

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO NA PROTEÇÃO  
DO NASCITURO E O PRESTÍGIO A TEORIA CONCEPCIONISTA**

Leandro Vitolo Menezes

Presidente Prudente/SP  
2010

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO NA PROTEÇÃO  
DO NASCITURO E O PRESTÍGIO A TEORIA CONCEPCIONISTA**

Leandro Vitolo Menezes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Daniela Martins Madrid.

Presidente Prudente/SP  
2010

# **ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO NA PROTEÇÃO DO NASCITURO E O PRESTÍGIO A TEORIA CONCEPCIONISTA**

Monografia aprovada como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

DANIELA MARTINS MADRID  
Orientadora

FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI  
Examinadora

MARCELO JANINI GOMES  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 10 de Novembro de 2010.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a DEUS por me conceder a vida e por ter proporcionado saúde e tranquilidade para concluir desafio tão marcante.

Agradeço aos meus avós por toda a educação, amor e apoio dado durante toda minha vida.

Agradeço a minha linda namorada, Natália, pelo intenso amor e incentivo.

Agradeço a todos os meus mestres pelos conhecimentos que me transmitiram durante todos esses anos de curso. Especialmente a minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Daniela Martins Madrid, que colaborou de forma intensa, zelosa e com muita dedicação, para a conquista desse objetivo, cumprindo assim, de forma plausível, sua atribuição de orientar.

Aos meus examinadores, professora Fabiana J. Tamaoki e Marcelo Janini Gomes, que aceitaram o convite de participar de momento tão importante e marcante na vida de qualquer acadêmico.

Agradeço ainda a todos meus amigos de sala, pelos bons momentos que me proporcionaram durante este período, principalmente ao Rodrigo Gigante, Paulo César, Cristiani Luchese e Renata Mazzaro.

"Assim que é concebido, um homem é um homem".

Jérôme Lejeune

“A liberdade de um homem de reproduzir não pode acarretar a miséria, o abandono, o sofrimento e a morte de outra pessoa – no caso, de seu próprio filho. O pai irresponsável é culpado do crime do pixote, do trombadinha e do assaltante juvenil. A questão fundamental de ética e de justiça, neste país de botocudos, é a paternidade responsável.”

J. O. de Maria Penna

## RESUMO

O trabalho analisa o tema “Alimentos Gravídicos: Um grande avanço na proteção do nascituro e o prestígio a teoria concepcionista”, dotado de uma relevância que é peculiar a todos os direitos fundamentais. Por referir-se aos direitos alimentares do concepto e por ser pautada na teoria concepcionista da personalidade civil, a Lei n.º 11.804 de 2008 ganha esse aspecto e evidencia algo que não deveria nem mesmo ser objeto de discussão, por ser uma mera consequência do direito a vida. Registra ainda as causas jurídicas que dão ensejo a obrigação alimentar e aponta os principais momentos históricos que influenciaram o instituto da obrigação alimentar, sendo destacada as mais relevantes características existentes até nos dias atuais. O marco inicial da vida influi diretamente na teoria da personalidade civil do homem, uma vez que, é a partir desde momento que se deve ser garantidos todas as prerrogativas inerentes ao ser humano. Ao nascituro têm-se garantias insuficientes, já que a Lei manifesta-se poucas vezes na legislação, de modo a torná-los, por vezes, desamparados, sobretudo no tocante ao direito alimentar. Assim o direito mais violado, e o um dos mais necessários, para sua subsistência, é o direito alimentar, concedido esporadicamente e com muita resistência antes da Lei dos Alimentos Gravídicos. Não obstante a resistência oferecida pela jurisprudência e pela doutrina, em se conceder os alimentos, a referida Lei passou a ser uma ferramenta funcional e muito arguida na prática e aceita de forma unânime pelos tribunais. A doutrina natalista se manifesta, contrariamente, acerca a constatação auferida com a concessão dos alimentos gravídicos e o prestígio a teoria concepcionista. O nascituro possui uma importância relevante nos dias atuais, junto aos legisladores infraconstitucionais, uma vez que é objeto de medidas protetivas constantemente. Abordando então, um conjunto de elementos preliminares e basilares, inerentes ao tema, a pesquisase direcionou no sentido de que o nascituro não é um mero possuidor de direitos em potencial, que não possui mera expectativa de direito, mais que é um ser possuidor de direitos efetivos e que a Lei dos Alimentos Gravídicos, veio a ratificar e prestigiar ainda mais a teoria concepcionista da personalidade civil.

**Palavras-chave:** Alimentos Gravídicos. Direito Alimentar do Nascituro. Personalidade Civil do Nascituro. Teoria Concepcionista.

## ABSTRACT

The paper analyzes the theme "Food pregnant: A breakthrough in protecting the unborn and prestige Conceptionist theory", endowed with a significance that is peculiar to all fundamental rights. By referring to the rights of the fetus and food to be based on the theory of personality Conceptionist Civil Law n 11.804 of 2008 wins this aspect and shows something that should not even be a topic of discussion, being a mere consequence of life. Records still entitled to the legal causes that give rise to maintenance and highlights the main historical events that influenced the maintenance of the institute, which highlighted the most relevant existing features even in the days current. The milestone of life directly influences the theory civil personality of man, since it is at that point it should be guaranteed all the benefits inherent in the human. The unborn have been insufficient collateral, since the Law manifests itself a few times in the legislation so as to make them, sometimes helpless, especially regarding the right food. So the most violated law, and one of the most necessary for their subsistence, food is the right, awarded sparingly and with great resistance before the Food Act gravidarum. Despite the resistance offered by case law and doctrine, if it provides food, this law has become a functional tool and raised a lot in practice and accepted unanimously by the courts. The doctrine is expressed Physicians, by contrast, earned about the finding in granting the Food and prestige Conceptionist theory. The unborn child has a great importance today, with lawmakers under the Constitution, since it is constantly subject to protective measures. Approaching then a set of preliminary elements and fundamental, inherent to the subject, the research directed towards the unborn child is not merely a potential possessor of rights, which has no mere expectation of rights, is more than one who has rights effective and that the Food Act pregnancy while they came to ratify and even more honored theory Conceptionist civil personality.

**Keywords:** Food pregnant. Food Law of the Unborn. Civil Personality of the Unborn. Theory Conceptionist.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR: NOÇÕES PRELIMINARES E CONCEITOS PRÉVIOS .....</b>	<b>14</b>
2.1 Alimentos .....	14
2.2 Das Causas Jurídicas da Obrigação Alimentar .....	17
2.3 Fundamentos e Evolução Histórica do Instituto da Obrigação Alimentar .....	20
2.3.1 Alimentos nos direito canônico .....	24
2.3.2 Alimentos no direito romano .....	25
2.3.3 Alimentos no direito brasileiro .....	27
2.4 O Dever de Sustento e a Obrigação Alimentar .....	30
2.5 A Natureza Jurídica do Instituto .....	32
2.6 O Relevante Papel Cumprido pelo Instituto da Obrigação Alimentar .....	34
<b>3 DO NASCITURO E DE SEUS DIREITOS.....</b>	<b>36</b>
3.1 Breves Considerações Acerca do Conceito de Nascituro .....	37
3.2 O Marco Inicial da Vida e o Surgimento do Ser Humano Sob o Prisma da Ciência	38
3.2.1 A concepção como marco inicial da vida.....	39
3.2.2 A nidação como marco inicial da vida .....	42
3.2.3 A teoria desenvolvimentista.....	43
3.2.4 O marco da atividade cerebral .....	44
3.2.5 O marco da potencialidade de vida .....	45
3.2.6 Considerações finais acerca do início da vida.....	46
3.3 Dos Direitos .....	47
3.3.1 Direito do nascituro à vida .....	47
3.3.2 Direito à filiação .....	49
3.3.3 Direito à doação .....	50
3.3.4 Direito à curatela .....	51
3.3.5 Direito aos alimentos .....	51
<b>4 O PROBLEMA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>53</b>
4.1 Capacidade e a Personalidade .....	54
4.2 Teoria Natalista .....	55

4.3 Teoria Concepcionista .....	59
4.3.1 Teoria verdadeiramente concepcionista .....	60
4.3.2 Teoria concepcionista da personalidade condicional .....	61
4.4 As Teorias do Início da Personalidade no Direito Comparado .....	62
4.4.1 Direito português .....	62
4.4.2 Direito espanhol .....	63
4.4.3 Direito alemão .....	64
4.4.4 Direito italiano.....	64
4.4.5 Direito argentino .....	65
4.5 Teoria Adotada pela Legislação Brasileira .....	65
4.6 Críticas a Teoria Adotada pela Legislação Brasileira e a Devida Interpretação a Luz da Constituição Federal .....	67
4.7 A Influência do Pacto de São José da Costa Rica .....	70

**5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO NA PROTEÇÃO DO NASCITURO..... 74**

5.1 A Concessão dos Direitos Alimentares ao Nascituro Antes da Lei n.º 11.804/2008. Doutrina e Jurisprudência.....	74
5.2 A Lei n.º 11.804/2008 e a Concessão dos Alimentos Frente à Jurisprudência e a Doutrina.....	80
5.3 O Reconhecimento do Nascituro como um Ser de Direitos Efetivos e o Prestígio a Teoria Concepcionista.....	87
5.4 A Posição da Teoria Natalista Frente aos Alimentos Gravídicos .....	89
5.5 O Estatuto do Nascituro e a Ampliação da Proteção ao Nascituro .....	92

**6 CONCLUSÃO .....** 96

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 101**

## 1 INTRODUÇÃO

Em razão da grande velocidade com que a ciência e a medicina evoluem, sobretudo nas últimas décadas, e o desconhecimento técnico-jurídico dos legisladores pátrios e da política social que envolve seus interesses, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por não acompanhar essas descobertas e não consegue se adequar no mesmo estágio das ciências.

Assim, ao longo de toda a codificação, percebe-se várias figuras que acabam sendo desprotegidas, cabendo à doutrina e jurisprudência estabelecer os parâmetros de proteção. Ocorre que em muitas situações nem mesmo a doutrina e a jurisprudência são suficientes para sedimentar uma estrutura jurídica que permita o reconhecimento pleno dos direitos destes entes desprotegidos e acabam por não ter a devida garantia.

O nascituro, por muito tempo, foi vítima desta ausência de proteção legal. Em virtude do artigo 2º do Código Civil, que dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, afirma-se, até nos dias de hoje, que o conceito é um sujeito possuidor de direitos em expectativa, não sendo sujeito dos direitos inerentes à personalidade civil, como os alimentos, a vida e etc.

A principal discussão que recai sobre o nascituro é exatamente sua consideração ou não como um sujeito de direitos e obrigações, sobretudo pela previsão do Código Civil acima exposta. Os únicos direitos que se reconhecem efetivamente ao conceito são o direito a curatela, a filiação, sucessão, adoção e doação.

Não obstante, o direito do nascituro aos alimentos sempre foi questão controversa, ora por não ser considerado sujeito de direitos, outrora por não ser possível satisfazer a prova de paternidade, exigida pela lei, a concessão das medidas protecionistas eram fortemente combatidas pela jurisprudência e pela doutrina.

A Lei n.º 11.804/2008, que dispõe sobre o direito aos alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido acabou por, finalmente, tornar expresso direito incontestável decorrente do direito propedêutico e fundamental da vida. Ocorre que essa importante previsão veio prestigiar ainda mais a teoria concepcionista, além de colocar um ponto final na discussão atinente ao direito alimentar do nascituro.

Assim o trabalho analisou todas as teorias definidoras do início da personalidade civil, além de verificar como era a concessão dos alimentos antes do advento dos Alimentos Gravídicos, bem como a reação da jurisprudência após a positivação de tal lei, fazendo perceber a importância para o nascituro de tal previsão, além de ver a sua grande colaboração ao entendimento concepcionista acerca do início da personalidade civil.

O tema ganha grande relevância por regular matéria ligada a um direito fundamental e inerente a todo ser humano, uma vez que o direito aos alimentos está diretamente ligado ao primeiro dos direitos, o direito a vida. Os números de gestantes que acabam abandonadas por seus companheiros, após a gravidez, aumentam a cada dia, e o conceito bem como a gestante, acabam por ficar desamparados muitas vezes, inclusive pela própria família, ou ainda que não abandonadas, podem encontrar-se em situação de dificuldade. Deste modo está presente uma plausível relevância social, justificando o estudo e pesquisa acerca do tema.

Ao abordar esse prestígio a teoria concepcionista, abre-se um caminho para que sejam suscitados outros direitos que também possam vir a ganhar uma efetividade, se pautados sob a égide da teoria concepcionista da personalidade civil, o que justifica ainda mais o seu estudo.

O trabalho possui caráter teórico e utilizou-se de uma análise qualitativa das informações que foram auferidas das pesquisas realizadas em livros doutrinários, citações jurisprudências e de textos encontrados na rede mundial de internet.

Foi também utilizado o método dedutivo partindo de um conteúdo amplo a fim de alcançar uma certeza, além do método comparativo ao verificar o tratamento do tema no direito estrangeiro e também para visualizar o tratamento

distinto de uma situação idêntica, dentro do próprio cenário nacional, em momentos distintos.

O trabalho dividiu as pesquisas realizadas em 6 capítulos, organizados coerentemente de modo a proporcionar a melhor compreensão acerca do tema, apontando primeiramente os conceitos necessários, noções prévias e mostrando a parte histórica de modo cronológico.

Inicialmente o trabalho fez uma abordagem acerca da obrigação alimentar de uma forma genérica, apontou-se os mais variados conceitos para o termo alimentos bem como os fundamentos que dão sustento ao instituto da obrigação alimentar, passando, para tanto, por um estudo sobre os momentos históricos mais importantes, sobretudo no direito romano e no direito brasileiro.

Analisou-se, também preliminarmente, as causas jurídicas que dão origem à referida obrigação, o ponto inicial do dever, de modo a identificar a partir de quando o dever natural dos pais em relação à prole, decorrente do poder familiar, passou a receber a característica de obrigatoriedade e indicar as diferenças existentes em relação ao dever de sustento.

Compreendeu-se como fora realizada à construção histórica, sendo que visualizar a grande evolução sofrida pelo instituto dos alimentos é de grande valia e justifica seu estudo, sobretudo, por sua principal característica da subsistência trazida pelo instituto, que tomou uma importância muito grande, em razão do forte prestígio dado, pela nossa Carta Maior, aos princípios que resguardam a vida e a dignidade da pessoa humana.

Estabelecer e delimitar os conceitos propedêuticos, diferenciações básicas, verificar as causas de que se originam, é mais do que fundamental para a realização de qualquer tipo de estudo mais aprofundado acerca de qualquer um dos vínculos obrigacionais existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Feito o estudo inicial passou-se a se preocupar com os direitos do nascituro, partindo-se então para o específico. Para tanto, buscou-se conceituar pessoa e ser humano, para poder chegar ao devido conceito de nascituro. Foi necessário também, analisar as teorias acerca do momento em que a vida passa a existir sob o prisma da ciência e medicina, com o intuito de proporcionar uma melhor

compreensão acerca das teorias referentes a personalidade civil do ser humano, que posteriormente foram analisadas.

Foi também analisado, neste capítulo, os principais direitos que o nascituro possui, sobretudo no que se refere ao direito a vida, de modo que a observação derradeira feita neste ponto, foi atinente ao direito aos alimentos, onde destacou-se a importância de analisar as teorias acerca da personalidade civil do ser humano, uma vez que o reconhecimento do direito aos alimentos depende, fundamentalmente, de tais teorias.

Assim, passou-se a analisar as teorias da personalidade civil. Visualizou-se as duas teorias que buscam identificar e determinar a partir de qual momento o conceito, ou ser humano, passa a ser sujeito de direitos e obrigações, inclusive o direito aos alimentos.

Viu-se também qual a teoria adotada por alguns importantes países, indicando inclusive certas peculiaridades, além de identificar qual a teoria adotada pela legislação pátria. Nesse ponto, foi importante demonstrar as críticas à teoria natalista, adotada expressamente pela legislação pátria, já que o trabalho demonstrou que tal teoria não é suficiente para explicar e garantir todos os direitos do nascituro. Uma vez identifica as críticas, permitiu sugerir a interpretação da teoria definidora da personalidade civil à luz da Constituição Federal. Verificou-se também as influências provocadas pelo Pacto de São José da Costa na teoria adotada pela legislação pátria, onde se analisou uma eventual revogação tácida do artigo 2º do Código Civil.

Feitas essas considerações, passou-se a analisar a importância efetiva dos Alimentos Gravídicos provocada na sociedade. Para tanto se fez, dentro do capítulo atinente a análise dos Alimentos Gravídicos, uma divisão. Em um primeiro momento analisou-se como era a concessão dos direitos aos alimentos, antes da Lei n.º 11.804/2008. A pesquisa analisou como era o entendimento da doutrina e a posição da jurisprudência, com isso percebeu que, muito embora se trate de um mero direito fundamental decorrente da própria interpretação dos princípios fundamentais, que são destinados a todos de forma igualitária, a positivação foi de grande importância. Isso se auferiu no estudo realizado na jurisprudência após a promulgação da Lei dos Alimentos Gravídicos, ao acompanhar a reação dos tribunais frente ao novo instituto.

Após essa análise e a busca de demonstrar que a Lei atingiu um objetivo plausível no tocante ao direito alimentar do nascituro, o trabalho passou a abordar seu segundo objetivo, qual seja demonstrar que a Lei colocada no centro do estudo, é pautada na teoria concepcionista demonstrando o prestígio pela legislação atual a tal teoria. Para tanto, foi necessário também, analisar a argumentação dos natalistas para justificar a manutenção do entendimento natalista frente os alimentos gravídicos e todas as suas impropriedades.

Antes de concluir, foi necessário analisar que o nascituro permanece em pauta no congresso nacional.

Cada vez mais sendo objeto de leis, tratados e tendo uma ampliação no rol de direitos assegurados, o nascituro vem sofrendo um maior prestígio pelos legisladores pátrios.

Assim analisou-se o projeto de Lei n.º 478/07, em trâmite pela Câmara dos Deputados, que visa instituir o Estatuto do Nascituro, que dentre vários direitos e garantias que pretende trazer, visa impedir a prática de aborto humanitário, quando a gravidez é oriunda de estupro, que atualmente é permitido. Demonstrando assim, mais uma vez que existe vida ainda no momento da concepção, muito embora o texto original do projeto de lei adote, impropriamente, a teoria natalista.

Na conclusão do trabalho, demonstrou-se o conseqüente prestígio a teoria concepcionista da personalidade civil, provocado pela Lei n.º 11.804/2008 além de delimitar sua grande relevância e destaque social.

## **2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR: NOÇÕES PRELIMINARES E CONCEITOS PRÉVIOS**

Faz-se mister, antes de iniciar o estudo dos fundamentos e da evolução histórica do instituto da obrigação alimentar, verificar os principais conceitos dados pela doutrina para o termo alimentos, além de se acompanhar sua devida delimitação e abrangência. Como o Código Civil pátrio não traz tal conceituação de forma específica coube, principalmente, à doutrina construir e definir o conceito do termo alimentos. Serão também pesquisadas as causas que dão origem à obrigação alimentar, analisando seus fundamentos jurídicos, sociais e legais.

Pesquisar-se-á também no presente capítulo, a evolução do instituto nos principais momentos históricos como no Direito Romano, Canônico além do esboço histórico no Direito Brasileiro.

Muito embora sejam vários os conceitos existentes para o termo, normalmente delimitam o mesmo objeto, uns são mais abrangentes enquanto outros são mais restritos. Buscar-se-á aqui, destacar o conceito mais contemporâneo e mais abrangente, de modo a proporcionar uma maior compreensão.

### **2.1 Alimentos**

Essencial para a existência humana e com a finalidade de nutrir o organismo fornecendo os elementos imprescindíveis para a devida evolução da vida, alimentos é tudo aquilo necessário á conservação do ser humano com vida. (CAHALI, 2009, p.15)

Yussef Said Cahali (2009, p.30) ainda ao lecionar acerca do conceito de alimentos refere-se ao mesmo de duas maneiras, dando o seu significado vulgar

e significado amplo. Em seu significado vulgar, alimentos seriam “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”, e em seu significado amplo, “é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção”.

Não obstante, Lopes da Costa (1966, p. 110) doutrina que alimentos, em sentido amplo, “compreende não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida *cibaria*, como também o *habitat*, *vestiarius* e os *corporis curandi impendia*”.

Segundo o professor Silvio Rodrigues (2003, p.145):

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 do vestuário, 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.

Verifica-se, de acordo com o conceito dado por Silvio Rodrigues, que alimentos abrangem muito mais direitos além dos alimentares em sentido estrito, mas também direitos atinentes à saúde, vestuário, à educação, moral e qualquer outra necessidade do alimentando. Importante também destacar que o objeto da prestação não se limita exclusivamente de forma pecuniária, nada impede que o pagamento seja *in natura*.

Dar ao necessitado abrigo, alimento, educação, vestuário, medicamentos, assistência intelectual além das demais obrigações, satisfazendo suas necessidades é suficiente para considerar prestada a obrigação. Por esta idéia, reluta-se possível também à prestação mista, ou seja, parte da obrigação é dada em dinheiro, ao passo que a outra parte, é paga *in natura*.

Partindo dessa mesma idéia de abrangência para o termo alimentos, Clóvis Beviláqua (2009, p. 535) afirma que “a palavra alimentos tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum, pois compreende tudo o que é necessário á vida: sustento, habitação, roupa e tratamento a moléstias”.

