



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARIA JULIA SOUTO OLIVEIRA

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR
ALIMENTOS

SOUSA - PB
2008

MARIA JULIA SOUTO OLIVEIRA

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR
ALIMENTOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Petrócia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA - PB
2008

Maria Julia Souto Oliveira

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR ALIMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ____ de _____ de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Petrócia Marques Sarmiento Moreira - UFCG
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

À Deus, o meu Bom Pastor, guiando-me nos tortuosos caminhos da vida, e livrando-me dos caminhos da morte.

Ao meu pai, Fernando, exemplo maior de amor, caráter, carinho e compreensão, que esculpiu em mim a imagem da responsabilidade e da determinação. Lutou ao meu lado, durante toda a minha trajetória incentivando-me a conquistar meus objetivos e sonhos. Enfim, a pessoa que mais AMO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, razão da minha vida, condutor dos meus passos, protetor da minha alma, sem Sua força e Luz nada seria possível.

Agradeço aos meus familiares, especialmente ao meu pai, FERNANDO GONÇALVES DE OLIVEIRA, que durante toda minha vida acadêmica foi compreensivo e paciente, nunca pestanejou, mas sempre confiou em mim, e apostou no meu potencial, nos meus objetivos e nos meus sonhos, ajudando-me de uma forma singular e concreta. Cito em especial meu irmão, LUCIANO HENRIQUE CARLOS DE OLIVEIRA, que também esteve sempre perto para tudo que precisei. Obrigado!

Agradeço as minhas amigas, em especial à DANY pela sua generosidade, à TAYSSA pela sua amizade, à MARGELA por toda força e apoio durante este tempo, à LEYDE por todas as palavras de incentivo e prestatividade, enfim á todos os AMIGOS que se fizeram tão presentes neste momento e souberam oferecer ajuda e trazer votos de estima e afeto.

À minha orientadora, Petrócia Marques Sarmiento Moreira, que trouxe harmonia e sapiência no transcurso deste trabalho, fazendo de uma forma brilhante e paciente sua orientação.

"A própria vida é o mais alto precioso de todos os tesouros do universo. Mesmo os tesouros do universo inteiro não podem igualar ao valor de uma única vida humana. A vida é como uma chama, e o alimento como o óleo que lhe permite queimar".

Nitiren Daishonin

RESUMO

A presente pesquisa buscar-se-á realizar uma hermenêutica acerca da atribuição de personalidade ao nascituro, pois isto solucionaria inúmeras discussões que, existem em torno da aquisição de garantias e de direitos fundamentais do nascituro. Tanto a doutrina, como também jurisprudências eram conflitantes em relação ao nascituro ser titular de certos e determinados direitos. O contexto legislativo vigente assegura que os direitos concernentes á personalidade, somente são adquiridos quando do nascimento com vida, o que enseja uma situação regular e no mínimo antagônica, tendo em vista que o mesmo ordenamento jurídico põe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, a legislação em seu arcabouço resguarda direitos a um ente, já concebido, mas que ainda encontra-se no interior do útero materno. O estudo será sistematizado em três capítulos. No primeiro capítulo abordar-se-á, a personalidade, assim como definir características, e direitos, relacionando-a com a sua aquisição pelo nascituro, assegurando-o a sua plenitude. O segundo capítulo enfatizará a definição de alimentos, espécies e características, denotando sua legitimidade e pressupostos. No terceiro demonstrar-se-á os direitos específicos deste nascituro, salientando direitos aos alimentos, a natureza desse direito, e por fim, a titularidade do ente concebido, numa ação de alimentos gravídicos. Para tanto, recorre-se á pesquisa bibliográfica, assim como método o dedutivo, porque se partirá de uma análise de conceitos gerais, atinentes aos direitos do nascituro, para conseqüentemente apresentar uma posição específica do tema em estudo, também será usado na pesquisa o método histórico-evolutivo e o exegético jurídico. Conduzindo-se assim a constatação de que o nascituro poderá pleitear alimentos por via ação judicial, amparado ainda pela Lei 11.804/08, impetrada pelo ente concebido, porém representado por sua genitora, por seu tutor ou curador. Uma vez demandada a ação, o juiz analisará o caso concreto, julgando a necessidade da gestante assim como a possibilidade do suposto pai, decidindo pelo deferimento ou indeferimento da referente ação.

Palavras-chave : Nascituro. Direitos. Alimentos.

ABSTRACT

This research will get a hold hermeneutics about the allocation of the unborn child personality, because it solve numerous discussions that exists around the acquisition of guarantees and fundamental rights unborn. Both of the doctrine, but also were conflicting judicial rulings on for the unborn child is entitled to certain rights and certain. The existing legislative framework ensures that the rights concerning the personality, only when they are acquired from birth to life, which rise to regular situation and at least antagonistic, considering that the same legal system puts the rights of the unborn child unless, that is , The legislation framework in its duty to protect a loved one, as designed, but that is still inside the maternal womb. The study will be systematized in three chapter. In the first deals will, therefore, the need to conceptualize the personality, as well as define its characteristics, and their rights, relates to its acquisition by the unborn child, assuring him his second chapter emphasize fullness. The definition of food, its species and characteristics, denoting its legitimacy and assumption. No third show will be the specific duties of the unborn child, stressing their right to food, the nature of this law, and ultimately, the ownership of the designed environment, a share of food gravidicos. For both, using literature search, as well as the deductive method, because they start with a review of general concepts, pertaining to the rights of the unborn, so consequently make a specific position of the subject under study, also will be used in the research method and evolutionary history-exegetic legal. Driving is well to note that the unborn child may plead food via lawsuit, still supported by Law 11.804/08, brought designed by ronment, however represented by his mother, by his guardian or trustee. Once the action defendand, the judge will review the case, judging the need for pregnant women as well as the possibility of the supposed father, ruling by the acceptance or rejection of related action

Keywords: Unborn. Rights. Food.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 DO NASCITURO.....	13
1.1 Noções Gerais: Evolução histórica e conceito.....	13
1.2 Personalidade Jurídica.....	16
1.3 Tratamento jurídico conferido ao nascituro.....	24
CAPÍTULO 2 DOS ALIMENTOS.....	28
2.1 Conceito e noções gerais.....	28
2.2 Características e pressupostos da obrigação de alimentar.....	34
2.3 Da legitimidade para pleitear alimentos	38
CAPÍTULO 3 DO DIREITO DO NASCITURO AOS ALIMENTOS.....	42
3.1 Do Direito de Ação de Alimentos e sua natureza jurídica.....	45
3.2 Da titularidade do nascituro na ação de alimentos.....	48
3.3 Dos Alimentos Gravídicos: Análise Jurídica da Lei n 11804/08.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXO.....	64

INTRODUÇÃO

Existem diversas correntes doutrinárias que discutem acerca dos direitos daquele que fora concebido, porém ainda não nascido, o qual se denomina nascituro. De um lado encontra-se a corrente que considera nascituro uma pessoa, reconhecendo-lhe desde sua concepção capacidade para ser o titular legítimo de certos direitos.

Por outro lado há a corrente doutrinária que defende veemente a impossibilidade de atribuir ao nascituro, personalidade jurídica, colocando em dúvida, a legitimidade do mesmo ser considerado agente capaz de exercer na órbita jurisdicional, qualquer direito que lhe seja outorgado.

Ante o exposto, o presente estudo tem como principais objetivos apresentar os conceitos e características delineadas a respeito do instituto do nascituro; discutir e explanar os entendimentos de doutrinas majoritárias acerca da personalidade do nascituro e da possibilidade do mesmo pleitear, judicialmente, alimentos; bem como analisar sua legalidade no direito vigente.

Devido às inúmeras discussões formadas acerca da temática, assim como a importância de se está incentivando a compreensão do dever de assegurar e garantir os direitos que são devidos ao nascituro, já que de sua inaplicabilidade surge uma afronta à moral, ao direito e à justiça, justificando-se assim a presente pesquisa.

Para a persecução dos objetivos aludidos será utilizada a pesquisa bibliográfica em doutrinas jurídicas e sites da internet, utilizando-se, portanto o método dedutivo tendo em vista partir de conceitos gerais, para apresentar um posicionamento, *sui*

generis, singular acerca do nascituro e do seu direito de pleitear alimentos. Presente se fará também o método histórico-evolutivo, na medida em que se traçará o acompanhamento da situação jurídica do nascituro durante o percurso da história.

Procederam-se ainda a análise e interpretação de textos legais, fazendo-se assim uso do método exegético-jurídico, e do comparativo quando da abordagem do nascituro à luz da posição doutrinária e da legislação estrangeira.

Dessa forma, apresenta-se o problema e a hipótese, aqui previamente levantados. O que conduzirá ao seguinte questionamento: É possível o nascituro pleitear alimentos? Formando-se assim a hipótese levantada de que o nascituro sendo detentor do Direito a vida, assegurado a todos constitucionalmente, e como direito subsidiário a este, tem-se o Direito a Alimentos, previsto na novel Lei que garante a genitora os alimentos gravídicos, compreendendo 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 da demanda considerar pertinente.

