

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CAMPUS DE SOUSA

JOSÉ VIEIRA DA SILVA

DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR ALIMENTOS

SOUSA-PB
JUNHO-2007

JOSÉ VIEIRA DA SILVA

DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR ALIMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Comissão
Examinadora do Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais – CCJS – da Universidade
Federal de Campina Grande –
UFCG, como requisito para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Maria dos
Remédios de Lima Barbosa

SOUSA-PB
JUNHO-2007

JOSÉ VIEIRA DA SILVA

DIREITO DO NASCITURO DE PLEITEAR ALIMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Comissão Examinadora do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Trabalho apresentado em 21 de junho de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Maria dos Remédios de Lima Barbosa - Prof^a. Orientadora- UFCG

Maria Marques Moreira Vieira- Prof^a. Especialista- UFCG

PetruCIA Marques Sarmento Moreira- Prof^a.- UFCG

SOUSA-PB
JUNHO-2007

Dedico:

Aos meus pais: AFONSO VIEIRA DA SILVA e MARIA RUBENIR DA SILVA que foram e sempre serão, a maior expressão e exemplo de seres humanos que já conheci. Meu pai, homem digno e de bom caráter, inculpiou em mim a imagem da honestidade, da determinação e da responsabilidade. Minha adorada mãe, mulher íntegra, ímpoluda e dedicada, sempre me auxiliou e me aconselhou nos momentos mais difíceis da minha vida.

As duas pessoas que lutaram ao meu lado, durante toda minha trajetória, e que me incentivaram para que eu conquistasse meus objetivos e sonhos... as duas pessoas que mais AMO...

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, o condutor de meus caminhos e protetor de minha vida.

Agradeço aos meus familiares, em especial aos meus pais; aos meus amigos e colegas de curso, dentre eles cito em especial as pessoas de EDILSON CHAVES, REINALDO BEZERRA e CARLOS EDUARDO RIBEIRO, amigos que na minha evolução acadêmica, me ajudaram de forma singular e decisiva para que eu pudesse concluir o curso de Direito e ajudam-me imensamente na minha vida pessoal.

Agradeço aos funcionários desta instituição, que sempre foram gentis e prestativos, pois quando a eles busquei auxílio, sempre fui atendido, dentre eles indico as pessoas de ROCILDA, NUBIA, SILVIO, JACKSON, TICO, LIRIFRAN, BEATRIZ, REJANE, LUCI e BARBARA.

Agradeço a minha professora orientadora, Maria dos Remédios de Lima Barbosa, por ter realizado uma paciente e brilhante orientação.

Agradeço a formação, acadêmica, adquirida ao longo do curso, prestada por nossos brilhantes mestres, pois ela foi fundamental para conclusão do mesmo.

Agradeço finalmente ao meu empenho e determinação porque sem os mesmos este trabalho jamais seria realizado.

“A pessoa humana, por mais dependente que seja dos menores acidentes da matéria, existe em virtude da própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte. É o espírito que é a raiz da personalidade”.

(Jacques Maritain)

RESUMO

É relevante para o nosso ordenamento jurídico, realizar-se uma hermenêutica acerca da atribuição de personalidade ao nascituro, pois isto, dirimirá as inúmeras controvérsias que, hodiernamente, existem em face da aquisição de garantias e de direitos fundamentais por parte do mesmo. A questão do nascituro poder ser titular de certos e determinados direitos, têm gerado, no meio jurídico, diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O contexto legislativo vigente em nosso país assevera que os direitos concernentes à personalidade, só são adquiridos quando do nascimento com vida, o que enseja uma situação singular e no mínimo antagônica, tendo em vista que o mesmo ordenamento põe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, a legislação, em seu arcabouço, assegura direitos a um ente, já concebido, mas que ainda encontra-se no interior do útero materno, ou ainda se for o caso, mantido congelado *in vitro*. Vislumbrar-se-á, pois, a necessidade de se definir o que seja a personalidade, caracterizando-a de forma a aplicá-la ao nascituro, assegurando-o na sua plenitude todos os direitos e garantias inerentes ao mesmo. Evidenciar-se-á o conceito de alimentos, elencar-se-á e se diferenciará suas espécies, requisitos e pressupostos. Nesta esteira se auferirá o entendimento jurídico e doutrinário acerca do significado atribuído ação de alimentos, destacando seus diversos ritos e procedimentos, em seguida demonstrar-se-á que o nascituro poderá figurar no pólo ativo de uma ação de alimentos através de seu representante legal. O método predominante utilizado na pesquisa será o dedutivo, por que se partirá da 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, o método exegético jurídico e o método comparativo. Verificar-se-á, pois ao final, que o nascituro poderá pleitear alimentos via ação judicial, impetrado pelo mesmo, devendo contudo ser representado por sua genitora, por seu tutor ou curador, legalmente constituídos, destacar-se-á, ainda, que uma vez demandada, a já referida ação deve ter o mérito analisado e ao fim julgado, e de acordo com o caso o magistrado pugnará pelo deferimento ou pela improcedência do pleito.