O Código Civil brasileiro trata os alimentos de uma forma bem genérica, o artigo 1.694, ao referir-se acerca da possibilidade de se pedir alimentos entre parentes, cônjuges e companheiros, utiliza a seguinte expressão: “alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição”, só fazendo uma ressalva quanto à questão educacional, ao determinar que devem inclusive atender a essas espécies de necessidades.

Já o Legislador Constituinte deu uma abrangência maior ao termo alimentos. Mesmo não se referindo de forma específica aos alimentos, a Carta Maior, ao garantir alguns direitos à criança e ao adolescente dispõe:

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifou-se)

Por essas indicações de abrangência e pelos direitos que ora vêm sendo garantidos pela jurisprudência, o conceito mais razoável é o que dá essa amplitude ao termo, refletindo não só na alimentação do necessitado propriamente dita, mas também atingindo o dever de assegurar o acesso à saúde, educação, dignidade, liberdade, cultura, lazer e principalmente à vida.

São infinitos os conceitos encontrados na doutrina, no entanto com poucas divergências relevantes. A questão do conceito amplo é o mais considerado pela doutrina, além de ser o que encontra uma melhor adequação em consonância com a nossa Constituição Cidadã. Maiores considerações, acerca da conceituação do termo “alimentos”, são desnecessárias, haja vista que os comentários relevantes já foram realizados.

Constante é a confusão que se faz entre alimentos e obrigação alimentar, sendo que a este basta acrescentar a idéia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite. (CAHALI, 2009, p.15)

Uma vez estabelecido o conceito de alimentos bem como superadas as discussões atinentes ao referido tema e determinada sua idéia de abrangência,

passa-se a analisar os acontecimentos que fazem surgir à relação de obrigatoriedade de se prestar os alimentos, as causas, a origem e as razões desse ônus.

## 2.2 Das Causas Jurídicas da Obrigação Alimentar

A obrigação de prestar alimentos pode decorrer basicamente de três fontes ou causas jurídicas, quer seja, da vontade, de ato ilícito e as que emanam de imposição legal.

As que surgem através da manifestação pura da vontade, derivam de atos voluntários ou jurídicos, isso através de manifestação de vontade *inter vivos* ou *causa mortis*. Os voluntários resultam do *ex dispositione iuris*, inserindo-se, portanto no Direito de Família, ao passo que os derivados de atos jurídicos, pertencem ao Direito das Obrigações ou Sucessões. (CAHALI, 2009, p.21)

Por derivação da responsabilidade civil aquiliana, a obrigação alimentar poderá também decorrer da prática de ato ilícito, conforme o disposto no artigo 948, II, do Código Civil. Essa é a hipótese em que a lei sujeita o autor de homicídio à obrigação alimentar á quem o morto devia. Tal imposição, realizada pelo artigo 948, II, do Código Civil, é entendida com um parâmetro a ser utilizado na fixação da indenização decorrente de ato ilícito, já que é evidente que tais alimentos não são devidos por força de enlaces parentais. Tal distinção, já está consolidada na jurisprudência como se verifica na seguinte decisão (ALBERTON, 2001, p. 78):

TJSP, 3.<sup>a</sup> Câ. Civil: Ato ilícito – Indenização – Alimentos – Embora não se confundam com os alimentos em razão do direito de família, tendo caráter indenizatório, de ressarcimento, sujeitam-se a revisão, havendo modificação nas condições econômicas, consoante dispõe o art. 602, § 3.<sup>o</sup>, do CPC. (Grifou-se)

A terceira causa jurídica a ser tratada é, sem dúvida, a que mais importa para o presente estudo. As obrigações alimentares que decorrem de imposição legal, também chamado de alimentos legítimos, são aqueles pautados no *ex iure sanguinis*. Tais alimentos são pautados no princípio da solidariedade familiar e social, que vincula os membros de uma família e de um grupo social a um dever moral de auxílio. (CAHALI, 2009, p. 674)

A regra do artigo 1.696, do Código Civil, estabelece que há um direito, entre os parentes, de solicitar aos outros, os alimentos necessários à subsistência, de tal sorte que, tal direito-dever é recíproco entre pais e filhos, podendo ainda se estender à todos os ascendentes. Verifica-se, portanto, que por conta do elo parental que une os indivíduos gerados a partir de um mesmo troco familiar, surge esse dever que não se limita, tão somente, ao parentesco por consanguinidade, mas também a outras espécies que a legislação resguarda. Passa-se agora a analisar, de forma sucinta, as espécies de parentescos que são adotados pela legislação brasileira.

O parentesco por consanguinidade se dará em linha reta ou colateral. A consanguinidade em linha reta é aquela que envolve os ascendentes e descendentes, sendo uns em relação aos outros, estabelecendo assim uma relação linear entre os mesmos. É a relação existente entre bisavô, avô, pai, filho, neto e bisneto, ao passo que a consanguinidade por linha colateral é a que decorre em razão de pertencerem, os indivíduos, de um mesmo tronco familiar, é a relação que existe entre o sobrinho e o tio, ou entre um irmão e outro.

No tocante a contagem de graus, pertinente é a explicação de Andréa Patrícia Toledo Távora Niess em conjunto com Pedro Henrique Távora Niess (2004, p.10), que ensinam:

A contagem do vínculo de parentesco faz-se por graus, que é à distância em gerações entre os parentes. Na linha reta contam-se os graus pelo número de gerações, pai, filho são parentes em primeiro grau, avô e neto em segundo grau, e assim por diante. Na linha colateral também é contada pelo número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Com essas considerações, sobretudo as atinentes ao parentesco colateral, pode-se afirmar que quando se tratar deste tipo de consanguinidade, nunca ocorrerá em primeiro grau.

Há também outra espécie de parentesco, o chamado parentesco por afinidade. É a espécie de parentesco previsto no artigo 1.595 do Código Civil, esse parentesco provoca uma extensão no vínculo de afinidade em relação aos parentes do cônjuge, sendo também aqui resguardados os direitos dos companheiros que mantêm uma união estável. Por essa regra, os cônjuges ou companheiros se tornarão parentes por afinidade dos parentes do outro.

O legislador preocupou-se com a extensão e limitou tal relação parental por afinidade, em seu parágrafo 1º, ao restringi-la aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro. No tocante ao grau de parentesco, considerar-se-á o mesmo que se aplica ao cônjuge, inclusive no que se refere à linha, assim o sogro será parente consanguíneo por afinidade em primeiro grau do genro.

Importante ainda destacar que, neste tipo de parentesco, a morte de um dos cônjuges ou companheiros não faz cessar o parentesco, do cônjuge vivo, para com os ascendentes, descendente e irmão do falecido, diferente da relação de parentesco em linha colateral.

Outra forma de parentesco é o civil, aquele que decorre da adoção, atribuindo a situação de filho ao adotado, ocorre um desligamento do adotado para com os seus parentes consanguíneos ao mesmo tempo em que é criado o civil. (NIESS, 2004, p. 12) Isso não ocorre quando um dos cônjuges adota filho do outro, uma vez que, nessa situação, subsiste o parentesco por afinidade.

Por consanguinidade, por afinidade e civil são as espécies de parentesco que fazem surgir à chamada obrigação *ex iure sanguinis* e que, por conseguinte, vincula os sujeitos dessas relações a, em sendo necessário, prestar alimentos uns aos outros, sempre tendo como orientação o binômio necessidade e possibilidade.

Insta salientar também que em certas situações ocorre um fundamento conjunto á relação parental, sobretudo na relação descendente ascendente onde é possível verificar com muita clareza outro tipo de vínculo, o poder familiar. Logo na

relação pai e filho, além da evidente relação parental por consanguinidade estão também presentes às imposições e deveres decorrentes do poder familiar.

### **2.3 Fundamentos e Evolução Histórica do Instituto da Obrigação Alimentar**

Tão antiga quanto à própria existência humana é a necessidade alimentar. O ser humano, em razão de sua própria natureza, apresenta desde seu nascimento as mais variadas necessidades, e estas o acompanharão ao longo de toda a vida. Em razão da fragilidade do recém-nascido e de sua evidente incapacidade de manutenção, estabeleceu-se um vínculo natural envolvendo seus genitores, uma vez que não seria justo incumbir aos demais membros da sociedade ou ao Estado, a responsabilidade de assistir material e moralmente este novo ente até o instante em que adquira a capacidade plena e de se manter materialmente.

Esse vínculo natural criado entre os entes geradores para com os entes gerados, segundo Del Vecchio *apud* Cahali (2009, p. 646) é a constatação da justiça parental, ora se os entes posteriores são consequência exclusivamente dos seus geradores, estes serão responsáveis durante todo o lapso temporal em que o ente criado estiver sob processo de desenvolvimento.

Partindo dessa idéia de justiça parental defendida por Del Vecchio, o professor Yussef Cahali (2009, p. 52) afirma que, por força deste princípio natural que impõe aos geradores o dever de proporcionar, aos entes gerados, o devido desenvolvimento e assistência, tais obrigações deveriam decorrer de simples imperativos morais que se espera aflorar da consciência humana.

Desta forma, a noção de uma obrigação dos pais de proteger, educar e alimentar os filhos provém de uma racionalidade lógica que decorre das necessidades e inclinações próprias da pessoa humana. (COMEL, 2003, p. 23)

Por essa dependência da prole enfrentada nos primeiros anos de vida, essa relação que envolve pais e filhos menores ficou vinculada com a idéia de poder, uma autoridade que ficava a cargo do chefe da família, isso ocorreu em razão

da idéia de poder familiar que se tinha no direito romano, uma vez que era concedido ao *pater familias*, um poder absoluto sobre os filhos.

Segundo a professora Maria Helena Diniz (2009, p.325), utilizando para tanto os conceitos contemporâneos do instituto do poder familiar, afirma que o instituto surgiu de uma necessidade natural, já que o ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens. Afere-se, consoante as considerações dadas, que um dos propedêuticos fundamentos da obrigação alimentar decorre deste vínculo que se cria em relação à prole e de suas necessidades. É o que afirma Gisele Leite (2008, s.p) ao lecionar que “o fundamento basilar da obrigação de alimentos é o vínculo da solidariedade familiar ou de sangue, onde ainda, a lei natural”.

Desse mesmo modo, Marino Elígio Gonçalves (s.d, s.p) concluiu que é justamente na solidariedade entre os membros que fazem parte da mesma família que se assenta um dos fundamentos da obrigação alimentar.

O professor Sílvio Rodrigues (2003, p.135), afirma que “o primeiro direito do ser humano é o de sobreviver”, não obstante, traz ainda como finalidade precípua da prestação alimentar, a promoção das necessidades de uma determinada pessoa que não pode prover à sua própria subsistência, tratando-se assim de uma espécie de socorro.

Portanto, a partir das lições doutrinárias dadas até o momento, percebe-se que o fundamento preliminar da obrigação alimentar é o próprio dever natural existente nas relações humanas, o dever em relação à prole, os efeitos naturais decorrentes do surgimento do poder familiar. Todavia, em se tratando de fundamentos da obrigação alimentar, o raciocínio não termina aqui, haja vista as considerações que serão analisadas a seguir.

Historicamente e desde o surgimento da idéia de Estado, o mesmo sempre foi responsável por esta promoção da vida e da dignidade da pessoa humana, o que conseqüentemente abrange o dever de alimentar os necessitados, sendo possível verificar isto nas mais remotas cartas garantidoras dos direitos fundamentais. Tão histórica quanto à responsabilidade Estatal é a clara dificuldade

enfrentada para cumprir tal dever, desta forma, o Estado, beneficiou-se pela inserção, nos ordenamentos jurídicos, do princípio da solidariedade familiar.

Marco Aurélio S. Viana afirma que (1998 s.p):

A solidariedade deveria nortear a vida dos seres humanos. Incompletos por natureza, somente quando agrupados podem alcançar objetivos maiores. A vida em regime de interdependência é um fato. É por isso que se localiza no núcleo familiar os alimentos, sob a forma de obrigação ou dever, onde o vínculo de solidariedade é mais intenso e a comunidade de interesse mais significativa, o que leva os que pertencem ao mesmo grupo ao dever de recíproca assistência.

Essa insuficiência do poder Estatal, de prestar aos membros de sua sociedade as devidas condições de vida e o implemento deste princípio da recíproca assistência ou da solidariedade familiar e social, fez impor, em determinadas circunstâncias essa obrigatoriedade de prestação de assistência entre familiares bem como aos demais membros da sociedade.

Ocorre que, circunstancialmente, certo ente se encontra em situação de solidão familiar, isso se dá quando o indivíduo não possui entes ligados pelo parentesco ou, os entes que possui, não são capazes de prover a alimentação do indivíduo necessitado, por encontrarem-se em estado de miséria. Dessa forma, mesmo existente o princípio do dever de solidariedade, o necessitado não será satisfeito. Na ocorrência de tal hipótese, é que surge a necessidade de uma atuação mais presente da figura do Estado e da sociedade na questão dos alimentos.

José de Castro Bigi (1988, p. 434/435), ao lecionar acerca de tal afirmativa, diz que a sociedade é chamada a prestar solidariedade, sendo atingida inclusive por benefícios de ordem estatal, como assistência judiciária, incentivos fiscais e alguns subsídios, na circunstância de se acolher, mediante guarda, criança ou adolescente abandonado.

Não obstante, o artigo 194 da Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem social, estabelece que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, e ainda no artigo subsequente, determina que a seguridade social será financiada por toda a

sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ressalte-se também que a assistência social deverá ser prestada independentemente de o beneficiado seja contribuinte ou não da Assistência Social.

Segundo o artigo 203 da Carta Maior, são objetivos da Assistência social:

**Art. 203 [...]**

**I** - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

**II** - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

**III** - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

**IV** - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

**V** - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Levando em conta essas considerações referentes à Assistência Social, Pedro Niess e Andréa Niess (2004, p. 56) afirmam que “ao contribuir pecuniária e obrigatoriamente com a assistência social, a sociedade ajuda a alimentar aqueles que necessitam”.

Com se vê, o Estado dividiu com os familiares e com a sociedade em geral, o ônus de prestar auxílio, quando as circunstâncias de determinado indivíduo exigirem, no entanto, em certas oportunidades o Estado se vê obrigado a atuar diretamente.

Quanto à participação estatal, é possível verificar sua atuação, de forma genérica, em várias circunstâncias.

Ao ofertar os serviços públicos como saúde, ensino, o estímulo à guarda de criança ou adolescentes, programas sociais de integração, construção de moradias populares, prestação de assistência judiciária gratuita, salário família, auxílio reclusão, protegendo o imóvel que serve de moradia familiar, entre outros programas sociais.

Ao poder estatal, apesar de chamar para si o resguardo da vida e da dignidade, participa apenas na prestação generalizada de alimentos aos necessitados, cumprindo assim as determinações constitucionais e infraconstitucionais que exigem determinada atuação do Estado, que nunca irá figurar como devedor de alimentos a pessoa determinada, salvo hipótese de reparação de dano causado pelo Estado ou preposto deste. (NIESS, 2004, p.59)

Assim percebe-se que ao Estado cabe a promoção de programas sociais, fomentos fiscais de incentivo a tutela de menores, além do cumprimento de serviços públicos básicos, ou seja, trata-se de uma atuação remota do Estado.

Deste modo, passa-se a expor o instituto em momentos históricos distintos. O primeiro momento a ser analisado, que foi de grande importância já que insurgiu algumas novidades em sede de direito alimentar, foi o Direito Canônico, que se passa a analisar.

### **2.3.1 Alimentos no direito canônico**

Foi em razão do direito canônico que se ampliou o âmbito das obrigações alimentares, atingindo inclusive as relações extrafamiliares.

Yussef Cahali (2009, p.44), em estudo da obra de Orestano, ensina que decorreu das interpretações do *liberi naturales* do direito de *justinianeus*, o ponto de partida para o reconhecimento do direito aos alimentos também aos filhos havidos fora do casamento em relação ao companheiro da mãe durante a gravidez.

Além desse vínculo de sangue, a obrigação poderia advir também das chamadas relações quase religiosas, impondo à igreja a obrigação de alimentar seus asilados.

Do vínculo espiritual existente entre tios e sobrinhos, padrinho e afilhado, é que emanava outra discussão, no tocante à obrigatoriedade de se prestar alimentos entre estes. (CAHALI, 2009, p.44)

Como é de costume no direito canônico, os canônistas se omitiram e não disciplinaram de forma específica tal instituto, mantendo assim a tradição eclesiástica trazendo tão somente algumas disposições atinentes à obrigação alimentar. (CAHALI, 2009, p.44)

A principal inovação trazida por este momento histórico foi o reconhecimento da prole advinda de uma relação diversa da familiar e a extensão da obrigação aos ascendentes e descendentes.

Essas são as considerações relevantes trazidas pela doutrina, sobretudo por Yussef Cahali, acerca dos alimentos no direito canônico. Outro momento que foi responsável por várias construções, muitas existentes no atual ordenamento, foi o Direito Romano, abaixo analisado.

### **2.3.2 Alimentos no direito romano**

Os alimentos no direito Romano limitavam-se, na época clássica, as relações de clientela e patronato, sendo que a obrigação alimentar fundada na relação *ex iure sanguini* pautada na relação familiar, não era mencionada nos primeiros anos da legislação romana. (CAHALI, 2009, p. 41)

Nesse momento clássico do direito Romano não se tinha, nem ao menos idéia do termo alimentos, isso se deu em razão dos efeitos da idéia de poder familiar, que se tinha na época, um poder que se concentrava nas mãos do chefe da família, não se podendo impor qualquer tipo de obrigação a este, haja vista que o mesmo detinha inclusive o *ius vitae et necis*.

Ora, se ao chefe da família era dado até mesmo o poder de dispor da vida de sua prole previsão dada pela própria Lei das XII Tábuas, não se admitia que os seus descendentes exercitassem qualquer pretensão patrimonial contra ele.

Neste sentido observa Áurea Pimentel Pereira (1988, p. 345):

Nos primórdios da civilização romana a palavra família, ora era usada para designar a reunião de pessoas unidas por parentesco civil (*agnatio*), que viviam sob a *pátria potestas*, nelas incluídas a mulher e os filhos, ora para abranger, além daquelas pessoas, os escravos e o próprio patrimônio do *pater*, que tinha a autoridade diretiva da família.

A professora Áurea Pimentel Pereira (1998, p.108) sustenta ainda que “sob o domínio despótico do *pater famílias*, os membros da família, assim constituída, não tinham qualquer significação perante o Estado, não ficando sujeito à jurisdição *civitas*, porque *alieni iutis*”.

Pontes de Miranda (2001, p.87) observa que a palavra família tinha uma designação diversa de que possui hoje, era utilizada tão somente para conceituar uma reunião de pessoas unidas pelo parentesco civil que vivia sob a *pátria potestas*.

Não se tem idéia exata de quando se passou a reconhecer a obrigação alimentar derivada da família, respeitando-se assim o princípio da solidariedade familiar, todavia, Cahali (2009, p.42) afirma que o reconhecimento ganhou força a partir do principado quando se passou a dar uma ênfase maior ao vínculo de sangue que liga os entes de uma mesma família, provocando uma transformação do dever moral de socorro em obrigação alimentar.

Cahali (2009, p.41) afirma ainda que se reconhecia neste período histórico a obrigação alimentar inserida na relação entre ascendente e descendente em linha reta até o infinito, a obrigação perante a prole da chamada família ilegítima, entre irmãos e foi neste período também, que se reconheceu a extensão da obrigação alimentar na linha colateral.

Existia o chamado *officium pietatis*, o que aproximava bastante à obrigação alimentar a uma idéia de caridade. No entanto a partir do instante em que tal instituto passou a ser regulado e previsto, surgiu um caráter de obrigatoriedade.

Neste sentido, Silvio Rodrigues (2008, p. 375) assinala que “desde o instante em que o legislador deu a ação ao alimentário para exigir socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral”.

Foi neste período abundante de novos institutos que um simples dever moral, como era considerado esse dever de alimentar os entes familiares, passou a sofrer as mais diversas influências fazendo a possuir caráter jurídico obrigacional, sendo este um dos momentos que mais influenciaram o direito de família, sobretudo o instituto da obrigação alimentar.

### 2.3.3 Alimentos no direito brasileiro

Enquanto colônia de Portugal, no Brasil se aplicava as Ordenações Filipinas, um conjunto de leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Sofrendo uma grande influência do Direito Romano, justificando assim a relação do direito de família atual para com o Direito Romano, nas Ordenações de Portugal já se podia verificar indícios da proteção alimentar, é o que se afigure no seguinte texto que fora destacado por Cahali (2009, p. 479), de tais Ordenações:

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 uma 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. (Grifou-se)

Nesse momento histórico, o documento mor era o Assento de 1772, que tomou força de Lei por conta do alvará de 1776, e também se referia a uma espécie de obrigação alimentar ao firmar o princípio dever de alimentar e sustentar a si mesmo e, sobretudo, ao estabelecer algumas exceções ao mesmo princípio.

Com a proclamação da independência do Brasil, a Lei de 20 de outubro de 1823 deu continuidade á aplicabilidade das referidas Ordenações, diante da impossibilidade de se construir um ordenamento jurídico ás pressas, fazendo, todavia, certas ressalvas, transplantando para o Brasil somente as leis e decretos de Portugal que foram promulgados até o ano de 1821. (ROCHA, 1960, p.38)

Tal fato histórico gerou uma imensa confusão, além das Ordenações Filipinas, aplicavam-se também diversas Leis extravagantes da época, usos e costumes e a Lei da Boa razão. E ainda com a Constituição do Império de 1824, várias previsões tornaram-se conflitantes com o Estado ideal. (WALD, 1995, p. 97).