O trabalho será estruturado em três capítulos, os quais serão tratados da seguinte maneira: no primeiro capítulo abordará a evolução histórica do nascituro, assim como sua definição, desenvolvendo-se numa visão jurídica a partir de conceitos discutidos amplamente pela doutrina. Realizar-se-á ainda uma compreensão da personalidade por ser esta, expressão do cerne dos debates acadêmicos envolvendo o nascituro, demonstrando a importância e necessidade de se estabelecer a sua definição no ordenamento jurídico vigente.

Ainda neste capítulo, discorrerá acerca da conceituação e caracterização do nascituro, apresentando para tanto as disposições delimitadas nos textos jurídicos civilistas e processualistas, bem como analisará de forma concisa o pensamento de alguns juristas contemporâneos. E examinará o instituto do nascituro inserindo-o no contexto da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo tratará, objetivamente, a definição de alimentos, difundindo a classificação mais relevante e pertinente ao presente estudo, na qual enfatizar-se-á as espécies, os requisitos e os pressupostos concernentes aos alimentos.

O terceiro e último capítulo, enfocará os direitos do nascituro, e onde será exposta a temática ligada a possibilidade de serem disponibilizados alimentos ao nascituro. A natureza da ação de alimentos será enfatizada no que tange a sua possibilidade afirmada pela Lei Magna como direito fundamental ao ser concebido. Será ressaltada ainda de forma pormenorizada, a questão do nascituro poder encontra-se no pólo ativo de uma ação de alimentos e sua representação em tal ação.

Em última análise será examinada a Lei 11.804/08 que pôs fim as controvérsias existentes acerca da problemática. Legalizou-se o recebimento de alimentos gravídicos pela genitora, com o intuito de responsabilizar o suposto pai, também pelas despesas e cuidados referentes ao nascituro para que a este seja assegurado o direito ao nascimento com vida saudável, aplicando assim o princípio constitucional da paternidade responsável.

Desta forma, a premissa maior deste trabalho monográfico é afastar quaisquer dúvidas acerca dos direitos e garantias outorgados ao nascituro, mais precisamente, aquelas que se referem á possibilidade do mesmo pleitear seu direito aos alimentos,

sendo um direito subsidiário ao direito á vida constitucionalmente, figurando desta forma no pólo ativo da referida ação, através de seu representante legal.

CAPÍTULO 1 DO NASCITURO

A discussão acerca do nascituro, desde os primórdios da humanidade, é gerada em torno da aquisição da personalidade deste, e por consequência a efetiva proteção aos seus direitos.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao garantir o direito á vida, tutela direitos fundamentais, e nessa seara engloba os direitos assegurados ao nascituro desde a concepção, adotando assim um sistema protetivo.

Sabe-se que o nascituro é aquele ser concebido, porém ainda não nascido. É um ser que apesar de está no ventre materno, ainda não é considerado pessoa, ou seja, sujeito de direitos e de obrigações na órbita jurídica.

1.1 Noções Gerais: Evolução histórica e conceito

Na História das civilizações, o primeiro ordenamento jurídico a admitir a capacidade jurídica do nascituro foi o de Tebas. Na Grécia Antiga, atribuía-se penalidades aos que praticassem o aborto, tutelando de certa forma os direitos do nascituro.

Por sua vez os filósofos já traziam em seus ensinamentos resquícios de proteção àquele que viria nascer. Aristóteles, por exemplo, defendia o aborto apenas em

hipóteses em que houvesse interesse estatal, e Platão em excepcionais situações, no caso do feto vir á nascer com alguma deformidade.

No Direito Romano, o nascituro não era considerado pessoa, mas nascia como homem capaz de direitos, sua existência era computada desde a concepção, dando-se assim proteção a alguns de seus direitos. Os estudos antigos sobre nascituro se dividiam entre aqueles que tratavam somente da condição fisiológica, e entre aqueles que se referem a sua condição jurídica.

Assim, tais escritos esclarecem que fisiologicamente, o rebento era considerado como parte do organismo materno, mas juridicamente era considerado, pelas disposições legais, como se já nascido fosse. No Direito Romano Clássico, afirmava que a capacidade jurídica começava com o nascimento, ou seja, a separação do feto do corpo da mãe.

Contudo, haviam situações em que se tutelavam o direito fundamental à vida do nascituro, através da repressão ao aborto, ou como por exemplo uma mãe que possuísse em seu ventre um feto concebido, e que era condenada à pena de morte, a execução da pena só se faria após o parto, ou então no caso de uma mãe que morresse abria-se o cadáver a fim de retirar o feto, fato que originou a cesariana.

Já o Direito Intermediário, após a morte de Justiniano, em 565 d.C., havia uma forte influência do Cristianismo, no que diz respeito ao nascituro. Este não poderia se tornar donatário e ser parte beneficiária em testamento. No entanto, punia-se severamente o aborto desde a concepção, sendo até mesmo considerado um homicídio.

No decorrer de toda história humana foi discutida amplamente em várias doutrinas e em legislações estrangeiras a questão do nascituro e da proteção de seus direitos. É imprescindível, no direito comparado, a análise de tal questão.

O Código Civil Argentino acolheu o critério de que a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida, e da mesma forma alguns códigos, como o mexicano, o venezuelano, o peruano, corroboram com o mesmo sistema. Também o Código Civil suíço, no artigo 31 preleciona que: "o nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em conseqüência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tenham sido atribuídas na fase da concepção".

Assim para o Código Suíço a expectativa de direito, tratava de direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação, e condição ou expectativa de direito refere-se ao reconhecimento do nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade. O Direito Francês admite também que a personalidade começa da concepção, desde que o ser humano nasça vivo e seja viável.

O sistema jurídico brasileiro assegura os direitos do nascituro desde a concepção conforme preceito legal, no art. 2º do Código Civil *in verbis*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro".

Diante do amparo legal assegurado pelo ordenamento jurídico, é preciso neste instante conceituar o termo nascituro que significa aquele que há de nascer, o ser humano já concebido, e cujo nascimento se espera como fato futuro.

Derivado do latim *nasciturus*, quer precisamente indicar aquele que está gerado ou concebido, tem existência, porém no ventre materno ainda, ou seja, está em vida intra-uterina. Seu nascimento ainda não ocorreu, portanto ainda não se iniciou sua vida como pessoa.

Explica José Náufel (1963, p.53) que nascituro significa "ser humano já concebido, em estado de feto, e que ainda não veio à luz". Já Pontes de Miranda (2000, p.16), define nascituro: "é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno". Endossando estes pensamentos pode-se dizer que nascituro é o ser já concebido, que se encontra em vida intra-uterina, e, portanto se distingue daquele que ainda não foi gerado, mas que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual.

1.2 Personalidade Jurídica

Ao examinar a personalidade jurídica da pessoa natural é imprescindível compreender o termo "pessoa". A palavra pessoa vem do latim "*persona*", que no primeiro momento significava "máscara", correspondendo ao papel que cada ator representava, depois passou a se tratar da atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Posteriormente expressou o próprio indivíduo que representa esses papéis.

O ordenamento jurídico brasileiro define a pessoa como sendo um ente físico ou moral, suscetível de direito e de obrigações, sendo neste sentido pessoa um sujeito de direitos e deveres.

Liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural ou jurídica, o sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, um *status* a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.

Por outro lado, vale salientar, que embora a pessoa tenha personalidade jurídica, a capacidade é a medida jurídica dessa personalidade, ou seja, é a manifestação do poder de ação que está implícito no conceito de personalidade. Para realçar a importância desse conceito, especialmente, no direito privado, é preciso destacar que não há nos direitos da pessoa, instituto jurídico que se concretize, sem a necessária capacidade do agente.

Assim, para ser pessoa basta que o homem exista, e, para ser capaz, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.

Vê-se que a capacidade, é, portanto um elemento da personalidade. E esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela idéia de pessoa, ente capaz de contrair direitos e obrigações. Pode-se dizer então que a capacidade exprime poderes ou faculdades.

Neste contexto, se faz necessário analisar o início da personalidade jurídica, por ser tema amplamente discutido através das teorias natalista; concepcionista e pré-concepcionista. A questão divergente entre as mesmas é identificar onde começa a capacidade e a personalidade, conseqüentemente. Passa-se a examiná-las pormenorizadas.

A Teoria Negativista ou Natalista defendida por Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira, Ferrara, Sérgio Abdalla Semião, Espínola (apud Pontes de Miranda,

2000, p. 117) tem sua conceituação segundo Fiúza (2004, p.117) como sendo aquela em que “o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida”

A partir deste conceito verifica-se que a posição do nascituro é de um expectador de direitos. Ensina, pois Venosa (2002, p. 374), que essa expectativa “é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito”. Então, tem-se que esta corrente não considera o nascituro como pessoa.

Para os defensores desta teoria, a constatação da existência jurídica do ser concebido, se dá apenas através do nascimento com vida, sem necessitar de qualquer exigência de viabilidade do ser ou forma humana, ou seja, é preciso apenas verificar se o neonato chegou a respirar pelo menos uma vez. Para isto, o teste médico-legal mais utilizado, quando há dúvida, é chamado de Docimasia Hidrostática de Galeno.