Palavras-chave: Personalidade. Nascituro. Alimentos. Ação.

ABSTRACT

It is excellent for our legal system, to become fulfilled a hermeneutics concerning the attribution of personality to the unborn child, therefore this, will be settle the innumerable controversies that, everyday, exist in cheek of the acquisition of guarantees and basic rights on the part of exactly. The question of the unborn child to be able to be title of certain e definitive right, has generated, in the lawful way, diverse doctrinal and jurisprudence quarrels. The effective legislative context in our country asseverate that the concernments rights to the personality, is only acquired when of the birth with life, what it tries a sole and at the very least antagonistic situation, in view of that the same order puts except for the rights of the unborn child, or either, the legislation, in its breast, assures rights to a being, already conceived, but that still it meets in the inside of the morthely uterus, or still it will be the case, kept congealed in vitro. It will be glimpsed, therefore, the necessity of if defining what it is the personality, characterizing it of form to apply it the unborn child assuring it in its fullness all the inherent rights and guarantees to exactly. The food concept will be proven, will be remark and if to differentiate its estimated species, requirements and. In this mat the lawful and doctrinal agreement concerning the meaning will be gained attributed to action for payment of support, detaching its diverse rites and procedures, after that it will demonstrate that the unborn child will be able to appear in the active polar region of an action for payment of support through its legal representative. The used predominant method in the research will be the deductive one, why it will be broken of the analysis of general concepts, attainments to the rights of the unborn child, consequently to present a position it specifies of the subject in study, also will be used in the research the method description-evolution, the lawful exegetic method and the comparative method. It will be verified, therefore to the end, that the unborn child will be able to plead foods saw legal action, petitioned for exactly, having however to be represented by its geniture, for its guardian or custodian, legally constituted, will be distinguished, still, that a demanded time, already related action must have the merit analyzed and to the judged end, and in accordance with the case the magistrate will fight for the granting or the impertinence of the lawsuit.

Key - Word: Personality. Unborn child. Foods. Action.

INTRODUÇÃO

Em face dos textos legislativos hodiernos - principalmente os do âmbito civil e constitucional, de nosso ordenamento jurídico - vislumbram-se posicionamentos diametralmente opostos, no que tange ao nascituro.

De um lado encontra-se uma corrente que considera o nascituro, uma pessoa, reconhecendo-lhe capacidade para ser titular de certos direitos. De outro lado evidencia-se a existência de uma outra corrente doutrinária antagônica, que assevera a impossibilidade de se atribuir ao nascituro personalidade jurídica, questionando desta feita, a prerrogativa do mesmo ser considerado ente capaz de exercer na órbita jurisdicional, qualquer direito que lhe seja outorgado.

O presente trabalho tem como objetivos primordiais, apresentar as definições e características delineadas a respeito da figura do nascituro; discutir e expor os entendimentos doutrinários acerca da personalidade do nascituro e da possibilidade do mesmo poder pleitear, judicialmente, alimentos; bem como, analisar sua legalidade no direito atual.

Comprovada está a relevância do tema visto que cada vez mais surgem discussões acerca do assunto em tela, incentivando a compreensão de se dever assegurar e de se garantir os direitos inerentes ao nascituro, demonstrando que sua inaplicabilidade coaduna uma afronta e desrespeito à moral, ao direito,... à justiça.

Para desenvolver o trabalho utilizar-se-á o método dedutivo tendo em vista se partir de conceitos gerais, para apresentar um posicionamento, *sui generis*, singular acerca do nascituro e do seu direito de receber alimentos. Estará presente também na pesquisa o método histórico-evolutivo, na medida em que se traçará o acompanhamento do nascituro no transcurso da história jurídica de nosso

CAPÍTULO 1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A palavra *persona*, inicialmente utilizada para designar a máscara utilizada pelos autores teatrais romanos ganhou, posteriormente, a conotação de pessoa a todo aquele que nasça com vida. No nosso ordenamento jurídico, hodierno, a *facultas agendi* (faculdade de agir), surge do nascimento com vida, sendo o sujeito considerado *persona* de direito.