Em momento posterior, surgiu a Consolidação das Leis Civis. O jurista brasileiro Teixeira de Freitas foi responsável pela Consolidação das Leis Civis e do Esboço de Código Civil. A Consolidação abrange uma introdução de 187 páginas, e é considerada por Arnold Wald (1995, p. 98) como um dos trabalhos mais rigorosos e profundos do direito privado brasileiro.

A Consolidação das Leis civis, mantendo a tradição, também previa nos dispositivos correlatos o dever de sustento dos pais e filhos e entre parentes. Tal Consolidação uma vez aprovada vigorou até o primeiro dia de 1917, quando passou a vigorar o Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 foi o primeiro Código Civil brasileiro e foi instituído pela Lei n.º 3.071, sendo criado sob os efeitos da Constituição de 1891 que assegurava os princípios democráticos e era garantidora também dos direitos da igualdade e liberdade.

O legislador do Código Civil de 1916 tratou do dever alimentar em vários pontos do Código. No título atinente aos efeitos jurídicos do casamento estabelece como uns dos deveres comuns dos cônjuges a mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. (artigo 231, III e IV)

Em outra disposição do antigo Código, competia ainda ao marido prover a manutenção da família. (Artigo 233, IV)

Não obstante as considerações dadas acima, o antigo Código tratava dos Alimentos em seu capítulo VII dentro do Título que se referia às relações de parentesco, e no Artigo 396 dispunha: “De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir.” Garantia ainda que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Yussef Cahali (2009, p.46) observa que durante muitos anos ocorreram diversos acréscimos e reformulações de vários aspectos, isso se deu pelo advento

de legislações extravagantes e por uma nova orientação jurisprudencial que fora sendo admitida pelos tribunais. Várias inovações e complementos foram trazidos por uma abundante atividade legislativa. Dentre as principais alterações e criações podemos citar as seguintes:

O Decreto Lei n.º 3.200 de 1941 (Lei de Proteção à Família) instituiu o desconto em folha de pagamento, Lei n.º 883 de 1949 que cuidou dos alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo, a Lei n.º 5.478 de 1968 que dispõe sobre a ação de alimentos, Lei do divórcio que alterou diversos dispositivos da Lei n.º 883 de 1949, o Código de Processo Civil de 1973 também disciplinou a execução de alimentos. Em um tempo mais recente podemos também destacar a Lei n.º 8.560 de 1992 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, Lei n.º 8.648 de 1993 que fez acrescentar o parágrafo único no artigo 399 do Código Civil de 1916.

Com o advento da Lei n.º 10.406 que instituiu o Código Civil de 2002, esperava-se, sobretudo no tocante as relações e obrigações alimentares, uma melhor sistematização e atualização.

Marco Túlio de Carvalho Rocha (2003, s.p), em artigo escrito, faz a seguinte observação:

Boas inovações foram, primeiramente, as que resolveram contradições havidas na vigência do Código de 1916: a atribuição de direitos e deveres iguais aos cônjuges; o expurgo de toda e qualquer referência discriminatória em relação aos filhos; a consagração do princípio do maior interesse da criança.

No entanto as melhorias acabaram por não vir, seja pelo longo período pelo qual o então projeto do Novo Código ficará tramitando pelo legislativo e pela própria visão dos responsáveis pela sua elaboração. (CAHALI, 2009, p.47) Em face desses e de mais diversos fatores, o Novo Código frustrou os anseios da sociedade e, sobretudo, dos operadores do direito que aguardavam um tratamento diverso.

## 2.4 O Dever de Sustento e a Obrigação Alimentar

As semelhanças que envolvem os institutos do dever de sustento e da obrigação alimentar provocam equívocos frequentes, todavia, tais institutos são realidades diferentes e, portanto, merecem uma análise mais próxima.

Quando se fala em dever, deve-se presumir um direito, haja vista que aquele serve para proporcionar, ou colaborar na construção do estado ideal que este idealiza. Assim afere-se que o dever surge em razão de outro possuir um direito, sendo que a circunstância que perfaz essa relação é a relação de parentesco já analisada.

Assim a criança tem o direito de ser alimentado, ao passo que o pai possui o dever de alimentar, sendo que tal dever decorre da relação parental existente entre os polos da relação.

O dever de sustento está expressamente previsto no Código Civil, no artigo 1.566, IV e dispõe com dever de ambos os pais: “sustento, guarda e educação dos filhos;”.

Yussef Cahali (2009, p.339) observa:

Para prover aos pais o desempenho eficaz de suas funções, a lei provê os genitores de poder familiar, com atribuições que não se justificam senão por sua finalidade. São direitos a eles atribuídos para lhes permitir o cumprimento de suas obrigações em relação à prole. Não há poder familiar senão porque deles se exigem obrigações que assim se expressam: sustento, guarda e educação dos filhos.

Assim o instituto do poder familiar, expressa uma característica de proteção à prole, assegurando a este o amparo e tutela dos pais mediante previsão legal.

Importante ainda destacar, que o dever de sustento faz presumir um estado de necessidade do filho, independente de o mesmo se encontrar em situação de necessidade ou não, sendo que esta presunção presumir-se-á até a maioridade, neste mesmo sentido, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento decidiu que “a necessidade de alimentos presume-se em favor

dos filhos menores, competindo ao obrigado a prestá-los provar que deles os mesmos não carecem”. (ALBERTON, 2001, p. 175)

O dever de sustento do filho menor compreenderia um elemento que não se insere necessariamente na obrigação alimentar, representando aquele pelos cuidados com a educação.

A partir da maioridade, pode ser que surja outro tipo de dever, aos pais em relação aos filhos, que resulta do parentesco por linha reta. É o previsto no artigo 1.696 do Código Civil, que traz: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Trata-se de obrigação alimentar que é pautada pelos critérios da necessidade e possibilidade, diferentemente do dever de sustento que não há escusa por impossibilidade material.

A obrigação alimentar se estende aos outros parentes, diante da impossibilidade do mais próximo, já o dever de sustento pesa tão somente sobre os pais.

No tocante a forma da prestação, é possível se averiguar mais uma importante diferença, o dever de sustento é prestado *in natura*, por ambos os pais. Apenas quando os genitores deixam de manter a coabitação é que se permite a prestação pecuniária equivalente à obrigação de dar que lhe é imposta, já na obrigação alimentar a via de regra, se presta mediante valor pago periodicamente.

O dever de sustento surge com o nascimento e cessa com a maioridade, trata-se de uma obrigação de fazer, ao passo que a obrigação alimentar pode perdurar por um período bem mais extenso, não importando a idade do alimentando, corresponde a uma obrigação de dar. Dessa forma o dever de sustentar o filho cessa com a maioridade, no entanto mesmo posteriormente a faixa etária estabelecida, o filho pode pleitear alimentos, desde que presente o binômio necessidade e possibilidade.

Outrossim, enquanto o dever de sustento resulta da autoridade parental, a obrigação alimentar ostenta caráter geral, vinculando-se, inclusive à relação de parentesco em linha reta, no que tange aos filhos maiores. (TARTUCE, 2009, p.106)

Ainda a obrigação alimentar é sustentada pelo princípio da solidariedade familiar, enquanto o dever de sustento, por sua vez, é resultante de uma imposição legal voltada á certos indivíduos ligados pelo vínculo familiar. Outro elemento que diferencia os institutos recai no tipo de imposição que se cria, uma vez que na obrigação alimentar a imposição que se tem é recíproca devendo somente estar presente à necessidade e possibilidade, já o dever de sustento é unilateral e deve ser cumprido incondicionalmente.

## 2.5 A Natureza Jurídica do Instituto

No tocante a natureza jurídica da obrigação alimentar, não há uma uniformidade doutrinária, haja vista os variados e divergentes posicionamentos que se encontra.

A vertente defendida por Cahali (2009, p.34) aponta que a obrigação alimentar não apresenta o caráter patrimonial, sobretudo por conta da característica assumida por essa obrigação, quer seja a relação com o princípio da solidariedade familiar e seu relevante interesse. Cahali afirma ainda que “há uma obrigação de *cura della persona*, e se distinguindo, assim, de qualquer outra obrigação alimentar *ex lege*, seja pelo caráter não patrimonial, seja pela sua finalidade familiar superior”. (2009, p.34)

Desta maneira, o direito a alimentação não integraria o patrimônio do alimentando, nunca devendo ser levado em consideração quando se for levantar seu patrimônio, sendo que deste direito, não poderá dispor ou dar como garantia a credores.

Em decorrência deste caráter que lhe é inerente, a extrapatrimonialidade, produz certas características, como a irrenunciabilidade de tais direitos, a impossibilidade de se dispor, a imprescritibilidade e impenhorabilidade, incompensabilidade, e a vedação no tocante a possibilidade de se transaciona-lo. Assim estar-se-ia tratando de um direito pessoal não patrimonial.

Quando se dá o caráter patrimonial à prestação alimentar, está se cometendo um grande equívoco. No mais das vezes, a obrigação ou dever de sustento não é prestado *in natura*, mas sim é convertido em dinheiro. Isso, no entanto não é suficiente para dar a essas obrigações o conceito de obrigação pecuniária, ainda que a prestação possua essa característica. (FACHIN, 1999. p. 268)

Neste sentido, observa José Lamartine Oliveira (1987, p.13): “O direito a alimentos é, com efeito, um direito não patrimonial. Isso não exclui a patrimonialidade da prestação alimentar, todavia, o seu fim é um dado não patrimonial: o sustento do credor”.

O legislador infraconstitucional optou por inserir o instituto da obrigação alimentícia entre parentes, cônjuges ou companheiros dentro do título denominado direito patrimonial e logo posteriormente criou o subtítulo atinente ao regime de bens entre os cônjuges, onde o denomina de direitos pessoais.

Jefferson Daibert Observa (1980, p.350):

Assim, embora localizada no direito privado como uma das manifestações do direito à vida, sendo por isso mesmo, personalíssima, nem por isso a obrigação alimentícia deixa de ter representação material, quer dizer, 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.

Nesta orientação, se encontra outro modelo atinente a natureza jurídica da obrigação alimentar, já que aqui se reconhece a presença de dois elementos na obrigação alimentar, o elemento pessoal e o patrimonial.

Não obstante, é também defendido por Daibert (1980, p.350) que embora estejam presentes conjuntamente os elementos pessoais e patrimoniais, aquele se prevalece sobre este, devido a relevância do instituto e do resguardo aos princípios da vida e da dignidade da pessoa humana, ou seja, ainda de conjuntos, o elemento econômico é secundário em relação ao dever de socorro em que se funda o instituto.

## 2.6 O Relevante Papel Cumprido Pelo Instituto da Obrigação Alimentar

Após a realização destas considerações preliminares e verificado a abrangência do termo, fundamentos de sua existência e ainda analisado a sua evolução histórica, visualizou-se o relevante papel social cumprido pelo instituto da obrigação alimentar e a reconhecida importância dada pelo Estado.

O aludido instituto é cada vez mais arguido no judiciário brasileiro, sobretudo quando se trata do dever alimentício decorrente do dever de sustento do pai para com a prole, em razão dos mais diversos fatores econômicos e, sobretudo, sociais.

Na grande maioria das vezes, o menor impúbere<sup>1</sup>, representado pela sua genitora, não encontra outra solução senão socorrer-se nas medidas judiciais para ter seu direito de ser sustentado garantido. Assim uma obrigação natural que deveria advir naturalmente, da própria consciência do pai, tem que ser cumprida mediante ordem judicial, colaborando inclusive na procrastinação do judiciário brasileiro.

Por garantir princípios básicos assegurados pelo Estado Democrático de Direito, através de nossa Carta Maior, é que se assenta a sua relevância. A marginalização da sociedade e os problemas econômicos são os responsáveis, no mais das vezes, pelas circunstâncias que provocam a necessidade de recorrer ao judiciário para ter o direito alimentar devidamente cumprido.

A legislação correlata é farta e na grande maioria das vezes é suficiente para dar ao necessitado o direito que lhe é inerente, quer seja o de ser alimentado. Assim quando o pai deixa o lar e a prole sem amparo pecuniário, o judiciário o faz prestar os alimentos que a prole necessitar sob pena de certas medidas coercitivas.

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Segundo Maria Helena Diniz, Menor Impúbere é aquele que, em razão da idade, não alcançou a capacidade jurídica plena para o exercício de seus direitos. O menor impúbere é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil. São assim considerados os menores de dezesseis anos. Entre dezesseis e dezoito anos de idade o menor será considerado púbere e após completar dezoito anos, cessará a menoridade.

Mesmo nas circunstâncias onde são levantadas dúvidas quanto à paternidade ou não, não obsta a prestação da tutela jurisdicional, haja vista as facilidades proporcionadas pela medicina em se identificar e esclarecer a paternidade, mediante exame de DNA.

O problema recai quando o abandono paternal se dá quando a mulher se encontra no estado gravídico, assim neste estágio é impossível se constatar mediante exames clínicos, sem que leve risco ao feto, a efetiva paternidade. Assim o nascituro é posto em uma situação de inferioridade, sendo que alguns de seus direitos fundamentais acabam sendo violados e desrespeitados.

### 3 DO NASCITURO E DE SEUS DIREITOS

Quando se fala em direitos e obrigações alimentares, deve-se presumir uma relação entre sujeitos de direitos, um a quem a obrigação é dirigida e outro que possui o direito. Assim, preliminarmente deve-se identificar quais são esses sujeitos de direitos. Indiscutivelmente apenas a pessoa humana pode ser sujeito de direito, portanto este será o ponto inicial do estudo.

Partir do mais adequado conceito e acepção do termo pessoa é fundamental para o estudo. Apenas os indivíduos capazes de participar e de sofrer os efeitos da vida jurídica interessam ao instituto da obrigação alimentar.

Rubens Limongi França (1980, p.155), em estudo atinente ao direito alimentar do nascituro, equipara a pessoa ao ser humano, sendo este um ser individual capaz de raciocinar conscientemente e de impor a sua autodeterminação.

Limongi (1980, p.139) faz ainda a plausível observação:

Pessoa vem do latim *persona-ae*, que por sua vez tem origem no verbo *personae* (*per+sonare*), que quer dizer soar com intensidade. Servia aquele vocábulo inicialmente para designar a máscara usada pelos atores teatrais, graças á qual lhes era assegurado o aumento do volume da voz. Por analogia, passou a palavra a ser utilizada no direito para designar o ser humano, enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica. Isto se deu na Idade Média, pois no Direito Romano a idéia correspondente era expressa pelo vocábulo *caput*. Em filosofia, pessoa é a substância natural dotada de razão. Em suma, é o ente humano. Em ciência jurídica, pessoa é o sujeito dos direitos, isto é, o ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

Partindo da previsão da Constituição da Pastoral da *Gaudium et Spes*, de 7 de dezembro de 1965, número 14 que traz: “ O homem, ser uno, composto de corpo e alma, sintetiza em si mesmo, pela sua natureza corporal, os elementos do mundo material, os quais, por meio dele, atingem a sua máxima elevação e louvam livremente o Criador.”, o professor Alexandre Marlon da Silva Alberton (2001, p.23), primeiramente afirma que o ser humano é composto por uma parte material e outra espiritual.

Para os cristãos, haverá vida humana e, portanto pessoa, sempre onde houver uma alma imortal unida a um corpo mortal. Ressalte-se ainda que o corpo esteja plenamente formado ou não, com ou sem todos os seus membros. Afirmam que a alma se funde no momento da concepção de uma nova vida no seio da mãe, assim desde este instante é que existe um homem. (WELTY, 1960, p.105)

No tocante a parte biológica propriamente dita, o que interessa efetivamente para o estudo, verifica-se uma discussão acerca do momento em que a pessoa passa a existir, o momento em que surge a vida, o que será em breve analisado.

### **3.1 Breves Considerações Acerca do Conceito de Nascituro**

Na ótica gramatical, o dicionário Silveira Bueno (1996, p. 318) põe o nascituro como “o que ou aquele que vai nascer” ao passo que falando na ótica etimológica, nascituro vem do latim *nasciturus* que significa “que deve nascer”.

Sob a ótica jurídica, aqui também é possível encontrar algumas divergências. Para o professor Pontes de Miranda (2000, p. 27), nascituro “é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”.

Já Silmara Chinelato (2000, p.27), define nascituro como “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com a condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz”. Para Silvio Rodrigues (2001, p. 36), nascituro é “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

Sobre o conceito de nascituro, observa o professor Limongi França (1981, p. 50):

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 está para os outros adultos.

No Direito Romano, o conceito de nascituro era encontrado no Digesto 1, 5, 26 “*Qui in útero sunt, in Toto poene iure civili intelleguntur, in rerum natura esse*”, que significa “os que estão no útero; tem quase todo direito civil se têm por nascidos”.

Tem-se assim, por nascituro, o ente que se encontra no ventre prestes a nascer, dando-se assim, sob o prisma deste entendimento, uma grande importância à vida que representa que, por ser uma vida, deve ser preservada.

Quando se fala em ventre materno, deve-se ressaltar que poderá haver, pela evolução da medicina, a fecundação *in vitro*, culminando no início da vida mais inexistindo a gravidez, o que é imprescindível para a evolução natural do concebido, sendo, portanto impossível o desenvolvimento senão dentro do ventre materno.

Feitas as considerações acerca do conceito de nascituro, deve-se identificar a partir de qual momento o nascituro passa a existir, em que momento do ciclo de gestação já se pode falar em nascituro e conseqüentemente em vida. Identificar o exato momento em que uma nova vida passa a existir é extremamente importante para o trabalho, uma vez que essa determinação, realizada pela ciência influi nas teorias acerca do início da personalidade civil desenvolvida pelos juristas, que será abordada em momento oportuno é que é ponto fundamental da presente pesquisa.

### **3.2 O Marco Inicial da Vida e o Surgimento do Ser Humano Sob o Prisma da Ciência**

Sem dúvida, o direito supremo do ser humano que deve receber o maior tratamento é o direito a vida, dessa forma, buscar o momento em que a

mesma se inicia torna-se fundamental. Para buscar o fim almejado, não há outra solução senão recorrer aos ensinamentos de medicina, mesmo que, a análise, seja de forma sucinta.

O estudo acerca das teorias que versam sobre o início da vida, desenvolvida pelos cientistas e pesquisadores da medicina ganha uma relevância muito grande, uma vez que influi diretamente nos estudos atinentes as teorias acerca da personalidade civil, pois estão diretamente ligados ao início da vida.

Assim deve-se analisar as teorias que versam acerca do início da vida, que se mostram consideravelmente divergentes, o que faz com que seu estudo seja ainda mais relevante para o Direito.

A questão que será discutida neste capítulo será exatamente esta, doravante a qual ciclo do desenvolvimento, pode-se falar que há existência de pessoa e, por conseguinte de ser humano? A resposta desta pergunta provocará grandes efeitos no tocante ao efetivo direito do nascituro a alimentos. É o que se passa a expor.

### **3.2.1 A concepção como marco inicial da vida**

Sob o ponto de vista biológico, a vida inicia-se a partir do momento em que o espermatozoide penetra no óvulo feminino, ou seja, a partir do instante do surgimento do zigoto ou célula-ovo. Elimar Szaniawski (2001, p.93) observa que “com a concepção inicia-se a vida humana e o embrião deve ser considerado uma pessoa humana, não podendo ser sacrificado para salvar outra”.

É também este, o entendimento de Maria Helena Diniz (2009, p. 329), que revela em seu estudo inerente ao tema que muito embora a vida tenha início com a fecundação e a viabilidade se inicie com a gravidez, a autora defende que o início legal da consideração jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Este momento ora tratado, ou seja, o momento da fecundação, em que o espermatozóide penetra o óvulo feminino, culminando no surgimento do zigoto, é anterior à etapa da nidação<sup>2</sup>. Para os entendedores dessa posição o zigoto já é dotado de caracteres próprios e diferenciadores, logo, para estes, aqui já se pode falar em pessoa, e, portanto, em direito.

Neste sentido, Dalton Luiz de Paula observou, em entrevista concedida a Karla Bernardo Montenegro, disponível na internet (2008 s.p):

O embrião humano não é um simples aglomerado de células porque o comportamento é completamente diferente das de outras células. [...] se for oferecido ao embrião condições de proteção, acolhida e alimentação, ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de início e um ponto de fim), coordenado (autosuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos).

Tal observação fora utilizada em uma consulta pública realizada em 2008 a pedido do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 54 direcionada ao início da vida, e na época, o então subprocurador geral da República, na época da consulta, Dr. Cláudio Fonteles (MONTENEGRO, 2008, s.p), em entrevista concedida disponível na internet, manifestou-se da seguinte forma acerca da questão ligada ao início da vida:

Depois de ouvir as exposições, convenci-me de que a posição que afirma acontecer na fecundação o início da vida tem inquestionável amparo científico. Se o artigo 5º da Constituição Federal expressamente estabelece o princípio da inviolabilidade da vida humana, para que se dê efetividade a essa norma constitucional – princípio jurídico da efetividade, que impede que tenha-se a Constituição como rol de preceitos puramente abstratos -, é imperativo que aconteça a definição jurídica sobre o início da vida e aí o concurso da comunidade científica é indispensável, celebrando o perfeito casamento entre a ciência jurídica e a ciência biomédica e bioética.