Os argumentos favoráveis a esta corrente partem do pressuposto que não há existência de direito subjetivo sem que haja um titular, da mesma maneira não há titular sem personalidade jurídica; e ainda, o nascimento como um fato concreto, atribue personalidade ao ser.

Ensina Fiúza (2004, p.114) que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador dita “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São na verdade direitos objetivos isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa, e que por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá adquirir ao nascer.

Já a Teoria concepcionista defende que os direitos do nascituro passam a existir a partir do momento da concepção, ou seja, o “*conceptus*” adquire a capacidade de direito.

Alguns doutrinadores, como Teixeira de Freitas e Silvio Salvo de Venosa, subdividem esta teoria em: verdadeiramente concepcionista e a teoria concepcionista da personalidade condicional.

Como um ponto de equilíbrio entre a teoria natalista e a conceptualista, surge a teoria da personalidade condicional, que atribui a personalidade no momento do nascimento, porém, conta-se a partir do dia da concepção, sob a condição suspensiva do nascimento com vida.

Sabe-se que durante a gestação, o nascituro tem a proteção legal, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais, sujeitos a uma condição suspensiva.

Alguns doutrinadores como Silvio de Salvo Venosa e Flavio Augusto Monteiro de Barros defendem que o Código Civil adotou em seu artigo 2º esta teoria mista e temperada.

Já aquela teoria verdadeiramente conceptualista, atribui a personalidade a partir da concepção, entendendo seus defensores, como Teixeira de Freitas e Limongi França, que o nascituro já é considerado pessoa.

Para rebater a teoria natalista, nos dizeres de Limongi França (2002, p.61) ensina que, "ora quem, diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade", então quando o ordenamento jurídico põe a salvo os direitos do nascituro está afirmando capacidade e conseqüentemente personalidade.

Ressalta-se que os concepcionistas assumem uma posição moderna, uma vez que não restringem os direitos do nascituro ao nascimento, pois se o fizesse, e este não nascesse é como se não tivesse concebido.

Em contrapartida, a Teoria conhecida como Pré-concepcionista, disserta sobre condições inovadoras que se remetem aos avanços tecnológicos que dominam as últimas décadas. Com isso a doutrina e o sistema jurídico ainda não sofreram mudanças para trazerem a seara a tal teoria.

Segundo Coelho (2003, p.148): "(...) desde o momento que o espermatozóide fecunda o óvulo seja *in vitro* ou *in utero* estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente um novo ser".

Parte-se do princípio de que esta teoria crê na capacidade de direito antes mesmo da nidação, fato este que se confirma com Semião (2000, p.174) ao lecionar que: "(...) nenhuma razão tem para admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa, pelo único fato de não está no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser concebido".

Porém para efetivação implicaria uma drástica mudança, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como nos preceitos culturais. Outro requisito importante que dificulta aplicabilidade é quanto a real dificuldade de se estabelecer o momento da fecundação *in utero*, o que inviabiliza a atribuição da personalidade em concreto.

Abrangendo, a questão da personalidade, tem-se nos dizeres de Caio Mario (2002, p.154):

Não constitui a personalidade 'um direito', de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

Vê-se que a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. Não constituindo assim um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. Pode-se dizer, que é esta quem apóia os direitos e

deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos, são considerados direitos inerentes a personalidade.

É sabido que tais direitos da personalidade são exatamente os essenciais ao desenvolvimento da pessoa, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil (CC), como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de terceiros. Como bem define Francisco Amaral (2001, p.243) "direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual".

Além disso, os direitos da personalidade se constituem em direitos mínimos que asseguram e resguardam a pessoa humana e como tais devem ser previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico, não de forma estanque e limitativa, mas ressaltando-se o reconhecimento do seu aspecto primordial, a que se remeteriam aos demais direitos previstos no sistema jurídico.

A Constituição Federal de 1988 consagra como cláusula geral de tutela da personalidade, o princípio fundamental da dignidade humana, no art. 1º, III. Dignidade, na formulação de Immanuel Kant (*apud* Weyne, 2008):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade

Constituem então, uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana. A rigor, a lógica fundante desses direitos, é a tutela da dignidade do ser humano. A inserção da dignidade como princípio constitucional fundamental, contida em preceito introdutório do capítulo dos direitos fundamentais, significa, adoção de um direito pessoal, cujo conteúdo é justamente a prerrogativa do ser humano de desenvolver a integralidade de sua personalidade com todos os seus desdobramentos e projeções.

Reconhece-se ainda, que a existência de um aspecto geral nos direitos da personalidade, quando se considera estes um objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa, em todos os seus aspectos, físico, moral e intelectual, e ainda direitos especiais e específicos, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade. Trata-se de um direito mãe, como se vem cognominando, fonte de outros direitos.

Pode-se dizer ainda, que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, que tem por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular. São direitos inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, tendo como finalidade primordial à proteção das qualidades e dos atributos essenciais da pessoa humana, de forma a salvaguardar sua dignidade e impedir apropriações e agressões de particulares ou mesmo do poder público.

É sabido que os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais, na medida em que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental.

Pelas circunstâncias dos direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, ensina Silvio Venosa (2002, p. 150) que tais direitos possuem as seguintes características: são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; vitalícios, perenes ou perpétuos, pois subsistem por toda a vida, sendo que alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa e pela mesma razão, são imprescindíveis por persistem enquanto durar a personalidade, isto é, a vida humana, ou melhor, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são inalienáveis, ou mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; e, absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*.

Deste modo, preconiza Venosa (2002, p.151) que "ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar a liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos".

Como se observa, destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto. Estas podem ser de natureza preventiva, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual, e moral, ajuizando-se em seguida ação principal, ou de natureza cominatória, com fundamento no Código de Processo Civil (CPC), destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão.

Assim como também pode ser movida desde logo a ação de indenização por danos materiais e morais, de natureza repressiva, com pedido de antecipação da tutela, como tem sido admitido.

1.3 Tratamento jurídico conferido ao nascituro

Malgrado a personalidade civil da pessoa comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro conforme preceitua o diploma civil brasileiro. O nascituro é concebido, mas ainda se encontra no ventre materno, conforme a definição de Silvio Rodrigues (2003, p.41) "a lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida". Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os seus direitos.

Pontes de Miranda (2000) adota o entendimento de que não existe inversão de elementos na regra jurídica *nasciturus pro iam nato habetur*, e sim, a antecipação da eficácia. Não seria coerente reconhecer todos os efeitos após o nascimento, como também errôneo seria admiti-lo todos desde já. Por esta razão resguardá-los seria a melhor opção.

É importante esclarecer que se constata o nascimento com vida por meio da respiração. E uma vez comprovando que o recém nascido respirou, então houve vida. Tal prova inequívoca de confirmar se realmente há vida, pertence à Medicina.

Desta feita, observa-se que o nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não fora e que poderá ser sujeito de direito futuro, trata-se de uma prole eventual; se encontra numa situação de potencialidade para o que nem ainda foi gerado.

No entanto entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direitos. Sob o mesmo prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

Ressaltando os direitos da personalidade do nascituro, pode-se dizer que o Código Civil não excluiu taxativamente a possibilidade de o nascituro vir a ser considerado uma pessoa, fazendo-se valer alguns direitos deste, como por exemplo, tornar válida as doações feitas ao nascituro, de forma que o está considerando sujeito de direitos.

Ainda, o Estatuto Processual Civil instrumentaliza, por sua vez a posse em nome do nascituro; mais uma vez a própria lei garante a este, direitos, evidenciando assim, a utilização pelo ordenamento jurídico da chamada teoria concepcionista da personalidade condicionada.

Desse modo, percebe-se que o sistema jurídico coaduna com a teoria concepcionista da personalidade condicionada, visto que, conquanto estabeleça o início da personalidade civil com o nascimento com vida, acaba pondo os direitos do nascituro a salvo desde a concepção, de forma que este sempre terá seu direito resguardado, diferente do que dispunham os romanos, para quem, por exemplo, não se admitia sequer a representação.

Washington de Barros Monteiro (2003, p.37) corrobora com esse entendimento afirmando que:

se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-la e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, é preciso que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

Neste sentido tem-se que a ordem jurídica protege os interesses do nascituro. O Estatuto da Criança e do Adolescente pelo disposto em seu artigo 7º, impõe ao estado o dever de garantir o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso do ser humano. Indiretamente estabeleceu-se uma norma jurídica implícita de resguardo dos interesses do nascituro ou embrião.

Entretanto, existe ainda, uma divisão jurídica entre personalidade formal e material do nascituro. A personalidade jurídica formal diz respeito aos direitos personalíssimos, e a personalidade jurídica material, aos direitos patrimoniais, que só se consolidará com o nascimento com vida.

Compreende-se desta forma que não significa que enquanto o nascituro não nascer, não será considerado pessoa. Significa que assim como a teoria da personalidade condicionada, entende-se que o nascituro não poderá exercer alguns direitos fundamentais inerentes a todo aquele que nasça com vida, não terá *faculta agendi*.

