04/1772, que recebeu força de autoridade de lei através do Alvará de 29/08/1776, foi considerado o documento mais importante sobre o que dispunha da obrigação alimentar. Trazia ele que era “dever de cada um alimentar e sustentar a si mesmo”. Entretanto, nesta afirmativa havia exceções, como por exemplo, nos casos de descendentes, irmãos e primos ilegítimos.

A Consolidação das Leis Civis, de autoria de Teixeira Freitas, trouxe à baila vários artigos que tratavam da obrigação alimentar. Tais artigos mencionavam os direitos entre pais e filhos legítimos, quanto à filiação e também quanto às relações de parentesco.

O Código Civil de 1916, em alguns de seus artigos, tratou da obrigação alimentar com efeito jurídico do casamento, inserindo vários deveres entre os cônjuges.

Paulatinamente, foram surgindo leis extravagantes sobre o direito aos alimentos, sendo a mais expressiva a Lei nº 5.478, de 25/07/1968, que trata da Ação de Alimentos. Ao lado desta, encontramos outras disposições legais, tais como: Lei de Proteção à Família (Decreto-Lei nº 3.200, de 19/04/1941); o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (Lei nº 8.112/90); Estatuto dos Funcionários Públicos Militares (Decreto-Lei nº 9.698/46) os quais permitiram o desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento; a Lei nº 968, de 10/12/1949, que dispõe sobre a tentativa de acordo nas causas que versam sobre desquite litigioso e alimentos, inclusive os provisionais; a Lei nº 883, de 21/10/1949, que outorgou aos filhos ilegítimos o direito aos alimentos provisionais; o Código de Processo Civil dispõe sobre a execução da pensão alimentícia e a Lei do Divórcio que alterou alguns dispositivos da Lei nº 883, de 21/10/1949.

---

<sup>1</sup> Cahali. Yussef Said. Dos Alimentos. 2002, p. 46.

<sup>2</sup> Idem nota 1.

A Lei nº 8.560, de 29/12/1992, que trata da Investigação de Paternidade dos filhos havidos fora do casamento, permitiu em seu artigo 7º, quando a ação for julgada procedente, a concessão de alimentos (provisionais ou definitivos) ao filho reconhecido que esteja necessitado.

Aos companheiros, também é possível a concessão de alimentos, conforme prevê as Leis nº 8.971, de 29/12/1994 e nº 9.278, de 10/05/1996.

O Código Civil trouxe inovações significativas para o instituto, são elas: caráter patrimonial da obrigação alimentícia que equipara os cônjuges aos parentes, quanto ao direito de pedir alimentos, para fazê-los irrenunciáveis em qualquer caso, e remanescendo a obrigação alimentícia, mesmo que dissolvida a sociedade conjugal pela separação judicial, até a benefício do cônjuge que foi responsável pela separação; possibilidade dos alimentos cômputos, quando a situação de necessidade resulta de culpa de quem os pleiteia, ou em se tratando de ex-cônjuge que foi o responsável pela separação judicial.

Vê-se, pois, que no direito pátrio, mesmo como a entrada em vigor do Código Civil, há várias leis tratando sobre o direito aos alimentos que não foram revogadas.

Conquanto, mesmo com tais inovações, o código não atendeu o anseio da sociedade e principalmente dos operadores do direito, pois não propiciou uma legislação atualizada e sistematizada, face a diversos fatores.

## 2 - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

### 2.1 - Conceito

O conceito vulgar de alimentos difere de seu conceito jurídico. Assim, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como “tudo aquilo necessário para sua subsistência”.

Na terminologia jurídica, os alimentos possuem um significado mais amplo, pois abrangem não só o fornecimento de alimentação propriamente dita, como também de habitação, vestuário, diversões e tratamento médico (*alimenta civilia*” e “*alimenta naturalia*”), acrescentando a idéia de obrigação.

Sílvio Rodrigues, define como:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também de habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução. (2000, p. 366).

### 2.2 - Espécies

Os alimentos podem ser classificados de várias maneiras, tais como: quanto à natureza, à causa jurídica, à finalidade, ao momento da prestação e quanto à modalidade da prestação.

#### 2.2.1 - Quanto à natureza: alimentos naturais ou civis

Alimentos naturais ou necessários são aqueles suficientes para atender as necessidades vitais do alimentado, tais como, alimentos, remédios, vestuários, habitação, etc.

Já os alimentos civis ou cômruos são os destinados a atender a todas as necessidades do alimentado, mas abrangem também as necessidades intelectuais e morais, ou seja, educação, instrução, assistência, lazer, etc.

No direito comparado, a distinção é expressa. Na jurisprudência pátria mais recente, tem reconhecido referida distinção:

TJSP, 3.a CC: A subsistência do ser humano não se constitui simplesmente de alojamento e comida. As necessidades também se medem pelo padrão possível de vida, a condição social da alimentada e “segundo a faculdade do patrimônio”, nas expressões das Ordenações (v. Lafayete, Direitos de Família, p. 282, 1869). Por isso mesmo, Lafayete dividiu os alimentos em naturais, os estritamente necessários para a manutenção da vida, e os civis, taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas. A situação social da autora exige que se lhe custeiem o lazer e outros bens de ordem cultural ou de natureza voluptuária. Não importa, destarte, que a autora perceba o necessário para viver com decência (01.04.1980, RJTJSP 67/32).

O Código Civil (artigos 1694, “*caput*” e 1704), dispõe que o cônjuge inocente, em caso de separação, poderá pleitear alimentos civis do cônjuge culpado. Enquanto este poderá pleitear do cônjuge não culpado os alimentos naturais, desde que não tiver parentes em condições de prestá-los e nem aptidão para o trabalho. É o que se depreende da análise dos artigos 1694, § 2º e 1704, parágrafo único. Os alimentos necessários que o cônjuge culpado terá direito deverão ser pleiteados em ação própria, após a separação judicial.

### 2.2.2 - Quanto à causa jurídica: a lei, a vontade e o delito

Os alimentos impostos pela lei, também conhecidos como alimentos legítimos, são aqueles que se derivam do parentesco (artigo 1964 Código Civil), do casamento (artigo 231, inciso III, Código Civil e artigo 19 da Lei de Divórcio) ou do companheirismo (Leis nº 8971/94 e 9278/96).

Os alimentos fundados no parentesco, que são aqueles que se fundam na relação consangüínea, têm como base os artigos 1694 e seguintes do Código Civil, que dispõe “podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir”.

Os cônjuges também devem alimentos um ao outro, em razão de um dos deveres conjugais, qual seja, o dever de mútua assistência (artigo 1566, inciso III

Código Civil) e também pelo fato do artigo 19 da Lei de Divórcio disciplinar a obrigação alimentar nos casos de separação litigiosa. Em virtude dos artigos 5º, inciso I e 226, § 5º da Constituição Federal ter igualado os direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, a obrigação alimentar pode ser imputada a qualquer dos cônjuges.

Em relação aos companheiros, também há obrigação alimentar, pois o artigo 2º da Lei 9278/96. elenca entre os direitos e deveres dos conviventes, a assistência material recíproca, e o artigo 7º da mesma Lei estatui que os alimentos são devidos em decorrência do mútuo dever de assistência material.

São voluntários os alimentos que decorrem da declaração de vontade. Podem ser “*inter vivos*” (também conhecidos como obrigacionais) ou “*mortis causa*” (ou testamentários). Os primeiros são devidos por quem não tem a obrigação legal de pagar alimentos. E os segundos, previstos no artigo 1920 do Código Civil, são manifestados através de testamentos, e muitas vezes, sob a forma de legado de alimentos.

Os alimentos que tem como causa jurídica o delito, são chamados de ressarcitórios ou indenizatórios e são aqueles destinados a indenizar vítima de ato ilícito, ou seja, constituem forma de indenização do dano “*ex delicto*”. Possuem como fundamento legal os artigos 948, inciso II e 950, ambos do Código Civil.

É importante salientar que somente os alimentos legítimos se inserem no âmbito do Direito de Família. Os indenizatórios e os voluntários “*inter vivos*” pertencem ao Direito das Obrigações e os voluntários “*causa mortis*” ao Direito das Sucessões.

Ponte de Miranda ensina:

Só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos “*ex dispositione iuris*”, constituem capítulo de direito de família; os convencionais ou obrigacionais ou prometidos e os legados pertencem ao direito das obrigações e ao das sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.

Portanto, a prisão civil pelo inadimplemento da obrigação alimentar, previsto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, somente é possível nos casos dos alimentos previstos no Direito de Família, ou seja, alimentos legítimos,

não se permitindo em caso de não pagamento dos alimentos decorrentes de ato ilícito (indenizatórios) e dos voluntários (obrigacionais ou testamentários).

### 2.2.3 - Quanto à finalidade: provisórios, provisionais e definitivos

Os alimentos provisórios são fixados liminarmente no despacho inicial proferido na Ação de Alimentos, de rito especial estabelecido pelo artigo 4º da Lei nº 5478/1968 (Lei de Alimentos). Eles constituem uma antecipação de tutela, exigindo, portanto, prova pré-constituída do parentesco e tem como finalidade garantir ao autor da ação o necessário à sua subsistência até que a ação seja definitivamente julgada.

Os provisionais, também conhecidos como “*ad litem*”, são os determinados em medida cautelar, preparatórios ou incidental, nas ações de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento e até mesmo na ação de alimentos. Visam assegurar a subsistência do alimentado (sustento, habitação, vestuário, etc.) como também as despesas processuais da ação principal (artigo 852, parágrafo único do Código de Processo Civil) e para a sua concessão é necessário comprovar os requisitos de toda medida cautelar, “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”. Os provisionais conservam a sua eficácia até o julgamento da ação principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogados ou modificados (artigo 807 do Código de Processo Civil).

Os definitivos ou regulares possuem como finalidade propiciar as despesas civis do alimentado e são aqueles estabelecidos pelo juiz na sentença ou mediante acordo das partes devidamente homologados, com prestações periódicas, de caráter permanente, podendo ser revistos a qualquer tempo com fulcro no artigo 1699 do Código Civil.

### 2.2.4 - Quanto ao momento da prestação: atuais, futuros ou pretéritos

Os atuais são os postulados a partir do ajuizamento da ação, enquanto os futuros são os devidos a partir da sentença ou de acordo e os pretéritos são os que deveriam ter sido prestados e não o foram e, assim, são os que antecedem a ação.

O direito pátrio somente admite os alimentos atuais e futuros, pois se o alimentado conseguiu prover sua necessidade até o ajuizamento da ação, o passado não é acolhido pelo direito.

#### 2.2.5 - Quanto as modalidade: obrigação própria e imprópria

Obrigação alimentar própria é a obrigação que tem como conteúdo a prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa. Já a obrigação alimentar imprópria é aquela que tem como conteúdo o fornecimento dos meios idôneos à aquisição de bens necessários à subsistência.

Para Yussef Said Cahali “esta classificação faz da dívida alimentar uma obrigação fungível”, de acordo com o artigo 1701 do Código Civil.

### **2.3 - Características da Obrigação Legal de Alimentos**

A obrigação de prestar alimentos constitui direito:

#### 2.3.1 - Personalíssimo

Os alimentos visam à subsistência do alimentado, assim é um direito pessoal, inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do alimentado, no sentido de que sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico, seja por outro fato jurídico, constituindo sua característica fundamental. O direito a alimentos extingue-se com a morte do alimentado.

#### 2.3.2 - Intransmissibilidade

Face ao caráter personalíssimo dos alimentos, estes se constituem intransmissíveis, tanto ativa como passivamente, sendo direito pessoal e intransferível. Nos termos do artigo 1700 do Código Civil “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1694”, contudo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, e que com a morte do alimentante, a obrigação alimentar extingue-se, mas os sucessores responderão

se houver pensão alimentícia vencida e não paga, ou seja, créditos alimentícios pendentes. Já o artigo 23 da Lei do Divórcio afirma: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1796” do Código Civil<sup>3</sup>.

Com a vigência do artigo 23 da Lei n. 6.515/77 surgiram dúvidas se a obrigação alimentar se transmite ou não aos herdeiros do devedor. Alguns entendem que pelo fato da obrigação alimentar ser personalíssima, vigora o princípio da intransmissibilidade da obrigação alimentar, contudo o artigo 23 da Lei do Divórcio revogou o artigo 1700 do Código Civil, portanto, a obrigação alimentar é transmissível, executando apenas pela limitação do artigo 1997 do Código Civil. Assim, dúvidas surgiram se a transmissibilidade se estende somente aos alimentos entre os cônjuges ou aos demais casos.