---

<sup>2</sup>LEJEUNE, Jerome. O Homem e o Início da Vida. O geneticista Lejeune, em artigo disponível na internet conceitua a Nidação como o momento em que o ovo fecundado dos mamíferos na parede do útero, onde continua o seu desenvolvimento. Depois da sua fertilização na trompa da Falópio, o ovo passa para a parede do útero na forma de uma esfera de células, o blastocisto. A camada exterior do blastocisto perfura a superfície da mucosa do útero e forma uma cavidade onde o blastocisto se fixa.

Na mesma audiência pública, Lenize Aparecida (2008, s.p) doutrinou:

Os termos “pré embrião” e “montinho de células” não existem, a partir da fecundação já há um novo indivíduo, um novo ser humano, com todas suas características reunidas (...) “ se o embrião não é um ser humano desde a sua primeira fase de desenvolvimento, o que ele é? A que espécie ele pertence?

Em questão inerente ao início da vida do nascituro, o Senado norte-americano consultou o geneticista e professor Jérôme Lejeune (1981, s.p), que elaborou um estudo, que acabou ficando conhecido como “O testemunho de Jérôme Lejeune a respeito do início da vida”, disponível no site da fundação criada pelo geneticista, do qual se extrai os seguintes trechos que ora importa:

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 parte célula máscula (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 q concepção até a velhice, não é uma hipótese metafísica, mas sim uma evidência experimental.

Neste sentido Márcio Martins Moreira (2003, p. 20) faz a seguinte observação:

O ser humano, ainda no útero materno, espera o momento para respirar, mas não respirar para a vida que foi dada pelo Criador no momento da concepção, pois desta já é titular, mas o momento para marcar o início da sua existência extra-uterina. O marco inicial da existência do ser humano se inicia com o sopro divino, que completa o ciclo iniciado com a concepção.

A presente monografia prestigia este entendimento. Assim deve-se considerar que a vida passa a existir a partir da concepção, ou seja, quando da

penetração do espermazóide no óvulo feminino. Existindo vida e existindo nascituro, ele passa a sofrer a prestação jurisdicional no que toca os direitos alimentares. Esta é a vertente adotada, como fundamento, pela teoria concepcionista da personalidade civil, que será analisada em momento oportuno. Divergente é a próxima teoria a ser analisada, a chamada Teoria da Nidação.

### **3.2.2 A nidação como o marco inicial da vida**

Para esta teoria, a vida passa a existir a partir do fenômeno da nidação. Poucos dias depois da fusão do espermatozoide no óvulo, momento em que se inicia a multiplicação de célula, o ovo formado desce ao útero e passa a procurar um local para se fixar. Neste momento o hormônio inerente ao ovário, progesterona, já adequa o endométrio para que nutra o ovo.

A nidação ocorre no instante em que o óvulo ocorre a fusão do blastocisto no endométrio, instante em que há o contato com a mãe, após três semanas forma-se o embrião. (LUCAS, s.a, s.p)

Ainda para esta teoria, a vida passa a existir a partir dessa descida do ovo e da fixação no útero, onde começa a receber o glicogênio e outras substâncias nutritivas.

Interessante é a afirmação de Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.182) que assevera:

Somente se poderá falar em nascituro quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo o embrião na fecundação *in vitro* não se considera nascituro.

Chinelato (2000, p.182) defende que, malgrado a vida se inicie com a fecundação, a mesma só terá oportunidade de viabilidade se houver a nidação, ou seja, a partir do momento em que se inicia a gravidez, opondo-se ao entendimento

de Diniz (2009, p. 329) defensora da existência de vida *in vitro*. Para os aderentes a esta teoria, Patrícia Helena Lucas (s.d, s.p) afirma que “só se pode falar em vida, após o 14º dia de existência do embrião”.

Ocorre que, no mais das vezes, quando a mulher descobre que se encontra em estado gravídico, esses quatorze dias já se passaram e, portanto, já há vida.

A partir do fenômeno da nidação, o ser concebido passa a ter uma identidade genética única, própria e individualizada, diversa a de seus genitores. O útero marca um estágio de espera, onde o concebido aguarda a passagem para a vida exterior. Existe ainda outra teoria acerca do marco inicial da vida, a teoria desenvolvimentista, que se passa a analisar.

### **3.2.3 Teoria desenvolvimentista**

Para a teoria desenvolvimentista o desenvolvimento do ser humano é dividido em três fases: pré-embrionária, embrionária e feto, de tal sorte que em cada etapa do desenvolvimento o ser apresenta características diversas. (SOUZA, s.a, s.p)

Os adeptos á esta teoria, diversamente aos concepcionistas, entendem não haver vida desde a concepção, afirmam que se trata apenas de um aglomerado celular. (SOUZA, s.a, s.p)

Acerca da teoria desenvolvimentista, observa Priscila de Souza (s.a, s.p): “Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identifica-lo como pessoa”.

Deste modo, só se poderia reconhecer a sua proteção em um segundo momento na cadeia de evolução, quando o ser já possui caracteres próprios e suficientemente desenvolvidos. Tal teoria depende ainda de critérios e paradigmas

para se auferir a presença ou não se características particulares e, em razão disso, encontra resistência e dificuldade em ser sustentada. A teoria da atividade cerebral também deve ser analisada.

### 3.2.4 O marco inicial da atividade cerebral

Em épocas passadas, quando a medicina não era tão evoluída, levavam em conta, para se verificar a morte, a parada do coração ou a respiração. Todavia tal conceito ficou para trás e hoje o paradigma é a atividade cerebral. (SOUZA, s.a, s.p)

Neste sentido Priscila Boim de Souza (s.a, s.p), em artigo acerca do tema, discorreu que “Diante disso, se a vida acaba quando o cérebro para, seria lícito supor que ela só começa quando o cérebro se forma, é o pensamento dos defensores da corrente das primeiras atividades cerebrais”.

Para justificar a adesão a tal teoria, Marília Siqueira (1999, p. 234) aponta que já que a medicina utiliza a atividade cerebral para apontar o fim da vida, este também deve ser utilizado para se auferir o início da vida. Assim só se poderia afirmar a existência de vida, quando ao menos iniciar a formação do tecido cerebral.

Márcia Regina Machado Melaré (2005, s.p), relata:

Esse critério para a definição do momento da morte, para fins de doação de órgãos, absolutamente pragmático, deve servir de orientação para a definição do início da vida, em termos legais. Nesse sentido, o embrião humano, ainda sem atividade encefálica, pode ser utilizado para pesquisas em prol de outras vidas humanas.

Deste modo, a teoria da atividade cerebral sustenta que antes do 14º dia da fecundação não há o que se falar em vida, já que é neste instante que se inicia a formação da placa neural.

E é neste aspecto a grande discussão que se forma em torno de tal teoria, qual o momento em que existe atividade cerebral? Alguns cientistas como

Marília Siqueira (1999, p. 234), em estudo do tema, afirma só ser possível haver atividade cerebral após a 8ª semana de gestação, instante em que o feto já teria formado feições faciais parcialmente definidas e possuiria um circuito de 3 neurônios.

Já o outro entendimento, também destacado por Siqueira (1999, p.234) é o de que só haveria atividade cerebral após a 20ª semana, quando já se conseguiria inclusive sentir os movimentos do feto dentro do ventre da gestante. Nesse momento o tálamo que é a parte central do cérebro já está formado.

Vê-se que tal entendimento, por encontrar respaldo científico, é plausível, muito embora não seja defendido de forma exaustiva.

### **3.2.5 O marco da potencialidade de vida**

Essa teoria, assim como a concepcionista, classifica o embrião com um ser humano desde o instante da concepção, todavia o põe como um ser dotado de autonomia embrionária e não humana. Afirmam que o embrião tem uma grande potencialidade a vir a se tornar uma vida posteriormente as etapas evolutivas. (SOUZA, s.a, s.p)

Meirelles (2000, p.138) ao discorrer sobre o tema afirmou:

Porém o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e avirtualidade de uma pessoa.

Deste modo o embrião já possuiria todas as características, todo o material genético do ser humano, no entanto estariam em um estado de latência. Assim os defensores afirmam que, exatamente por se tratar de uma vida em

potencial, o embrião já merece o respaldo e proteção jurídica ampla, devendo ser tratado como se vida possuísse.

### 3.2.6 Considerações finais acerca do início da vida

A partir da existência de vida, seja da fecundação, nidificação ou da atividade cerebral, marca o ponto inicial de um longo desencadeamento de efeitos jurídicos, dentre direitos e deveres, sendo que a proteção jurídica acerca dos direitos do nascituro deve ser iniciada *de lege ferenda*, ou seja, a partir da concepção, opondo-se ao velho entendimento romano do *nasciturus pro Jam nato habetur, cum de com modo ejus agitur* (Considera-se o nascituro já nascido quando se trata de proteger seus interesses). (MOREIRA, p.20)

No ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar alguns dispositivos que resguardam direitos inerentes ao nascituro, como, a guisa de ilustração, o artigo 124 do Código Penal que tipifica a conduta de praticar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Aqui se encontra uma proteção de caráter conceptualista, ou seja, parte de um princípio de que já existe vida desde a concepção, o que se opõe a outra previsão existente no Código Civil pátrio, mais precisamente no artigo 2º, quando diz que a personalidade civil do individuo passa a existir do nascimento com vida. Tem-se assim, pela disposição do Código Penal, uma proteção efetiva ao nascituro, parte do princípio de que existe uma vida de fato, todavia, no livro civil, deixa clara a adoção pela teoria natalista, evidenciando uma grande contradição.

Deste conflito de considerações legais, Márcio Martins (2003, p.21) faz a seguinte observação:

Questão intrigante, conforme veremos é a de que o art. 2º do novo Código civil pátrio dá como início da personalidade civil do homem o momento do nascimento com vida, o que corresponde a dizer que, para o legislador pátrio, o nascituro pode ser vítima do crime de aborto, embora não possua legitimidade processual para defender os direitos atinentes a reparação de

eventuais lesões ou danos à sua personalidade, pois civilmente não a possui. Esta somente começará com o nascimento com vida, na estrita dicção do falado artigo do novo diploma civil. Assim sendo, somente passará a existir para o mundo jurídico quanto aos direitos da personalidade, com o nascimento com vida. Porém, a segunda parte do referido dispositivo não ordenou que os direitos do nascituro estejam resguardados desde a concepção? Como então resguardar os direitos da personalidade se ele ainda não a possui?

Percebe-se que há uma discussão, na medicina, a respeito do início da vida, existindo todas essas várias vertentes acima expostas. A legislação civil ao tratar da personalidade civil do ser humano, sofre grandes influências destes entendimentos científicos que foram postos, o que justifica seu estudo antes de se iniciar a pesquisa acerca das teorias da personalidade civil. Não obstante, deve-se antes verificar os direitos reconhecidos ao nascituro, já que este é o escopo do capítulo.

### **3.3 Dos Direitos**

Feitas as considerações atinentes ao conceito de nascituro, bem como as considerações acerca do início da vida para a ciência, passa-se a se expor alguns direitos reconhecidos ao nascituro de forma específica.

#### **3.3.1 Direito do nascituro à vida**

O direito a vida é um direito fundamental pético e de todo ser humano, consiste em um direito inato, intransmissível, irrenunciável e indisponível. É o direito mor, mais sagrado e mais superior. Devida a sua imensa importância atinge

também aos nascituros sem qualquer ressalva, atinge os já nascidos e os que estão por nascer.

Do latim *vita*, tem por significado a força interna substancial que anima ou dá ação própria aos seres organizados revelando o estado de atividade dos mesmos. (CAPELO DE SOUZA, 1995, p. 82)

Capelo de Souza (1995, p. 83) destaca ainda:

A vida humana, qualquer que seja sua origem, apresenta-se-nos, antes de mais, como um fluxo de projeção coletivo, contínuo, **transmissível**, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global [...]

[...] constitui um elemento primordial e estruturante da personalidade, a vida humana é susceptível de diversas perpectivações.

A Constituição Federal faz ainda a seguinte previsão:

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

Em outro momento, também na Constituição Federal, há outra previsão atinente à proteção à vida:

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O professor Alexandre de Moraes (2000, p.61) afirma que o direito a vida é o direito mais fundamental de todos os direitos. O referido doutrinador parte do princípio de que o direito a vida é uma espécie de um pré-requisito para exercer qualquer outro direito.

Importante ainda salientar que, conforme importante orientação de Ives Gandra da Silva Martins (1987, p. 35), a vida, não se trata de uma concessão do

Estado, mais sim o simples reconhecimento de um direito, de uma prerrogativa do ser humano.

Cretella Junior (1988, p.153) faz ainda a seguinte menção:

Bastaria que se tivesse dito “o direito” ao invés de “a inviolabilidade do direito à vida”. Se “vida é um direito” garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não “inviolado”. Se eu digo que é ‘inviolável’ (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), ‘ipso facto’, estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)... O **direito à vida** é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. **Direito à vida** é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o “**direito a continuar vivo**, embora se esteja com saúde” e (b) “**o direito de subsistência**”: o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto”. (Grifou-se)

Fruto da primeira geração de direitos, o direito a vida não aborda tão somente o direito puro de continuar vivo, mas também dele decorrem outros direitos como o direito de ter uma vida digna, ou seja, aborda também a dignidade da pessoa humana. A vida de nada adiantaria se o ser humano não puder usufruir de forma digna, não seria coerente assegurar o direito a vida e permitir imposições e violações degradantes. Logo onde há direito há vida, há direito de usufruí-la de forma digna.

Outros direitos decorrem diretamente do direito a vida, com o direito a privacidade, à intimidade, à convivência familiar, ao corpo, a honra, imagem entre outros.

### 3.3.2 Direito à filiação

O devido reconhecimento da filiação é outro direito inerente ao nascituro. Não há dúvidas quanto ao reconhecimento antes mesmo do nascimento, é o que dispõe a seguinte previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente:

**Art. 26.** Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

**Parágrafo único.** O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

O motivo pelo qual o pai poderia reconhecer a filiação antes mesmo do nascimento, mediante escritura pública ou testamento é justificado nas palavras de João Emanuel de Carvalho Santos (1992, p. 435):

[...] A permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer seu filho, ou de achar-se por outro qualquer motivo impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho, uma vez que seja feita mediante escritura pública ou testamento.

Desta forma a mãe ou pai poderão pleitear o reconhecimento da paternidade, em nome do nascituro. No tocante à questão probatória, as provas podem ser feitas em juízo posteriormente ao nascimento, inclusive através de exame de DNA. Há uma previsão bastante interessante ainda na legislação cível, a chamada presunção de filiação legítima (artigo 1.597), que considera concebido na constância do casamento os filhos nascidos há até 180 dias depois de estabelecido o casamento, ou até 300 dias subsequentes a dissolução do casamento por morte, desquite, ou anulação.

### **3.3.3 Direito à doação**

O nascituro pode ser beneficiado por meio de doação desde o instante da concepção. É o que se extrai do exame no Artigo 542 o Código Civil: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita por seu representante legal”.

Assim após o ato de liberalidade e sendo aceito pelo representante legal do nascituro, o mesmo poderá usufruir o bem dotado e incorporá-lo a sua

posse podendo inclusive perceber os frutos. Uma posterior morte do nascituro não desfaz a doação, já que se trata de direito adquirido. (NORBIM, 2006, p.52)

Todavia, existe um grande obstáculo a esta prerrogativa do nascituro. Caso o bem doado se trate de um imóvel, a Lei de Registros Públicos exige que a doação seja realizada mediante escritura pública, devendo ser indicada a qualificação das partes.

Assim, em nada adianta essa previsão legal. Em ocorrendo a doação ao nascituro e os pais a aceitarem, eles deverão guardar o bem e os direitos do conceito até o seu nascimento.

### **3.3.4 Direito à curatela**

É sobre o instituto da curatela o disposto no artigo 1.779 do Código Civil sobre a seguinte redação: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

O professor Adahyl Lourenço (1985, p. 278) faz uma observação importante atinente a este tema:

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todavia exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, “se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois o nada não se representa.

Frente à impossibilidade de exercício de seus direitos, o juiz entrega a representação do nascituro a quem exerce o poder familiar, o pai ou a mãe se

absolutamente capazes. É a curatela que permite a aquisição de bens em nome do nascituro ou a receber doações.

### **3.3.5 Direitos aos alimentos**

Tema de grandes debates e discussões jurídicas, o direito de o nascituro ser alimentado sofreu fortes mudanças nos últimos anos, sobretudo em 2008 em razão da entrada em vigor da Lei n.º 11.804, lei esta que institui os alimentos gravídicos. O reconhecimento como um ser dotado de expectativa de direitos, segundo a teoria natalista que é dominante, e as tímidas, porém existentes, decisões jurisprudências que ora concedia o direito alimentar ao nascituro eram fortemente combatidas por vários argumentos de ordem processual.

Todos os debates já superados serão fundamentais e imprescindíveis para obter a melhor compreensão do tema, como o conceito de alimentos, os fundamentos e causa jurídica da obrigação alimentar e as considerações acerca do nascituro e a partir de quando é considerado um sujeito de direitos. O nascituro, a partir da Lei dos Alimentos Gravídicos, passou a ter expressamente garantido um direito fundamental que antes não era absoluto, já que enfrentava uma resistência pela jurisprudência e até mesmo por uma parte da doutrina.

Todavia, diferentemente dos direitos do nascituro de curatela, doação, filiação e a vida, o direito aos alimentos não são reconhecidos de forma expressa pelo ordenamento jurídico. Intimamente ligado ao direito alimentar do ser humano está à personalidade civil, uma vez que apenas aos entes possuidores de personalidade é que eventualmente haverá a obrigação de prestar alimentos, portanto, antes de se analisar efetivamente o direito do nascituro aos alimentos e de realizar esta comparação, é imprescindível a análise das teorias acerca da personalidade.

## 4 O PROBLEMA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

Reputa-se indispensável à análise acerca das teorias que sustentam o instante em que se inicia a personalidade do nascituro. A problemática de se definir o instante do início da personalidade vem desde o direito Romano (CAHALI, 2009, p. 413). Em razão do caráter personalíssimo do dever de sustento, é imprescindível identificar a partir de qual momento o nascituro passa a ter o direito de ser alimentado, impondo conseqüentemente um ônus ao seu genitor.

As discussões que versam sobre o início da personalidade se prolongaram e ainda existem na contemporaneidade, e sempre estiveram também ligadas ao início da vida e a existência do ser humano, motivo pelo qual retrata a necessidade de abordar tais temas anteriormente.

Encontram-se algumas escolas doutrinárias quanto ao início da personalidade civil do homem. De forma geral, são divididas em dois grandes grupos, assim tem-se a corrente Natalista e a corrente Concepcionista, sendo que está ainda se subdivide em outras duas correntes, como será visto a seguir.

Intimamente ligado ao conceito de pessoa, esta a personalidade jurídica que seria a evidenciação e o reconhecimento de ser a pessoa, sujeito de direitos. Clóvis Bevilácqua (1999, p.81) diz que a personalidade “é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”.

Nas palavras de Rosenvald ( 2008, p.104):

Personalidade é o atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico, titularizando uma tutela especial consistente em reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

Nessa mesma linha de raciocínio, a observação de Maria Helena Diniz ( 2006, p.121) merece um destaque:

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

Deste modo a personalidade não fica limitada apenas no sentido de se considerar a pessoa como um sujeito de direitos, mas vai além e impõe ao ser humano, direitos que lhe são inerentes. Todavia, antes de discorrer acerca das teorias da personalidade civil, é importante realizar uma diferença entre o instituto da personalidade civil e da capacidade civil. É o que se passa a expor.

#### **4.1 A Capacidade e a Personalidade**

Marília Siqueira (1999, p.354) doutrina que uma vez iniciada a personalidade natural do ser humano, a mesma passa a se relacionar com uma série de atributos, ou seja, com uma série de características, situações ou condições, suscetíveis de ser assumida pela personalidade e que seja capaz de ocasionar uma repercussão jurídica.

A personalidade natural acompanha o indivíduo durante todo o seu ciclo vital, sendo que o seu fim se confunde com o fim da própria existência do indivíduo.

Quando se fala da capacidade civil, realiza-se uma verificação quanto à extensão dos direitos da pessoa, podendo ainda ser dividida em capacidade de fato e capacidade de direito. Sendo que, no primeiro caso, trata-se da aptidão de uma pessoa praticar um ato jurídico, enquanto no segundo caso, se trata da aptidão para exercer esses direitos e cumprir essas obrigações. (ALBERTON, 2001, p. 67)

Alberton (2001, p. 26) também assevera que é a capacidade de direito, e não de fato, que é um dos atributos da personalidade, já que quando trata de capacidade de fato, esta pode sofrer diversas modificações, aumentando ou

reduzindo-se sua abrangência, o que não produz nenhum efeito na personalidade natural do sujeito. Tem-se, portanto, por sinônimo a personalidade e a capacidade de direito.

A esse respeito, José Lamartine (1987, p.19) doutrina de modo diverso, tendo como base os ensinamentos de Teixeira de Freitas. Para ele, a capacidade de direito não deve ser confundida com a personalidade natural, pois “tal distinção se justifica na medida em que a personalidade não admite gradações, admitindo-as, porém, a capacidade de direito”.

Teixeira de Freitas (1855) *apud* Lamartine (1987, p.19) observa ainda que todos os entes humanos são pessoas, são iguais perante a lei; ainda que não seja igual a sua capacidade de direito, do mesmo modo que sua capacidade de fato ou de obrar.