A Constituição Federal de 1988 foi omissa em relação aos direitos do nascituro, servindo como fonte de interpretação para as outras normas jurídicas. Salienta Alexandre Marlon da Silva Alberton (2001, p.112) que deve ser feita uma interpretação do art. 2º do Código Civil em consonância com o art. 5º da Carta Magna, sendo,

portanto o nascituro titular do direito à vida, e também aos alimentos, o que irá garantir a sua subsistência.

A Lei Maior ao expressar como princípio fundamental da dignidade humana, o mínimo necessário para garantir a subsistência do ser humano remete-se à obrigação alimentar, ou seja, o indispensável para a sobrevivência. E ensina Juliano Spagnolo (2004, p.14) que deve ser vista como elemento inspirador das decisões judiciais concessivas ou denegatórias de alimentos, implícita ou explicitamente, pois não se admite atualmente que o julgador desconsidere este valor fundamental, sendo que os alimentos, em especial, devem ser vistos sob o prisma do princípio da dignidade porque afetam diretamente a vida do ser humano.

Assim, ressalta-se a importância da Constituição Federal de 1988, frente aos direitos do nascituro, especialmente no que tange a interpretação de leis que asseguram tais direitos, servindo como norte da interpretação de todas as leis que tutelam os direitos do nascituro principalmente aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais.

O Código Civil atual, por sua vez, adotou a Teoria da Personalidade Condicional, a intenção do legislador em tutelar os direitos do nascituro, independente do fato dele não possuir personalidade.

As hipóteses elencadas são exaustivas, não admitindo interpretação da lei. Trata-se de uma proteção a expectativas de direitos, que são condicionadas ao nascimento com vida. Embora a personalidade comece do nascimento com vida, há um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações, que confere a qualquer ser dotado de personalidade.

CAPÍTULO 2 DOS ALIMENTOS

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

Como pressuposto essencial, devem os alimentos serem fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Possuem um aspecto relevante, como de ser indispensáveis à subsistência, principalmente se a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento, por isso têm características tão peculiares, como a intransmissibilidade, e o caráter personalíssimo.

2.1 Conceito e Noções Gerais

O termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação trivial, como tudo aquilo necessário para a subsistência do ser humano. No campo jurídico, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra além de abranger os alimentos propriamente ditos, refere-se também à satisfação de outras necessidades essenciais a vida em sociedade.

Segundo o ensinamento de Orlando Gomes (2002, P. 65):

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, em razão de idade avançada, enfermidade ou incapacidade, podendo abranger não só o necessário à vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, mas também outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Conforme leciona Yussef Said Cahali (2006, p.382):

Alimentos, em seu significado vulgar, é 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 exigila de outrem, como necessário à sua manutenção.

Portanto os alimentos abrange não só os gêneros alimentícios, mas os meios materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa, como também habitação, vestuário e os remédios.

Para Sílvia Rodrigues (2002, p. 32):

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.

No ordenamento jurídico os alimentos se apresentam classificados segundo vários critérios: quanto à natureza; à causa jurídica; à finalidade; ao momento da prestação; e à modalidade da prestação.

No que diz respeito à natureza dos alimentos, subdivide-se em naturais e civis. Percebe-se que os necessários à subsistência - o *necessarium vitae*, como vestuários, alimentação - são os denominados naturais; já os necessários à instrução e educação que abrangem as necessidades intelectuais e morais - o *necessarium personae*, - são os chamados civis.

Neste mesmo patamar, Maria Helena Diniz (2002) salienta que nos alimentos naturais está compreendido o estritamente necessário à subsistência, ou seja, alimentação, despesas médicas, vestuário, habitação; já os alimentos civis concernem a outras necessidades, como as intelectuais e morais, ou seja, educação, instrução, assistência, recreação.

Já causa jurídica da obrigação alimentícia poderá resultar da lei, da vontade ou de algum delito, sendo que estas duas últimas causas constituem razão de uma atividade praticada pelo homem.

Os alimentos legítimos, segundo observação de Cahali (2006), são os que decorrem de uma obrigação legal, são aqueles devidos por direito de sangue (*ex iure sanguinis*), em virtude das relações de parentesco ou familiares, ou em decorrência do matrimônio ou união estável.

Conquanto, os alimentos voluntários, são os que decorrem da declaração de vontade, *inter vivos* ou *causa mortis*, brotando-se assim, no direito das obrigações ou no direito das sucessões. Cahali (2002, p.23), salienta que os alimentos voluntários, também decorrem “de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa*; resultantes *ex dispositione hominis*, também chamados obrigacionais, ou prometidos ou deixados”, através de um contrato ou de disposição de última vontade.

Tem-se por alimentos ressarcitórios, aqueles decorrentes de algum delito, destinados a indenizar a vítima por ato ilícito, ou seja, a obrigação alimentar é consequência da prática de ato ilícito, representa ela uma forma de indenização do dano *ex delicto*.

No que tange a finalidade dos alimentos estão classificados como provisórios ou provisionais e regulares ou definitivos. Para Diniz (2002, p.323) são provisórios ou provisionais os alimentos “se concedidos ao mesmo tempo, ou antes, da ação de separação judicial, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos, para manter o suplicante a sua prole na pendência da lide”.

Neste mesmo pensamento segue Cahali (2006, p.28):

Dizem-se provisionais, provisórios ou *in litem* os Alimentos que, precedendo ou concomitantemente à ação de Separação judicial, de Divórcio, de nulidade ou de anulação do Casamento, ou ainda à própria ação de Alimentos, são concedidos para a manutenção do suplicante, ou de sua prole, na pendência do processo, compreendendo também o necessário para cobrir as despesas da lide.

Contudo, é importante destacar que, não se pode confundir alimentos provisionais e provisórios, uma vez que apesar de serem sinônimos, o adjetivo provisionais é para dar nome a uma das ações cautelares previstas no Código de Processo Civil (Ação de Alimentos Provisionais), sendo que o adjetivo “provisório” trata dos alimentos fixados no início do conflito, seja especial ou cautelar.

Por sua vez, os alimentos regulares ou definitivos, são aqueles estabelecidos pelo magistrado ou através de acordo pelas partes, com prestações periódicas, de caráter permanente, sendo sujeitos à revisão do quantum.

Desta forma, entende-se que os alimentos provisionais e os denominados provisórios, pertencem à categoria de alimentos antecipados, tendo em contra a fase

procedimental em que ocorre seu deferimento pelo juiz: desde a postulação, sob forma de liminar, e, freqüentemente, sem audiência da parte contrária.

Os alimentos regulares ou definitivos, por seu turno, são os que decorrem de acordo entre as partes ou de ato decisório final do juiz, e assumem caráter permanente, ainda que sujeitos à eventual revisão.

Quanto ao momento da prestação ou ao momento em que são reclamados, os alimentos classifica-se em *alimenta futura* ou *alimenta praeterita*, ou seja, alimentos futuros e alimentos pretéritos. Os alimentos futuros são os que se prestam em virtude de decisão judicial ou acordo, já os pretéritos, conseqüentemente são aqueles constituídos em momento anterior ao pacto da pretensão das partes ou determinação judicial.

No entanto, esta diferença tem importância na decisão do termo *a quo* a partir do qual o sustento torna-se exigível. Nesta mesma linha Assis (*apud*.Orlando, 2002) aduz que:

Os alimentos futuros são os que se prestam em virtude de sentença, transita em julgado e a partir da coisa julgada, ou em virtude de acordo e a partir deste. E pretéritos são alimentos anteriores a esses momentos, e acumulados, considerando a oportunidade da sua constituição e a da exigência mediante demanda executiva.

Gonçalves (2004, p.134) leciona que no momento da prestação, os alimentos classificam-se em pretéritos, atuais e futuros, afirmando que:

São pretéritos quando o pedido retroage a período anterior ao ajuizamento da ação; atuais, os postulados a partir do ajuizamento; e futuros, os alimentos devidos somente a partir da sentença. O direito brasileiro só admite os alimentos atuais e futuros.

Entretanto, destaca-se que os alimentos futuros são aqueles a serem pagos pelo devedor após a propositura da ação e que conseqüentemente tenham sido sentenciados. Já nos alimentos pretéritos, não são abarcados no Direito de Família, sendo que se o credor sobreviver, não importando se bem ou mal, até a propositura da ação, não lhe cabe direito ao tempo anterior a demanda de alimentos.

Não se pode deixar de comentar sobre a existência de duas modalidades de prestação, quais sejam, a obrigação alimentar própria e a imprópria. Cahali (2006, p.29) traz a diferença entre a obrigação alimentar própria e a imprópria preceituando que; “a própria se trata da prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa. Já a imprópria, tem como conteúdo o fornecimento dos meios adequados à aquisição de bens necessários à subsistência”.

Quanto à obrigação alimentar imprópria, que se perfaz mediante o fornecimento da prestação, sob forma de pensão, dos meios para obtenção do necessário à vida, assegura-se ao credor um direito de crédito, que encontra garantia genérica no patrimônio do devedor. Sendo que a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o credor, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Esta classificação está disposta no art. 1701 do Código Civil, entendendo-se que a primeira parte do referido artigo trata-se da obrigação alimentar imprópria, e a segunda parte, da obrigação alimentar própria.