Parte da doutrina entende que a transmissibilidade se estende somente aos alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em virtude do artigo 23 da Lei nº 6.515/77 estar inserido no capítulo que trata da dissolução da sociedade conjugal, bem como ser uma exceção à regra geral do artigo 1700 do Código Civil.

Por outro lado, Milton Fernandes entende que “o artigo 23 não distingue entre alimentos decorrentes do parentesco ou do casamento. O intérprete não pode fazer qualquer diferenciação: ubi lex distinguit, nec nos distinguere debemus”.

Para o autor, a transmissibilidade estende-se tanto aos alimentos decorrentes do parentesco quanto aos cônjuges.

### 2.3.3 - Incedibilidade

Pela própria natureza dos alimentos, estes não podem ser cedidos, conforme prescreve o artigo 286 do Código Civil: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor...”, sendo expresso também no artigo 1707.

Aduz Orlando Gomes:

---

<sup>3</sup> Vide artigo 1997 Código Civil.

Outorgado, como é a quem necessita de meios para subsistir, e, portanto, concedido para assegurar a sobrevivência de quem caiu em estado de miserabilidade, esse direito é, por definição e substância, intransferível; seu titular não pode sequer ceder o seu crédito que obteve em razão de se terem reunidos os pressupostos da obrigação alimentar. (1999, p. 328).

Outros doutrinadores, encabeçados por Carlos Roberto Gonçalves entendem que somente os alimentos futuros não podem ser cedidos a outrem, não ocorrendo o mesmo com os alimentos vencidos, que por já terem integrado o patrimônio do credor, constitui crédito comum e assim podem ser cedidos.

#### 2.3.4 - Impenhorabilidade

Por essência, a obrigação alimentar é pessoal, ou seja, constitui direito personalíssimo, sendo a sua finalidade a de manter a subsistência da pessoa alimentada e não para satisfazer débitos de qualquer natureza. Neste diapasão, os créditos alimentares não podem ser objetos de penhora (artigo 813 do Código Civil c.c. o artigo 649, inciso VII, do Código de Processo Civil). Entretanto, a penhora pode recair na soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas.

Orlando Gomes, ensina:

Admite-se, outrossim, que os alimentos são impenhoráveis no estado de créditos; a impenhorabilidade não acompanharia os bens em que foram convertidos. Sustenta-se, afinal, com fundamentos razoáveis, que a penhora pode recair sobre a soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas.

#### 2.3.5 - Incompensabilidade

Em decorrência do caráter personalíssimo, os alimentos não podem ser compensados. Tal vedação está fundada no artigo 373, inciso II, do Código Civil. Se a compensação fosse permitida, haveria a extinção do direito a alimentos e o alimentado sofreria prejuízo, visto que os alimentos são destinados a sua manutenção. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo a compensação no caso de prestações vincendas, de valores pagos a mais,

entendendo tratar-se de adiantamento das prestações futuras e assim evitar enriquecimento sem causa por parte do credor.

#### 2.3.6 - Imprescritibilidade

O artigo 206, § 2º do Código Civil dispõe: “prescrevem em 2 anos (dois) anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”. Contudo, o direito de ação de alimentos é imprescritível, pois o indivíduo a qualquer momento pode necessitar de alimentos.

#### 2.3.7 - Não transacionável

Em virtude da natureza indisponível da obrigação alimentar, o direito a alimentos não pode ser transacionado, bem como renunciado. Também não pode ser objeto de juízo arbitral ou compromisso, contudo há doutrina em sentido contrário.

Em relação aos alimentos pretéritos, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas em ser lícita a transação, haja vista que a finalidade da lei já foi cessada, ou seja, de sustentar o necessitado em época que já passou. O artigo 841 do Código Civil estabelece que somente admite transação para os direitos patrimoniais de caráter privado, sendo que a obrigação alimentar tem caráter pessoal e interesse público, não permitindo a transação. Entretanto, a jurisprudência vem permitindo a transação no “quantum” das prestações tanto vencidas (por se tratar de direito disponível) como vincendas.

#### 2.3.8 - Atual

Pelo fato de o direito brasileiro somente admitir os alimentos atuais e futuros, os alimentos só são exigíveis para satisfazer as necessidades atuais e futuras do alimentado. Este nunca poderá pleitear pensão alimentícia relativa às dificuldades que teve no passado.

### 2.3.9 - Irrepetibilidade

Constituindo o dever alimentar matéria de ordem pública, não há direito à restituição dos alimentos pagos, sejam eles definitivos, provisórios ou provisionais, uma vez que se destinam a serem consumidos por quem deles necessitar. No entanto, é possível a restituição nos casos de valores pagos a mais e que não eram devidos. (TJSP – Ag. de Instrumento 218.442-1, 28-6-94, Rel. Dês. Santos).

### 2.3.10 - Irrenunciabilidade

O direito à alimentos futuros é irrenunciáveis face ao princípio da aceitação, haja vista que não se admite a renúncia, porque na relação predomina o interesse público sobre o particular. É o que preceitua o artigo 1707 do Código Civil: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Contudo, os alimentos vencidos e não pagos são renunciáveis.

Neste sentido Orlando Gomes, ensina:

[...] o que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, mas aos alimentos devidos e não prestados o alimentando pode renunciar, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito a alimentos; a renúncia posterior é, portanto, válida (1999, p. 329).

Em relação aos cônjuges, parte da doutrina entende que os cônjuges podem renunciar aos alimentos, visto que o artigo 1707 do Código Civil está inserido no capítulo que trata dos alimentos devidos em razão do parentesco, sendo que os cônjuges não são parentes e, portanto os alimentos derivados do vínculo conjugal não têm os mesmos liames dos alimentos decorrentes do parentesco. No entanto, há entendimento contrário calcado na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, a qual firma: “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”. Entretanto, para parte da doutrina a Súmula 379 do STF estaria revogada em face do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal que igualou os direitos e deveres entre homem e mulher.

## 2.4 - Natureza Jurídica dos Alimentos

O dever de prestar alimentos repousa na solidariedade humanitária, no dever familiar de mútua assistência que os parentes devem uns aos outros.

Arnaldo Rizzardo afirma:

Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. [...] Funda-se, outrossim, a obrigação alimentícia sobre um interesse de natureza superior, que é a preservação da vida humana, e a necessidade de dar às pessoas certa garantia no tocante aos meios de subsistência.

Inicialmente, o direito a alimentos surgiu como um dever ético e moral, revestido de assistência pessoal, pois é fornecido àqueles que não tem condições de prover sua própria subsistência.

Nilton Ramos Dantas Santos aduz:

Os alimentos, não sendo contra-prestação da força de trabalho do próprio alimentado, não podem ser exigidos para gerar riqueza. Os alimentos são prestados a quem deles necessitar para sobreviver, ou seja, a quem deles necessita para conservação de sua vida em sociedade.

Vê-se, pois, o caráter, moral e assistencial dos alimentos.

Neste sentido, é correto afirmar que existe na obrigação alimentar uma dose muito forte de um dever moral de assistência como obrigação espiritual imposta em lei, com vigência durante o matrimônio, quando o par reciprocamente se apresenta para repartir afeto, dificuldades e alegrias próprias de uma desejada convivência e que desaparecem quando cessa esta mesma convivência.

E ainda, para os que afirmam à natureza ética dos alimentos sustentam que “o alimentado não tem nenhum interesse econômico, visto que a verba recebida não aumenta seu patrimônio,...”.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos também entende que os alimentos possuem caráter assistencial: “... a prestação de alimentos, após a dissolução do casamento, tem caráter assistencial e não indenizatório, condicionando-se aos pressupostos da necessidade do credor e da possibilidade do devedor”.

Com o passar dos tempos, o caráter alimentar passou a ser também um dever legal.

Os alimentos, como dever legal e moral, encontram respaldo no artigo 1566, inciso III, do Código Civil, o qual afirma ser um dever recíproco entre os cônjuges. Está fundado também no princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges (artigo 226, § 5º, da Carta Magna).

O artigo 320 do Código Civil, ora revogado, afirma que o marido deveria prestar alimentos à mulher, quando esta fosse inocente e pobre. Assim sendo, os alimentos sempre eram concedidos à mulher, quando não fosse culpada e fosse possível presumir sua necessidade. Seria também, uma forma de compensar seus afazeres domésticos.

Da análise do artigo 320 do Código Civil, verifica-se que os alimentos não possuem caráter indenizatório, pois este só estaria presente quando houvesse prejuízo fundado no comportamento culposos.

Com o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), mais precisamente de seu artigo 19, surgiram dúvidas quanto à aplicação dos alimentos, nos casos em que somente houvesse um cônjuge responsável pela separação ou quando a dissolução da sociedade conjugal decorresse da culpa de ambos.

Quando o legislador dispôs “cônjuge responsável pela separação” não fez acepção entre homem e mulher, assim, o responsável pela separação, não há porque falar em prestação alimentícia. Entretanto, já houve entendimento que sendo ambos os cônjuges culpados, o homem deveria prestar alimentos à esposa.

Em contrapartida, há quem sustenta ter os alimentos um caráter indenizatório, servindo como uma obrigação de reparar, com a ruptura do matrimônio, os danos sofridos pelo cônjuge inocente.

Tito Fulgêncio também defendeu o caráter indenizatório dos alimentos, discorrendo:

É abonada à mulher inocente e pobre a título de reparação do prejuízo que lhe causou o seu marido, tornando, por sua conduta, necessário o desquite, e privando-a destarte dos recursos com que o casamento lhe autorizava a contar para viver.

Combatendo a tese acima, Carvalho Santos escreve:

Não se trata de crédito de indenização, mas, sim de crédito alimentar estabelecido em favor do cônjuge inocente. Pensão alimentícia é o termo empregado pela lei como que querendo mostrar que o seu intuito é de afastar qualquer de indenização. E nem se compreenderia que houvesse esse caráter de indenização quando só se concede a pensão alimentícia ao cônjuge que for pobre e inocente. Embora inocente, pois, o cônjuge não terá direito à pensão se não for pobre. Logo, a necessidade do alimento está em primeiro plano, revelando a natureza de pensão que tem todas as características de verdadeiro alimento. Mesmo porque se fosse a pensão dada a título de indenização, ela haveria de ser devida sempre que o cônjuge fosse inocente, mesmo que fosse rico. De fato, quem poderá afirmar que o art. 159 do Código Civil não se aplica na hipótese de ser rica a pessoa que sofreu o prejuízo por culpa de outrem?.

Rolf Madaleno também compartilha deste entendimento:

Os alimentos, no entanto, sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para sua manutenção, não se confundindo jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento, muito embora, mas sem razão, alguns textos de doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa, por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente. Basta ver que a indenização carrega, no seu objetivo, um fundamento de punição pecuniária daquele que violou sagrados deveres éticos do casamento, ou do seu estado de família, enquanto os alimentos, embora também satisfaçam à vítima, têm como função assegurar-lhe a sobrevivência física e cessam quando desaparecem as necessidades do beneficiário, isto, quando não surjam outras razões de exoneração, como por exemplo, o casamento do alimentado, ou sua independência financeira com a alocação de um trabalho e de sua correlata remuneração.

Os adeptos da natureza indenizatória dos alimentos sustentam que rompido o laço matrimonial, estar-se-iam rompidos também as obrigações decorrentes do matrimônio, sendo portanto, os alimentos uma indenização prestada ao cônjuge inocente. Não se trataria de um prolongamento do dever de alimentos, entre os cônjuges, mas de obrigação de reparar as conseqüências de um ato ilícito, pelo fato de haver ocasionado de forma culposa o divórcio.

Afilia-se, também, a esse entendimento Mário Moacir Porto, que afirma:

A dívida de alimentos de que cuida o artigo 19 da lei 6515/77 é, na verdade, uma indenização por ato ilícito, que se cumpre sob a forma de pensão alimentar; uma reparação pecuniária pela dissolução prematura e reprovável da sociedade conjugal, por culpa de um dos cônjuges (art. 5º, "caput", da Lei 6515/77).

Tal caráter indenizatório dos alimentos tem como fundamento a responsabilidade civil, mais precisamente, os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Entretanto, deve-se distinguir o caráter indenizatório dos alimentos com a indenização prevista no artigo 186 do Código Civil. Nesta o devedor sempre é punido, independentemente de poder prover ou não seu sustento, não ocorrendo o mesmo no direito alimentar.

Na obrigação alimentar também é levada em consideração a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado e a falta de pagamento leva à prisão civil do alimentante. Já na obrigação alimentar decorrente da responsabilidade civil não é levada em consideração na fixação do “quantum debeatur” a possibilidade econômica do devedor e não há prisão civil decorrente do inadimplemento.

Entende Áurea Pimentel Pereira que, com o advento da Lei do Divórcio, mais precisamente em seu artigo 19, os alimentos deixaram de ter um caráter indenizatório para ter um caráter alimentar, sendo fixados de acordo com o binômio: possibilidade – necessidade.