Assim, feitas tais considerações, resta salientar a conclusão de André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria (1953, p.70) a respeito da capacidade e da personalidade natural referente ao nascituro, já que para eles o nascituro possui certa capacidade de direito, porém, não tendo capacidade de fato ou de exercício, necessitando, desta forma, de um representante, que exercerá em seu nome os direitos que lhes são reconhecidos.

Assim passa-se a analisar as teorias acerca da personalidade civil e forma específica.

## **4.2 Teoria Natalista**

Adotada por uma grande parte de doutrinadores como Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião, Caio Mário da Silva Pereira, entre outros, é sem dúvida a teoria que possui a maior aceitação além de ser a mais defendida. (ALBERTON, 2001, p.29)

A teoria ora exposta encontra seu principal subsídio legal no artigo 2º do Código Civil pátrio, sobretudo na primeira parte, que traz o seguinte texto: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Do texto legal, se extrai dois elementos importantes, o nascimento e a vida.

Desta forma, para a teoria natalista, a personalidade se incorpora ao ser logo após o nascimento, que é nas palavras de Limongi França “a separação do filho das vísceras da mãe”, podendo ser natural ou artificial, desde que também esteja presente o elemento vida, que pode ser aferido pela respiração pulmonar, significando que a prole nascente não mais depende do organismo materno, caminhando agora pelo seu próprio organismo. (2001, p.29)

Neste sentido Fernando Simas Filho (1998, p. 134), doutrina com clareza:

Não basta o simples fato do nascimento; é preciso que o recém-nascido apresente os sinais de vida, movimentos próprios, respiração, vagidos. [...]

[...] A lei requer, para que se lhe reconheça a personalidade civil e se torne sujeito de direitos, que a criança dê inequívocos sinais de vida, após o nascimento, mesmo que venha a falecer instantes depois. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir a personalidade e, assim, não recebe e não transfere direitos.

Tal corrente, embora não considere possuidor de personalidade civil, não despreza o nascituro. No tocante a sua condição jurídica, a teoria natalista não sustenta a inexistência de qualquer direito, tão somente aponta a não incidência dos caracteres formadores da pessoa humana, quer seja a personalidade civil, nesta fase de desenvolvimento.

Para os defensores da doutrina natalista, o artigo 2º *in fine* do Código Civil, revela que o nascituro é considerado um ser possuidor de expectativa de pessoa, possuindo assim, não direitos reais, claros e atuais, mais sim os direitos de expectativa, de serão pleno, com o advento de uma condição futura, o devido nascimento com vida.

João Luiz Alves (1917, p.25) é signatário de tal corrente e faz uma menção acerca da expectativa de direitos inerente ao nascituro, que será transcrita abaixo:

[...] 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.

Assim, para a aludida doutrina, o nascituro possui uma expectativa de vida e, por conseguinte, possui apenas direitos expectativos. É um ser que possui personalidade civil em potencial, dependendo para tanto, da superveniência de uma condição futura, ou seja, dependerá do nascimento com vida.

Mesmo não possuindo personalidade, e por evidência não possuindo capacidade civil, a lei confere alguns direitos ao nascituro, com a curatela, doação, herança e a representação. Não obstante a esses direitos, os adeptos a esta corrente alegam que só nesses casos expressos em lei que o direito considera o nascituro como já nascido, quando seu interesse assim o exigir. (SEMIÃO, 1998, p.34)

Os adeptos da referida doutrina, utilizam também a taxatividade da lei, ao conceder direitos ao nascituro, como suporte para suas teses, já que se o nascituro fosse reconhecidamente considerado ser humano, não seria necessário especificar os direitos que lhe são inerentes, já que esses direitos seriam reconhecidos automaticamente.

Sérgio Abdalla Semião (1998, p.34), faz inclusive uma observação no tocante a essa taxatividade:

Caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve das ao Código civil brasileiro.

Pela orientação da teoria natalista, revela que o nascituro não é considerado um homem, sobretudo em razão da evidente dependência das vísceras maternas, que é responsável pela sua nutrição e manutenção até o instante do desligamento visceral, ou seja, a partir do nascimento.

É o que defende Vicente Ráo (1999, p. 68):

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 é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveito a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão aos nascituro.

No mesmo sentido dos natalistas, a jurisprudência decidiu a seguinte lide:

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 improviso. (TJRS – Ap. Cível 195123112, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ar Azambuja Ramos, 28-11-95)

Outro argumento levantado pela teoria natalista, é a não inclusão do nascituro em nenhum dos artigos 3 ou 4 do Código Civil, que são responsáveis pelo instituto da capacidade. Alegam que como o nascituro não está em nenhum dos referidos artigos, não é considerado pessoa pelo ordenamento pátrio e, portanto não possui personalidade civil. (SEMIÃO, 2000, p.71)

Desta forma, o nascituro, consoante às orientações da doutrina natalista, possui uma espécie de personalidade condicional, possui a expectativa de direito, possuindo certas prerrogativas que são taxativas e não extensivas, e a partir do fenômeno nascimento, desde que o novo ente tenha vida, passa a ser pessoa e adquire automaticamente todos os direitos inerentes ao ser humano.

### **4.3 Teoria Concepcionista**

Defendida de forma minoritária pela doutrina, prestigiada por Guaraci de Campos Vianna, Silmara Chinelato e Almeida, a teoria concepcionista é dividida ainda em outras duas teorias, que partem de um mesmo entendimento diverso do dos que defendem a teoria natalista, o marco inicial da vida.

Tanto a teoria concepcionista pura quanto a teoria da personalidade condicional, defendem que o início da vida se dará a partir do instante em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, o que faz gerar um ovo ou zigoto. Assim quando ocorre a efetiva gravidez, passando a existir uma vida perfeitamente viável.

Para os defensores de tal entendimento, Vianna e Chinelato, o nascituro deve ser visto com ser humano, já que é a concepção que marca o primeiro estágio de uma nova vida que está em formação. Assim os defensores da teoria concepcionista adotam a vertente, no âmbito biológico, de que a vida é iniciada a partir da concepção e não somente após o nascimento com vida.

Possuindo vida, automaticamente passa a possuir personalidade e conseqüentemente passa a ser um verdadeiro sujeito de direito, capaz de agregar a sua personalidade vários atributos, bem como vários direitos. Este argumento é o utilizado para justificar certos direitos expressos na legislação como à curatela, à vida, à representação, aos alimentos, a ser adotado entre outros.

Dessa forma, a taxatividade da lei não limita os direitos inerentes ao nascituro aos previstos legalmente, apenas serve como um reforço a mais, um reconhecimento da importância dos direitos do nascituro em razão da posição que o

novo ser se encontra. Feitas as considerações iniciais, passa-se a analisar as subdivisões da teoria concepcionista.

#### **4.3.1 Teoria verdadeiramente concepcionista**

É a doutrina que defende que o início da personalidade, bem como a vida, se inicia a partir da concepção. Para os defensores deste entendimento, não se exige nenhuma outra condição. É defendida por Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveira Faria, André Franco Montoro, Francisco dos Santos Amaral, Silmara Chinelato.

O professor Guaraci de Campos Vianna (1998, p.291), em seu estudo acerca do início da personalidade, ao defender a teoria puramente concepcionista elenca alguns argumentos. Para ele, quando o Código se refere à pessoa, o termo é um conceito abstrato ou técnico, ou seja, pessoa é a integração de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos dentro da ordem jurídica, sendo todos os indivíduos considerados como pessoas.

Guaraci (1998, p. 292) faz ainda a seguinte menção:

A expressão todo homem é capaz de direitos, contida no art. 2º do Código civil compreende indistintamente a unanimidade dos seres componentes da espécie humana, sem distinção de idade, sexo, raça, cor, estado de saúde, como consta no art. 5º da Constituição Federal.

Para o professor Guaraci (1998, p. 292), outro argumento de defesa de sua tese, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente adota o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, o que faz assegurar ao ser desde a concepção uma proteção especial inclusive a gestante, já que assegura o atendimento pré e perinatal, alimentação, parto com dignidade e outros.

A jurisprudência já reconheceu tal teoria em algumas decisões, como a que segue:

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 de oliveira, 28-03-01)

Passa-se agora a analisar a segunda ramificação da teoria concepcionista bem como seus argumentos e fundamentação.

#### **4.3.2 Teoria concepcionista da personalidade condicional**

A teoria concepcionista da personalidade condicional defende a existência da personalidade jurídica a partir do instante da concepção, no entanto, diferentemente da teoria puramente concepcionista impõe uma condição, exige que o ente que está para nascer, nasça com vida, assim com o nascimento com vida, a personalidade retroagirá á data de sua concepção.

Tal corrente é defendida por Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Bevilácqua.

O professor Clóvis Bevilácqua (1978, p.324) destaca alguns elementos que sustentam seu entendimento como: a) O fato de que desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito, tanto que o aborto constitui crime; b) a gravidez autoriza a posse em nome do ventre e a nomeação de um curador especial, sempre que competir à pessoa por nascer algum direito; c) considerar-se o nascituro como nascido, desde que se trate dos seus interesses; d) admissibilidade do seu reconhecimento.

Tal entendimento é fortemente atacado pelos que adotam a teoria concepcionista pura. Segundo Chinelato (2000, p. 36):

Embora essa doutrina tenha se aproximado bastante da teoria concepcionista pura, deixa à margem de suas indagações os direitos da

personalidade, dentre os quais o direito à vida, direitos absolutos incondicionais e não dependentes do nascimento com vida.

Neste mesmo sentido, observa Guaraci de Campos Vianna (1998, p. 293):

A adoção da teoria condicional, preconizada por Clóvis Bevilácqua, segundo a qual a personalidade existiria desde a concepção, mas sob a condição do nascimento com vida não se mostra adequada. A vida é privilegiada desde a concepção e a personalidade também.

O entendimento concepcionista condicional foi construído em momento histórico em que não se tinha uma doutrina de direitos de personalidade farta e a medicina ainda era bastante limitada.

#### **4.4 As Teorias do Início da Personalidade no Direito Comparado**

Analisar como é o tratamento em outros países é de extrema importância. Assim pode-se aferir e acompanhar a evolução que se tem tido acerca do tema nas legislações estrangeiras, já que o atual código sofre as mais variadas influências.

##### **4.4.1 Direito português**

No direito português, a legislação cível adota a teoria natalista. Em seu artigo 66, o Código Civil Português dispõe claramente que “A personalidade adquire-

se no momento do nascimento completo e com vida. Os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento”. (1966, s.p)

Deste modo o conceito não é alcançado pela proteção jurídica, sendo que adquirirá personalidade civil somente após o nascimento com vida. Isso justifica a adoção da teoria natalista pela legislação brasileira, em razão da grande influência decorrente das Ordenações Filipinas, que vigoraram em determinado período de nossa história.

#### 4.4.2 Direito espanhol

A legislação espanhola adota o mesmo entendimento. O artigo 29 do Código Civil espanhol estabelece que a personalidade é determinada pelo nascimento ao dispor: “o nascimento determina a personalidade; mas o concebido se tem por nascido para todos os efeitos que lhes sejam favoráveis, sempre que nasça com as condições que expressa o artigo seguinte”; e traz na sequência, requisitos para que se possa considerar a pessoa nascido dispondo: “Para os efeitos civis, só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno”. (1889, s.p)

Clemente de Diego *apud* Alexandre Alberton (2001, p.53), ao se manifestar acerca de tal previsão do Código espanhol doutrina:

Desde logo esta proteção é uma proteção condicional, pois o Código, seguindo a legislação romana e a história, representada pelo Código das Partidas, sujeita, como indicamos, a proteção a duas condições: 1<sup>a</sup>- Que nasçam com as condições expressadas na lei. 2<sup>a</sup>- Que se trata só daquelas que lhe resultem favoráveis – *nasciturus pro iam natu habe tur quotiens de comno doe ius agitur*.

Assim, o código espanhol além adotar a teoria natalista, expõe os requisitos para que se considere a pessoa nascida.

#### **4.4.3 Direito alemão**

O Bürgerliches Gesetzbuch ou BGB, Código Civil alemão, também é adepto a teoria natalista, dispõe em seu artigo 1º que “A capacidade jurídica das pessoas começa com a consumação do nascimento [...]”. A legislação alemã confere ainda ao nascituro, um reconhecimento específico a certos direitos, e parte do princípio de que se o ser já está concebido, embora ainda não nascido, é digno de proteção jurídica, considerando-se o “ser ainda não nascido” como juridicamente capaz. (ALBERTON, 2001, p. 54)

Tal afirmação de Alberton é fruto de pesquisas acerca do tema no direito alemão, é criticada por parte da doutrina, pois não poderia o mesmo artigo determinar que a personalidade começa com a consumação do nascimento e conferir e reconhecer direitos desde a concepção.

#### **4.4.4 Direito italiano**

Assim como a legislação portuguesa, espanhola e alemã, o direito italiano, um grande influenciador, também adota a teoria natalista. O artigo 1º, do título I, reconhece: “A capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinadas ao evento do nascimento”.

Assim o fenômeno nascimento ocorre com a separação completa do feto ao corpo materno, independentemente se naturalmente ou de forma artificial. É conferido ao nascituro, no direito italiano, alguns direitos como o de receber herança (artigo 462 do Código Civil Italiano), todavia, isto não significa que está se reconhecendo o nascituro como um sujeito de direitos, mas sim, está se estatuidando direitos reconhecidos ao nascituro que são condicionados ao nascimento com vida.

(ALBERTON, 2001, p.58). Diverso deste entendimento é a previsão da legislação Argentina, que se passa a analisar.

#### **4.4.5 Direito argentino**

O Código Civil argentino adotou de forma expressa a teoria concepcionista. É o que se aúfere da leitura do artigo 70 do Código Civil Argentino:

Desde a concepção no seio materno começa a existência das pessoas; e antes de seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já houvessem nascido. Esses direitos ficam irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no seio materno nascerem com vida, ainda que fosse por instantes depois de estarem separados de sua mãe.

Assim a legislação argentina põe o nascituro como um ente com personalidade civil, sendo, portanto, detentor de direitos. O nascituro no direito argentino é posto com um ser absolutamente incapaz e tais direitos tornar-se-ão totalmente irrevogáveis em ocorrendo o fenômeno do nascimento.

#### **4.5 Teoria Adotada Pela Legislação Civil Brasileira**

Nas ordenações Filipinas, ordenamento que vigorou no Brasil após a independência até a reorganização jurídica do país, já se verificava garantidos certos direitos ao nascituro. Os dispositivos eram o artigo 7º do título XVII do terceiro livro das Ordenações, que garantia o direito a bens à criança que se encontrava no ventre da mãe, e também no parágrafo 5º do título LV do quarto livro das Ordenações que anulava o testamento se sobreviesse um filho legítimo. A questão

intrigante fica por conta do previsto no título LV, das Ordenações de Portugal, que exigia que, para tanto, o embrião nascesse com vida, o que não ficou previsto nas Ordenações que vigoravam no Brasil. (MONTORO, 1999, p.19)

Historicamente a legislação civil sofreu grandes influências da doutrina concepcionista, sobretudo, em razão da influência de Teixeira de Freitas que foi grande defensor de tal doutrina. É inclusive o que esclarece André Franco Montoro (1999, p.21) no seguinte trecho de sua obra:

A opinião de Teixeira de Freitas, favorável à doutrina “concepcionista”, exerceu notável influência no direito pátrio até o Código Civil. Em virtude da autoridade indiscutível do autor da Consolidação das leis civis ou em razão da série de dispositivos que visavam a proteção do nascituro, a verdade é que durante largos anos a tendência do direito civil brasileiro revelou-se no sentido de se admitir o início da personalidade com a concepção. Nossa assertiva se fundamenta nos vários projetos de Código civil, os quais, com exceção do de autoria de Coelho Rodrigues, consagravam a orientação concepcionista.

Outro jurista que chegou a iniciar um projeto de um novo Código Civil, José Thomaz Nabuco também considerava que o nascituro era pessoa desde a concepção e os colocava como absolutamente incapazes. O referido projeto, todavia, restou infrutífero haja vista que o referido autor faleceu antes de consumir o projeto por inteiro. As tentativas de dar continuidade aos trabalhos já realizados por Nabuco não prosperaram e em 1899, por influência política, Clóvis Beviláqua recebeu um convite pelo Ministro Epitácio Pessoa. ( DE CICCIO, 1993, p. 130)

Após a organização sistemática e um estudo em legislações estrangeiras realizadas pela comissão do anteprojeto, em 1916 o presidente Wenceslau Braz promulgou a Lei 3.073, que recebia o nome de Código Civil. ( DE CICCIO, 1993, p. 131)

O Código Civil de 1916 trazia em seu artigo 4º a seguinte redação: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Dessa forma o antigo diploma consagrava, na primeira parte no artigo a Teoria Natalista, no entanto na segunda parte do dispositivo havia uma proteção ao nascituro a partir do momento da concepção.

O Código Civil vigente manteve praticamente a mesma redação, apenas substituiu o termo “homem” por “pessoa”, mantendo a discussão acerca do início da personalidade já que o atual diploma reconhece proteção jurídica ao nascituro mesmo sem considerá-los como pessoa.

Assim, pela interpretação literal do artigo 2º do Código Civil Brasileiro, o atual ordenamento cível prestigia o entendimento natalista, ou seja, o indivíduo passa a adquirir personalidade civil após o nascimento com vida.

#### **4.6 Críticas a Teoria Adotada Pela Legislação Brasileira e a Devida Interpretação a Luz da Constituição Federal**

A teoria adotada pelo ordenamento civil brasileiro se mostra insuficiente para explicar o nascituro como sujeito de direito em se tratando de alimentos, já que em se admitindo tal prerrogativa ao nascituro, quer seja o direito alimentar, como conceder tal direito a ser sem personalidade civil? Se a teoria natalista for aplicada de forma efetiva, a concessão de alimentos ao nascituro seria admitida tão somente se partir da idéia de que o nascituro faz parte da gestante, de suas vísceras, não possuindo, portanto existência própria.

Tal explicação se torna um tanto quanto incoerente se analisada juntamente com outras previsões legais, como as do código penal, sobretudo no que se refere à tipificação do crime de auto aborto, já que se partir dessa mesma idéia tal delito não teria explicação, uma vez que não se pode punir ninguém por praticar lesão contra si mesmo. Isso nos mostra que essa idéia de que o nascituro faz parte da gestante é contraditória, dentro da própria legislação brasileira, não podendo ser considerada. Ademais já se viu que o nascituro possui necessidades próprias, e o seu atendimento proporciona um benefício apenas indireto para a gestante.

No tocante a concessão de direito alimentares, encontra-se também uma situação controversa. O artigo 2º do Código Civil diz que o nascituro é um ser

que possui apenas expectativas de direitos e não direitos efetivos, sendo condição para a efetivação de tais direitos, o nascimento com vida.

Interessante e pertinente é a afirmação de Alexandre Alberton (2001, p.81):

O nascituro não pode ter “expectativa a alimentos”, mas, sim, “direitos a alimentos”, visto que o nascituro tem necessidades a serem supridas para que haja o seu nascimento com vida. Assim, não poderá o nascituro aguardar o seu nascimento com vida para ter direito a alimentos, pois tal nascimento poderá não ocorrer.

[...] A teoria natalista, que somente os direitos expressos em lei podem ser reconhecidos ao nascituro, considerando-o como já nascido, quando seu interesse assim o exigir. Também esse argumento não serve para solucionar a questão dos alimentos ao nascituro, uma vez não há qualquer dispositivo que, expressamente, reconheça ao nascituro o direito a alimentos. Com efeito, pela teoria natalista, o nascituro não teria direito a alimentos e, muito menos, direito a pleiteá-los em juízo.

O direito constitucional prestigiador dos direitos e garantias fundamentais, encontra obstáculos na própria legislação, e que se mostra totalmente incoerente. Não faz o menor sentido assegurar o direito alimentar do nascituro, reconhecendo-o como um ser com expectativa de direitos e condicionar o seu exercício ao próprio nascimento, já que os alimentos prestados podem ser imprescindíveis para assegurar o nascimento.

Como então explicar os alimentos ao nascituro, se a própria legislação cível se mostra contrária. Uma análise, sob o prisma constitucional, é a saída encontrada pela doutrina para explicar tal afirmativa, essa inclusive, é a alternativa mostrada por Alexandre Marlon Alberton (2001, p. 82), utilizando para tanto os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos e Christiano José de Andrade, para adequar a teoria natalista em relação à questão alimentar do nascituro.

Para que exista uma adequação, faz-se necessária uma análise ponderada do tema, de forma conjunta, com a Constituição Federal. Ao se fazer isso, nas palavras de Manoel Messias Peixinho (1999, p.82):

[...] reconhece-se a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, não só estabelecendo uma hierarquia de uma superior sobre outra de nível inferior, com, também, exercendo-se uma vigilância da constitucionalidade das leis.

O professor Jorge Miranda (1996, p. 263), também defende essa forma de se solucionar a questão de interpretação e adequação do direito à teoria adotada, ao doutrinar:

Trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto a ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera da ação desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva.

Outro defensor do entendimento de não se contentar com a simples leitura do dispositivo legal, neste caso o que prestigia a teoria natalista e o que coloca o nascituro como um sujeito de direitos em expectativa, é o professor Luís Roberto Barroso (1999, p. 182), que destaca ainda a forma de se interpretar o tema à luz do texto Constitucional:

1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Desta forma, o texto legal deve ser visto paralelamente com o direito à vida, que nada mais é do que o primeiro dos direitos fundamentais. Se deve-se resguardar a vida do ser humano, os alimentos servem apenas para se assegurar que a vida continue, ou como preferem os natalistas que admitem tal interpretação, que se garanta a vida futura.