2.2 Características e pressupostos da obrigação alimentar

Em decorrência da natureza publicística das normas disciplinadoras da obrigação alimentícia, chega-se o momento de examinar as características fundamentais do instituto que são, personalíssimo, irrenunciável, intransmissível, incedibilidade, incompensável, não transacionável, imprescritível, irrepitibilidade e condicionabilidade. Feita exposição, necessário se faz analisá-las em detalhe.

Assim, alimentos como direito personalíssimo são àqueles que representam um direito inato de manter a integridade física de seu titular, tratando ser um direito personalíssimo existente em função do parentesco entre alimentante e alimentado, não podendo ser passado a outra pessoa a titularidade, seja por negócio ou fato jurídico.

Quanto a característica da irrenunciabilidade, esta, é disposta no art. 1707 do Código Civil, *in verbis*: "Art. 1707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

Vê-se que o credor de alimentos pode renunciar ao exercício da obrigação alimentícia, mas não ao seu direito de receber alimentos. Orlando Gomes (*apud* CAHALI YUSSEF *op. cit.* 2006, p. 51) afirma que a irrenunciabilidade decorre da "conseqüência natural do seu conceito, pois o direito de pedir alimentos representa uma das manifestações imediatas, ou modalidade do direito à vida".

Ressalte-se que renunciando ao exercício pode posteriormente requerê-lo se sobrevir a necessidade de subsistência. Mesmo que um filho renuncie ao exercício, poderá exigi-lo, quando constatada a necessidade.

No que tange à intransmissibilidade, esta característica está ligada ao caráter de intransmissibilidade referida a pessoa que recebe, isto é, o credor de alimentos. No entanto, quanto ao devedor de alimentos, dispõe o artigo 1700 do Código Civil que transmite o dever de alimentos aos herdeiros do devedor. Entende-se que, se há mora, respondem por eles os sucessores, pois não constituem mais pensão a obrigação de alimentos, verificada as condições de exigibilidade ainda em vida do devedor, entra na classe das dívidas que oneram a herança e, como tal, é transmissível aos herdeiros.

O preceito supra exposto, consigna uma exceção ao caráter personalíssimo da obrigação alimentar. É fundamental esclarecer que a obrigação alimentar recai até as forças da herança e não transfere a somente um herdeiro, mas a quantos forem estes, conforme o quinhão hereditário.

A incedibilidade demonstra-se que o direito do credor de receber alimentos e a exigibilidade do crédito a receber não podem ser cedidos, nada impede, que haja a cessão a outrem das parcelas vencidas, por constituírem dívida comum.

Segundo Orlando Gomes (apud CAHALI, 2006, p. 55):

[...] outorgado, como é a quem necessita de meios para subsistir, e, portanto, concedido para assegurar a sobrevivência de quem caiu em estado de miserabilidade, esse direito é por definição substância, intransferível, seu titular não pode sequer ceder o seu crédito que obteve em razão de se terem reunido os pressupostos da obrigação alimentar.

Verifica-se que em relação ao credor a cessão de crédito alimentar não é possível, por impor a sua natureza um direito inerente à pessoa do alimentado.

No que diz respeito à impenhorabilidade, esta característica traz a finalidade da obrigação alimentar como sendo a manutenção e assistência a pessoa do alimentado, desse modo, é inadmissível, que sobre este direito possa haver uma penhora que

impossibilite a subsistência da pessoa. O diploma civil preceitua, há a vedação expressa sobre a cessão compensação ou penhora do crédito alimentar.

Já a incompensabilidade pode ser definida mediante o crédito alimentar ter natureza especial e ser realizado em fase da necessidade do alimentado, é que não pode haver a compensação de créditos. Embora haja exceção conforme Maria Helena Diniz (2002, p.123) esclarecer que, "pode o devedor de alimentos opor-se ao crédito devido, na compensação o credor ver-se-ia privado de suprir sua necessidade de sobrevivência".

A obrigação alimentícia não é transacionável pelo fato do direito de pedir alimentos não poder ser objetivo de transação por ser indisponível e possuir índole pessoal. Cahali (2006, p.55) complementa que "por não ser objetivo de transação, o direito de pedir alimentos também não pode ser objeto de juízo arbitral ou de compromisso". A doutrina é pacífica, quanto à transação do valor das prestações vencidas podem também ser objeto de transação somente quanto a valor, desde que o credor e devedor consigam chegar a um acordo.

Quanto a obrigação de ser imprescritível trata-se do fato da finalidade da prestação alimentar ser assistência àquele que necessita, desse modo, não seria cabível a prescrição deste direito. No entanto deve-se salientar que mesmo não tendo sido exercido o direito por longo tempo, sobrevivendo a necessidade, pode-se pleitear alimentos de seus parentes.

Cahali (ob.cit. 2006,p. 119) explica ainda que "à evidência, reciprocidade não significa que duas pessoas devam alimentar-se ao mesmo tempo, mas apenas que o devedor alimentar de hoje pode torna-se credor alimentar no futuro".

A lógica da reciprocidade advém do Código Civil que dispõe que os parentes devem alimentos um aos outros. Assim se o pai deve alimentos ao filho, posteriormente sobrevindo necessidade ao pai já idoso, poderá reclamá-los ao filho.

Já a irrepetibilidade se dá pelo fato de que, pagos os alimentos, seja em caráter provisório ou definitivo não devem ser devolvidos. Todas as características do crédito alimentar advém de seu fim de sustentabilidade do credor. Mesmo que seja provado que os alimentos não eram devidos não poderão ser devolvidos, pois serviram para o sustento do alimentado.

No entanto, a condicionabilidade diz respeito à obrigação alimentar ser condicionada aos seus supostos legais, que dispõem não somente quanto a concessão, bem como a sua fixação.

Se ao longo da prestação sobreviver mudança na condição econômica do alimentando ou alimentado, poderão propor ação para exoneração, redução ou agravação do encargo.

Neste contexto partindo-se do princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante de alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, nos quais devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante, assim como na medida dos recursos do credor alimentício, configurando regra fundamental da obrigação de alimentar.

Há situações em que cabe ao juiz ponderar os valores de ordem axiológica em destaque. Destarte só pode reclamar alimentos quem de fato não puder se sustentar com esforços próprios. Não haverá hipótese em que os alimentos torne-se prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida.

No entanto, se o alimentando encontra em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pleitear alimentos. Por outro lado, o alimentante, deve primordialmente ter meios de prover, que não lhe venha a faltar. Não há que se exigir um sacrifício exorbitante que deixe o devedor de alimentos em estado de necessidade.

É mister destacar que os alimentos deve preservar a condição social de quem os pleiteia, ou seja, os alimentos devem manter o status do necessitado. Porém deve-se salientar que o diploma civil prevê que essa condição pode ser mutável, razão pela qual também é modificável, a qualquer momento, não somente o montante dos alimentos fixados, mas também sua condição. Assim a obrigação alimentar pode acarretar a sua extinção, quando se altera a condição econômica das partes. O alimentado pode passar a ter meios próprios de prover a subsistência assim como o alimentante pode igualmente diminuir de fortuna e ficar impossibilitado de prestá-los. Daí porque é sempre admissível a ação revisional de alimentos ou de exoneração de alimentos. Decisão que concede ou nega alimentos não faz coisa julgada material.

2.3 Legitimidade para pleitear alimentos

É de salutar importância analisar quanto à legitimidade para pleitear alimentos, conforme preceitua o Código Civil brasileiro. Este elenca o rol de sujeitos da obrigação alimentar, ou seja, os parentes que se encontram obrigados a prestar os alimentos. Esclarece-se que a relação legal é taxativa, assim, somente os sujeitos enumerados em lei têm legitimidade para prestar ou requerer a obrigação alimentar.

De acordo com Gomes (2002, p.429-430) deve-se observar que:

Não são todas as pessoas ligadas por laços familiares que estão sujeitas, porém, às disposições legais atinentes aos alimentos, mas somente os ascendentes, os descendentes, os irmãos, assim germanos como unilaterais, e os cônjuges. Limita-se aos colaterais de segundo grau de obrigação proveniente de parentesco. Quanto aos cônjuges, a obrigação pressupõe a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, visto que, na constância do matrimônio, o dever do marido de sustentar a mulher e o desta de concorrer para as despesas do casal são efeitos jurídicos imediatamente decorrentes do casamento. Do mesmo modo, a obrigação dos pais diz respeito aos filhos adultos, pois, enquanto menores, devem-lhes sustento.

E em face da lei, verifica-se que há quatro classes de pessoas obrigadas à prestação alimentícia, formando uma hierarquia no parentesco: 1ª) pais e filhos, reciprocamente; 2ª) na falta destes, os ascendentes, na ordem de sua proximidade com o alimentado; 3ª) os descendentes, na mesma ordem, excluído o direito de representação; 4ª) por último, os irmãos unilaterais ou bilaterais.

Afere-se também, da Lei de Alimentos – Lei 5.478/68 – a exigência da comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar, como condição para pleitear a ação devida.