Neste sentido:

[...] na medida em que no referido artigo, se inseriu como pressuposto para concessão da pensão a necessidade do cônjuge, que à separação não deu motivo, diluído ficou o conteúdo indenizatório da pensão, ficando claro assim que, destinando-se, como de destina, dita pensão, a atender às necessidades, vale dizer, que ao sustento do cônjuge que não foi pela separação responsável, tem, inegavelmente, dita pensão, nítido conteúdo alimentar.

Pressuposto, todavia, para o recolhimento da obrigação alimentar a cargo do cônjuge, que pela separação tenha sido responsável, é, insista-se, que o outro cônjuge, efetivamente dos alimentos necessite para se manter.

Dita pensão tem nítida natureza alimentar, não revestindo a característica de perdas e danos, já que condicionados à necessidade do cônjuge credor.

Para Áurea Pimentel, o artigo 19 da Lei 6515/77 não faz referência a culpa, portanto os alimentos possuem caráter alimentar, sendo prestados ao cônjuge que não foi responsável pela separação.

João Claudino de Oliveira e Cruz confere aos alimentos natureza de caráter misto: indenizatório e alimentar. Indenizatório porque é penalidade imposta ao cônjuge culpado pela separação e alimentar porque é destinado a

subsistência do cônjuge, devendo ser preenchido o binômio necessidade - possibilidade. Neste diapasão:

[...] a solução acertada, a nosso ver, é a que considera que a referida pensão alimentícia participa de um caráter misto de indenização e de alimentos, fixando-se, assim, no meio termo. É uma pensão alimentícia de caráter especial; traduz-se, efetivamente, em alimentos. Mas a sua prestação se faz por via de indenização [...]. A sua concessão tem o caráter de indenização, mas a sua fixação, o seu pagamento, a sua revisão, etc se subordinam aos princípios gerais aplicáveis aos alimentos, não, porém, de modo absoluto, justamente por não se tratar somente de alimentos.

Yussef Said Cahali também entende que os alimentos possuem um caráter misto:

Reconhecido que a doutrina da natureza mista da pensão devida ao desquitado é a que melhor corresponde ao sistema do direito brasileiro, impende considerar que a pretensão alimentícia do cônjuge não responsável pela separação somente se legitima se dela necessitar (Lei do Divórcio, artigo 19), fixando então o juiz a pensão devida segundo os parâmetros do artigo 1694, § 1º do Código Civil: na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Identifica-se, assim, uma indenização alimentar, uma obrigação em forma de alimentos criada por lei, mas de fundamentação indenizatória do prejuízo resultante da extinção antecipada do dever de socorro, dever de que aquela obrigação de alimentos não seria propriamente o prolongamento, mas a substituição.

Portanto, sabido que os alimentos repousam na solidariedade humana e familiar e que se destinam à sobrevivência, é perceptível que sua natureza é nitidamente alimentar.

## **2.5 - Pressupostos da Obrigação Alimentar**

O primeiro pressuposto da obrigação alimentar é a existência do vínculo familiar entre o alimentado e a pessoa obrigada a suprir alimentos, ou seja, o alimentante. Somente estão obrigados a prestar os alimentos, os parentes, os cônjuges (no caso da dissolução conjugal, pois na constância do casamento a obrigação é um dever legal) e os companheiros.

Dispõe o artigo 1695 do Código Civil:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Assim, o segundo requisito é a necessidade do alimentado. Este deve ser impossibilitado de prover a sua própria subsistência, seja por incapacidade, doença, idade avançada, falta de trabalho ou bens, ou, ainda, por outro motivo relevante.

Não basta, todavia, a existência do vínculo de família para que a obrigação se torne exigível: é preciso que o eventual titular do direito à prestação de alimentos os necessite de verdade. Necessário, numa palavra, que esteja em estado de miserabilidade. Por tal deve-se entender a falta de recursos, sejam bens ou outros meios materiais de subsistência, mas, também, a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção.

O último pressuposto é a possibilidade do alimentante. Tendo em vista que a possibilidade tem alicerce na capacidade financeira do alimentante, este somente poderá fornecer alimentos, não será obrigado a cumprir a obrigação. Afirma o artigo 1694, 1º do Código Civil: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Neste contexto, há o surgimento do binômio: necessidade - possibilidade, pressuposto indispensável em qualquer ação em que se pleiteie alimentos. E de ressaltar que em determinadas situações, far-se-á necessária a comprovação da culpa.

## **2.6 - Características da Obrigação de Prestar Alimentos**

Face aos pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, vínculo familiar, necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante, são condições para deferimento da obrigação alimentar; na falta de qualquer deles, a obrigação deixará de existir ou, se já existentes, extinguir-se-á.

A obrigação alimentícia é variável, porque o quantum da pensão alimentícia não faz coisa julgada. A sentença na ação de alimentos é prolatada com base na cláusula “*rebus sic stantibus*”, portanto, ocorrendo mudanças na necessidade do alimentado e/ou na possibilidade do alimentante, o valor da pensão alimentícia poderá ser modificado a qualquer momento. É o que preceitua o artigo 1699 do Código Civil:

Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Da análise do artigo, vê-se que a pensão alimentícia além de poder ser majorada ou diminuída, pode também ser extinta.

Dispõe o artigo 1696:

O direito à prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Desta forma, a obrigação alimentar é recíproca, pois aquele que pede alimentos também pode ser acionado a prestá-los.

## **2.7 - Função e conteúdo da Obrigação Alimentar**

A finalidade dos alimentos é assegurar ao necessitado aquilo que é preciso para a sua manutenção, em todos os sentidos, proporcionando-lhe os meios de subsistência quando estiver impossibilitado de produzi-los.

Sob este aspecto, o artigo 1694 do Código Civil, fez distinção entre dois tipos de prestação alimentícia: alimentos civis e alimentos necessários. Os alimentos civis ou cômmodos são aqueles fixados na proporção das necessidades do reclamante para viver de modo compatível com a sua condição social, ou seja, seu limite está capacidade econômica do alimentante. Já os alimentos necessários são aqueles indispensáveis à subsistência do alimentado.

Quanto ao conteúdo, não tem dispositivo específico no ordenamento jurídico nacional, nada obstante o artigo 1920 do Código Civil e referência. Entretanto, a tradição de nosso direito entende que os alimentos devidos ao filho menor, esta fundado na relação parentesco do poder parental, abrangendo sustento, guarda e educação. Cessada a menoridade do filho, os alimentos devem ser pleiteados em função das simples relação parentesco segundo as regras gerais.

O artigo 1694 do Código Civil, por sua interpretação literal, entende-se que a necessidade de educação, antes ressalvada apenas ao menor, estendeu

igualmente a todos os alimentários, parentes, cônjuges ou companheiros. Entretanto, à idéia de sustento e satisfação das necessidades do favorecido está ligada no sentido amplo de assistência e auxílio com vistas ao regular desenvolvimento do ser humano.

## **2.8 - O Caráter Não Patrimonial da Obrigação Alimentar**

A obrigação alimentar tem a maioria de seus preceitos disciplinados na relação familiar, constituindo assim um interesse familiar superior, distinguindo das demais obrigações alimentares ex lege, pelo caráter não patrimonial ou por sua finalidade familiar superior, consubstanciando com suas características específicas (personalíssima, intransferível, não transacionável, etc.), tornando única nas relações inter-privadas.

Face as suas características, tanto o direito de alimentos do alimentado, bem como o dever de prestá-los do alimentante, não tem caráter de direito patrimonial, haja vista, que o caráter superior, social e familiar do instituto sobrepõe as simples relações individuais de conteúdo econômico.

Neste sentido Giorgio Bo, entende:

[...] pretende ver reconhecido o caráter não patrimonial do direito de alimentos, com a conseqüente não-patrimonialidade da obrigação; embora sustente que isto decorreria não do caráter familiar da obrigação alimentícia, mas do fim colimado, qual seja, do interesse pela vida do indigente, justificada assim essa peculiaridade, atribuída a toda obrigação ex lege, e não apenas à obrigação familiar, em contraposição àquelas outras obrigações alimentares derivadas do contrato ou do delito. (Diritto degli Alimenti, n.2, p. 14).

Nada obstante, parte da doutrina entende que a obrigação alimentícia tem caráter patrimonial, mesmo sendo um direito à vida, sendo por si mesmo personalíssimo, não deixa de ser patrimonial, uma vez que há uma prestação econômica exigível a uma pessoa em favor de outra; há um credor e um devedor caracterizando uma relação obrigacional.

### 3 - NASCITURO

#### 3.1 - Conceito e Etimologia do Nascituro

O tema nascituro é pouco tratado no Brasil, mais é de grande relevância, haja vista a denominada “modernização”, isto é, a evolução célere do ser humano, consubstanciando com novos costumes, culminando com a falta de formação física e psicológica das pessoas, iniciando cada vez mais cedo a vida sexual, conseqüentemente ficando em gestação mesmo antes de suas formações hormonais. Tal descompasso nas etapas do crescimento dos indivíduos, trouxe ao judiciário mais este fato, necessitando de prestação jurisdicional. Conquanto, a maioria da doutrina prefere fechar os olhos para o assunto, bem como para as situações jurídicas acerca do instituto e colocá-los como mero ser com expectativa de direitos. Ocorre que atualmente diante dessas evoluções e das situações novas, bem como suas conseqüências jurídicas, não podemos simplesmente nos escusar.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa nascituro é: “o que ou aquele que vai nascer”, gramaticalmente falando. Juridicamente, seu conceito é: “diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo”. Etimologicamente, nascituro vem do latim “*nasciturus (que deve nascer)*”. (HOUAISS, Instituto Antonio. Dicionário houaiss da língua portuguesa.1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, p. 1997).

Segundo o Direito Romano no Digesto 1, 5, 26 “*Qui in utero sunt, in toto poene iure civili intelleguntur, in rerum natura esse*”, ou seja, “os que estão no útero; tem quase todo direito civil se têm por nascidos”.

Na doutrina podemos encontrar vários conceitos para a palavra “nascituro”. Para Ponte de Miranda seria “o concebido ao tempo que se apura se alguém e titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”.

Silvio Rodrigues ensina: “nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Silvio Rodrigues. Direito Civil. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36

Silmara Chinelato e Almeida define o nascituro como: “...pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (in anima nobile), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com a sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter dado à luz”.

Segundo Rubens Limongi França, o nascituro é pessoa:

[...] o nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. Sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos que nada sabem da vida e, também, não são capazes de se conduzir. O nascituro está para a criança como esta está para os adultos. (1981, p. 50).

Encontramos então os mais diversos conceitos de nascituro, entretanto se analisarmos o que provém do latim, teremos aquele que há de nascer ou é a pessoa que está por nascer, já concebido no ventre materno.

A expressão no ventre materno é importante se levarmos em consideração de que na fecundação in vitro pode haver o início da vida, mas não há gravidez, que é condição que assegura o desenvolvimento vital do conceito, afinal, não poderá se desenvolver, senão dentro do ventre materno. Tal expressão refere-se à gravidez. Não se pode falar em nascituro enquanto o ovo não for implantado na barriga da mãe.

O significado de nascituro não pode ser confundido também com o de prole eventual, pois este se refere à pessoa ainda não concebida.

O nascituro é, portanto, pessoa ainda não nascida, mas já concebida no ventre materno, titular de direitos e protegida por lei.

## **3.2 - Nascituro no Direito Estrangeiro**

### **3.2.1 - Origem (Grécia e Roma)**

Na Grécia, desde a antigüidade já se admitia a capacidade jurídica do nascituro. Em Roma exigia-se não só o nascimento com vida, como também a forma humana, repelindo monstros e prodígios.

Para os romanos alguns fatores externos eram de grande relevância, tais como o estado do filho de justas núpcias, que era regulado ao tempo de sua concepção para que não houvesse prejuízo a esse estado, como por exemplo, perda da liberdade ou cidadania, já o filho concebido fora das justas núpcias teria seu estado avaliado no momento de seu nascimento.

No direito romano para existência de pessoa eram necessárias duas condições: - natura – nascimento perfeito e status. O nascimento perfeito inclui quatro condições: feto separado do ventre materno; nascer vivo, ter forma humana e ser viável.

Mesmo assim, alguns direitos estão resguardados ao nascituro, desde a época da concepção, como por exemplo, os direitos sucessórios.

Destaque-se que a maior incerteza do direito romano dizia respeito ao início da existência da pessoa e da personalidade. A lei algumas vezes estabelecia uma personalidade condicional, outras vezes negava-lhe totalmente a personalidade.