Assim uma vez demonstrada que a teoria concepcionista decorre da interpretação do artigo 2º do Código Civil, em conjunto, com o artigo 5º “caput” da Constituição Federal, pode-se falar que o nascituro possui personalidade civil e por consequência é titular do direito a vida e alimentos.

#### 4.7 A Influência do Pacto de São José da Costa Rica

O estudo acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos se faz necessário em razão dos apontamentos levantados pela doutrina, como Luciano Dalvi Norbim (2006, p.73) e Márcio Martins Moreira (2003, p.37) para justificar a revogação do artigo 2º do Código Civil, que prestigia a teoria natalista da personalidade civil.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, doravante tratada como Convenção, é o principal tratado internacional existente no sistema americano, que trata de direitos humanos. Tal convenção foi subscrita em 22 de novembro de 1969, todavia o Brasil passou a fazer parte da Convenção Americana desde 1992, quando da publicação do Decreto n.º 678, posteriormente fora também reconhecida à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998.

Assim, hoje o Brasil está totalmente integrado no referido sistema, sendo capaz de ser acionado e até mesmo condenado por eventuais descumprimentos de algum de seus preceitos.

O ponto que importa ao presente estudo é que tal Convenção dá um tratamento diferenciado ao nascituro, aufere-se isto na análise do artigo 4º, 1 da Convenção, que dispõe: “1. Toda **pessoa** tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**”. (Grifou-se)

A Convenção diz claramente que pessoa é todo o ser humano, não fazendo nenhuma menção ao momento, seja extra ou intra-uterina, e quando indica que a proteção deve começar desde o momento da concepção, entende-se que o nascituro, para a Convenção, é pessoa e deve ter seu direito á vida assegurado.

Essa proteção prevista na Convenção, não se limita apenas no sentido biológico da palavra, deve ser visto de forma ampla. Neste sentido Luiz Flávio Gomes observa (2009, p.34):

O respeito ao direito à vida impõe, paralelamente, o desenvolvimento de políticas (sobretudo públicas) voltadas para o aprimoramento econômico, social, educacional e cultural de todas as pessoas.

[...] A proteção desejada pela Convenção Americana inicia-se, em regra, no momento da concepção. A partir daí a vida deve ser protegida por lei.

Assim não há dúvida que a plausível Convenção adota a teoria concepcionista e conclui que a vida tem seu início a partir da fecundação com o óvulo, ou seja, na concepção. Desde modo, o nascituro possui personalidade e é sujeito de direitos, devendo a lei assegurar seu direito à vida, inclusive pela imposição da prestação alimentar.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 2º, parágrafo 1º dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Por seu turno, a Constituição Federal, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, veio a dispor em seu artigo 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste sentido, Márcio Martins Moreira (2003, p. 36) observa:

O art. 2º do Código Civil, em adotando a teoria natalista, viola o princípio constitucional da isonomia inserto no art. 5º, I, da Constituição Federal, pois faz o nascituro um ser desprovido de existência jurídica definida. Sua existência e reconhecimentos de direitos ficam condicionados ao nascimento com vida, conferindo-lhe incerta existência material e formal. Nessa medida conflita o Código Civil com o art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica, e pela aplicação do princípio *lês specialis derogat generale*, entendemos que o art. 2º do Código Civil pátrio foi derogado no que tange ao início da personalidade.

Deste modo, em sendo posterior a Convenção e existindo uma ampliação no tocante aos direitos e proteções que recaem sobre o nascituro, a disposição do artigo 2º do Código Civil estaria revogada? Para solucionar tal questão, utilizar-se-á as próprias disposições da Convenção. Segundo seu artigo 1º:

#### Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direito

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (Grifou-se)

Assim a disposição preliminar da Convenção, é a obrigatoriedade, que os países signatários assumem, de respeitar e prestigiar suas próprias disposições. Reza ainda o artigo 3º que o “Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

Por inteligência dos artigos 1º, 3º e 4º da Convenção, combinados com o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal bem como o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, pode-se sim falar que a atual disposição do artigo 2º do Código Civil é totalmente contrária a disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos. Quando admitida plenamente pela legislação brasileira, vigorava o então Código Civil de 1916, que dispunha em seu artigo 4º “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Sendo o nascituro uma pessoa e reconhecida a sua personalidade a então disposição do artigo supracitado foi sim revogado e a partir da data em que a Convenção se fez direito interno brasileiro, toda "pessoa", tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Neste sentido, Jaques Camargo Penteado (1999, s.p), em artigo disponível na internet observa:

A doutrina da personalidade do nascituro culminou com sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José de Costa Rica dispõe que ‘pessoa é todo ser humano’ (art. 1º, n.º 2). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.

Na mesma pesquisa, Penteado destaca a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1998 quando vigorava ainda o Código de 1916:

Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não se configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas conseqüências, que seu art. 2º modificou até mesmo conceito de pessoa versado no art. 4º do Código Civil, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra-uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção (*Habeas Corpus* n.º 323.998/6, Tacrim-SP, 11ª Câmara, v. un., Rel. Ricardo Dip, j.29.6.1998).

Penteado (1999, s.p) finaliza seu artigo:

[...] a data em que escrevo este artigo, qualquer doutrinador, por mais abortista que seja, é forçado a reconhecer, a contragosto, que **o nascituro é pessoa**, no sentido pleno da palavra. Não é mera "expectativa de pessoa", nem é tratado "como se fosse pessoa" para certos efeitos.

Desde modo, o atual artigo 2º do Código Civil nasceu contrário a Convenção e até mesmo a Constituição Federal. A presente monografia prestigia este entendimento de que tal disposição foi revogada ainda em 1998, quando dá integração total da convenção no ordenamento jurídico brasileiro, assim o artigo 2º do atual Código Civil está em desacordo com a Constituição Federal, por discriminar intensamente o conceito e por ser prevalente a disposição da Convenção em relação à disposição do Código Civil que foi instituído por meio de Lei Ordinária.

Pode-se auferir que, em sendo considerado pessoa e reconhecida a sua personalidade, o nascituro incontestavelmente possui direitos alimentares, já que os alimentos nada mais são do que mecanismos criados com o fito de prestigiar e garantir o direito preliminar, qual seja, o direito à vida. Deste modo, desde a integração da Convenção ao ordenamento jurídico pátrio, o nascituro faz jus a prestação alimentar.

Assim, feitas as relevantes considerações, finalmente passa-se a analisar os direitos efetivos do nascituro, na seara dos alimentos.

## **5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO NA PROTEÇÃO DO NASCITURO**

Antes de vislumbrar efetivamente a Lei n.º 11.804/2008, suas principais características e sua imensa importância para o nascituro, deve-se analisar como era a situação da gestante e do nascituro anteriormente, ver as dificuldades e as violações enfrentadas por estes sujeitos de direitos, permitirão visualizar a real importância do novo instituto. Os alimentos não passam de um complementar ao direito a vida, uma consequência lógica que também integra o rol dos essenciais direitos da personalidade. (CAHALI, 2006, p.19)

Analisar os alimentos gravídicos e os benefícios que atingem a gestante e o nascituro isoladamente não fará chegar a conclusão mais razoável acerca da sua importância para o devido reconhecimento do nascituro, mais deve-se analisar a situação do nascituro e da gestante antes de Novembro de 2008, ou seja, antes do advento da Lei n.º 11.804/2008, lei esta que colocou o nascituro em uma situação de igualdade. Assim passa-se a analisar, nos tópicos futuros, como que o direito aos alimentos era tratado antes do advento dos alimentos gravídicos sob os primas da doutrina e da jurisprudência, bem como o estágio atual de tal instituto, ou seja, como vem sendo tratado após a regulamentação.

### **5.1 A Concessão dos Direitos Alimentares ao Nascituro Antes da Lei n.º 11.804/2008. Doutrina e Jurisprudência**

Não são raras às vezes em que as mães são abandonadas pelos companheiros, cônjuges, namorados e afins, culminando nos altos índices de ausência de pai, que são declarados nos registros de nascimento. Em publicação na internet a revista Crescer (2009, s.p) fez a seguinte menção acerca do tema:

[..] os números de um estudo do Ibope Mídia, há dois anos, sobre mães contemporâneas, apontaram que um terço das mães brasileiras não viviam com companheiros nem eram casadas. Tais índices não param de crescer pelas mais variadas razões.

Neste sentido Egon Nort (2007, s.p), em estudo realizado pelo Instituto População e Desenvolvimento disponível na internet, fez a seguinte observação:

Uma em cada cinco famílias brasileiras é chefiada por mulheres, que acumulam o trabalho de fora com a educação dos filhos. Nas favelas, o fim de um casamento abre uma jornada permanente de miséria. Há muitos casos de mulheres com vários filhos de dois, três ou mais maridos. De um modo em geral, todos abandonaram os filhos. Os ex-maridos saem em busca de novas companheiras. Hoje temos milhões de pessoas já adultas de pais ignorados, o que pode gerar um sério problema de consanguinidade.

O abandono de mulheres que se encontram no estado gravídico é cada vez maior e por vezes as mesmas acabam ficando em situação de miséria, justamente na fase em que há uma maior necessidade.

É cediço que o ente que se encontra na iminência do nascimento requer grandes cuidados das mais diversas naturezas. Cautelas médicas como o conhecido pré-natal, medicamentos necessários a gestante a fim de proporcionar benefícios para o nascituro e hoje, com a velocidade que a medicina pediátrica evolui, até mesmo certas intervenções cirúrgicas e transfusões de sangue nos casos mais extremos.

Desde modo, em circunstâncias não muito raras, o simples tratamento e zelo natural não são suficientes, e para o devido ciclo da gestação e para que o nascimento seja de forma saudável, torna-se necessária uma maior interferência da medicina. Assim os alimentos prestados servem não só para os cuidados básicos e indispensáveis, mas a todos os necessários para seu devido desenvolvimento.

Neste sentido Pontes de Miranda (1983, p. 215) entende que:

[...] a obrigação de alimentos pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que, tecnicamente, se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências de pediatria.

Assim, Pontes de Miranda não põe como legítimos para receber alimentos, apenas os que estão na iminência do nascimento, mas sim o nascituro a partir da concepção. Também partindo da teoria concepcionista, Silmara J. Chinelato e Almeida (1998, p.57) observa:

[...] 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. Inclui aos alimentos a adequada assistência médica cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue nos casos de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais freqüência, alcançando, ainda, as despesas com o parto.

Não obstante, o professor João Claudino de Oliveira e Cruz (1961, p. 85), ao versar sobre o tema, esclarece que o direito de ser alimentado e tratado é o maior dos direitos e afirma ainda que na concessão o juiz deve-se levar em consideração todas às despesas que se fizerem necessárias para o perfeito desenvolver do estado gravídico.

Todos os doutrinadores acima citados são defensores da teoria concepcionista e do entendimento de que o nascituro possui necessidades próprias e independentes as da gestante, como todas as despesas médicas, despesas de parto, nutrição entre outras. Os alimentos devem, portanto, satisfazer as necessidades do nascituro e neste sentido, nas palavras de Alberton (2001, p.80), deve ser reconhecido tal direito ao nascituro.

É o que se entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na seguinte decisão:

ALIMENTOS PROVISIONAIS. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. IGUALDADE DOS CÔNJUGES E ENTRE HOMENS E MULHERES. UNIÃO ESTÁVEL. NASCITURO. Hipótese em que não é exigível o prazo de cinco anos para postulação alimentar em união estável, conforme a Lei n.º 8.971/94, pois que surgiu prole, podendo-se entender como tal também o nascituro. Mulher jovem e em condições de trabalhar não pode reclamar alimentos, quer esteja casada, quer esteja em união estável (art. 5º, inc. I, e art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal). A proteção dos companheiros ou conviventes não pode se transformar em monetarização das relações amorosas. Caso em que há peculiaridade de estar grávida a mulher, com o que deve pelo menos auferir alimentos TRANSITÓRIOS. A verba alimentar pode ser fixada em salários mínimos. (Agr. Instr. n.º 596018879, 8ª Câmara).

Cív. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rel.: dês. Sérgio Gischkow Pereira, 20/06/96, DJE 29/07/96.) (Grifou-se)

Aqui se vê o reconhecimento por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de que o nascituro possui necessidades particulares e o consequente direito alimentar, ressalte-se que tal decisão fora proferida a mais de 12 anos antes da Lei n.º 11.804 de 2008. Neste mesmo sentido o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstrou o mesmo entendimento na seguinte decisão:

ALIMENTOS. FIXAÇÃO. Pleiteados pela mulher e filhos, sendo um deles nascituro. Procedência apenas quanto aos alimentos dos descendentes. Redução pretendida de um a meio salário mínimo para apenas um. Indeferimento. Provas que induzem não ser pequeno o faturamento do apelante. Recurso não provido. (Apel. Cív. 138.499-1 8ª Câm. Cív. do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: dês. Jorge Almeida, 10/04/91.)

Este, no entanto, não é o entendimento dos que adotam a teoria natalista, ou seja, dos que entendem que a personalidade civil existe apenas depois do nascimento com vida. Neste sentido, Cahali (2009, p. 352) doutrina:

No Direito Brasileiro, embora o nascituro possa ser chamado à sucessão do falecido alimentante (art. 1.798 do atual código Civil), não vemos como se lhe exigir o pagamento de alimentos, na condição de herdeiro do devedor, a que se refere o art. 1.700 do CC/2002.

A Jurisprudência oferecia também, neste período anterior à entrada em vigor da Lei que criou os alimentos gravídicos, decisões que se opõem às acima expostas, demonstrando a controvérsia em razão do silêncio do legislador que até então não se manifestava acerca do tema. É o que se constatou da decisão do proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao julgar a Apelação Civil abaixo destacada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO NASCITURO. PRÊMIO DE SEGURO OBRIGATÓRIO. Inviabilidade do pedido em face do nosso direito não lhe conferir personalidade civil. Dado provimento ao recurso. (Apel. Cív. 4499-5/2000 Dos Juizados especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira)

Entendimento similar é o que segue:

SEGURO OBRIGATÓRIO. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA QUE VEM A FALECER. ABORTAMENTO EM RAZÃO DO ACIDENTE. INDENIZAÇÃO RELATIVA AO NASCITURO. IMPROCEDÊNCIA. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não se considera o feto pessoa transportada, pelo que a circunstância de a mulher grávida atropelada ter abortado em razão do acidente de trânsito não importa obrigação da seguradora de pagar a indenização correspondente ao feto abortado, mas tão só a indenização pela morte da mãe. (TACiv SP, Câm. Responsabilidade Civil – Atropelamento – Improcedente Rf 262/183)

Da mesma forma, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacada por Alexandre Alberton (2001, p. 172) prestigia a teoria natalista:

Responsabilidade Civil. Atropelamento fatal. Mulher grávida. Pretensão a seguro obrigatório referente ao nascituro. Processo extinto. **A pretensão do apelante implica teoria doutrinária que não é acolhida em nosso direito.** É assim que todo homem é realmente capaz de direitos e obrigações na ordem civil e a todo direito correspondente uma ação, que o assegura. No entanto, a **personalidade civil do homem começa do nascimento com vida.** Logo, **o ser que foi gerado no ventre de M.T.A não foi capaz de direitos e obrigações na ordem civil; e não chegou porque não teve nascimento com vida.** Não se tornou pessoa, que é a palavra com a qual se indica, no sistema jurídico, quem pode ser sujeito de direito. Em consequência, nem é pessoa a que se referem os textos legais do seguro obrigatório, nem pode ter tido bens e deixado herança, o que vale dizer que o autor não se pode ter na qualidade de herdeiro legal, exigida pelos mesmos textos legais. Argumenta o apelante coma 2.<sup>a</sup> parte do Art. 4.<sup>o</sup> do CC (atual Art. 2.<sup>o</sup> CC/2002): “ a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Tal salvaguarda dos direitos do nascituro não significa que o legislador tenha adotado a teoria dos ficcionistas no sentido de que o feto já é pessoa, devendo ser considerado nascido apenas formado no ventre materno. Ao contrário, os direitos pelos *conceptus nondumnatus* ‘tiene lugar para el caso de que nazca vivo de igual modo que si hibiese sido yasujeto de derecho al tiempo de laadquisición’ (Enneccerus, Derecho civil, Parte Geral, I, § 77, p. 321). Como preleciona Washington de Barros Monteiro, ‘se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos’ (Curso de direito civil, Parte Geral, p. 62). (2.<sup>a</sup> Câm. Cív., 19.12.1978, RT 525/70)

Nas decisões acima, percebe-se um prestígio a teoria natalista e o não reconhecimento do nascituro como um ser portador de direitos efetivos, já que em todas essas decisões não reconheceu a existência da personalidade civil.

Outro grande obstáculo legislativo era a previsão da Lei n.º 5.478 de 1968 que dispõe sobre a ação de alimentos além de dar outras providências. O maior empecilho é o artigo 2º da referida Lei que prevê:

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

Tal obstáculo pode ser claramente visualizado na seguinte decisão:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Ação cautelar de alimentos provisionais para nascituro.1. Entendeu o Tribunal que sem a demonstração do vínculo de paternidade não poderia ser deferido o pedido contido da ação cautelar. Este fundamento restou inatacado, no especial, restando deficiente a peça recursal.2. Agravo regimental improvido.(AgRg no Ag 256.812/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/1999, DJ 28/02/2000 p. 82)

A previsão acima também é responsável pela ausência de uma maior quantidade de decisões que versem a favor à concessão dos alimentos ao nascituro, o que justifica a timidez da jurisprudência neste sentido antes de 2008. A Desembargadora Maria Berenice Dias (2008 s.p), em artigo publicado na internet também aponta os fatores que impediam tal concessão e doutrina:

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da obrigação. O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA. Graças à Súmula do STJ também a resistência em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar.

Percebe-se que tal questão possui grandes controvérsias é era demasiadamente discutida por toda a doutrina civilista e pelos Tribunais por todo o País. A corrente adotada, acerca do início da personalidade do nascituro, é o fator determinante no fundamento basilar de tais entendimentos, já que quem adota a

corrente natalista entende não ser razoável a idéia de se conferir direito alimentar ao nascituro, diferentemente dos que adotam a teoria concepcionista.

Desde modo, com base nas divergências e nos fundamentos apresentados, bem como os posicionamentos apresentados nos outros capítulos, convém reconhecer que o nascituro possui sim o direito de receber alimentos, sobretudo por estar pautado na garantia ao direito a vida.

Uma vez visitada a situação do nascituro antes da Lei n.º 11.804 de 2008, cabe agora analisar as principais características e peculiaridades do mais novo direito assegurado pela legislação cível e a importância para o reconhecimento do nascituro com um sujeito de direitos.

## **5.2 A Lei n.º 11.804/2008 e a Concessão dos Alimentos Frente à Jurisprudência e a Doutrina**

Lacuna histórica do ordenamento jurídico brasileiro, já que a legislação cível brasileira nunca havia dado este tipo de amparo a gestante e ao nascituro, veio a ser preenchida em 2008 com a sanção, e conseqüente, entrada em vigor da Lei n.º 11.804. Os antes não previstos, porém raramente admitidos, doutrinária e jurisprudencialmente, direitos do nascituro atinentes aos alimentos vieram a ser legalmente previstos e regulamentados.

Provocando um grande avanço legislativo e garantido um já esperado anseio social a espécie normativa ora tratada cumpre um relevante valor social, quer seja, a devida manutenção e o resguardo à gestação bem como ao nascituro, além de assegurar certos preceitos de cunho constitucional e fundamental do ser humano como a cidadania (artigo 1º, II, Constituição Federal), a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), a liberdade e a vida.

Aquilo que deveria insurgir naturalmente dos pais, foi, enfim, posto nos textos legais. Passa-se enfim à análise da plausível Lei, colocada no cerne do estudo.

Em vigor desde 06 de Novembro de 2008, a Lei n.º 11.804, que disciplina o direito aos alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido, fruto do Projeto de Lei n.º 7.376, de 2006 do Senador da República Rodolpho Tourinho, veio ratificar e tornar incontestável, o direito do nascituro aos alimentos. O então projeto de Lei que possuía 12 artigos originalmente, após sofrer uma avaliação pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, a pedido do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sofreu vetos na metade de suas disposições originárias.

Foram objeto de veto, por parte do Presidente da República, os artigos de n.º 3, 4, 5, 8, 9 e 10. O primeiro dos vetados, pela ordem, foi o artigo 3º que determinava a aplicação do artigo 94 do Código de Processo Civil, para se determinar a fixação do foro competente, sendo vetado, pois tal artigo estaria em desacordo com a sistemática adotada, que determina como foro competente o domicílio do alimentante.

O artigo 4º determinava que a peça inicial deveria estar instruída com laudo médico comprobatório de existência de gravidez viável. O artigo do projeto não prosperou por ser contrário a própria sistemática da Lei dos Alimentos Gravídicos, já que não se pode conceder o benefício apenas para as gravidezes aparentemente viáveis, sem levar em consideração ainda a dificuldade de se aferir tal viabilidade em alguns casos.

O artigo 5º previa a necessidade de realização de uma audiência de justificação. Tal dispositivo acertadamente foi vetado, já que tal audiência não é obrigatória em nenhum outro procedimento. Isso poderia também provocar um retardamento que poderia ser nocivo aos alimentos.