Na obrigação alimentar decorrente do parentesco, deverão prestar os alimentos, em primeiro lugar, os parentes em linha reta, sendo tal obrigação recíproca entre os mesmos, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros, ou seja, a existência de parentes mais próximos opera a exclusão dos mais remotos da obrigação alimentícia.

Assim, deve-se pedir alimentos ao pai ou a mãe; na falta destes, aos avós maternos e paternos; na ausência destes, aos bisavós maternos e paternos e assim por diante. A falta de parentes em grau mais próximo é equiparada à ausência de possibilidades.

Após a comprovação da inexistência ou da impossibilidade de um dos parentes de determinada classe em prestar alimentos é que se pode exigir pensão alimentícia de parentes pertencentes às classes mais remotas. O alimentando não pode, sob pena de subverter toda a sistemática do direito-dever dos alimentos, eleger, discricionariamente os legitimados.

Sabe-se que a prova da impossibilidade, neste caso, deve ser robusta, clara, pois enquanto "o obrigado mais próximo tiver condições de prestar alimentos, ele é o devedor e não se convoca o mais afastado", conforme ensina Silva (*apud* Castro, 2002).

Já em relação aos colaterais por sua vez serão devidamente chamados para prestar a obrigação alimentícia caso não haja parentes em linha reta. Cabe destacar, que em relação à linha reta de parentesco não há qualquer limitação de grau, contudo, em relação à linha colateral há limitação ao segundo grau de parentesco.

Na hipótese de inexistência de ascendentes hábeis à prestação de alimentos, a obrigação recai aos descendentes, observada a ordem sucessiva e independentemente da origem da filiação. Na falta de descendentes à obrigação transfere-se aos irmãos, tanto germanos, como unilaterais

No sistema jurídico brasileiro, os parentes por afinidade não têm direito a prestar nem receber alimentos. Como esclarece Rodrigues (2004, p.380):

No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre no francês e naqueles sistemas que seguiram o Código Napoleônico, os parentes afins não são obrigados a prestar, nem tem o direito a receber, alimentos uns dos outros.

Como conseqüência, os parentes por afinidade não figuram no rol dos sujeitos da obrigação alimentar.

O mecanismo legal para requerer alimentos se dá mediante ação de alimentos. Com a finalidade de tornar a decisão a respeito mais rápida e menos onerosa. A mencionada ação segue um procedimento especial, adotando um rito próprio e específico, conforme dispõe a lei nº 5478/68.

CAPÍTULO 3 DO DIREITO DO NASCITURO AOS ALIMENTOS

Ao examinar os direitos do nascituro, pode-se observar que se resguarda primeiramente o direito à vida, para que justamente, aquele possa vir a usufruir estes direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.

A situação se torna ainda mais complexa quando evidencia a polêmica acerca da eventual descriminalização do aborto tipificado nos arts.124 a 127 do vigente Código Penal brasileiro, ou mesmo o já autorizado aborto necessário ou no caso de gravidez resultante de estupro , em que o direito à vida é relativizado em função da tutela de outros valores jurídicos.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive o Código Civil, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

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

Nos termos do Código Civil em vigor, mesmo não sendo considerado pessoa, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional, ou mediante uma expectativa de direito, segundo a natalista.

Sabe-se que assegurar tais direitos desde o surgimento da vida intra-uterina presumi-se concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos.

Dessa maneira, posicionou-se o ordenamento jurídico, ao proibir qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro, criminalizando o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que ele se encontre e também resguardando o respeito a sua integridade física e moral.

Ademais, diversos outros direitos podem ser identificados no sistema jurídico. Como as relações de parentesco se estabelecem no momento da concepção, o nascituro pode ser reconhecido antes mesmo do seu nascimento. Assim, também o direito do pai, ou da mãe, pleitear em nome do nascituro, o reconhecimento de sua paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.

Da leitura do artigo 1.621 do Código Civil e do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se inferir o direito de adoção do nascituro. Assim, uma vez deferida a adoção, necessária será a garantia de um desenvolvimento gestacional sadio, assegurado pela concessão de alimentos até o nascimento com vida.

Em casos de falecimento do genitor ou perda do poder familiar pela mulher grávida, deve-se nomear curador ao que está por nascer para a defesa de seus interesses até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado um tutor. Se não houver perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados pelos seus representantes legais, ou seja, seus pais.

Outro sistema protetivo, é nos casos de receber doações prevendo a possibilidade de seus representantes legais administrarem bens doados, e usufruí-lo, sempre em benefício do menor. Além disso, pode ser também contemplado em

testamento, pois, já concebidos conforme exigência da lei. Assim, o nascimento com vida é condição do direito à herança do nascituro. Em caso de natimorto, não há que se falar em direito sucessório por inexistência do implemento da condição.

Com fulcro no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange ao direito à assistência pré-natal, os adeptos à teoria concepcionista, defendem o direito do nascituro a alimentos, controvérsia que em meados do corrente ano, já fora suprimida, visto que foi objeto de legislação, assegurando assim, a necessária proteção do desenvolvimento gestacional.

Entende-se que o nascituro tenha direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria goza agora de fundamento legal, conforme legislação expressa Lei nº 11.804, datada de cinco de novembro de 2008, podendo também ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgada em 2007:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte.

Da mesma forma, qualquer violação a direitos da personalidade do nascituro pode ser objeto de reparação judicial, com base na teoria da responsabilidade civil, o que já encontra guarida em diversos julgados nacionais.

3.1 Do Direito de Ação de Alimentos e sua natureza jurídica

Considerando alimentos tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, ai incluídos os alimentos naturais, a habitação, a saúde, a educação, o vestuário e o lazer, a partir da interpretação do artigo 1695 do diploma legal vigente, analisa-se que o mesmo traz o princípio básico da obrigação de alimentar, pelo qual o montante dos alimentos deve se fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.

Porém, encontra-se divergência doutrinária quanto ao direito a alimentos do nascituro, haja vista que há impossibilidade do mesmo ser considerado pessoa, conseqüentemente sujeito de direitos.

Os legisladores, por sua vez preteritamente não tinham um referencial fixo, adaptando a lei a complexas circunstâncias sociais exigentes, ora inserindo, ou excluindo os direitos do nascituro, contrariando até princípios morais seculares. Enquanto isso infinitas demandas processuais sobre tal questão, abarrotavam os tribunais. Aos julgadores restava-se apenas a visão doutrinária avançada á luz dos preceitos constitucionais, da moral civilizada e no compasso que outras ciências sinalizavam.

Neste ponto, o Código Civil é contraditório, pois ao mesmo tempo em que concebe direitos ao nascituro, dispõe que a personalidade começa do nascimento com vida, como se fosse possível separar personalidade de subjetividade jurídica.

O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorizam. O direito à vida é o principal direito de todo o ser

humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde sua concepção, e mantê-lo tanto quanto mais insuficiente for o titular deste direito.

É inquestionável, que o mais importante direito do nascituro é a vida, palpável na medida em que lhes são assegurados às condições mínimas para que nasça com vida e saudável. Os alimentos são por sua vez direitos subsidiários ao direito à vida.

Diante disto tem-se que o ser humano, desde o momento em que é concebido, considera-se como já tendo nascido para tudo quanto diga respeito ao seu interesse, principalmente no tocante à tutela do seu direito primordial que é a vida.

Consagra-se aqui o preceito do direito romano: "*nasciturus pro iam natu habetur quoties de eius commodis agitur*" (a criança concebida se tem como nascida já, toda vez que se trata do seu interesse e proveito).

É interessante observar que o nascituro desde sua concepção necessita de provimentos para que se tenha garantido seu nascimento com vida. Sua genitora precisará de cuidados médicos pré-natal, assim como uma alimentação saudável, habitação confortável não para seu próprio interesse, mais sim no daquele que está por vir, como também assistência médica que garanta o mínimo de segurança para que na hora do parto, o nascituro tenha condições de ter seu direito à vida assegurado.

Reforça a necessidade que justificam os alimentos, Pontes de Miranda (2000, p.438-439), aduzindo que:

Os alimentos se fazem necessários durante a gestação, [...] pode ser preciso à vida do feto e à vida do ente humano, após o nascimento, outra alimentação ou medicação. [...] Tais cuidados não interessam à mãe; interessam, portanto ao concebido.

Dessa necessidade surge uma pretensão, e a cada pretensão corresponde à uma ação, como aconteceria se o titular desta fosse pessoa já nascida. Já em relação

ao *quantum* de alimentos, este é limitado, o maior desses direitos, sem dúvida é o de ser alimentado e tratado para poder viver; assim pode a mãe pedir alimentos para o nascituro hipótese em que, na fixação, o juiz levará em consideração as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, e incluindo despesas médicas e medicamentos.

Observa-se ainda, que pelo nascituro, podem ser pedidos inclusive os alimentos provisionais. Essa obrigação do ascendente decorre da necessidade de ser alimentado o nascituro.

O posicionamento de Rizzardo (apud VENOSA 2003, p.389), põe fim as controvérsias acerca da possibilidade do nascituro pleitear alimentos judicialmente, quando assevera que “desde que presentes os requisitos próprios, como *fumus boni iuris* e a identificação do suposto pai, mesmo os alimentos provisionais é possível conceder, com o que se garantirá uma adequada assistência pré-natal ao concebido”

Verifica-se que uma vez concebido, a responsabilidade dos alimentos está presente. Ao nascituro são devidos alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade objetivando o nascimento com vida.