Neste sentido, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo “pessoa”. Para Monteiro (2003, p.60), o vocábulo pessoa, é:

[...] oriunda do latim *persona*, que, adaptado à linguagem, designava máscara. Isto é assim porque *persona* advinha do verbo *personsare* que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* passou a exprimir a própria atuação do papel representando pelo ator e, por fim, completando esse ciclo evolutivo, a palavra passou a indicar o próprio homem que representava o papel. Na esfera jurídica pessoa significa todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. É nesse sentido que pessoa é sinônimo de sujeito de direitos ou sujeito da relação jurídica.

1.1 Da Pessoa Natural e da Pessoa Jurídica: Principais Diferenças.

Antes de se adentrar na temática acerca da personalidade mister se faz realizar uma abordagem, explicativa, sobre o significado do termo “pessoa”, encontrado em nosso ordenamento jurídico, realizando a distinção entre pessoa natural e pessoa jurídica.

1.1.1 Da Pessoa Natural

Pessoa Natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações. Para a doutrina tradicional “pessoa”, é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de

CAPÍTULO 2 DO NASCITURO

Etimologicamente a palavra, nascituro significa “o que está por nascer”.

Tal acepção é perfeitamente definida por Silva, D. (2005, p.942), que dispõe sobre a definição técnica e jurídica da palavra:

Nascituro derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de nasci, quer precisamente indicar *aquela que há de nascer*. Designa assim o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em sua vida intra-uterina*. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida.

Pontes de Miranda (1954, p.166), ao analisar a questão assevera em seu entendimento que:

[...] O nascituro seria o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, [...] dependendo a existência (sic) de que nasça com vida, [...] sendo, pois sujeito de direitos futuros e certos, que se encontram suspensos [...]

Tal definição coaduna a tese de que, antes do nascimento já existe o ser humano, e tanto assim que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

2.1 Situação Jurídica do Nascituro em nosso Ordenamento

O Código de 1916 se reportava ao Direito Romano, que tratava o nascituro como se já tivesse nascido, numa ficção que o proclamava: *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).

O Novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º põe fim às controvérsias e assegura os direitos do nascituro desde sua concepção. Senão vejamos: “Artigo 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

CAPÍTULO 3 DOS ALIMENTOS

O direito a alimentos está ligado ao direito à vida, tendo como base o direito natural. Além disso, o direito positivo trata desse direito-dever de alimentar e ser alimentado (artigo 5.º e seu inciso LXVII da Constituição Federal/88; artigos 1694 a 1708 do Código Civil de 2002; artigos 100, inciso I, 852 e 733, do Código de Processo Civil, e Lei n. 5.478/68).

3.1 Conceito de Alimentos

Os alimentos não se referem tão-somente ao sustento da pessoa, mas também a outras necessidades. Por esse motivo, podem ser definidos como “prestações periódicas devidas por força de lei, de uma pessoa a outra, a fim de atender às suas necessidades básicas para uma vida digna”.

Neste diapasão coadunam-se as palavras de Fiúza, C. (2002, p. 586), que em análise ao tema aduz que:

Considera-se alimento tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer. A chamada pensão alimentícia, soma em dinheiro para prover os alimentos, deve, em tese, ser suficiente para cobrir todos esses itens ou parte deles, dependendo se a obrigação do alimentante for integral ou parcial.

Orlando Gomes (2000, p. 427), acerca da questão dos alimentos, define-os, com a ênfase que lhe é peculiar, da seguinte forma:

Alimentos [...] significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário, e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. Na primeira dimensão, os alimentos limitam-se ao *necessarium vitae*; na segunda, compreendem o *necessarium personae*.

CAPÍTULO 4 DA AÇÃO DE ALIMENTOS

O termo alimentos (*alimentum*) deve ser entendido num sentido lato, abrangendo não só as propriedades alimentares como as necessidades básicas para uma vida digna, na medida do seio familiar do infante, na sociedade.

Theodoro Junior (2003, p. 465), faz a seguinte análise acerca do conceito de alimentos:

A palavra alimentos deriva do latim *alimentum*, significando as substâncias nutritivas de propriedades para o corpo animal ou vegetal. Num sentido jurídico, alimentos correspondem “não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (*cibaria*), como também a habitação (*habitatio*), o vestuário (*vestiarium*)”.

A finalidade dos alimentos é, pois assegurar o direito à vida. O primeiro círculo de solidariedade é o da família, e somente na sua falta é que o necessitado deve recorrer ao Estado.

Alimentos, dessa forma, devem assegurar uma vida digna ao nascituro, conferindo, além dos alimentos propriamente ditos, sua educação, vestuário, habitação (contas de água, luz, etc.).