Por previsão do artigo 8º, em caso de oposição de paternidade, a concessão dos alimentos ficaria condicionado a realização de exame pericial, o que não era conveniente e os alimentos gravídicos acabariam perdendo sua essência.

Uma das previsões, que foram vetadas, que causaram uma grande controvérsia, era a do artigo 9º, o qual determinava como termo inicial de incidência dos alimentos gravídicos, o momento da citação. A justificativa do veto foi o fato de que, ao impor a incidência a partir da citação, iria sugerir a pratica de manobras para se evitar a concretização do ato.

O artigo 10º por sua vez previa a responsabilidade objetiva da gestante no pedido de alimentos. Assim se posteriormente a prestação dos alimentos, o resultado da paternidade for negativo, a gestante se responsabilizaria objetivamente pelos danos. Sobre esta previsão, discorreu Maria Berenice Dias (2008 s.p):

Tal previsão gera algo nunca visto: a responsabilização da autora por danos materiais e morais a ser apurada nos mesmos autos, caso o exame da paternidade seja negativo. Assim, ainda que não tenha sido imposta a obrigação alimentar, o réu pode ser indenizado, pelo só fato de ter sido acionado em juízo. Esta possibilidade cria perigoso antecedente. Abre espaço a que, toda ação desacolhida, rejeitada ou extinta confira direito indenizatório ao réu. Ou seja, a improcedência de qualquer demanda ,autoriza pretensão por danos materiais e morais. Trata-se de flagrante afronta o princípio constitucional de acesso à justiça, dogma norteador do estado democrático de direito.

Sobre essa mesma argumentação, versou o veto presidencial, afastando assim a responsabilidade objetiva da gestante.

Não obstante aos vetos, a Lei representou um grande avanço e ampliando aquele rol dos direitos inerentes ao nascituro, evidenciando sua mera exemplificatividade, serviu de reforço e agora de paradigma e fundamento, para resguardar direito tão fundamental e plausível para o nascituro, que é um sujeito de direitos efetivos.

Com a finalidade de assegurar ao nascituro, bem como a gestante, o resguardo ao direito alimentar e por consequência o prestígio do princípio da proteção à vida e da dignidade da pessoa humana, o instituto criou um instrumento capaz de torná-los concretos, já que por vezes, tais direitos se verificavam violados.

Flávio Monteiro de Barros (2009, s.p) refere-se aos alimentos gravídicos da seguinte forma: “trata-se de uma lei que inova o conteúdo e a abrangência da obrigação alimentar, a possibilitar o pleito de alimentos pela gestante, com base em apenas indícios de paternidade”.

Fátima Maria Costa Soares de Lima (2008, s.p) afirma ainda que “a referida Lei garante o princípio da proteção do Estado por ressaltar a importância da dignidade humana e conceder ao nascituro a condição de poder ser gerado e nascer com direito a vida”.

Por seu turno, Clóvis Brasil Pereira (2008, s.p) faz a seguinte afirmação:

A Lei garante a assistência da mulher gestante, com o enfoque e preocupação com a proteção do ser em formação, desde a sua concepção, e da própria partunente, para que tenha uma formação e desenvolvimento sadio, antes mesmo do nascimento.

Denis Donoso (2009, p. 1) diz que a intenção da lei é das melhores, posto que concretiza valores bem conhecidos e relevantes à pessoa humana, tudo isso somado ao fato de poderem ser fixados “prematuramente”, desde a concepção do sujeito, embora nunca tenha sido vedado o acesso do nascituro ao pleito de alimento.

Para Natália Cristina Pimenta (2008, s.p) essa lei tem o caráter protecionista, tanto em relação à mulher grávida quanto ao nascituro. Afirma ainda que por adotar a teoria concepcionista, o nascituro possui personalidade desde a sua concepção, possuindo assim, direito à personalidade antes mesmo de nascer, sendo, portanto inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção. Com isso, restaria comprovada a necessidade de tal norma jurídica.

Coube ao artigo 2º dar os limites da abrangência do termo alimentos, que o fez da seguinte forma:

**Art. 2º** Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

O legislador, ao dispor acerca da abrangência dos alimentos de que dispõe a Lei, optou por trazer um rol meramente indicativo, não limitando a aquelas destinações, por inteligência de sua redação final: “além de outras que o juiz considere pertinentes”.

No tocante a matéria probatória, o artigo 6º, em sua primeira parte, dispõe: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos

gravídicos [...]”, afastando assim a exigida cognição plena e exauriente para a concessão da tutela jurisdicional requerida.

Neste sentido, doutrina Douglas Phillips Freitas (2009, p. 37) afirma que:

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

Na jurisprudência, esses indícios vêm sendo analisados com muita cautela, a suficiência de elementos é analisado de acordo com o caso concreto. Todavia os elementos probatórios podem ser limitados, desde que sejam suficientes a demonstrar os indícios. É que se vê nas decisões abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. CABIMENTO. A Lei 11.804/08 regulou o direito de alimentos da mulher gestante. Para a fixação dos alimentos gravídicos basta que existam indícios de paternidade suficientes para o convencimento do juiz. AGRAVO PROVIDO n. 70029315488 Des. Rui Portanova)

No mesmo acórdão, pode-se extrair o seguinte texto:

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

O artigo 6º, em sua parte final, aponta ainda a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia no final da gestação, vindo o nascituro a nascer com vida, além de estabelecer que o *quantum* será fixado, levando em consideração a necessidade da gestante e do nascituro e a possibilidade do suposto pai.

O artigo 7º é o que determina o prazo de 5 dias para o réu apresentar resposta. Para quem levanta a possível violação, da Lei dos Alimentos Gravídicos, ao princípio da presunção de inocência e violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, encontra exatamente, neste artigo, um grande obstáculo a tal alegação. Não há o que se falar em desrespeito a tais princípios, já que a Lei resguarda expressamente, ao réu, a possibilidade de se defender em juízo, justificando assim a sua sanção e importância.

Na sequência o artigo 11 impõe ainda a aplicação supletiva das Leis n.º 5.748/68 (Lei de Alimentos) e o Código Civil, no que for omissa. Por derradeiro, o último artigo apenas indica o termo em que a lei passa a vigorar.

Os artigos sancionados representaram um grande avanço no que concerne ao direito alimentar e concretizaram algo que já vinha sendo reconhecido pelos tribunais, e como foi dito nos capítulos atinentes às causas jurídicas da obrigação, regularam fato que deveria insurgir da própria consciência humana, mais que em razão de diversos fatores, constante eram os pleitos que requeriam a tutela jurisdicional.

O presente direito, que fora assegurado pela Lei n.º 11.804/2008, vem sendo arguido com uma grande frequência desde sua promulgação, e aceito de forma unânime pelos tribunais.

Na seguinte decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não reconheceu a apelação e manteve a decisão do juiz singular, que concedeu os alimentos gravídicos mediante apenas a produção de prova oral, demonstrando os indícios.

Alimentos Gravídicos. Autora comprovou relacionamento com réu no período da concepção. Prova oral é suficiente para a pretensão da pensão alimentícia provisória especial. Desnecessidade de comprovação da paternidade. Devido processo legal observado. Sucumbência levou em consideração as peculiaridades da demanda. Apelo desprovido. (Apelação Cível n.º 666.703.4/0-00, Relator Natan Zelinschi de Arruda)

Em outra análise decidiu o Tribunal de Justiça:

Alimentos Gravídicos. Determinação ao magistrado para que designe audiência em data breve, antes do nascimento da criança – Alimentos

gravídicos instituídos pela Lei n.º 11.804/2008 que visam preservar o direito à vida e gestação saudável do feto – Inviabilidade de pronta fixação do pensionamento diante da absoluta carência de elementos que autorizem, desde logo, obrigar o réu a pensionar a autora – Não trouxe a recorrente nem sequer cópia da inicial, ou de qualquer outro elemento de convicção da existência de relacionamento afetivo entre as partes à época da concepção- Recurso parcialmente provido.(Agravo de Instrumento n.º 994092781389, Relator Francisco Loureiro)

E finaliza, neste acórdão, o Desembargador “assim procedo porque os alimentos gravídicos, instituídos pela Lei n.º 11.804/2008, visam preservar o direito à vida e gestação saudável do feto”.

Tal entendimento mostra que os alimentos gravídicos vêm sendo admitidos plenamente, ainda que frágeis sejam os indícios, em razão de sua plausível finalidade e destinação.

Em análise referente aos alimentos gravídicos, Cleber Affonso Angeluci (2009, p. 70), fala a respeito da desnecessidade de previsão de tal instituto, do seguinte modo:

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

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

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

Não obstante essa própria desnecessidade de se regular os alimentos gravídicos apontados acima, o legislador fez bem em regular tal relação, colocando um ponto final nas discussões acerca do direito alimentar do nascituro. Todavia o grande avanço auferido pelos alimentos gravídicos, além do que já foi exposto, foi a grande demonstração dada pelo legislador, pelo prestígio a teoria concepcionista da personalidade civil ao reconhecer o nascituro como um ser de direitos efetivos. É o que se passa a analisar.

### 5.3 O Reconhecimento do Nascituro Como um Ser de Direitos Efetivos e o Prestígio a Teoria Concepcionista

A presente monografia já demonstrou, no capítulo acerca da personalidade civil do nascituro, a resistência oferecida pelos natalistas acerca de seu reconhecimento como um ser de direitos efetivos. Para a teoria natalista, o artigo 2º do Código Civil ao dispor que a “lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção” demonstra apenas que o nascituro possui expectativa de direitos, ou seja, trata-se de uma antecipação de personalidade condicional, ganhando efetividade somente após o nascimento com vida.

Quanto aos direitos, garantidos expressamente, ao longo dos textos legislativos, como os direitos de curatela, doação, herança e representação, os natalistas justificam que essa taxatividade é mais uma demonstração de que o nascituro não pode ser considerado como um ser de direitos plenos, já que se assim o fosse, não haveria necessidade de taxar esse rol. (ALBERTON, 2001, p.34)

Todavia, tal argumentação não encontra mais fundamento. A Lei dos Alimentos Gravídicos deu efetividade ao direito maior e inerente ao ser humano, o direito a vida, sendo que os alimentos concedidos ao nascituro é uma forma de garantir o exercício pleno do direito a vida.

A Lei coloca o nascituro como destinatário e como sujeito efetivo desse direito alimentar, sendo este também o entendimento no presente trecho da decisão proferida em sede de agravo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...]Portanto, inserem-se na expressão 'alimentos' inclusive as garantias de acompanhamento pré-natal, despesas relacionadas à alimentação especial da gestante, assistência médica e psicológica, exames e internações, entre outros, nos moldes do art. 2º, da Lei n. 11.804/08. **Isso porque o titular de tais direitos é o ser ainda não nascido**, que conta com as garantias necessárias para adquirir a personalidade jurídica, tendo em vista que a dignidade humana deve lhe alcançar os momentos que antecedem ao seu nascimento, sob pena de se negar efetividade ao direito fundamental à vida.(Agravo n.º994.09.278138-0, Des. Cleber Affonso Angeluci) (Grifou-se)

Os Alimentos Gravídicos encerraram a discussão acerca de ser ou não, o nascituro, possuidor de direito tão fundamental como o de alimentos. Assim por ser destinatário do direito aos alimentos e conseqüentemente do direito a vida, não há como não reconhecer que seus direitos são efetivos, não podendo exigir nenhuma condição. O grande escopo dos Alimentos Gravídicos é o de reconhecer a dignidade do nascituro, garantindo efetivamente seus direitos.

Com esse caráter plenamente protecionista, em relação à gestante bem como em relação ao nascituro, a referida lei adota claramente a teoria concepcionista da personalidade civil. Isso fica evidente ao colocar o nascituro, como sujeito do direito alimentar, ratificando a ideia de que o mesmo já possui personalidade.

Não obstante, esses alimentos de que o nascituro faz jus, foram conceituados, pelo legislador, nos seguintes termos:

**Art. 2º** Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Afere-se, consoante disposição acima destacada, que o legislador optou por estabelecer que os alimentos serão devidos a partir da concepção até ao parto. Assim vê-se claramente a preocupação com o concebido, prestigiando assim a teoria concepcionista da personalidade civil.

Neste sentido Natalia Cristina Pimenta discorre (2008 s.p):

Essa lei tem o caráter protecionista, tanto em relação à mulher grávida quanto ao nascituro. Segundo a teoria concepcionista, que é a teoria adotada por tal lei, o nascituro possui personalidade desde a sua concepção, possuindo assim, direito à personalidade antes mesmo de nascer. Inquestionável, portanto, a responsabilidade parental desde a concepção. Com isso, resta comprovada a necessidade de tal norma jurídica.

Percebe-se assim, que os Alimentos Gravídicos, não tornaram apenas concreto o direito alimentar do nascituro, mais também passam a mitigar a teoria natalista da personalidade civil, ao passo que prestigia a teoria concepcionista.

#### **5.4 A Posição da Teoria Natalista Frente aos Alimentos Gravídicos**

Com o advento da medida legislativa que protege claramente o conceito e o reconhece como sujeito de direitos, a doutrina natalista sofreu mais um grande ataque. Todavia, a doutrina natalista, utiliza-se de alguns fundamentos para justificar que os alimentos de que trata a Lei n.º 11.804/2008, não se destinam ao nascituro, mais sim a gestante, que é o sujeito que a lei visa proteger.

O professor Yussef Cahali (2009, p.353) afirma que a referida lei proporciona a gestante um auxílio – maternidade, sob a denominação de alimentos.

Para sustentar essa afirmação, Cahali (2009, p.353) aponta que a precursora dos alimentos gravídicos, foi à intenção do Senador da República Nelson Carneiro, que em proposta de emenda ao atual artigo 2º do Código Civil, elaborou uma nova redação, que disporia da seguinte forma: “A mulher grávida sem meios de prover o seu sustento, poderá requerer ao pai do nascituro, concebido fora do casamento, o necessário á própria subsistência, durante os seis meses anteriores e posteriores ao parto”.

Tal emenda não foi aceita, sendo utilizada para tanto a segunda justificativa, destacada por Cahali (2009, p. 353):

Alega a justificação que dispositivo semelhante figurava na legislação portuguesa de 1910, e que a prestação, no caso, não é devida ao filho, mas a sua genitora. É temerário estabelecer obrigações dessa índole, na incerteza dos fatos e da responsabilidade pretendida.

Para Yussef Cahali (2009, p. 353/354), defensor da teoria natalista, aponta este, como um de seus fundamentos para se opor ao entendimento de que

os alimentos gravídicos priorizam a proteção do nascituro. Cahali afirma que a Lei n.º 11.804/2008 está em consonância com o artigo 2º do Código Civil e, portanto, a questão de o nascituro ser ou não sujeito de alimentos continua sem previsão.

Todavia essa fundamentação não merece prosperar. O texto da emenda sugerida diz expressamente “A mulher grávida” e se importa em “própria subsistência”, não fazendo nenhuma menção ao nascituro. Foi por essa razão inclusive que tal emenda se viu sumariamente negada por se referir tão somente à mulher gestante e não ao nascituro.

Já, diversamente da proposta negada, os alimentos gravídicos são destinados ao nascituro. O artigo 2º da referida Lei diz que os alimentos de que ela trata compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais tidas no período de gravidez, ou seja, não diz que os alimentos se referem a “própria subsistência da gestante”, como no projeto de lei utilizado como paradigma por Cahali para justificar a não destinação do instituto ao nascituro.

Não obstante, o parágrafo único do artigo 2º da Lei n.º 11.804/2008, diz ainda que a Lei trata da parte das despesas que devem ser custeadas pelo futuro pai, considerando-se que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos, assim se vê que a lei não vincula somente o pai ao pagamento dos alimentos, mais também responsabiliza a mãe, ambos de acordo com suas possibilidades, sempre também pautado na necessidade.

Se os alimentos, decorridos desta Lei, fossem destinados tão somente a gestante, como assevera Cahali, não teria necessidade e não faria sentido algum a previsão do parágrafo único. Ora se os alimentos se destinam única e exclusivamente à gestante, qual o motivo dessa divisão de ônus criado pela Lei. Trata-se de uma pluralidade de devedores na seara dos alimentos gravídicos, do mesmo modo que o Código Civil trata os alimentos ao dispor que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Deste modo, para que a reclamante pleiteie alimentos, fundamental é a sua necessidade, levando-se em conta também a disposição do artigo 1.695 que traz:

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 reclamem, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Se para a pretensão a pessoa não poderá ter condições de prover por si mesmo o sustento, como essa pessoa irá colaborar com sua manutenção? Porque a lei iria prever tal disposição, impor que a pessoa contribua com seu próprio sustento, se ela está requerendo alimentos, se mostra totalmente incoerente. Portanto o alvo principal, sendo o grande motivo da criação da Lei dos Alimentos Gravídicos, é o nascituro e seu direito aos alimentos.

Outro argumento utilizado pela doutrina natalista, para justificar o não reconhecimento do nascituro como um ser portador de personalidade civil, é a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia.

Neste sentido, Cahali observa ( 2009, p.354):

Até o parto a gestante reclama o auxílio maternidade do futuro pai, agindo em conta própria, em função do seu estado gravídico. Somente depois de dar a luz ao filho, passa a mesma a agir como representante do menor na execução ou revisão da pensão alimentícia que passa a ser devida a este.

Todavia, essa explicação não se mostra convincente. Se admitida essa posição, qual seja, de esses alimentos estabelecidos serem tão só um auxílio maternidade a legitimidade para argui-los seriam da gestante, não podendo ser simplesmente convertidos em pensão alimentícia, já que, restaria criado um novo sujeito de direitos, embora incapaz. Assim, a presente monografia, entende que deveria existir uma nova ação, com uma nova parte legítima e nova pretensão.

Essa, no entanto, não é a intenção da lei. A espécie normativa em tela fez essa previsão somente pela não alteração das partes da relação jurídica processual, já que o sujeito dos direitos pleiteados permanece intocável desde o início da obrigação. Outro motivo dessa conversão, prevista pela lei, fica por conta de eventuais revisões que poderão ocorrer. Assim como os alimentos gravídicos servem para garantir o direito alimentar do nascituro de forma sumária, em razão da necessidade, o legislador não fez maiores previsões de caráter pós-concessão,

preferindo convertê-la em pensão alimentícia a fim de regular esses possíveis incidentes.

Como já demonstrado anteriormente, a presente monografia prestigia o entendimento da teoria concepcionista, repudiando respeitosamente, as alegações levantadas pela teoria natalista a respeito dos alimentos gravídicos.

## 5.5 O Estatuto do Nascituro e a Ampliação de Seus Direitos

Em trâmite pelas comissões do Congresso Nacional, está o projeto de Lei n.º 478/07, de autoria dos deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, que visa criar o Estatuto do Nascituro. Na avaliação dos próprios autores da proposta, o Estatuto vai garantir ao nascituro direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, e à convivência familiar.

O projeto de lei possui 34 artigos e faz várias previsões e visa fomentar a proteção do conceito, através de várias garantias e proteções. O projeto foi recentemente aprovado pela Comissão de Seguridade Social e de Família e passará ainda por mais duas outras comissões antes de passar pela votação nas casas do Congresso Nacional.

Como o presente projeto representa mais um grande avanço no que se refere à proteção do nascituro, a sua análise se faz necessária. Assim passa-se a expor as disposições mais importantes para o nascituro.

Inicialmente, coube ao artigo 2º do projeto de Lei, dar o conceito do nascituro, indicando assim inclusive sua extensão no parágrafo único:

**Art. 2º.** Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.  
Parágrafo único - O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos "*in vitro*", os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Já no Parágrafo único deste primeiro dispositivo analisado, o projeto traz uma primeira novidade, ao considerar como nascituro, inclusive os seres humanos concebidos in vitro. Deste modo, tal previsão, tornaria indiscutível a consideração do ser humano concebido in vitro, já que existe a alegação de que é impossível o desenvolvimento senão dentro do ventre materno.

Aufere-se, da análise de outros dispositivos, uma proteção plena sobre os direitos do nascituro. No artigo 4º, dispõe ser dever da família da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, os seguintes direito:

A expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E na sequência, o artigo 5º faz ainda mais uma disposição de grande importância ao dizer que “Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos”.

Todavia, o legislador reluta em considerar o nascituro como um ser com expectativa de direitos, ou seja, continua lhe conferindo personalidade jurídica somente após o nascimento com vida, no entanto, desta vez, o legislador já considera o nascituro como um ser humano desde a concepção. Esta inclusive é a grande falha do projeto, que mostra certa incongruência já que lhe garante à vida, a saúde, a liberdade efetivamente e o considera como um ser com personalidade expectativa. É o que se extrai da leitura do artigo 3º do projeto:

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

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

Apesar desse equívoco em não reconhecer expressamente sua personalidade jurídica desde o momento da concepção, o projeto de lei mostra a

relevância do conceito e o protege plenamente e efetivamente seus direitos. Isso fica evidente na seguinte disposição:

**Art. 5º.** Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Por inteligência do artigo 7º, não obstante aos outros direitos assegurados, o projeto ainda prevê que “O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência”. O fomento a prática de políticas é mais uma forma que o legislador encontrou de se evitar futuras práticas violadoras de direitos fundamentais, sobre o conceito.