Deve-se incluir nos alimentos, a adequada assistência médico-cirúrgica e as despesas do parto, pois o nascituro é ser humano por excelência e o Direito não pode lhe negar todas as prerrogativas.

A Constituição Federal de 1988 assegura no caput do artigo 5º o princípio da igualdade. Este princípio tem sua gênese na Grécia Antiga, quando passou a ter uma idéia de “universalização dos direitos do homem” rompendo as barreiras das *pólis* (cidades-estado), conforme leciona Canotilho (2002, p. 381).

Vê-se que maioria dos direitos fundamentais são direitos de personalidade que abarcam os direitos de estado (direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade) (CANOTILHO, 2002, p. 396), dentre outros.

Nesse contexto, a não observância dos direitos de personalidade do nascituro fere o princípio da igualdade, previsto constitucionalmente e, por via reflexa, todo âmbito jurídico. Essa proteção se faz manifesta porque os direitos do nascituro são tidos como direitos fundamentais.

Alguns direitos fundamentais podem possuir em sua estrutura limitações, geralmente relativas a maioria dos cidadãos, para sua titularidade, como, *v.g.*, o direito de sufrágio ou de contrair casamento, como dispõe Chaves (2005). Entretanto, isto não obsta o exercício do direito do nascituro que também deve ser considerado como direito fundamental de personalidade.

Portanto, os direitos do nascituro são fundamentais, limitados por uma condição ou termo que é afastado quando do nascimento com vida. Entretanto, o nascituro não pode gozar destes direitos, mas pode ser protegidos pelos mesmos. Desse modo, antes mesmo do nascimento com vida, a lei possibilita que o nascituro figure no pólo ativo duma ação de alimentos.

3.2 A titularidade do Nascituro na Ação de Alimentos

A partir do momento em que o Estado passou a proibir a autotutela a jurisdição tornou-se monopólio Estatal. Assim, para a pretensão do autor ser satisfeita se faz

necessário o ajuizamento duma ação em face do Estado e contra o réu, formando uma relação triangular, tendo como objeto a ação judicial.

Contudo, o Estado através das liberdades públicas, atribuem, prerrogativas ao indivíduo para que este possa adentrar numa relação jurídica, ajuizar seu pleito, e dentro do âmbito jurisdicional, tê-la apreciado, obtendo, para tanto uma resposta positiva ou negativa.

É nesta esteira de pensamento que coaduna a lição de Bastos (1995, p.139), para quem:

Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários á sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo, contra qualquer intromissão do aparato social

Em relação aos direitos inerentes á figura do nascituro, a aquisição de direitos e obrigações na ordem civil está sujeita a um evento futuro e incerto, ou melhor, há uma condição suspensiva, qual seja o nascimento com vida. É titular, pois, de direitos eventuais.

Destarte, deve ser aplicado ao nascituro, o artigo 130 do Código Civil que prevê que o titular de direito individual pode praticar atos para conservar a condição suspensiva ou resolutive de seu direito, *in verbis*: "Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutive, é permitido praticar os atos destinados a conservá-los".

Vê-se que o direito material assegura ao nascituro figurar no pólo ativo, podendo, no caso em epígrafe, ser parte legítima da ação de alimentos combinada com reconhecimento de paternidade, desde que seja devidamente representado, nos termos

da lei. Assim, "o nascituro figurará como parte, sendo representado por seus pais". (GONÇALVES, 2003, p. 114).

Fica manifesto, portanto, o entendimento de que o nascituro terá titularidade no pólo ativo da ação civil de alimentos, ou esta combinada com ação de investigação de paternidade. A diferença é que a combinação das duas demandas enseja a tramitação no procedimento comum ordinário.

Em relação a ação específica de alimentos em que há prova pré-constituída, ou seja, sabe-se que o nascituro é realmente filho do alimentante, figurará pelo rito concentrado, mais célere.

O legislador não deixou de olvidar que o nascituro possui direitos da personalidade, sendo irrenunciáveis tais direitos, por serem corolários dos direitos humanos fundamentais, inerentes a toda e qualquer pessoa, mesmo na condição de nascituro. Assim, o nascituro pode ser titular da ação de alimentos, desde que, devidamente representado.

No intuito de proteger o interesse das pessoas, o legislador entendeu não estarem aptas aos atos da vida civil, os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Neste sentido temos que os absolutamente incapazes, referem-se aos que não tem aptidão para o exercício de direitos; já os relativamente incapazes não possuem o gozo de seus direitos.

Assaz olvidar conforme preceito legal, que toda pessoa maior e capaz pode ter capacidade para a causa (*ad causam*). Os incapazes, no entanto terão que integrar suas capacidades pelos mecanismos da representação e da assistência, vê-se que os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores.

Os direitos do nascituro são garantidos judicialmente e previstos na Constituição Federal de 1988, podendo este pleitear ação, porém estando devidamente representado pela mãe.

Sabe-se que o feto integra o pólo ativo da ação judicial, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e na novel Lei nº 11.804/08 que trata sobre o assunto trazendo definições claras sobre a proteção legal e integral ao nascituro, que estaria sendo o principal beneficiado com os alimentos prestados porém, este não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da ação.

Segundo a jurisprudência predominante, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos, como pode ser observado no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) abaixo transcrito:

Investigação de paternidade – Ação proposta em nome de nascituro pela mãe gestante – Legitimidade ‘ad causam’ – Extinção do processo afastada. Representando o nascituro pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa de direito.

Conforme dispõe o art. 1778 do CCB: “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, rerepresentá-los, ainda que nascituros, e administrar seus bens”. Destarte, admitida, em tese, a possibilidade da presença do nascituro no pólo ativo da demanda judicial, devendo-se a rigor ser o nascituro devidamente representado pelos pais.

3.5 Dos Alimentos Gravídicos: Análise Jurídica da Lei nº 11804/08.

A Lei nº 11.804/08 sancionada pelo Presidente da República, no dia 05 de novembro de 2008, veio a suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro até então, qual seja, a inexistência de regulamentação dos alimentos devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez.

Os alimentos recebidos pela gestante denomina-se de direito a alimentos gravídicos. Os valores correspondentes a estes alimentos, referem-se às despesas com alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações, parto, medicamentos e outras consideradas indispensáveis pelo médico da gestante, como também outras analisadas pelo juiz da demanda judicial.

Sabe-se que a Lei de Alimentos – Lei 5.478/68 – era considerada, um óbice à concessão de alimentos ao nascituro, haja vista a exigência, nela contida, da comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar. A atual legislação, entrando em contato com a realidade social, dispensa tais requisitos, sendo, portanto suficiente, para a concessão dos alimentos ao nascituro, nos termos do seu artigo 6º, apenas os indícios da paternidade.

Nota-se que os critérios para a fixação do valor a ser pago são os mesmos previstos para a concessão dos alimentos convencionais: a) necessidade da autora da ação leia-se, da gestante; b) possibilidade do réu (suposto pai).

Observa-se que, em razão da própria natureza dessa espécie de alimentos – gravídicos – a sua duração se restringe à gravidez. Com o nascimento, com vida, do nascituro, eles se convertem em pensão alimentícia.

Da leitura do texto sancionado verifica-se que vários dos dispositivos do texto original foram vetados. O primeiro deles, o artigo 3º que previa a aplicação, para a fixação do foro competente para a ação respectiva, do art. 94 do Código de Processo Civil. De acordo com a mensagem de veto apresentada, o dispositivo, ao prever a competência do domicílio do réu, mostrava-se em desacordo com a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que prevê como foro competente para processar e julgar ações de alimento o do domicílio do alimentado.

Na seqüência, tem-se vetado o artigo 4º, segundo o qual a petição inicial deveria ser instruída com laudo médico que atestasse a gravidez e a sua viabilidade. O fundamento apresentado ao veto foi o fato de que, mesmo que inviável, enquanto durar a gravidez, a gestante necessita de cuidados, o que enseja dispêndio financeiro.

Também foi alvo do veto presidencial o artigo 5º da lei ora em comento, que disciplinava:

recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas, e requisitar documentos.

Em parecer o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União, manifestaram-se pelo veto do dispositivo, com base no fato de que na legislação brasileira a designação de audiência de justificação não é obrigatória em nenhum procedimento. De acordo com o entendimento firmado, ao impô-la como fase necessária à concessão dos alimentos gravídicos, a Lei 11.804/05 causaria um retardamento desnecessário ao processo.

Por conseguinte, o artigo que previa, na hipótese de oposição à paternidade, o condicionamento da procedência do pedido de alimentos à realização de exame

pericial, também não entrou em vigor. Em consonância com a mensagem de veto, a realização de exame pericial não pode ser imposta como condição para a procedência da demanda, mas, apenas, como elemento de prova.