As principais características dos alimentos como já foram suscitadas, *in supra*, são: a irrenunciabilidade, impenhorabilidade, indisponibilidade, além de ser direito personalíssimo, imprescritível e intransmissível.

Realizando uma hermenêutica do artigo 1695 do Código Civil, Carvalho Filho (2005, p. 102-103), leciona que:

[...] alimentos são prestações destinadas a satisfazer às necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si. Compreendem, no mínimo, o necessário para o sustento, a habitação e o vestuário. [...] Até que se reconheça em ação própria, em caráter definitivo, o direito do necessitado ao recebimento de alimentos, deverá ele obter o necessário para a sua sobrevivência, sob pena de tornar a medida inócua. Sua finalidade é atender ao necessitado na pendência do processo principal. Por isso, os alimentos provisionais são denominados *ad litem* ou *in litem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	13
1.1 Da Pessoa Natural e da Pessoa Jurídica: Principais Diferenças.....	13
1.1.1 Da Pessoa Natural.....	13
1.1.2 Da Pessoa Jurídica.....	14
1.2 Da Capacidade Jurídica.....	16
1.3 Da Personalidade Jurídica: Conceito e Características.....	18
1.4 Dos Direitos da Personalidade.....	20
1.5 Da Extinção dos Direitos da Personalidade.....	22
1.6 Relação entre a Personalidade Jurídica e o Nascituro.....	23
1.7 Teorias Acerca do Início da Personalidade.....	23
1.7.1 Teoria Negativista ou Natalista.....	24
1.7.2 Teoria Afirmativista, Concepcionista ou Conceptualista.....	24
1.7.3 Teoria da Personalidade Condicional.....	25
CAPÍTULO 2 DO NASCITURO.....	27
2.1 Situação Jurídica do Nascituro em nosso Ordenamento.....	27
2.2 Aquisição da Personalidade pelo Nascituro.....	31
2.3 Natureza Jurídica dos Direitos do Nascituro.....	34
CAPÍTULO 3 DOS ALIMENTOS.....	36
3.1 Conceito de Alimentos.....	36
3.2 Classificação.....	37
3.2.1 Espécies.....	37
3.2.2 Características.....	39
3.2.3 Legitimidade.....	42
3.2.4 Pressupostos.....	42
3.3 Dos Alimentos ao Nascituro.....	43
CAPÍTULO 4 DA AÇÃO DE ALIMENTOS.....	48
4.1 Espécies de Ações de Alimentos.....	50
4.1.1. Cautelar de Alimentos Provisionais.....	50

4.1.2. Ação Especial de Alimentos.....	50
4.1.3 Ação Ordinária de Alimentos.....	51
4.1.4 Procedimentos nas Ações de Alimentos.....	52
4.2 Execução de Alimentos.....	54
4.2.1 Execução Comum.....	54
4.2.2 Execução Especial.....	55
4.3 O Nascituro como Titular da Ação de Alimentos.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXO.....	67

INTRODUÇÃO

Em face dos textos legislativos hodiernos - principalmente os do âmbito civil e constitucional, de nosso ordenamento jurídico - vislumbram-se posicionamentos diametralmente opostos, no que tange ao nascituro.

De um lado encontra-se uma corrente que considera o nascituro, uma pessoa, reconhecendo-lhe capacidade para ser titular de certos direitos. De outro lado evidencia-se a existência de uma outra corrente doutrinária antagônica, que assevera a impossibilidade de se atribuir ao nascituro personalidade jurídica, questionando desta feita, a prerrogativa do mesmo ser considerado ente capaz de exercer na órbita jurisdicional, qualquer direito que lhe seja outorgado.

O presente trabalho tem como objetivos primordiais, apresentar as definições e características delineadas a respeito da figura do nascituro; discutir e expor os entendimentos doutrinários acerca da personalidade do nascituro e da possibilidade do mesmo poder pleitear, judicialmente, alimentos; bem como, analisar sua legalidade no direito atual.

Comprovada está a relevância do tema visto que cada vez mais surgem discussões acerca do assunto em tela, incentivando a compreensão de se dever assegurar e de se garantir os direitos inerentes ao nascituro, demonstrando que sua inaplicabilidade coaduna uma afronta e desrespeito à moral, ao direito,... à justiça.

Para desenvolver o trabalho utilizar-se-á o método dedutivo tendo em vista se partir de conceitos gerais, para apresentar um posicionamento, *sui generis*, singular acerca do nascituro e do seu direito de receber alimentos. Estará presente também na pesquisa o método histórico-evolutivo, na medida em que se traçará o acompanhamento do nascituro no transcurso da história jurídica de nosso

ordenamento. Cite-se, ainda, o uso dos métodos exegético - jurídico quando se procederem à análise e interpretação dos textos legais, e do comparativo quando da abordagem do nascituro à luz da posição jus doutrinária.