No período do Direito Intermediário, iniciado por volta do ano de 565, a doutrina canônica exercia papel fundamental, não apenas em virtude do Papa, mas como força unificadora do mundo medieval. Em relação aos conceitos, entendiam os pensadores cristãos ser necessária a distinção entre os fetos formados e os informes, pois os formados recebem a alma, passando a ter vida a partir daí.

### 3.2.2 - França

No Código Civil Francês de 1804, arts. 725 e 906, o nascituro tem seus direitos resguardados podendo assumi-los apenas se nascer vivo e ser viável, requisitos constatados mediante perícia médica. É indispensável a concepção, a prole eventual não é protegida. Portanto, o dispositivo fala em nascimento viável. Nenhuma ação é admitida “quando à filiação de uma criança que não nasceu viável” (art. 311-4). Por isso: “são incapazes de suceder: 1º Aquele que não foi concebido; 2º a criança que não nasceu viável; 3º Aquele que é morto civilmente” (art. 725).

A Lei 13 de julho de 1930, que trata das apólices de seguro, beneficia em seu artigo 63 a prole eventual (nascituro não concebido).

A prole eventual é a pessoa futura que ainda não foi concebida, indeterminada, mas determinável, ela pode ser ainda beneficiária em caso de, por exemplo, encargo deixado ao legatário universal em dar soma em dinheiro, ou um bem à prole eventual de determinada pessoa.

O Ordenamento Francês tem-se inclusive admitido que o nascituro tem direito à reparação por danos sofridos no útero, independente de reparação paga ou não à sua genitora. No Canadá e EUA tem o mesmo entendimento.

### 3.2.3 - Itália

A Itália possui uma legislação bastante moderna sobre o assunto, inclusive com dispositivos que prevêm que o “nascituro” tem direitos sucessórios.

O Código Civil em seu artigo 1º, desapareceu com o requisito da “viabilidade”, reconhecendo os direitos ao nascituro, subordinando-os ao evento, nascimento com vida. Quanto a investigação de paternidade é necessário o nascimento com vida. Quanto a adoção a lei é omissa em relação ao nascituro. Danos sofridos na vida intra-uterina são passíveis de reparação. Quanto a herança é possível fazê-la em favor do nascituro, nascendo morto haverá eliminação retroativa da vocação hereditária, sendo a herança atribuída ao sucessor na ordem.

Em relação a contratos em favor de terceiros, somente o ser já concebido atua como beneficiário, exceto nos seguros de vida (cabível à prole eventual).

### 3.2.4 - Áustria

A Áustria tem uma legislação moderna e desenvolvida, adota a teoria concepcionista e vê o fato do feto nascer morto com uma condição resolutive de seus direitos.

Os concebidos têm proteção legal pelo Código Civil Austríaco, são considerados nascidos em relação a seus direitos, mas o natimorto é como se não tivesse sido concebido.

Em seu artigo 274, reconhece os direitos do nascituro e da prole eventual.

### 3.2.5 - Portugal

A legislação civil portuguesa de 1867 exigia o nascimento com vida e forma humana para atribuir personalidade, entretanto, juristas da época já viam tais exigências como inviáveis, declarando que a origem da personalidade deveria dar-se na verdade, com a concepção.

Com a entrada em vigor do Código Civil editado em 1966, seu artigo 66 trouxe novo entendimento, estabelecendo:

1 - A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo com vida.

2 – Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem de seu nascimento.

Nesta concepção, o Código Português adotou a teoria da personalidade condicional, no entanto essa condicionalidade é exigida somente para herança e doação como condição resolutiva.

### 3.2.6 - Argentina

O Código Civil Argentino, reconhece a personalidade jurídica do nascituro colocando-o como absolutamente incapaz. Seu artigo 70 dispõe:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en le seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

O artigo 54 do mesmo diploma: “Tiene incapacidad absoluta: 1º las personas por nacer”

O diploma argentino inspirou-se no Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, jurista brasileiro, consagrando a teoria concepcionista. O Código Argentino não acolheu o requisito viabilidade para que se tenha a personalidade.

O diploma legal ainda admite que o nascituro pode receber doações e herança por meio de seu representante legal. O ser já concebido ao tempo da morte do autor da sucessão é capaz de suceder. Se nascer morto não poderá fazê-lo. O código não faz menção à prole eventual.

A legislação Argentina, por seu turno, adverte que a morte do nascituro antes do total desprendimento materno conduz à consideração de que o concepto nunca existiu. Em caso de dúvida, presume-se a vida, vencível mediante prova em contrário. No entanto, considera o mesmo código que o termo inicial da personalidade, como ficou claro, está calçada na concepção, por força do disposto no artigo 70.

### **3.3 - Nascituro no Direito Brasileiro**

Em 1823, com a Proclamação da Independência, foi estabelecido que as Ordenações do Reino de Portugal, em especial as Filipinas seriam a base para o direito brasileiro, até que se organizassem os códigos, tanto civil como o criminal.

As ordenações garantiam direitos aos nascituros, já que na época se considerava que as palavras filho e criança eram abrangentes e incluíam o nascituro. Segundo o parágrafo 7º do Título XVIII do Livro 3º, a mulher prenhe, em razão da criança que tinha em seu ventre, teria direito a bens, e segundo parágrafo 5º do Título LXXXII, do Livro 4º seria nulo o testamento, se sobrevivesse ao testador, um filho legítimo. Em Portugal, o mesmo documento, previa em seu Título LV, que para obter os direitos, seria necessário que o embrião nascesse com vida.

Desta forma, desde as Ordenações do Reino de Portugal já eram atribuídos direitos ao nascituro, conquanto exigia o nascimento com vida, consubstanciando dúvida se o nascituro era considerado sujeito de direito ou era uma mera expectativa de vida.

Em 1865, elaborou-se um estudo preliminar ao Código Civil, sendo concluído em 1868 com a denominação “Consolidação das Leis Civis”, elaborada por Augusto Teixeira de Freitas. O artigo 1º deste instituto consagrou os direitos do não nascido, ao tempo do nascimento com vida, conforme redação:

As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento.

Contudo, a palavra sucessão é empregada de forma errônea, haja vista os demais direitos contemplados ao nascituro, tais como: reconhecimento dos filhos ainda por nascer como naturais se já estavam concebidos, ou então, a alforria aos filhos se esta foi concedida a grávida escrava, entre outros.

José Thomaz Nabuco de Araújo, em 1873 iniciou um novo projeto de código civil, onde incluía o nascituro no rol dos absolutamente incapazes, considerando o mesmo, como pessoa desde sua concepção. Tal projeto não foi concluído devido à morte do jurista. Face ao projeto incompleto, Joaquim Felício dos Santos, teve autorização para elaborar um novo projeto, o qual concluiu em 1881. No que tange ao nascituro, manteve o mesmo posicionamento de José Thomaz.

A Lei do Casamento Civil de 1890 estabeleceu como efeito do casamento a legitimidade dos filhos anteriores ao casamento quando nenhum dos nubentes estavam casados com outras pessoas ao tempo do nascimento.

Neste mesmo ano, Coelho iniciou outro Projeto de Código Civil, finalizando em 1893, dispondo em seu artigo 3º que:

A capacidade civil da pessoa natural começa do seu nascimento; mas desde a concepção do feto humano, a lei o considera existindo para conserva-lhe os direitos que há de adquirir, si nascer vivo.

O artigo 4º deste projeto, complementava o artigo citado ressaltando que se considerava pessoa nascida viva, aquela que, expulsa ou extraída do ventre materno, respirasse ar atmosférico.

Devido a influências políticas, o referido projeto não foi promulgado. Em 1899 o professor Clóvis Beviláqua foi convidado pelo então Ministro Epiácio Pessoa para elaborar um novo projeto, iniciando o mesmo em abril de 1899 e finalizado seis meses depois. No ano de 1900 organizou uma Comissão para

revisar o projeto, a qual tinha a presença do autor com a finalidade de justificar e restabelecer disposições no primeiro exame.

Em ambos os projetos, continuaram consagrando a paridade existente entre a pessoa nascida e a nascitura, ficando evidenciada a adoção da teoria concepcionista, já que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, entretanto, garantia ao nascituro todos os direitos eventuais desde a concepção.

No dia 01/01/1916 foi promulgada pelo então Presidente Wenceslau Braz P. Gomes a Lei 3.071, denominada “Código Civil”, entrando em vigor um ano depois. O artigo 4º deste diploma civil dispõe:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

O artigo sub examine, contém duas partes, sendo necessário realizar uma interpretação sistemática para obter o melhor entendimento. A primeira consagra que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, bastando apenas à vitalidade, pois o nascimento com vida torna na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em conseqüência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tinham sido atribuídas na fase da concepção. Desta forma, não contemplou os requisitos da viabilidade, ou seja, permanência da vida no recém-nascido, e forma humana para o início da personalidade natural. Assim, uma criança pode nascer, viver apenas por instantes, que já adquiriu sua personalidade civil.

Portanto, para que se adquira a personalidade civil existem dois requisitos, o nascimento e o nascimento com vida. Para constatar se houve o nascimento com vida há duas formas: na primeira verifica a respiração da criança após a separação da mãe; no segundo utiliza-se da docimasia respiratória, quando a criança vive apenas por instantes imperceptíveis até mesmo para os médicos.

Então, existindo os dois requisitos existirá também a personalidade jurídica natural, passando a criança possuir todos os direitos inerentes à pessoa. Inexistindo esses requisitos, estaremos diante do instituto do “natimorto”, ou seja, aquele que nasceu morto, não adquirindo portando a personalidade jurídica, não se tornando sujeito de direito. Conquanto, face ao princípio da dignidade humana, se estende a ele os direitos da personalidade (nome, imagem, sepultura etc.).

Em sua segunda parte, o dispositivo consagra ao nascituro direitos desde a sua concepção, com isso desde o momento da concepção e não do nascimento o nascituro possui direitos. Referidos direitos não são somente aqueles enumerados no Código Civil, mas todos os que são inerentes ao homem, haja vista que o dispositivo não se expressou de forma taxativa.

O Código Civil vigente, promulgado através da Lei 10.406 de 10/01/2002 com 'vacacio legis' de um ano, manteve em seu artigo 2º a mesma redação do artigo 4º da norma civil revogada, dispondo:

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Desta forma, manteve a discussão doutrinária decorrente do fato da legislação reconhecer proteção jurídica aos interesses do nascituro, sem no entanto, reconhecê-los como pessoa, acarretando duvidas quanto ao início da personalidade, se no nascimento ou na concepção.

## 4 - PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

### 4.1 - Personalidade jurídica

Personalidade jurídica está relacionada à idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Contudo, há personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos.

Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos, tais como o direito à vida, à liberdade, à manifestação de pensamento, etc. Esses direitos da personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o direito natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade.

Gilberto Haddad Jabur ensina:

[...] os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxação exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa.<sup>5</sup>

Neste diapasão, a personalidade jurídica do nascituro é tema controvertido na doutrina, haja vista que sua definição depende de outros temas como quando se inicia a vida humana ou quando se considera o ser humano como pessoa, pois somente esta pode adquirir direitos e obrigações e possuir personalidade jurídica.

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

#### 4.1.1 - Personalidade e capacidade

Personalidade e capacidade são institutos que se interagem, pois um complementa o outro, contudo não são sinônimos, existindo distinções desde os tempos romanos.

---

<sup>5</sup> Gilberto Haddad Jabur apud Venosa (2003, p. 150).

Capacidade nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz é “a medida jurídica da personalidade”. Sendo está dividida em capacidade de fato ou exercício e capacidade de gozo ou de direito. Antonio Chaves define a primeira como: “a aptidão de exercer por si os atos da vida civil...”.

*Maria Helena Diniz ensina:*

Aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento, que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, É, pois, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem uma pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

A segunda nas palavras da doutrinadora constitui:

Aptidão oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, que não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade.

Neste sentido, a capacidade da pessoa natural é limitada, pois poderá ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz, logo, seu representante legal é que o exerce em seu nome. Ressalta-se que a capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas está não subsistir a primeira.

Face ao nascituro, a discussão acerca da condição jurídica implica a delimitação do momento em que o ordenamento jurídico caracteriza o início da existência da pessoa. O artigo 2º do Código Civil, afirma que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, sendo este o marco inicial que torna possível a aquisição e perda de direitos subjetivos pelo indivíduo.

Entretanto, o legislador põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos. Neste contexto, decorre o fato do legislador reconhecer proteção jurídica aos interesses do nascituro, sem no entanto, reconhecê-los como pessoa, acarretando dúvidas quanto ao início da personalidade, se no nascimento ou na concepção.

Contudo, possuindo personalidade, a pessoa pode defender seus direitos subjetivos, quais sejam, à integridade física, intelectual e moral.