O primordial, e, que mais causava controvérsia, era o dispositivo que determinava a incidência dos alimentos desde a citação. A principal crítica apresentada pela doutrina, e, ratificada pelo veto, relacionava-se com o fato de que, ao determinar que os alimentos gravídicos seriam devidos apenas depois da citação do réu, geraria manobras no sentido de evitar a concretização do ato. Adotou-se a posição consagrada pela jurisprudência e, prevista expressamente na Lei de Alimentos: o juiz deve fixar os alimentos na data em que despachar a petição inicial.

Deve-se observar ainda o que dispunha a lei quanto à responsabilização da autora, ou seja, gestante, por danos morais, quando do resultado negativo da paternidade. Tal previsão fora vetada, por trata-se de norma intimidadora, pelo fato de criar hipótese de responsabilidade objetiva em detrimento ao exercício regular de um direito.

Com base no conteúdo exposto, o regramento previsto pela Lei 11.804/08, determina que o foro competente, será o domicílio do alimentado, no caso, o da autora da ação, a genitora; os pressupostos serão os indícios da paternidade; e os critérios, como já ditos anteriormente, serão a necessidade da gestante e a possibilidade do suposto pai; e por fim os alimentos gravídicos terá duração definida pelo período da gravidez, e assim ocorrendo o nascimento com vida haverá a conversão em pensão alimentícia;

Ainda assim, disciplina que o réu terá o prazo de cinco dias para apresentar sua resposta, no entanto a incidência dos alimentos serão devidos desde o despacho da petição inicial, e, não apenas da citação do réu.

Sem dúvidas, a Lei 11.804/08, trata-se do reconhecimento expresso do alcance dos direitos da personalidade ao nascituro, causando uma inovação no ordenamento jurídico, que priorizou a garantia ao direito à vida previsto na Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, no qual consagra a imposição por parte da família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação, encargo este, a ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher, que antes era apenas reconhecido depois do nascimento do filho e a partir do momento em que ele vinha a juízo pleitear alimentos, além de aplicar o princípio da paternidade responsável, consagrado constitucionalmente no art. 226, § 7º, da Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de amplamente exposto e discutido no desenvolver desta investigação científica todo o cerne de discussão quanto à legitimidade do nascituro de pleitear alimentos, evidenciou-se de uma forma clara e concreta, que a expressão pessoa, atribuí, de forma objetiva personalidade jurídica, a todo aquele que nasça com vida, concedendo desta feita ao sujeito, direitos e deveres, no âmbito jurisdicional moderno.

Diante disto foram alcançados os objetivos propostos neste estudo, haja vista a utilização dos métodos histórico-evolutivo, dedutivo, bibliográfico e o exegético-jurídico, os quais possibilitaram que a pesquisa se desenvolvesse numa seqüência lógica, como a que se segue: no primeiro capítulo, constatou-se que o legislador civilista, adotando a teoria mista, temperada, da personalidade condicionada, assegurou direitos ao nascituro desde sua concepção, como mecanismo de proteção. Assim, ficou explicitamente claro, na teoria da personalidade condicionada, que a aquisição da personalidade jurídica, ficará restrita a um evento futuro e incerto, ou seja, fica adstrito ao seu nascimento com vida.

Embora não tenha o recém-concebido uma personalidade jurídica formada e plena, pois esta é determinada apenas com o nascimento com vida, entretanto tem personalidade jurídica especial ou antecipada, condicionada, futura ou provisional que garante a proteção daquele que há de vir. Isto se deve ao fato de que, desde a concepção já se evidencia a existência de uma autêntica pessoa, isto ocorre porque a fecundação determina a personalidade.

No segundo capítulo, retratou-se que os alimentos são considerados tudo o que for necessário para a manutenção, preservação, cuidados médicos, a satisfação das necessidades vitais do indivíduo; compreendendo ainda, o mínimo, necessário para o sustento, habitação e o vestuário.

Observou-se ainda que é unânime a posição acerca da irrenunciabilidade, impenhorabilidade e intransacionalidade dos alimentos. Apesar da legislação não ter uma previsão legal acerca disto, a doutrina afirma que os alimentos são guiados por estas premissas. Vale ressaltar, porém que o titular de uma ação de alimentos não pode renunciá-los, mas pode deixar de reivindicá-los.

Nesta conjuntura, o terceiro capítulo dirimiu-se as discussões jurídicas que envolvem a possibilidade do nascituro poder buscar a tutela jurisdicional, para ter efetivado os direitos a que a lei lhe assegura. Na verdade, é o nascituro titular do direito mais absoluto e importante que existe que é o direito à vida. Assim, fundamentou-se a sua pretensão alimentar na necessidade de proteger a sua integridade física e saúde, requisitos estes indispensáveis à tutela da vida.

Ademais, o direito à vida é conferido ao nascituro pela Carta Magna, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem à necessidade de salvaguardar o nascimento do nascituro da forma cabível, qual seja: disponibilizando condições saudáveis para o desenvolvimento da gestação, garantindo à gestante atendimento médico pré-natal.

Esboçam assim não só a preocupação do legislador pátrio em assegurar o direito à vida ao nascituro, como também o interesse do ordenamento jurídico de propiciar condições dignas e sadias de desenvolvimento para esse feto, ainda no período da gestação. Assim, ante a necessidade de conceder à gestante um período de concepção

digno e saudável é que se deve reconhecer o direito de propor ação de alimentos para defesa do interesse maior do nascituro, que é o direito à vida. Somente, assim, será conferida tutela jurídica ao nascituro, ao reconhecer-lhe o direito à pretensão alimentar.

No tratante as controvérsias acerca da possibilidade do nascituro em poder intentar ou não uma ação de alimentos, ao se realizar uma abordagem exegética da norma civilista, bem como princípios constitucionais, pode-se declinar que o nascituro poderá atuar no pólo ativo de uma demanda processual.

Contudo, constatou-se, que o nascituro é um ser incapaz, e que para tanto deve ser representado, pelo seu responsável numa possível demanda processual em que figure como autor.

Uma vez alcançados os objetivos traçados inicialmente, atingiu-se o resultado esperado com a investigação realizada, qual seja, a possibilidade do nascituro em pleitear alimentos. Confirmaram-se desta forma a problematização e a hipótese formulados.

Conclui-se assim que ficou amplamente consubstanciado ao longo da presente pesquisa que o nascituro possui o direito de pleitear alimentos, reforçando-se ainda mais tal evento, com o advento da hodierna Lei 11.804/08 que dirimiu todos os conflitos e controvérsias sobre a questão até então, dispondo sobre o recebimento pela genitora dos alimentos gravídicos no âmbito jurisdicional, tendo o mérito da sua demanda apreciada em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Direitos da personalidade do nascituro*. São Paulo: Revista do Advogado. Nº 38, dez. 1992.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil, vol. 1: Lei de introdução e Parte Geral*. São Paulo: Método, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. – Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937.

_____. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: RED, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. *Código civil, Lei nº 10.406, 10 janeiro 2002*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código de Processo Civil, Lei nº 5869, 11 de janeiro 1973*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Constituição Federativa do Brasil 1988: texto sancionado, com alterações adotadas pela emenda constitucional até nº 45*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002.

_____. *ECA. (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8069, 13 de julho 1990*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2008. Apelação Cível nº. 193648. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 25 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2008. Agravo de Instrumento nº. 70017520479, sétima Câmara Cível, julgado em 28/03/2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 25 out. 2008. *Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 5 ed. Ed.Coimbra, 2001.

CASTRO, Ana Paula Soares da Silva de. *Alimentos e a transmissibilidade da obrigação aos ascendentes, descendentes e colaterais no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1664, 21 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10856>>. Acesso em: 7 nov. 2008.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. *A Tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Ltr, 2000.

CHAVES, Maria Claudia. Os embriões como destinatários de direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 537, 26 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6098>>. Acesso em: 17 out. 2008.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito civil*. v. 1. São Paulo. 2003.

DIAS, Maria Berenice (org.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4 ed., Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando Sobre Alimentos*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O estado atual do biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil*

FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Investigação de Paternidade – Teoria,*

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 7 ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
Formulários, Jurisprudência e Legislação. 5 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 4 ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil – esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1987.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil – parte geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, Gisele. Alimentos - Considerações gerais e jurídicas sobre alimentos. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/22/2822/>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo I: parte geral – introdução: pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Direito do Nascituro à Vida*. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VII n. 34, IOB Thomson, fev./ mar. 2006.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Parma Ltda. 1963.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 20 ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto (org.); USTÁRROZ, Daniel (org.). *Tendências Constitucionais no Direito de Família*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e Prática dos Alimentos*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: IOB Thompson, Ano VII, n. 34, fev./mar. 2006.

_____. *Parte Geral do Código Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SEMIAO, Sergio Abdalla. *Os direitos do nascituro: Aspectos civis, criminais e do biodireito*. 2 ed. Ver. Atual. Ampli. Belo horizonte: Del Rey, 2000.

SPAGNOLO, Juliano. *Tendências Constitucionais no Direito de Família*. 1 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (Org.); RODRIGUES, Rafael Garcia. *A arte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WEYNE, Bruno Cunha. *Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1775, 11 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11254>>. Acesso em: 01 nov. 2008.

ANEXO

LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008. – “Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências”.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

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.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nº.s. 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Dilma Rousseff

Este texto não substitui o publicado no DOU de 6.11.2008