O trabalho apresentará uma seqüência lógica na evolução do tema proposto, abordando-o de modo completo e consciente.

No primeiro capítulo será abordada a compreensão da personalidade, por ser esta expressão o cerne dos debates envolvendo o nascituro, demonstrando a importância e necessidade de se estabelecer o seu conceito no ordenamento jurídico vigente, como também apresentando os entendimentos no direito (civil e processual civil) e nas diversas correntes filosóficas e doutrinárias. Realizar-se-á, ainda, uma exposição acerca do termo pessoa, delineando, objetivamente, suas principais características.

O segundo capítulo tratará da conceituação e caracterização do nascituro, apresentando para tanto as disposições normativas delimitadas nos textos jurídicos civilistas e processualistas, bem como se analisará de forma concisa o pensamento de alguns juristas contemporâneos.

O terceiro capítulo expressará, objetivamente, a definição de alimentos, desenvolvida por alguns autores; será difundido a classificação mais relevante e pertinente ao presente estudo, na qual enfatizar-se-á as espécies, os requisitos e os pressupostos concernentes aos alimentos; em última análise será exposta a temática ligada à possibilidade de serem disponibilizados alimentos ao nascituro.

O quarto capítulo deste trabalho enfatizará a abordagem dada à ação de alimentos, propriamente dita, em nosso direito processual, delineando os diversos ritos adotados, bem como suas espécies e procedimentos; será

evidenciada ainda, de forma pormenorizada, a questão de o nascituro poder encontrar-se no pólo ativo de uma ação de alimentos.

Verifica-se, portanto, que a premissa maior desta pesquisa é dirimir quaisquer dúvidas acerca dos direitos e garantias do nascituro, mais precisamente, àquelas que se referem à possibilidade do mesmo ajuizar uma ação de alimentos, figurando desta forma no pólo ativo da referida ação, através de seu representante legal.

CAPÍTULO 1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A palavra *persona*, inicialmente utilizada para designar a máscara utilizada pelos autores teatrais romanos ganhou, posteriormente, a conotação de pessoa a todo aquele que nasça com vida. No nosso ordenamento jurídico, hodierno, a *facultas agendi* (faculdade de agir), surge do nascimento com vida, sendo o sujeito considerado *persona* de direito.

Neste sentido, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo “pessoa”. Para Monteiro (2003, p.60), o vocábulo pessoa, é:

[...] oriunda do latim *persona*, que, adaptado à linguagem, designava máscara. Isto é assim porque *persona* advinha do verbo *personsare* que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* passou a exprimir a própria atuação do papel representando pelo ator e, por fim, completando esse ciclo evolutivo, a palavra passou a indicar o próprio homem que representava o papel. Na esfera jurídica pessoa significa todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. É nesse sentido que pessoa é sinônimo de sujeito de direitos ou sujeito da relação jurídica.

1.1 Da Pessoa Natural e da Pessoa Jurídica: Principais Diferenças.

Antes de se adentrar na temática acerca da personalidade mister se faz realizar uma abordagem, explicativa, sobre o significado do termo “pessoa”, encontrado em nosso ordenamento jurídico, realizando a distinção entre pessoa natural e pessoa jurídica.

1.1.1 Da Pessoa Natural

Pessoa Natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações. Para a doutrina tradicional “pessoa”, é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de

direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Neste diapasão, vislumbra-se o posicionamento de Kelsen (1962, p. 330), que delinea seu pensamento crítico acerca do que seja pessoa, definindo-a da seguinte forma:

Pessoa é a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Como estes deveres jurídicos e direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas – melhor: são normas jurídicas – o problema da pessoa é, em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas.

Esse termo foi atribuído como sinônimo de personalidade jurídica à pessoa muito mais tarde.

1.1.2 Da Pessoa Jurídica

O homem é dotado de múltiplas potencialidades, porém, é pequeno demais para a realização de certos empreendimentos. Daí surgiu a necessidade de conjugar esforços, de unir-se a outros homens, para alcançar determinados objetivos, conseguindo, por meio dessa união, polarização de atividades em torno do grupo reunido.

Em face da necessidade de personalizar tais grupos, para que participem da vida jurídica, com certa individualidade e em nome próprio, a lei empresta personalidade e capacidade jurídica, tornando-os sujeitos de direitos e obrigações. A principal característica é a de atuar na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem.