## 4.2 - Início da vida

A vida é o mais supremo e soberano direito que possuímos, e para que ela possa ser protegida necessário se faz que saibamos exatamente o momento em que ela se inicia.

Para tanto, exige que busquemos informações na medida que nos esclarecerá quando tem origem um novo ser humano e quando se inicia a vida.

Um famoso geneticista francês, o professor Jérôme Lejeune, consultado sobre o ponto inicial da existência do indivíduo humano pelo Senado norte-americano, elaborou um relatório do qual está transcrito alguns trechos:

Quando começa um ser humano? Desejo trazer a esta questão a resposta mais exata que a ciência pode atualmente fornecer. A biologia moderna ensina que os ancestrais são unidos aos seus descendentes por um liame material contínuo, pois é da fertilização da célula feminina (o óvulo) pela célula masculina (o espermatozóide) que emerge um novo indivíduo da espécie humana.

A vida tem uma longa história, mas cada indivíduo tem o seu início muito preciso, o momento de sua concepção.

...Desde que os 23 cromossomos do pai se juntam aos 23 cromossomos da mãe, está coletada toda informação genética necessária e suficiente para exprimir todas as características inatas do novo indivíduo. Isto se dá à semelhança de uma minicassete introduzida num gravador; sabe-se que produz uma sinfonia. Assim também o novo ser começa a se exprimir logo que foi concebido.

...Aceitar o fato de que, após a fecundação, um novo indivíduo começou a existir, já não é questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a concepção até a velhice, não é uma hipótese metafísica, mas sim uma evidência experimental. (Disponível em <http://www.geocities.com/heartland/forest/5876/qdocomcahumano.htm> 1997, n. 417, Acesso em 29 set. 2004).

O início da personalidade jurídica se opera com o nascimento, que por sua vez se origina com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que ultrapassa a capa protetora do óvulo e se introduz por inteiro dentro do mesmo, que é o momento em que se inicia a vida.

Todavia, em seu trabalho de Iniciação Científica, o Dr. Roberto Kazuo Rigoni Fujita, extrai uma idéia da Professora Maria Helena Diniz dizendo:

[...] entende a professora que a vida tem início, naturalmente, sendo que: embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidificação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Com a fecundação, após 24 horas se inicia a divisão de células dentro do óvulo, e por volta do sexto dia o óvulo já se encontra no útero. A divisão de células se completa posteriormente e então se inicia a gestação.

Do início da gestação até o parto é que se dá a existência do nascituro, objeto do estudo.

O parto tem o começo com contrações uterinas espontâneas, ou seja, o trabalho de parto, que é seguido pelo rompimento da bolsa permitindo a passagem da cabeça do feto, dos ombros até a criança se desligue totalmente da mãe. Nasce assim uma criança, ente com personalidade civil, já que o nascimento com a vida é fato gerador dessa personalidade civil.

Proclama o doutrinador Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho apud Sérgio Abdalla Semião:

É absolutamente indiferente que o parto seja a termo, tardio ou precoce, eis que haja o nascimento, pois, nascendo, a spes humana adquire independência, e, de feto, torna-se criança, com individualidade própria, logo que deixa de ser parte das vísceras maternas. E, com o fato de, então, individualidade física autônoma, torna-se, também, uma personalidade jurídica autônoma, distingui-se, juridicamente, da sua mãe.

Para Silmara J. A. CHINELATO E ALMEIDA:

[...] não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. (...) A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. (...) O embrião ou feto representa um ser individualizado com uma carga genética própria que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Por isso, não é exato afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe.

Contudo, além da separação completa do corpo da mãe, ainda se exige a existência de vida extra-uterina, que ocorre quando a criança separada do corpo da mãe, respira ou exprime qualquer outro sinal de vida. Para que não exista dúvidas sobre se houve o nascimento com vida ou não, existem métodos científicos que verificam essa existência, como o Estudo Histológico do Pulmão e a Docimasia Hidrostática de Galeno.

Assim, define a Organização Mundial da Saúde:

[...] nascimento com vida se dá com a expulsão ou extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez, de um produto de concepção que, depois da separação, respire o apresente qualquer outro sinal de vida, tal como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimento efetivos dos músculos de contração voluntária, estando ou não desprendida a placenta. Cada produto de um nascimento que reúna essas condições se considera como uma criança viva.

Provado o nascimento com vida, teremos como conseqüência no nosso ordenamento jurídico a existência da pessoa natural e, portanto a aquisição da personalidade jurídica, desencadeando-se então vários efeitos jurídicos, já que todos os direitos garantidos ao nascituro se consolidarão de forma plena.

### **4.3 - Teorias sobre a início da personalidade**

Desde os tempos mais remotos, existia discussão sobre o início da personalidade do homem como sujeito de direitos, se no nascimento ou na concepção.

Diversas teorias tentam elucidar a questão, que se apresenta ainda hoje como uma das mais conflituosas a serem enfrentadas pelos juristas, aliás, atualmente com mais dificuldades, haja vista o intenso desenvolvimento das ciências biomédicas. Tais teorias podem ser reunidas em três grandes grupos: natalista, da personalidade condicional e a concepcionista.

#### **4.3.1 - Teoria Natalista**

Essa teoria considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida, nos moldes da orientação do artigo 2º do Código Civil, que dada sua redação defeituosa, à primeira vista parece agasalhar tal posicionamento.

São adeptos dessa teoria civilistas respeitáveis como Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Cabral Gusmão. É de ressaltar, que esses doutrinadores não sustentam que o nascituro não tenha qualquer direito ou status antes do nascimento.

Assim, quanto à segunda parte do artigo, que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, há de se considerar que se trate não de direitos atuais e reais, mas de expectativas que se tornarão direitos se ele nascer vivo, e que só nos casos expressamente fixados pelo direito positivo existirá essa proteção de interesses, para cuja efetividade o artigo 1779 do diploma citado determina a nomeação de um curador, falecendo o pai e não tendo a mãe o pátrio poder.

Neste sentido, João Luiz Alves, sustentando que o nascituro só tem expectativa de direitos, ensina:

[...] é preciso reconhecer que, subordinada à cláusula do nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja a de criar, como na teoria do código, uma expectativa de direito.

Que importa fazer que o ente apenas concebido tem personalidade, se, mais tarde, nascendo sem vida, não adquiriu direitos?

A importância da controvérsia está na solução a dar em caso de sucessão. Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no ato da concepção. Os efeitos jurídicos surgem no ato do nascimento, com ou sem vida: no primeiro caso, opera-se a aquisição de direitos, que se transmitem pela morte posterior do recém-nascido; no segundo caso, nenhum direito se adquire.

Para que dar-lhe então existência de direito, a que a própria lei só assegura efeitos após o nascimento?

Bem andou, portanto o código em fixar o início da personalidade humana no ato do nascimento com vida. (1917, p. 25).

Por esta teoria, o nascituro é apenas uma expectativa de vida e, portanto tem apenas expectativas de adquirir direitos, somente sendo considerado como existente em relação aos seus proveitos, já que o Código enumera todos os seus direitos, pois se o legislador quisesse considerar o nascituro uma pessoa não teria necessidade de enumerar seus direitos pelo fato de que ele já teria todos os direitos pertencentes aos homens. Com isso, os direitos do nascituro são taxativos, ou seja, são somente aqueles enumerados pelo legislador.

Vicente Ráo, assim se manifesta:

[...] não importa reconhecimento nem 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 ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros.

Por essa linha de pensamento, o nascituro é totalmente dependente da mãe e faz parte das vísceras maternas. E ainda, mantém um órgão em comum com sua mãe que é a placenta, da qual o nascituro depende para sobreviver dentro do ventre materno.

Conforme esse pensamento tem-se:

[...] antes do nascimento o produto do corpo humano não é totalmente dependente da mãe e faz parte das vísceras maternas”. No entanto, com esperança de que nasça, o direito tem-no e consideração, dando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer, ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido (conceptus pro iam nato habetur) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Portanto, o nascituro para os natalista, possui personalidade somente depois do nascimento, quando passa a ser pessoa e a possuir todos os direitos pertinentes a esta.

Neste sentido, a jurisprudência decide:

“EMENTA: Acidente de veículo. Liquidação de sentença por arbitramento. Indenização, filho nascituro. Com o nascimento, com vida, adquirindo-se a personalidade, ocorre a aquisição de direitos da pessoa. Possibilidade, porém, de retroação da indenização à data da morte da vítima, pondo a lei a salvo os direitos do nascituro, já concebido quando da ocasião do evento. Critério adequado de cálculo, incorrendo erros. Recurso improvido.” (TJRS - Ap. Cível 195123112, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, 28-11-95).

#### 4.3.2 - Teoria Concepcionista

Por este entendimento, que é a minoritária, a personalidade do homem começa desde a concepção, se baseando no fato de que tendo o nascituro direitos desde o embrião, deve ser considerado como pessoa, já que somente esta possui direitos, e deve também ter personalidade, daquele momento, uma vez que somente a pessoa possui personalidade possuindo com isso, direitos.

A partir dessa forma de análise se explica o fato do nascituro ter direitos como o de estado de filho, à curatela, à vida, à representação, a ser adotado, entre outros; o que não significa que o nascituro possui somente esses direitos e sim que por ser uma pessoa especial, além de possuir todos os direitos

pertencentes aos homens, ainda tem direito “plus” da lei, que o protege de maneira mais severa, por ser pessoa que não possui qualquer forma de defesa, que independa da lei e de terceiros como a mãe.

Esse entendimento, também se afirma na punição do aborto como crime elencado dentre aqueles que constam entre crimes contra pessoa no Título “Dos Crimes contra a Pessoa”, nos artigos 124 a 126 do Código Penal, podendo-se constatar que o legislador considerava o nascituro como pessoa, já que puniu o crime contra ele entre aqueles contra as pessoas, havendo nestes casos uma ofensa à vida, bem jurídico do qual o titular é o nascituro. E também encontram base na Consolidação da Leis do Trabalho, que protege a maternidade em seus artigos 392, 393 e 394 com a finalidade de proteger o nascituro.

Todavia, esta teoria tem sido dividida por alguns doutrinadores em duas outras teorias: a Teoria Verdadeiramente Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicional.

A **Teoria Verdadeiramente Concepcionista**, consagra que a personalidade começa desde a concepção, ou seja, desde a vida intra-uterina, e não a partir do nascimento, independente de qualquer condição, já que o nascituro possui muitos direitos que independem do nascimento com vida, como por exemplo, os direitos da personalidade, no direito de ser adotado, o direito de ser reconhecido, onde se considera o nascimento sem vida como morte do já nascido.

São adeptos deste entendimento os doutrinadores: Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveria Faria, André Franco Montoro, R. Limongi França, Francisco dos Santos Amaral, Mário Emílio Bigotte Chorão, Silmara J. A. Chinelato e Almeida e outros respeitáveis doutrinadores.

Anacleto de Oliveria Faria e André Franco Montoro, afirmam:

[...] que não é exato que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionados ao nascimento com vida, ou seja a condição se relaciona apenas aos direitos patrimoniais, mas o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro existem na sua plenitude, antes do nascimento.

Jurisprudência neste sentido:

EMENTA: Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito a percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento. (TJRS – Ap. Cível 70002027910, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 28-03-01).

A segunda, denominada **Teoria da Personalidade Condicional**, que é adotada por Clóvis Beviláqua, consagra que a personalidade se inicia desde a concepção sob a condição de que exista o nascimento com vida, se o nascimento ocorrer sem vida então não se cumpriu à condição e a personalidade não se iniciará desde a concepção. Esta teoria tem como adeptos Clóvis Beviláqua, Camara Leal, J. M. de Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva e recentemente vem sendo divulgada por Eduardo Espínola e Espínola Filho.

Esse entendimento está fundado em duas premissas básicas: a personalidade jurídica do homem começa desde a concepção e os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, a do seu nascimento com vida.

Contudo, embora existam todas essas teorias, fica evidente que o nosso Código Civil adotou a Teoria Natalista quando em seu artigo 2º determinou que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, no entanto, concedeu direitos ao nascituro desde a sua concepção e é neste argumento que se consubstancia a Teoria Conceptionista.

## 5 - CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO NASCITURO

### 5.1 - Conceito de capacidade postulatória

Capacidade na linguagem comum constitui “pessoa de grande saber”, entretanto na ceara jurídica tem vários significados, tais como: aptidão de determinada coisa ou pessoa para atender a uma finalidade pretendida; aptidão legal que uma pessoa física ou jurídica tem para contrair obrigações, adquirir e exercer direitos.

Conquanto, a palavra capacidade tem um significado amplo, sendo restringida dependendo do ato a ser praticado.