Nos artigos 9º e 10º do projeto, têm a finalidade de evitar qualquer tipo de discriminação sobre o nascituro e faz ainda uma previsão no tocante ao nascituro deficiente o equiparando ao demais além de lhes conceder tratamento prioritário, havendo ou não possibilidade de vida pós-nascimento. Da leitura deste artigo 10º, percebe-se a preocupação com a vida do nascituro, ainda que o projeto não lhe reconheça personalidade civil, prestigia seu direito a vida.

Controversa é à disposição do artigo 13º do projeto de Lei, o qual prevê os direitos do nascituro concebido no ato de estupro. Além de dispor acerca de preferência na realização de exame pré-natal, no direito de ser adotado, determina no seu inciso II:

**Art. 13** O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

**II**– direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

Pela disposição do parágrafo único do mesmo artigo, tal pensão será prestada pelo genitor e caso não seja possível sua identificação, ou se identificado, o mesmo for insolvente, a prestação ficará a cargo do Estado.

Sobre esta previsão, se pronunciou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher através de nota pública (2010, p.1):

O art. 13 traz ainda que o agressor será responsável por pagar pensão alimentícia até que a criança complete 18 anos, e caso não seja identificado, a obrigação recai sobre o Estado, o que seria um absurdo, a menos que se pense na descriminalização do crime de estupro, visto que, uma vez preso, não haveria como o genitor, mesmo identificado, pagar pensão alimentícia; ou que se idealize a retomada da antiga legislação criminal, em que se previa a extinção da punição do infrator de tal violência sexual, caso a vítima se casasse com ele.

A questão intrigante é a ausência de qualquer referencia ao atual artigo 128 do Código Penal, que prevê as hipóteses de aborto legal, quando põe a vida da gestante em risco e a gravidez decorrente de pratica de estupro, quando existir consentimento da gestante, assim restaria a seguinte indagação: Será proibido qualquer tipo de intervenção mesmo que tenha alguém correndo risco de vida, uma mulher?

Aparentemente, no tocante a gravidez decorrente de estupro, restaria impossível a realização de aborto, haja vista as várias considerações e previsões de que a vida existe e deve ser garantida desde o momento da concepção. Quanto a gravidez que coloque em risco a vida da gestante, trata-se de estado de necessidade e, mesmo com a eventual entrada em vigor do Estatuto do nascituro, a antijuridicidade não seria evidenciada.

O Estatuto tipifica ainda várias condutas criminosas atinentes ao nascituro, desde a provocação de sua morte, apologia, anúncio de métodos abortivos e até mesmo crimes contra honra do nascituro. Inclui também, o aborto, no rol dos crimes hediondos.

Apesar dos equívocos e das discussões por ele provocados, o referido projeto de lei representa mais um grande avanço no tocante a proteção do conceito, juntando-se aos Alimentos Gravídicos, ao Pacto de São José da Costa Rica e a tantas outras previsões no que se refere ao prestígio da teoria concepcionista e o resguardo integral de todos os direitos atinentes ao ser humano.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho destinou-se a verificação da grande importância e dos efeitos do advento da Lei n.º 11.804/2008, doravante tratada como Lei dos Alimentos Gravídicos, em relação aos efetivos direitos alimentares do nascituro, bem como, a influência desta espécie normativa, no tocante as teorias que buscam explicar o momento em que se tem início à personalidade civil do ser humano. Foram abordados apenas os pontos mais relevantes da Lei dos Alimentos Gravídicos, os pontos que enaltecem os direitos atinentes ao nascituro.

Auferiu-se que, a atual regulamentação atinente aos alimentos, sofreu grande influência do Direito Romano, do Direito Canônico e, sobretudo, do Direito Português e de suas Ordenações Filipinas, o que justifica a adoção pela teoria natalista da personalidade civil, expressamente adotada na legislação pátria, além de constatar que desde esse momento histórico, alguns direitos já eram garantidos ao nascituro, apesar de ser reconhecido apenas com um ser com expectativa de direitos.

A obrigação alimentar não se confunde com o dever de sustento, e isso se percebeu com a exposição dos pontos distintos. O direito do nascituro aos alimentos é dotado das características do dever de sustento, encaixando-se melhor neste aspecto.

Do estudo acerca do momento em que a vida passa a existir, as pesquisas da ciência desenvolveram algumas teorias, sendo que na presente monografia constatou-se que a teoria que define a concepção como marco inicial da vida, é a mais coerente e a mais ampla, permitindo uma proteção maior ao conceito. A consequência deste entendimento, foi o reconhecimento de que desde o momento da concepção, passa a existir um ser individualizado, possuidor de carga genética única, distinta a dos genitores, logo, merece um tratamento igualitário, efetivo e tão amplo quanto ao tratamento dado a qualquer outro indivíduo, a qualquer outro ser humano.

Essa possibilidade de se verificar que é a partir da concepção que o ser ganha uma individualização, obtida pela evolução da ciência, contribui muito para a defesa, proteção e o reconhecimento dos direitos do concepto.

Desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Civil de 1916 e pelo atual Código Civil que vigora desde 2002, é assegurado ao nascituro um sucinto rol taxativo de direitos, direitos estes que na verdade, embora validos, não possuem um grande peso para a proteção do nascituro.

A questão da personalidade civil está intimamente ligada a esta concessão limitada de direitos ao nascituro ao longo de todos esses anos. A personalidade civil condicionada ao nascimento com vida é a razão basilar desse tratamento limitado

O pouco valor prático e protecionista dos direitos concedidos pela legislação foi visto e constatado. O direito a vida é suficiente para resguardar qualquer outro direito fundamental, inclusive o alimentar, sendo desnecessária qualquer menção a esse respeito. O direito à vida recai, incontestavelmente, sobre o nascituro, sendo os alimentos tão somente, uma forma de se garantir direito tão fundamental. Desde modo qualquer obstáculo ao direito alimentar do nascituro representa, por consequência, um obstáculo ao direito à vida.

A questão da existência ou não de personalidade civil do ser na iminência no nascimento mostrou-se problemática e efetivamente debatida. Foram desenvolvidas duas vertentes que buscam explicar o início da personalidade civil, as teorias natalista e concepcionista.

A primeira é a teoria natalista, adotada expressamente pela legislação brasileira e pela legislação italiana, portuguesa, espanhola e alemã. Para a teoria natalista a personalidade civil para é adquirida apenas após o nascimento com vida, sendo que antes desta condição o concepto é possuidor de expectativa de direitos.

A teoria concepcionista reconhece o nascituro como um ser de direitos efetivos, desde o momento da concepção, reconhecendo e resguardando todos os direitos do homem. Esta vertente divide-se em outras duas teorias, a verdadeiramente concepcionista, que reconhece a personalidade desde a concepção, e a teoria concepcionista da personalidade condicional, que reconhece a personalidade civil desde a concepção desde haja o nascimento com vida.

Das duas teorias, é a concepcionista que trata o nascituro de forma mais coerente. Direitos como a vida e aos alimentos, não podem ser pautados na mera expectativa, devem ser resguardados desde a concepção.

A teoria natalista, adotada equivocadamente pela legislação pátria é merecedora de críticas. A gestante requer vários cuidados médicos, alimentares decorrentes de seu estado gravídico, de tal sorte que tais necessidades são imediatas e não podem aguardar o final da gestação para que ocorra a possibilidade de se requerer alimentos. Assim, pela teoria natalista, o nascituro não possui direitos alimentares, por não ser sujeito de direitos, e por isso não é suficiente para explicar o direito do nascituro aos alimentos.

Com os Alimentos Gravídicos, agora expressamente garantidos, a teoria natalista é insuficiente para justificá-los, mostrando que a adoção por esta teoria está ultrapassada e equivocada. É preciso realizar uma interpretação ponderada e conjunta com os princípios fundamentais Constitucionais, para justificar tal concessão, sobretudo enaltecendo o direito fundamental à vida.

A teoria natalista vem perdendo sua força desde a participação do Brasil na Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhece que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

Deste modo, a Convenção diz claramente que pessoa é todo o ser humano, não fazendo nenhuma menção ao momento, seja extra ou intra-uterina, e quando indica que a proteção deve começar desde o momento da concepção, entende-se que o nascituro, para a Convenção, é pessoa e deve ter seu direito à vida assegurado.

O Pacto de São José da Costa Rica, por provocar uma ampliação nos direitos fundamentais, revogou a disposição do artigo 4º do Código Civil de 1916, logo, a atual disposição no artigo 2º do Código Civil nunca deveria ter mantido a previsão do Código anterior, mostrando sua inadequação.

Os Alimentos Gravídicos prestigiam mais este entendimento, deixando mais evidente à inadequação da teoria concepcionista frente aos direitos do nascituro.

Antes dos Alimentos Gravídicos, a concessão dos direitos alimentares mostrava-se tímida, a jurisprudência indicava que eram vários os obstáculos e impedimentos de um maior reconhecimento. A própria impossibilidade de concessão frente à falta de personalidade do nascituro, era um dos maiores óbices. Outro argumento muito utilizado na jurisprudência é a necessidade de se comprovar inequivocamente a relação de parentesco, facilmente constatada por meio de exame de DNA, o que não pode ser feito quando o ser ainda está no ventre materno, sem gerar risco de vida ao concepto.

Uma vez em vigor, os Alimentos Gravídicos afastou esses empecilhos legais que impediam a plena concessão dos alimentos ao nascituro. A jurisprudência passou a reconhecer e a conceder tal direito tão plausível de forma plena, exigindo a existência de meros indícios de paternidade.

Os adeptos da teoria natalista, apresentam alguns argumentos no sentido de desviar a real destinação dos Alimentos Gravídicos, argumentando que tais alimentos não são destinados ao nascituro e de que em nada alteram na teoria acerca da personalidade civil. Todavia os argumentos levantados se mostram sem razoabilidade e não partem do princípio de se resguardar ao máximo o direito a vida, e por isso, não merecem prosperar.

Os Alimentos Gravídicos representam um avanço significativo na proteção do nascituro, é a afirmação plena do prestígio ao princípio do direito a vida, dotado de uma relevância social muito grande.

O nascituro continua sendo alvo de medidas protetivas, de modo que continua a ser objeto de projetos de lei que visam assegurar e ampliar cada vez mais seu rol de direitos, mostrando a nova tendência do direito civil brasileiro no sentido de proteger e prestigiar a vida do nascituro ao máximo, enaltecendo a decadência da teoria natalista. O projeto de Lei que visa instituir o Estatuto do Nascituro retrata essa preocupação do legislador contemporâneo, de se resguardar a vida do concepto, entre outros direitos, em uma maior amplitude.

Finalmente, para encerrar o presente trabalho de pesquisa, faz-se necessário reforçar o próprio título dado ao mesmo. Os Alimentos Gravídicos representaram um avanço considerável no âmbito protecionista do nascituro, resguardando um direito fundamental, que era muito contestado pela jurisprudência,

em razão de certas disposições legais, e demonstra que a teoria natalista da personalidade civil, não é suficiente para explicar tal direito, ficando evidenciada sua decadência. Demonstra uma grande prestígio a teoria concepcionista, representando a tendência do direito pátrio e põe o nascituro como um sujeito de direitos efetivos, merecedor de todas as proteções e direitos inerentes ao ser humano, sem qualquer discriminação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O Direito do Nascituro a Alimentos**. Rio de Janeiro, Aide Editora, 2001.

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Alimentos Gravídicos: Avanço ou retrocesso?**. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/1130>>. Acesso em 18 de Maio de 2010.

ARCE, Carolina Decco Correia d'; MADRID, Daniela Martins; FIORESE, Danielle Bressan Caseiro; ALBERTINI, Elislaine. **A (In)execução de alimentos no direito pós-moderno**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2007. 149 f. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2007.

ARGENTINA. **Código Civil Argentino**. Disponível em <<http://campus.usal.es/derepriv/refccarg/ccargent/codciv.ht>> Acesso em 23 de Agosto de 2010.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Alimentos Gravídicos e seus aspectos**. 2008. Disponível em <<http://www.ibdfan.com.br/artigos431>> Acesso em 24 de Agosto de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Direito da família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BIGI, José de Castro. **Dano moral em separação e divórcio**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 679, p. 46-51, 2002.

BRASIL, Clóvis Pereira. **Alimentos Gravídicos, um importante passo na plena proteção do nascituro**. 2008. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/37077>> Acesso em 24 de Agosto de 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). Código civil e legislação em vigor. **Código civil e legislação em vigor**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 11.804 de 5 de Novembro de 2008. Dispõe sobre os alimentos gravídicos e a forma de como serão prestados. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 de Nov. 2008. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/lei11804\\_2008%alimentos\\_gravidicos56](http://www.camara.gov.br/lei11804_2008%alimentos_gravidicos56)> Acesso em 11 de Setembro de 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 478/2007 que Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro**. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/projetoscamara%2007.478estatuto\\_do\\_nascituro](http://www.camara.gov.br/projetoscamara%2007.478estatuto_do_nascituro)> Acesso em 24 de Abril de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Ação cautelar de alimentos provisionais para nascituro.** Agravo Regimental n.º 256.812. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, 09 de Dezembro de 1999. Diário da Justiça de 28 de Fevereiro de 2000, página 82.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Alimentos Gravídicos. Autora comprovou relacionamento com réu. Prova oral suficiente.** Apelação Cível n.º 666.7034/0-00. Relator: Natan Zelinschi de Arruda, São Paulo, 26 de Novembro de 2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4640495>>. Acesso em 25 de Agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Alimentos Gravídicos. Determinação do magistrado para marcar data de audiência antes do nascimento.** Agravo de Instrumento n.º 994.09.278.138-9. Relator: Francisco Loureiro, São Paulo, 13 de Janeiro de 2010. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7364589>>. Acesso em 25 de Agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Alimentos Gravídicos. Indícios de paternidade. Suficiente para concessão dos Alimentos.** Agravo de Instrumento n.º 700.29.315488. Relator: Desembargador Rui Portanova, São Paulo, 25 de Maio de 2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4983256>>. Acesso em 12 de Agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Alimentos Gravídicos. Nascituro como destinatário. Reconhecimento. Necessidade na gestação.** Agravo de Instrumento n.º 994.09.278138-0. Relator: Desembargador Cleber Affonso Angeluci, São Paulo, 18 de Janeiro de 2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1240695>>. Acesso em 12 de Agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Alimentos. Fixação. Pleiteados pela mulher ao filho nascituro. Recurso não provido.** Apelação Civil n.º 138499-1. Relator: Jorge Almeida, São Paulo, 10 de Maio de 1991. Juis – Jurisprudencia informatizada Saraiva, São Paulo, Saraiva Data, CD-Room n.º 11, 1º trimestre /1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acidente de veículo. Liquidação de sentença por arbitramento. Indenização, filho nascituro.** Apelação Cível n.º 195123112. Relator: Desembargador Luiz Azambuja Ramos, Porto Alegre, 28 de Novembro de 1995. Disponível em <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=53427](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=53427)>. Acesso em 28 de Julho de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Alimentos Provisionais. Transitórios. Igualdade entre Homens e Mulheres.** Agravo de Instrumento n.º 596018879. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, Porto Alegre 20 de junho de 1996. Diário da Justiça Estadual de 29 de Julho de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Seguro-obrigatório. **Acidente. Abortamento. Direito a percepção da indenização.** Apelação Cível n.º 70002027910. Relator: Desembargador Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre 28 de Março de 2001. Disponível em <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=23451&id](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=23451&id)>. Acesso em 28 de Julho de 2010.

BRASIL. Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. **Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Morte de nascituro. Prêmio de Seguro Obrigatório.** Apelação Civil n.º 2000.01.1.004499-5. Relator: João Timóteo de Oliveira, Brasília, 29 de Agosto de 2000. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62012,70966,5971&MGWLP>>. Acesso 01 de Janeiro de 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO. Conselho Nacional da Defesa da Mulher. **Nota Publica Nascituro**. 2010. Disponível em <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/CNDM\\_nota\\_publica\\_nascituroo.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/CNDM_nota_publica_nascituroo.pdf)> Acesso em 13 de Julho de 2010.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Da responsabilidade do herdeiro e dos direitos do credor da herança**. 1928.

CRESCER, Revista. **Aspectos da gestante brasileira**. Editora Globo. Disponível em < [http://revistacrescer.globo.com/\\$3aspectos&%da%gestante%982](http://revistacrescer.globo.com/$3aspectos&%da%gestante%982) >. Acesso em Dezembro de 2009.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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

DAIBERT, Jefferson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980.

DE CICCIO, Claudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Adahil Lourenço. **O Nascituro no Direito**. Revista Goiana de Jurisprudencia .Goiania, Legis Summa, 1977. Disponível em <<HTTP://www.ibdfam/artigos411&%>>. Acesso em 20 de Abril de 2010.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed., ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei n.º 11.804/2008**. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/37977>>. Acesso em: 2 março 2009.

EDIURO, Editora. **Dicionário Escolar Silveira Bueno**. Editora Ediouro, Rio de Janeiro, 1996.

ESPANHA. **Código Civil Espanhol**. 1889. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T2.htm>> Acesso em 23 de Agosto de 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

FERRAIRO, Veruska Sanches. **Nascituro, Direitos ou Expectativa de Direitos?** Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001. Monografia Graduação – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo, Saraiva, 1994.

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

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=465>>. Acesso em 20 de junho de 2010.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Marino Elígio. **Alimento entre parentes: uma reflexão aos arts. 396 397 e 398 do Código Civil Brasileiro**. Artigo disponível em <<http://www.pailegal.Net/forum/>>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2010.

LEITE, Gisele. **Alimentos**. Artigo disponível em <<http://giseleleite.net/artigos/alimentos.aps.id>>. Acesso em 12 de Janeiro de 2010.

LEJEUNE, Jerome. **O testemunho de Jerome Lejeune acerca do início da vida**. 1981. Disponível em <<http://www.fondationlejeune.org>> Acesso em 2 de Março de 2010.

LIMA, Fátima Soares Costa de. 2008. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=543>> Acesso em 24 de Agosto de 2010.

LUCAS, Patrícia Helena. **A importância dos Alimentos Gravídicos**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=489>> Acesso em 24 de Agosto de 2010.

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

MELARÉ, Márcia Regina Machado. **A Mulher como Protagonista de Mudanças Sociais**. Disponível em <<http://www.jbdata.com.br/mat-marcia1.htm>> Acesso em 21 de Março de 2010.

MIRANDA, JORGE. **Manual de direito constitucional**. Editora Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTENEGRO, Karla. **Novas Tecnologias na Genética Humana: Avanços e impactos para a ciência**. Disponível em <[http://www.ghente.org/publicacoes/novas\\_tecnologias/cordao\\_umbilical\\_bioetica.pdf](http://www.ghente.org/publicacoes/novas_tecnologias/cordao_umbilical_bioetica.pdf)> Acesso em 24 de Agosto de 2010.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo, Atlas, 2000.

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

MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. São Paulo, Livraria Paulista, 2003.

NIESS, Andréa Patrícia Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. **Alimentos: o dever dos genitores de prestá-los aos filhos menores: de acordo com o novo código civil brasileiro** (lei 10.406, de 10 janeiro de 2002). São Paulo: RCS, 2004.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do Nascituro à Personalidade Civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NORT, Egon. **Brasil - Rumo ao 1º Mundo**. Florianópolis, Edição do Autor, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Teoria das Pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas; Superação e Permanência**. Revista de Direito Civil Agrário e Empresarial, n.º 40, 1987.

PAULA, Dalton Luiz de. **O início da vida?**. Artigo disponível em <[http://www.ghente.org/entrevistas/inicio\\_da\\_vida.htm](http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm)>. Acesso em 13 de Agosto de 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais – Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

PENTEADO, Jaques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e jurídica**. Porto Alegre (RS): Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PIMENTA, Natália Cristina M. **A Importância Social da Lei dos Alimentos Grávidicos**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos%aimportanciasocialdosalimentos>>. Acesso em 25 de Abril de 2010.

PORTUGAL. **Decreto Lei n.º 47.344 de 1966 que dispõe sobre o Código Civil Português**. Disponível em <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> Acesso em 23 de Agosto de 2010.

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

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder: estudo teórico-prático**. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O Código Civil de 2002: virtudes e vicissitudes**. Artigo disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3968>>. Acesso em 08 de Janeiro de 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Comentários ao código civil: parte especial : do direito de família (artigos 1.511 a 1.590)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, João Emanuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Editora Del Rey, 2000.

SILVA, Claudinei Aparecido da. **Alimentos Devido ao Nascituro e Sua Capacidade Postulatória**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004. Monografia Graduação - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", 2004.

SIMAS FILHO, Fernando. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba, Juruá, 1998.

SIQUEIRA, Marília de. **"O início da vida e a medicina atual"**, in: PENTEADO, Jaques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques. **A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SOUZA, Priscila Boim de. **Teoria do Início da Vida e Lei de Biossegurança**. Intertemas Toledo. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>> Acesso em 15 de Setembro de 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Gen Groupe Editorial, São Paulo, 2009.

**Vade Mecun Universitário de Direito Ridel**. Editora Ridel, São Paulo, 2009.

VIANA, Marco Aurélio. **Alimentos provisórios e provisionais**. 1998. Artigo disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/acoessedto>. Acesso em 12 Mar. 2010.

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

WALD, Arnold. **A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano**. Revista de informação legislativa 1995. Disponível em <http://direitonet.com.br/familia>. Acesso em 02 de Maio de 2010.

WELTY, Eberhard. **Catecismo Social** (tradução Manuel da Costa Maia), Lisboa, Ed. Aster, Vol. 2, 1994.