Quanto à natureza da pessoa jurídica, a doutrina apresenta várias teorias, com intuito de justificar e esclarecer a sua existência e a razão de sua

capacidade de direito. Apesar de não haver um consenso entre a grande variedade de doutrinas é possível agrupá-los em quatro categorias, a saber: 1) Teoria da Ficção Legal; 2) Teoria da Equiparação; 3) Teorias Orgânica e 4) Teoria da Realidade Técnica das Instituições Jurídicas.

A Teoria da Ficção Legal, defendida por Savigny entende que só o homem é um ser sujeito de direito, e, por isso conclui-se que a pessoa jurídica é uma ficção legal, ou seja, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais e facilitar a função de certas entidades. A crítica que se lhes faz é a de que o Estado é uma pessoa jurídica. Dizer-se que o Estado é uma ficção é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é.

Quanto à Teoria da Equiparação defendida por Windscheid e Brinz entende que a pessoa jurídica é um patrimônio equiparado no seu tratamento jurídico às pessoas naturais. Também recebe críticas, vez que eleva os bens à categoria de sujeito de direitos e obrigações, confundindo pessoas com coisas.

A Teoria da Realidade objetiva ou orgânica, defendida por Gierke e Zitelmann, afirma que há junto às pessoas naturais, que são organismos físicos, organismos sociais constituídos pelas pessoas jurídicas, que têm existência e vontade própria, distinta de seus membros, tendo por escopo realizar um objetivo social. Entretanto, essa concepção recai na ficção quando afirma que a pessoa jurídica tem vontade própria, porque o fenômeno volitivo é peculiar ao homem e não ao ente coletivo.

E a Teoria da Realidade Técnica das Instituições Jurídicas desenvolvida por Hauriou, onde admite que há um pouco de verdade em cada uma dessas concepções. Como a personalidade humana deriva do direito da mesma forma ele pode concedê-la a agrupamentos de pessoas ou de bens que tenham por

escopo a realização de interesses humanos. A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecem.

Vê-se, assim, que essa teoria é a que melhor atende a essência da pessoa jurídica por estabelecer, com propriedade, *que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica*.

Pode-se, portanto, dizer que pessoa jurídica, segundo Diniz (1999, p 10), “é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações”.

1.2 Da Capacidade Jurídica

A personalidade tem sua medida na capacidade, vez que é a maior ou menor extensão dos direitos e obrigações de uma pessoa.

A aptidão para adquirir direitos e obrigações na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de gozo ou de direito*. Tal capacidade não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-se dos atributos da personalidade.

Já a *capacidade de fato ou de exercício* é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito e o ilícito, o conveniente do prejudicial.

A capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental), que são tratados por lei como incapazes.

Terá capacidade plena, o indivíduo que além da capacidade de gozo ou de direito tem a capacidade de fato ou de exercício. Será limitada a capacidade jurídica da pessoa natural quando tem o gozo de um direito, mas não tem o seu exercício por ser incapaz, logo, seu representante legal é que a exerce em seu nome. A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode subsistir sem a de fato ou de exercício.

Quanto à incapacidade temos que é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser encarada estritamente, considerando-se o Princípio de que “a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção”, Diniz (1999, p. 11).

Todos têm capacidade de direito ou de gozo, o que impõe a afirmação de que no direito brasileiro não existe incapacidade de direito, mas, apenas a incapacidade de fato ou de exercício.

Ressalte-se, que, como toda incapacidade advém da lei, conseqüentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações ao exercício dos direitos provenientes de ato jurídico “*inter vivos*” ou “*causa mortis*”.

Também não se pode confundir a incapacidade, com a proibição legal de efetivar determinados negócios jurídicos com certas pessoas ou em atenção a bens a ela pertencentes, que se denomina legitimação, pois esta consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la, ou seja, é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil.

O instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável, graduando a forma de proteção que para os absolutamente incapazes, na forma do artigo 3º do Código Civil de 2002, assume a feição de representação, uma vez que estão completamente privados de agir

juridicamente, ou seja, é a proibição total do exercício, por si só, do direito, e para os relativamente incapazes, conforme artigo 4º do Código Civil de 2002, o aspecto da assistência, já que é permitido ao incapaz praticar atos da vida civil, desde que assistido.

Percebe-se, portanto, que a representação e a assistência suprem a incapacidade, e os negócios jurídicos realizam-se regularmente.

Vê-se, desta feita, que o Código Civil Lei 10.406/2002, protege os incapazes, pois em vários dispositivos constata-se a intenção do legislador em protegê-los. Entretanto, nesse sistema de proteção não está incluída a *restitutio in integrum* (Benefício da Restituição), que existia no direito romano e tem por escopo anular o negócio válido, mas que se revelou prejudicial ao incapaz.