Face ao nascituro, ressalta-se pela redação do artigo 2º, que na primeira parte adota a teoria natalista, que possui somente a capacidade de fato, ou seja aquela atribuída a todas as pessoas naturais e físicas, por força do princípio da igualdade, que norteia o sistema jurídico, disposto no artigo 1º do Código Civil, entretanto pela segunda parte, consagrando a teoria concepcionista, o embrião tem capacidade de fato e direito, pois sustenta que o nascituro tem personalidade jurídica.

Diante do exposto, observa-se que na esfera processual civil, o nascituro possui capacidade postulatória, que nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz, constitui: “É capacidade de exercer atividade processual através de pessoa legalmente habilitada a procurar em juízo.”<sup>6</sup>

Ressalta-se, que mesmo possuindo capacidade postulatória, não pode praticar os atos na vida civil, sendo que em juízo, deverá ser representado por representante legal. O que é representação legal? Sílvio de Salvo Venosa ensina:

[...] ocorre quando a lei estabelece, para certas situações, uma representação, o que ocorre no caso dos incapazes, na tutela, na curatela, etc.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Diniz, Maria Helena. 1998, p. 486

<sup>7</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. 2003, p.

O legislador conferiu aos pais a representação legal do nascituro, como decorrência do poder de familiar, conforme dispõe o artigo 1630 do Código Civil: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

Nada obstante, se a mulher é solteira o nascituro permanece, salvo pretensão diversa do pai, representado pela mãe (artigo 1633). Se o pai falecer estando grávida a mulher, e esta não tendo o poder familiar, dar-se-á curador ao nascituro (CC art. 1779 e CPC art. 878, parágrafo único).

## 5.2 - O nascituro como sujeito ativo (jurisprudência)

A jurisprudência é pacífica quanto à legitimidade ativa do nascituro para pleitear seus direitos. Quanto à investigação de paternidade:

Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência. Ação de investigação de paternidade. Ajuizamento pela mãe do nascituro. Legitimidade do filho para propor a ação investigatória à vida. Somente o filho tem legitimidade para propor a ação contra o indigitado pai, adquirindo essa legitimidade com a aquisição da personalidade, o que ocorre a partir do nascimento com vida (TJSP – Ap. Cível 200892-1, 8-3-94, Rel. José Malerbi).

Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência – Investigatória de paternidade ajuizada por futura mãe do nascituro – Inad. – Ausente a personalidade, ao nascituro falta a capacidade de ser parte e de se fazer representar em juízo – Aplicabilidade do art. 7º, do CPC – RNP. Embora a lei ponha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (art. 2º CC) (TJSP – Ap. Cível 181471-1, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Renan Lotufo, 14-9-93).

EMENTA: Investigação de paternidade. Nascituro. Capacidade para ser parte. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1852 do Código Civil. (TJRS - Ap. Cível 583052204, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, 24-4-84)

Quanto aos alimentos.

Ação de Indenização – Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, têm os pais, mesmos tratando-se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro, que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue de sua mãe, e diretamente após seu nascimento,

pois já que o Código Civil coloca a salvo os direitos do nascituro, e não dispõe este ainda de personalidade civil, os legitimados para representá-lo desde a gestação seriam os pais. Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso – Alimento – Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro (TAMG – AGI. Acórdão 0321247-9, 20-12-2000, 3ª Câmara Cível – Rel. Juiz Duarte de Paula).

### **5.3 - Da posse em nome do nascituro**

Visando proteger os eventuais direitos do nascituro e dar efetividade às normas substanciais do Código Civil, o Código de Processo Civil regula essa medida provisória no artigo 877, ao dispor:

A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvindo o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

Esse dispositivo revela a existência de duas pretensões distintas: a pertinente à prova de gravidez da mãe que porta em seu ventre o nascituro; e a pretensão a que se a imita na posse dos bens que a este devem nascer, uma vez que o mesmo venha a nascer com vida.

#### **5.3.1 - Diferenças com o procedimento da tutela e curatela**

O procedimento não é rigorosamente igual ao da tutela e curatela, principalmente por que, via de regra, a mãe já detém o poder familiar e não necessita de ser investida judicialmente na representação jurídica do nascituro.

Na curatela e na tutela prova-se a impossibilidade de alguém exercer por si os atos da vida civil, e por isso se lhe dá um representante, na ação de “posse em nome do nascituro”, prova-se a existência de um ser sem vida e personalidade próprias, mas com direitos e interesses tuteláveis para o fim de entrar o seu representante legal na posse desses mesmos direitos.

Contudo, o objetivo são os mesmos, ou seja, dar proteção a direitos de quem não pode exercê-los por si. Tanto o fim é igual que, estando a mãe privada do poder familiar, como se dá nos casos de interdição, será nomeado um curador para o nascituro, conforme prevê o artigo 878, parágrafo único do Código de Processo Civil.

### 5.3.2 - Legitimação

Refere-se o artigo 877 do Código do Processo Civil, que em regra a legitimidade ativa é da mulher que tem o nascituro em seu ventre. Conquanto essa regra não é absoluta, pois no caso em que o poder familiar cabe ao pai este também será legitimado a propor a ação, como no caso do legado em favor do nascituro de pai vivo. Há, também, o caso de mulher interdita em que a legitimação tocará a seu curador.

Não apenas a mulher casada poder promover à ação, más também a concubina, nos casos de legado em favor do nascituro ilegítimo, haja vista que o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, dispensou proteção à união estável no mesmo nível da família legítima, suprimindo desta forma, qualquer diferenciação de tratamento jurídico entre os filhos, sejam eles havidos de relação de casamento ou não.

O Ministério Público, além de sua interferência obrigatória conforme dispõe o artigo 877, e como, aliás, ocorre em todo e qualquer feito sobre interesse incapaz, também pode legitimar-se a propor a ação, quando a mãe for incapaz e não tiver curador.

Os Legitimados passivos são os herdeiros do autor da herança em que se localizam os direitos do nascituro, bem como eventualmente o doador, na hipótese de doação em favor de prole eventual, ou, ainda, o testamenteiro quando se tratar de legado em favor do nascituro.

### 5.3.3 - Procedimento

A petição inicial, conforme § 1º do artigo 877, deverá ser instruída com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor.

Essa exigência, todavia, não tem cabimento quando os direitos do nascituro não se originarem da sucessão “causa mortis”, como pode se dar nas hipóteses de doação a termo para filhos concebidos de determinada pessoa.

Deverá conter o pedido de exame médico, por perito do juiz, para comprovação da gravidez, artigo 877 'caput', bem como o de investidura na posse dos direitos do nascituro.

É possível o indeferimento liminar da petição nos casos comuns de inépcia e de descabimento da pretensão pelos motivos genericamente previstos no artigo 295, e em outros de impossibilidade jurídica da pretensão, como aquele em que o simples confronto de datas, evidencia a impossibilidade biológica da paternidade (mulher que, por ex, atribuisse gravidez ao marido, um ano após a sua morte).

Despachada a inicial, o juiz mandará ouvir o MP, e não havendo objeção séria, nomeará um médico para atuar como perito e examinar a mulher.

O código não determina a citação dos interessados expressamente, mas também não a dispensa.

Assim, por força do artigo 812, impõe-se aplicar completamente o rito dos artigos 802 e 803, devendo os interessados (herdeiros, doador ou testamentário) serem citados para contestar o pedido em cinco dias.

Aliás, o § 2º do artigo 877 faz presumir que os interessados integram a relação processual, pois dispõe que será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente, o que como é óbvio, deve se dar no prazo de contestação.

O exame é realizado por perito único de escolha do juiz, que deve ser médico, por expressa determinação legal.

O atraso na elaboração do laudo ou mesmo a sua impossibilidade por falta de médico no local ou desaparecimento da mulher não podem prejudicar os direitos do nascituro, artigo 877 § 3º.

Em tais casos, deve o juiz ordenar com caráter provisório, todas as medidas que haviam pedido em caráter definitivo, e se lhe parecer necessário, a publicação de edital da segurança dos direitos do nascituro, até que se pronuncie a sentença.

O exame nada tem a ver com a questão da paternidade, que é estranha ao objeto da causa, limita-se a apurar o estado de gravidez.

Se negativo, o juiz proferirá sentença de improcedência do pedido. Como, todavia, as ações cautelares (e muito menos os procedimentos de jurisdição voluntária) não fazem coisa julgada material, é possível a mulher pedir, em outra oportunidade, a repetição do exame, alegando deficiência do primeiro.

No caso de conclusão dúbia, em razão de ser muito recente a provável gravidez, ou diante de um quadro clínico anormal, poderá o juiz determinar que se aguarde o tempo necessário a melhor definição do estado da mulher.

Apresentado, porém, laudo positivo, o juiz não poderá afastar-se de conclusão pericial: por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro, artigo 878.

O mesmo ocorrerá quando for dispensado o exame do poder familiar, como no caso de interdição, caberá ao juiz nomear curador ao nascituro, art 878, parágrafo único.

O mesmo ocorrerá quando for dispensado o exame, no caso do artigo 877 § 2º.

Se, porém, a requerente não couber o exercício do poder familiar, como no caso de interdição, caberá ao juiz nomear curador ao nascituro, artigo 878, parágrafo único.

#### 5.3.4 - Sentença

A sentença é declaratória, isto é, reconhecedora juridicamente dos direitos do nascituro, a serem exercidos provisoriamente pela mãe, como sua representante legal, ou pelo curador no caso do artigo 878, parágrafo único.

Tudo, porém, é solucionado apenas à luz do fato da gravidez, sendo que a eficácia da sentença limita-se ao exercício dos direitos patrimoniais, não se penetrando na investigação de paternidade, já que a natureza do processo não permite a produção de outras provas capaz de elidir a presunção legal em torno do problema.

A posse em que é investida o requerente ou o curador não é apenas a posse material ou corpórea, é a plena, abrangendo todos os direitos e ações que couberem ao nascituro. A posse do representante legal é exercida não em nome

próprio, más a título de gestão de bens alheios (posse imediata), pois a posse efetiva (mediata) cabe ao titular do direito protegido, que é o nascituro.

Com o parto, cessa a força da medida provisória. Se nascer vivo, o titular do pátrio poder passa a exercer o usufruto legal sobre os bens do filho. Se não há nascimento com vida, a situação é recolocada no *status quo*.

## 6 - DIREITO A ALIMENTOS DO NASCITURO

Questão tormentosa na doutrina e jurisprudência, face os entendimentos quanto ao início da personalidade. Os adeptos da teoria natalista, entendem que o exercício do direito a alimento do nascituro esta condicionado ao nascimento com vida, dentro da orientação do artigo 2º do Código Civil.

Yussef Cahali, considera que:

[...] não se deve fornecer alimentos ao nascituro que só é considerado pessoa viva quanto se tratar de questões de seu interesse" (...), esclarecendo que para estes, "interesse existiria a descoberto da tutela jurídica ante a falta do pressuposto da personalidade jurídica do nascituro e de ressalva expressa do direito que se pretende reconhecido em seu favor, desde a concepção e sob reserva de seu nascimento com vida. ( CAHALI, 2003. p. 534).

Para a teoria concepcionista, em que o nascituro adquire personalidade a partir de sua concepção, o direitos a alimentos são devidos desde este momento.

A perspectiva do dever de alimentos em favor do nascituro, constitui obrigação desde o colo materno, por aplicação da máxima "infans conceptus...", e isto até que a ação de contestação de paternidade venha a ser acolhida, pois os alimentos são fornecidos ao feto na pessoa de sua mãe, que o nutre com o seu sangue. Neste sentido, já existe um direito protetivo assistencial, evidentemente este não pode ser exercido senão por intermédio da genitora.

Ponte de Miranda comenta que:

[...] a obrigação alimentar pode começar antes de nascer, pois existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências da pediatria. (MIRANDA, 1981. p. 215).

Durante a gestação, pode ser preciso alimentos à vida do feto e à vida do ente humano, após o nascimento outra alimentação e medicação, sendo esses cuidados de interesse do concebido. Neste raciocínio Oliveira e Cruz aduz:

[...] o maior direito do nascituro, sem dúvida, e de ser alimentado e tratado para poder viver; assim, 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,... (Dos alimentos cit., n. 36, p. 79).

Silmara J. A. Chinelato e Almeida, diz que:

[...] ao nascituro são devidos os alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida.

Ressaltando-se ainda, que o nascituro segundo a Lei n. 8.560/1992, em seu artigo 7º, possui o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar.

Contudo, na prática, para concessão desses alimentos provisionais, o pedido deve ser formulado na petição inicial, e deve ser comprovado o parentesco com a sentença reconhecendo o estado de filiação. Então, posteriormente à sentença virão os alimentos provisionais.