1.3 Da Personalidade Jurídica: Conceito e Características

A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade de direito, sendo, pois a possibilidade de figurar nos pólos da relação jurídica. É um atributo que toda pessoa possui, já que tem aptidão genérica para adquirir direito e contrair obrigações.

Da mesma forma que o direito atribui personalidade ao ser humano ele empresta personalidade aos entes formados por conjuntos de pessoas ou patrimônio, ou seja, pessoas jurídicas ou morais.

No entendimento doutrinário de Fiúza, C. (2003, p.109), a personalidade jurídica seria:

O atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes (pessoas jurídicas), e em virtude do qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas. A pessoa, por ser dotada de personalidade, é o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas.

Em face da conjuntura delineada sobre a importância da personalidade jurídica Pietro Perlingieri (apud FIUZA, 2003, p. 109), assevera que:

[...] A personalidade é um valor, “o valor fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela” [].
Daí se falar em direitos da personalidade.

Analisando o artigo 1º do Código Civil de 2002, vê-se que ao proclamar que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, entrosou o conceito de capacidade com o de personalidade, isto porque a capacidade é a medida da personalidade. A capacidade que todos possuem é a capacidade de direito (de aquisição ou de gozo de direitos), mas nem todos os homens são detentores de capacidade de fato (de exercício do direito), já que esta capacidade é a aptidão para, pessoalmente, o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações, o que impõe a observância dos fatores referentes à idade e ao estado de saúde da pessoa.

Para satisfação de suas necessidades, o homem posiciona-se em um dos pólos da relação jurídica: compra, vende, empresta, contrai matrimônio, etc. Desse modo, em torno de sua pessoa, o homem cria um conjunto de direitos e obrigações que se denomina patrimônio, que é a projeção econômica da personalidade.

Portanto, há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. “A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos” Perlingieri (1997, p. 15). Difere dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos.

1.4 Dos Direitos da Personalidade

Pela circunstância de os direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem as seguintes características:

- a) inatos ou originários: porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade;
- b) vitalícios, perenes ou perpétuos: perduram por toda a vida;
- c) inalienáveis, ou melhor, relativamente indisponíveis: estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato, e;
- d) absolutos: podem ser opostos *erga omnes*.

Diz-se, assim, que os direitos da personalidade são:

- a) extrapatrimoniais, porque não admitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico, e;
- b) irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade.

Em regra, os direitos da personalidade decompõem-se em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade.

Consigne-se, por oportuno, que os direitos da personalidade antes do Código Civil de 2002 não eram tratados sistematicamente na maioria dos códigos civis, inclusive no Código Civil de 1916, e o Código Civil de 2002, no capítulo II, refere-se aos direitos da personalidade apontando suas características que são: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade.

Neste diapasão, pode-se asseverar que os direitos da personalidade resguardam a dignidade humana, ou seja, são direitos subjetivos da pessoa de

poder defender o que lhe é próprio: a sua integridade física, a sua integridade intelectual e sua integridade moral.

O sentido econômico dos direitos da personalidade é secundário, pois, apenas quando houver ameaça ou lesão aos direitos da personalidade é que a parte prejudicada poderá exigir que cesse a ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções, na forma disposta no artigo 12 do Código Civil de 2002.

Para fazer face a esse direito, o Código de Processo Civil fornece instrumentos eficazes para que a vítima obtenha celeremente provimento jurisdicional que faça cessar a ameaça ou lesão a direito personalíssimo.

Um dos instrumentos é o previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil colocando à disposição da parte e facultado ao Juiz, o qual deve usar de toda a cautela e prudência em sua utilização, não permitindo que o instrumento se converta em instrumento de retaliação ou vingança privada ou panacéia para todos as males da sociedade.

Quanto à repressão às ofensas aos direitos da personalidade, a jurisprudência ocupa um papel de grande importância, vez que não pode agir com timidez, mormente nos tempos modernos, quando as comunicações tornam cada vez mais fácil difundir transgressões a essa classe de direitos.

No Código Civil de 2002, o capítulo que trata dos direitos da personalidade refere-se especificamente ao direito e proteção à integridade do corpo da pessoa, a seu nome e imagem e à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Tal enumeração não é exaustiva, já que qualquer ofensa aos direitos da personalidade, dentro da variedade que a matéria propõe, pode ser coibida, segundo o caso concreto.

No tocante ao direito ao próprio corpo, o princípio geral é o de que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade.