Conclui-se, que os alimentos provisionais e os definitivos dependem da sentença, pois nesta se reconhece à relação de parentesco, ou seja, a paternidade.

Pontua Marco Aurélio Viana que:

[...] o juiz somente deferirá os provisionais se o pedido tiver sido formulado na inicial. Se não fizer isso, somente em cautelar será possível deduzir a pretensão, ainda que o processo já esteja no Tribunal (artigos 852 e 853 do CPC). (VIANA, 1994. p. 120).

Esclarece ainda que:

[...] os alimentos só virão após a sentença de primeiro grau que admitir e reconhecer o estado de filiação. Até então não existe juridicamente o parentesco. Somente após a sua determinação é que os alimentos nascem. Por isso é que os provisionais e os definitivos dependem de sentença reconhecendo a paternidade.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou verificar os direitos do nascituro, principalmente o direito a alimentos, bem como sua capacidade para pleiteá-los, examinando as controvérsias, ainda não pacificadas, acerca de o nascituro ser ou não ser pessoa, de ter ou não ter personalidade jurídica, são uma constante na doutrina, com reflexos na jurisprudência, no tempo e no espaço. De início, estabeleceu que o artigo 2º do Código Civil é contraditório, pois, ao mesmo tempo que afirma que a personalidade começa no nascimento com vida, reconhece direitos e status ao nascituro.

Ao tratarmos da personalidade jurídica, procurou-se estabelecer primeiramente quando ocorre o início da vida, sendo examinadas as diversas correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica do nascituro, isto é, a corrente natalista e a concepcionista. Está última se subdivide: doutrina da personalidade condicional e doutrina verdadeiramente concepcionista.

Pela primeira, com fundamento na primeira parte do artigo 2º do Código Civil, entende que o nascituro somente é considerado como pessoa a partir do seu nascimento com vida. Contudo, reconhecem direitos ao nascituro em outros artigos e diplomas legais.

Alcançando grande desenvolvimento nos dias atuais e estando em evolução constante a ciência médica, ficou demonstrado que a ciência atual se preocupa com o nascituro, seja embrião, seja feto, como ser autônomo e independente da mãe. Neste raciocínio, com fulcro na segunda parte do artigo 2º do Código Civil, os concepcionistas entendem que o nascituro tem direitos a partir da concepção, sendo considerado pessoa, já que somente esta possui personalidade jurídica, adquirindo com isso direitos.

Neste sentido, posiciono-me entre os adeptos da última corrente, tendo como efeitos: que o nascituro tem personalidade desde a concepção; que possui os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física, etc. independente do nascimento com vida; apenas certos efeitos de certos direitos, os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida.

No que tange ao direito a alimentos, estão estreitamente ligado ao direito à vida, sendo devidos independente do nascimento. O artigo 7º da Lei n. 8560/92 assegura a ele, o direito aos alimentos provisionais, desde que haja uma sentença onde foi reconhecido o parentesco, ou seja, a paternidade.

O artigo 2º do Código Civil, não aceita o princípio da viabilidade, bastando o nascimento e que esteja com vida para que se adquira de forma concreta e efetiva a personalidade jurídica, já que nascendo com vida, se completa o direito que dele ainda dependam. Não há necessidade que o nascituro continue vivo.

Conclui-se que o nascituro é titular de direitos desde a concepção independente do nascimento com vida, ressalvados alguns direitos patrimoniais, bem como tem legitimidade ativa para pleiteá-los.

## BIBLIOGRAFIA

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

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. vol. 3. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Código civil anotado**. Organização, seleção e notas por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRASIL. **Código civil anotado**. Organização, seleção e notas por Maria Helena Diniz. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código civil anotado**. Organização, seleção e notas por João Luiz Alves. Rio de Janeiro: Editora F. Briguiet, 1917.

BRASIL. **Código de processo civil**. Organização, seleção e notas por Theotônio Negrão com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 34. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição do Brasil Interpretada**. Organizada por Alexandre de Moraes. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal Anotada**. Organizada por Uadi Lammêgo Bulos. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BUZINARO, Mauri. **Direitos da Personalidade Aplicáveis ao Nascituro**. Adamantina: Editora Omnia, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CRUZ, Wladimir Júnior Albano da. **Alimentos devidos ao nascituro**. 2002. 59f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

**Convenção de Haia**. Disponível em:  
<http://www.planalto.gov.br.htm>>. Acesso em 10 out. 2004

DRIMEL, Fabiana Carla. **Os alimentos devidos em decorrência da culpa na união estável**. 2002. 102f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FERRAIRO, Veruska Sanches. **Nascituro, direitos ou expectativa de direitos?**.2001. 110f. Monografia (Bacharelado em Direitos) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

**Os direitos do nascituro**. Disponível em:

<http://www.geocities.com/heartland/forest/5876/osdireitosdonascituro.htm>>.

Acesso em 20 set. 2004

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

**Quando começa um ser humano?** Disponível em:

<http://www.geocities.com/heartland/forest/5876/qdocomecahumano.htm>>. Acesso em 20 set. 2004

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – parte geral. Vol. 1. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Revista, atualizada e ampliada, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil – constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. 36. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Da ação de investigação de paternidade: anotações a Lei n. 8560/92**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. vol. 3. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

**ANEXOS**



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**DECRETO Nº 3.087, DE 21 DE JUNHO DE 1999.**

Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.

**O PRESIDENTE DA REPUBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi concluída na Haia, em 29 de maio de 1993;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o Ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional de 1º de maio de 1995;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da referida Convenção em 10 de março de 1999, passará a mesma a vigorar para o Brasil em 1º julho de 1999, nos termos do parágrafo 2 de seu Artigo 46;

**DECRETA :**

Art. 1º A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de junho de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Luiz Felipe Lampreia*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 22.6.1999

## Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional

Os Estados signatários da presente Convenção,

Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão;

Recordando que cada país deveria tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem;

Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem;

Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças; e

Desejando estabelecer para esse fim disposições comuns que levem em consideração os princípios reconhecidos por instrumentos internacionais, em particular a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembléia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986),

Acordam nas seguintes disposições:

### Capítulo I

#### Âmbito de Aplicação da Convenção

#### Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;

b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças;

c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

#### Artigo 2

1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante ("o Estado de origem") tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante ("o Estado de acolhida"), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem.

2. A Convenção somente abrange as Adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

#### Artigo 3

A Convenção deixará de ser aplicável se as aprovações previstas no artigo 17, alínea "c", não forem concedidas antes que a criança atinja a idade de 18 (dezoito) anos.

### Capítulo II

## Requisitos Para As Adoções Internacionais

### Artigo 4

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

- a) tiverem determinado que a criança é adotável;
- b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;
- c) tiverem-se assegurado de:
  - 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das conseqüências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;
  - 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito;
  - 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e
  - 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e
- d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:
  - 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as conseqüências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido;
  - 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;
  - 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;
  - 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

### Artigo 5

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida:

- a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar;
- b) tiverem-se assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados;
- c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

## Capítulo III

### Autoridades Centrais e Organismos Credenciados

### Artigo 6

1. Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente Convenção.

2. Um Estado federal, um Estado no qual vigoram diversos sistemas jurídicos ou um Estado com unidades territoriais autônomas poderá designar mais de uma Autoridade Central e especificar o âmbito territorial ou pessoal de suas funções. O Estado que fizer uso dessa faculdade designará a Autoridade Central à qual poderá ser dirigida toda a comunicação para sua transmissão à Autoridade Central competente dentro desse Estado.

#### Artigo 7

1. As Autoridades Centrais deverão cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados a fim de assegurar a proteção das crianças e alcançar os demais objetivos da Convenção.

2. As Autoridades Centrais tomarão, diretamente, todas as medidas adequadas para:

a) fornecer informações sobre a legislação de seus Estados em matéria de adoção e outras informações gerais, tais como estatísticas e formulários padronizados;

b) informar-se mutuamente sobre o funcionamento da Convenção e, na medida do possível, remover os obstáculos para sua aplicação.

#### Artigo 8

As Autoridades Centrais tomarão, diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas, todas as medidas apropriadas para prevenir benefícios materiais induzidos por ocasião de uma adoção e para impedir qualquer prática contrária aos objetivos da Convenção.

#### Artigo 9

As Autoridades Centrais tomarão todas as medidas apropriadas, seja diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas ou outros organismos devidamente credenciados em seu Estado, em especial para:

a) reunir, conservar e permutar informações relativas à situação da criança e dos futuros pais adotivos, na medida necessária à realização da adoção;

b) facilitar, acompanhar e acelerar o procedimento de adoção;

c) promover o desenvolvimento de serviços de orientação em matéria de adoção e de acompanhamento das adoções em seus respectivos Estados;

d) permutar relatórios gerais de avaliação sobre as experiências em matéria de adoção internacional;

e) responder, nos limites da lei do seu Estado, às solicitações justificadas de informações a respeito de uma situação particular de adoção formuladas por outras Autoridades Centrais ou por autoridades públicas.

#### Artigo 10

Somente poderão obter e conservar o credenciamento os organismos que demonstrarem sua aptidão para cumprir corretamente as tarefas que lhe possam ser confiadas.

#### Artigo 11

Um organismo credenciado deverá:

a) perseguir unicamente fins não lucrativos, nas condições e dentro dos limites fixados pelas autoridades competentes do Estado que o tiver credenciado;

b) ser dirigido e administrado por pessoas qualificadas por sua integridade moral e por sua formação ou experiência para atuar na área de adoção internacional;

c) estar submetido à supervisão das autoridades competentes do referido Estado, no que tange à sua composição, funcionamento e situação financeira.

#### Artigo 12

Um organismo credenciado em um Estado Contratante somente poderá atuar em outro Estado Contratante se tiver sido autorizado pelas autoridades competentes de ambos os Estados.

#### Artigo 13

A designação das Autoridades Centrais e, quando for o caso, o âmbito de suas funções, assim como os nomes e endereços dos organismos credenciados devem ser comunicados por cada Estado Contratante ao Bureau Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

### Capítulo IV

#### Requisitos Processuais para a Adoção Internacional

#### Artigo 14

As pessoas com residência habitual em um Estado Contratante, que desejem adotar uma criança cuja residência habitual seja em outro Estado Contratante, deverão dirigir-se à Autoridade Central do Estado de sua residência habitual.

#### Artigo 15

1. Se a Autoridade Central do Estado de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, a mesma preparará um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças de que eles estariam em condições de tomar a seu cargo.

2. A Autoridade Central do Estado de acolhida transmitirá o relatório à Autoridade Central do Estado de origem.

#### Artigo 16

1. Se a Autoridade Central do Estado de origem considerar que a criança é adotável, deverá:

a) preparar um relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança;

b) levar em conta as condições de educação da criança, assim como sua origem étnica, religiosa e cultural;

c) assegurar-se de que os consentimentos tenham sido obtidos de acordo com o artigo 4; e

d) verificar, baseando-se especialmente nos relatórios relativos à criança e aos futuros pais adotivos, se a colocação prevista atende ao interesse superior da criança.

2. A Autoridade Central do Estado de origem transmitirá à Autoridade Central do Estado de acolhida seu relatório sobre a criança, a prova dos consentimentos requeridos e as razões que justificam a colocação, cuidando para não revelar a identidade da mãe e do pai, caso a divulgação dessas informações não seja permitida no Estado de origem.

#### Artigo 17

Toda decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se:

a) a Autoridade Central do Estado de origem tiver-se assegurado de que os futuros pais adotivos manifestaram sua concordância;

b) a Autoridade Central do Estado de acolhida tiver aprovado tal decisão, quando esta aprovação for requerida pela lei do Estado de acolhida ou pela Autoridade Central do Estado de origem;

c) as Autoridades Centrais de ambos os Estados estiverem de acordo em que se prossiga com a adoção; e

d) tiver sido verificado, de conformidade com o artigo 5, que os futuros pais adotivos estão habilitados e aptos a adotar e que a criança está ou será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida.

#### Artigo 18

As Autoridades Centrais de ambos os Estados tomarão todas as medidas necessárias para que a criança receba a autorização de saída do Estado de origem, assim como aquela de entrada e de residência permanente no Estado de acolhida.

#### Artigo 19

1. O deslocamento da criança para o Estado de acolhida só poderá ocorrer quando tiverem sido satisfeitos os requisitos do artigo 17.

2. As Autoridades Centrais dos dois Estados deverão providenciar para que o deslocamento se realize com toda a segurança, em condições adequadas e, quando possível, em companhia dos pais adotivos ou futuros pais adotivos.

3. Se o deslocamento da criança não se efetivar, os relatórios a que se referem os artigos 15 e 16 serão restituídos às autoridades que os tiverem expedido.

#### Artigo 20

As Autoridades Centrais manter-se-ão informadas sobre o procedimento de adoção, sobre as medidas adotadas para levá-la a efeito, assim como sobre o desenvolvimento do período probatório, se este for requerido.

#### Artigo 21

1. Quando a adoção deva ocorrer, após o deslocamento da criança, para o Estado de acolhida e a Autoridade Central desse Estado considerar que a manutenção da criança na família de acolhida já não responde ao seu interesse superior, essa Autoridade Central tomará as medidas necessárias à proteção da criança, especialmente de modo a:

a) retirá-la das pessoas que pretendem adotá-la e assegurar provisoriamente seu cuidado;

b) em consulta com a Autoridade Central do Estado de origem, assegurar, sem demora, uma nova colocação da criança com vistas à sua adoção ou, em sua falta, uma colocação alternativa de caráter duradouro. Somente poderá ocorrer uma adoção se a Autoridade Central do Estado de origem tiver sido devidamente informada sobre os novos pais adotivos;

c) como último recurso, assegurar o retorno da criança ao Estado de origem, se assim o exigir o interesse da mesma.

2. Tendo em vista especialmente a idade e o grau de maturidade da criança, esta deverá ser consultada e, neste caso, deve-se obter seu consentimento em relação às medidas a serem tomadas, em conformidade com o presente Artigo.

#### Artigo 22

1. As funções conferidas à Autoridade Central pelo presente capítulo poderão ser exercidas por autoridades públicas ou por organismos credenciados de conformidade com o capítulo III, e sempre na forma prevista pela lei de seu Estado.

2. Um Estado Contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as Funções conferidas à Autoridade Central pelos artigos 15 a 21 poderão também ser exercidas nesse Estado, dentro dos limites permitidos pela lei e sob o controle das autoridades competentes desse Estado, por organismos e pessoas que:

a) satisfizerem as condições de integridade moral, de competência profissional, experiência e responsabilidade exigidas pelo mencionado Estado;

b) forem qualificados por seus padrões éticos e sua formação e experiência para atuar na área de adoção internacional.

3. O Estado Contratante que efetuar a declaração prevista no parágrafo 2 informará com regularidade ao Bureau Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado os nomes e endereços desses organismos e pessoas.

4. Um Estado Contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as adoções de crianças cuja residência habitual estiver situada em seu território somente poderão ocorrer se as funções conferidas às Autoridades Centrais forem exercidas de acordo com o parágrafo 1.

5. Não obstante qualquer declaração efetuada de conformidade com o parágrafo 2, os relatórios previstos nos artigos 15 e 16 serão, em todos os casos, elaborados sob a responsabilidade da Autoridade Central ou de outras autoridades ou organismos, de conformidade com o parágrafo 1.

## Capítulo V

### Reconhecimento e Efeitos da Adoção

#### Artigo 23

1. Uma adoção certificada em conformidade com a Convenção, pela autoridade competente do Estado onde ocorreu, será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados Contratantes. O certificado deverá especificar quando e quem outorgou os assentimentos previstos no artigo 17, alínea "c".

2. Cada Estado Contratante, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, notificará ao depositário da Convenção a identidade e as Funções da autoridade ou das autoridades que, nesse Estado, são competentes para expedir esse certificado, bem como lhe notificará, igualmente, qualquer modificação na designação dessas autoridades.

#### Artigo 24

O reconhecimento de uma adoção só poderá ser recusado em um Estado Contratante se a adoção for manifestamente contrária à sua ordem pública, levando em consideração o interesse superior da criança.

#### Artigo 25

Qualquer Estado Contratante poderá declarar ao depositário da Convenção que não se considera obrigado, em virtude desta, a reconhecer as adoções feitas de conformidade com um acordo concluído com base no artigo 39, parágrafo 2.

#### Artigo 26

1. O reconhecimento da adoção implicará o reconhecimento:

a) do vínculo de filiação entre a criança e seus pais adotivos;

b) da responsabilidade paterna dos pais adotivos a respeito da criança;

c) da ruptura do vínculo de filiação preexistente entre a criança e sua mãe e seu pai, se a adoção produzir este efeito no Estado Contratante em que ocorreu.

2. Se a adoção tiver por efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, a criança gozará, no Estado de acolhida e em qualquer outro Estado Contratante no qual se reconheça a adoção, de direitos equivalentes aos que resultem de uma adoção que produza tal efeito em cada um desses Estados.

3. Os parágrafos precedentes não impedirão a aplicação de quaisquer disposições mais favoráveis à criança, em vigor no Estado Contratante que reconheça a adoção.

#### Artigo 27

1. Se uma adoção realizada no Estado de origem não tiver como efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, o Estado de acolhida que reconhecer a adoção de conformidade com a Convenção poderá convertê-la em uma adoção que produza tal efeito, se:

a) a lei do Estado de acolhida o permitir; e

b) os consentimentos previstos no Artigo 4, alíneas "c" e "d", tiverem sido ou forem outorgados para tal adoção.

2. O artigo 23 aplica-se à decisão sobre a conversão.

#### Capítulo VI

##### Disposições Gerais

#### Artigo 28

A Convenção não afetará nenhuma lei do Estado de origem que requeira que a adoção de uma criança residente habitualmente nesse Estado ocorra nesse Estado, ou que proíba a colocação da criança no Estado de acolhida ou seu deslocamento ao Estado de acolhida antes da adoção.

#### Artigo 29

Não deverá haver nenhum contato entre os futuros pais adotivos e os pais da criança ou qualquer outra pessoa que detenha a sua guarda até que se tenham cumprido as disposições do artigo 4, alíneas "a" a "c" e do artigo 5, alínea "a", salvo os casos em que a adoção for efetuada entre membros de uma mesma família ou em que as condições fixadas pela autoridade competente do Estado de origem forem cumpridas.

#### Artigo 30

1. As autoridades competentes de um Estado Contratante tomarão providências para a conservação das informações de que dispuserem relativamente à origem da criança e, em particular, a respeito da identidade de seus pais, assim como sobre o histórico médico da criança e de sua família.

2. Essas autoridades assegurarão o acesso, com a devida orientação da criança ou de seu representante legal, a estas informações, na medida em que o permita a lei do referido Estado.

#### Artigo 31

Sem prejuízo do estabelecido no artigo 30, os dados pessoais que forem obtidos ou transmitidos de conformidade com a Convenção, em particular aqueles a que se referem os artigos 15 e 16, não poderão ser utilizados para fins distintos daqueles para os quais foram colhidos ou transmitidos.

#### Artigo 32

1. Ninguém poderá obter vantagens materiais indevidas em razão de intervenção em uma adoção internacional.

2. Só poderão ser cobrados e pagos os custos e as despesas, inclusive os honorários profissionais razoáveis de pessoas que tenham intervindo na adoção.

3. Os dirigentes, administradores e empregados dos organismos intervenientes em uma adoção não poderão receber remuneração desproporcional em relação aos serviços prestados.

#### Artigo 33

Qualquer autoridade competente, ao verificar que uma disposição da Convenção foi desrespeitada ou que existe risco manifesto de que venha a sê-lo, informará imediatamente a Autoridade Central de seu Estado, a qual terá a responsabilidade de assegurar que sejam tomadas as medidas adequadas.

#### Artigo 34

Se a autoridade competente do Estado destinatário de um documento requerer que se faça deste uma tradução certificada, esta deverá ser fornecida. Salvo dispensa, os custos de tal tradução estarão a cargo dos futuros pais adotivos.

#### Artigo 35

As autoridades competentes dos Estados Contratantes atuarão com celeridade nos procedimentos de adoção.

#### Artigo 36

Em relação a um Estado que possua, em matéria de adoção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado será entendida como relativa à residência habitual em uma unidade territorial do dito Estado;

b) qualquer referência à lei desse Estado será entendida como relativa à lei vigente na correspondente unidade territorial;

c) qualquer referência às autoridades competentes ou às autoridades públicas desse Estado será entendida como relativa às autoridades autorizadas para atuar na correspondente unidade territorial;

d) qualquer referência aos organismos credenciados do dito Estado será entendida como relativa aos organismos credenciados na correspondente unidade territorial.

#### Artigo 37

No tocante a um Estado que possua, em matéria de adoção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis a categorias diferentes de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado será entendida como ao sistema jurídico indicado pela lei do dito Estado.

#### Artigo 38

Um Estado em que distintas unidades territoriais possuam suas próprias regras de direito em matéria de adoção não estará obrigado a aplicar a Convenção nos casos em que um Estado de sistema jurídico único não estiver obrigado a fazê-lo.

#### Artigo 39

1. A Convenção não afeta os instrumentos internacionais em que os Estados Contratantes sejam Partes e que contenham disposições sobre as matérias reguladas pela presente Convenção, salvo declaração em contrário dos Estados vinculados pelos referidos instrumentos internacionais.

2. Qualquer Estado Contratante poderá concluir com um ou mais Estados Contratantes acordos para favorecer a aplicação da Convenção em suas relações recíprocas. Esses acordos somente poderão derrogar as disposições contidas nos artigos 14 a 16 e 18 a 21. Os Estados que concluírem tais acordos transmitirão uma cópia dos mesmos ao depositário da presente Convenção.

#### Artigo 40

Nenhuma reserva à Convenção será admitida.

#### Artigo 41

A Convenção será aplicada às Solicitações formuladas em conformidade com o artigo 14 e recebidas depois da entrada em vigor da Convenção no Estado de acolhida e no Estado de origem.

#### Artigo 42

O Secretário-Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado convocará periodicamente uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático da Convenção.

### Capítulo VII

#### Cláusulas Finais

#### Artigo 43

1. A Convenção estará aberta à assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando da Décima-Sétima Sessão, e aos demais Estados participantes da referida Sessão.

2. Ela será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados no Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, depositário da Convenção.

#### Artigo 44

1. Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção depois de sua entrada em vigor, conforme o disposto no artigo 46, parágrafo 1.

2. O instrumento de adesão deverá ser depositado junto ao depositário da Convenção.

3. A adesão somente surtirá efeitos nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que não tiverem formulado objeção à sua adesão nos seis meses seguintes ao recebimento da notificação a que se refere o artigo 48, alínea "b". Tal objeção poderá igualmente ser formulada por qualquer Estado no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, posterior à adesão. As referidas objeções deverão ser notificadas ao depositário.

#### Artigo 45

1. Quando um Estado compreender duas ou mais unidades territoriais nas quais se apliquem sistemas jurídicos diferentes em relação às questões reguladas pela presente Convenção, poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção será aplicada a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou várias delas. Essa declaração poderá ser modificada por meio de nova declaração a qualquer tempo.

2. Tais declarações serão notificadas ao depositário, indicando-se expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

3. Caso um Estado não formule nenhuma declaração na forma do presente artigo, a Convenção será aplicada à totalidade do território do referido Estado.

#### Artigo 46

1. A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses contados da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação previsto no artigo 43.

2. Posteriormente, a Convenção entrará em vigor:

a) para cada Estado que a ratificar, aceitar ou aprovar posteriormente, ou apresentar adesão à mesma, no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses depois do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão;

b) para as unidades territoriais às quais se tenha estendido a aplicação da Convenção conforme o disposto no artigo 45, no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses depois da notificação prevista no referido artigo.

#### Artigo 47

1. Qualquer Estado-Parte na presente Convenção poderá denunciá-la mediante notificação por escrito, dirigida ao depositário.

2. A denúncia surtirá efeito no primeiro dia do mês subsequente à expiração de um período de doze meses da data de recebimento da notificação pelo depositário. Caso a notificação fixe um período maior para que a denúncia surta efeito, esta surtirá efeito ao término do referido período a contar da data do recebimento da notificação.

#### Artigo 48

O depositário notificará aos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, assim como aos demais Estados participantes da Décima-Sétima Sessão e aos Estados que tiverem aderido à Convenção de conformidade com o disposto no artigo 44:

- a) as assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações a que se refere o artigo 43;
- b) as adesões e as objeções às adesões a que se refere o artigo 44;
- c) a data em que a Convenção entrará em vigor de conformidade com as disposições do artigo 46;
- d) as declarações e designações a que se referem os artigos 22, 23, 25 e 45;
- e) os Acordos a que se refere o artigo 39;
- f) as denúncias a que se refere o artigo 47.

Em testemunho do que, os abaixo-assinados, devidamente autorizados, firmaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 29 de maio de 1993, nos idiomas francês e inglês, sendo ambos os textos igualmente autênticos, em um único exemplar, o qual será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual uma cópia certificada será enviada, por via diplomática, a cada um dos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado por ocasião da Décima-Sétima Sessão, assim como a cada um dos demais Estados que participaram desta Sessão.