Portanto, há limites morais e éticos que foram recepcionados pelo direito quanto aos atos de disposição do próprio corpo, consoante dispõe o artigo 13 do Código Civil de 2002, que assim prescreve: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Por outro lado, o artigo 14 do Código Civil de 2002 faculta a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com o escopo científico e altruísta. Tal faculdade de doar órgão é direito potestativo da pessoa, podendo a decisão nesse sentido, por essa razão ser revogada a qualquer tempo, em face do Princípio do Consentimento Afirmativo.

Ante a ausência de regulamentação quanto à disposição dos órgãos, entende-se que qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após sua morte é idônea, devendo os parentes ou o cônjuge autorizar somente perante a omissão da pessoa falecida.

1.5 Da Extinção dos Direitos da Personalidade

No que diz respeito à extinção dos direitos da personalidade, em regra, extinguem-se com a morte, mas há resquícios que podem a ela se sobrepor, como a ofensa à honra dos mortos que pode atingir seus familiares, conforme dicção do artigo 12, parágrafo único do Código Civil de 2002, que assim preceitua: “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista nesse artigo o

cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau”.

1.6 Relação entre a Personalidade Jurídica e o Nascituro

Verifica-se, pois que a personalidade jurídica é aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas, ou em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos.

O direito objetivo (norma) tem como escopo regular a sociedade. Neste contexto, Venosa (2006, p.156) preleciona que “quando um indivíduo se torna titular de um direito ganha a *facultas agendi*, [...] o ser humano é guindado à posição de sujeito de direito”.

A faculdade de agir é adquirida, em nosso ordenamento jurídico, no nascimento com vida. Contudo, o nascituro, desafia a regra prevista no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Nascituro é o termo utilizado para a pessoa que está para nascer, tendo seus direitos resguardados pelo Código Civil, art. 2º (Lei 10.406/02).

1.7 Teorias Acerca do Início da Personalidade

A doutrina civilista pátria diverge quanto ao início da personalidade jurídica. Três foram as teorias formuladas para determinar este ponto de partida, assim transcritas: Teoria Negativista ou Natalista, Teoria Afirmativista, Concepcionista ou Conceptualista e a Teoria da Personalidade Condicional, assim transcritas:

1.7.1 Teoria Negativista ou Natalista.

A primeira, e mais antiga, foi a teoria negativista ou natalista, que apregoava o começo da personalidade a partir do nascimento com vida, não reconhecendo nenhum direito ao nascituro.

É entendimento pouco adotado nas legislações modernas, havendo poucas notícias no Direito Comparado.

A doutrina natalista não considera o nascituro como pessoa, dando-lhe somente uma expectativa de direito.

Para a teoria natalista, o nascituro não é considerado pessoa, embora receba proteção legal e a sua personalidade é subordinada ao nascimento com vida, ou seja, um evento futuro e certo.

Nesta esteira de pensamento Ceneviva (1999, p. 111), em seu entendimento, pontifica que:

No Brasil há nascimento e há parto quando a criança, deixando o útero materno, respira. É na respiração cientificamente comprovável que se completa a conformação fática do nascimento. **Sem ele, tem-se o parto de natimorto, que, sendo expulso do ventre materno ao termo da gestão com duração mínima normal, mas sem vida, não é sujeito de direitos. (grifo nosso).**

1.7.2 Teoria Afirmativista, Concecpcionista ou Conceptualista

Em reação diametralmente oposta, engendrou-se a segunda teoria, denominada afirmativista, concepcionista ou conceptualista.

Ao contrário da anterior, esta sustenta que o nascituro já possuía natureza jurídica de sujeito de direito, pessoa no seu sentido técnico, pois a personalidade era plenamente adquirida, sem qualquer distinção, no momento da concepção.

Esta doutrina encontra adeptos como Teixeira de Freitas, que no seu profícuo Esboço, entendia que a concepção era o início da personalidade. Cite-se também a presença do mestre Limogi França, Francisco Amaral Santos, além da eminente doutrinadora Silmara Chinelato e Almeida.

O eminente mestre civilista Clóvis Beviláqua, no artigo 3º do seu Projeto de Código Civil (apud RODRIGUES, 2003, p.36), adotou a teoria do conceptualismo como regra.

Este fato se deve, tendo em vista, o artigo 3º daquele texto dispor que: “a personalidade começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.

Nesse sentido Beviláqua (1999, p. 81), acerca da personalidade jurídica assevera que:

A personalidade jurídica tem por base personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade psíquica, ou antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo-se adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica, é uma criação social, exigido pela necessidade de por em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto é modalidade pela ordem jurídica.

Sendo assim observa-se que a doutrina concepcionista afirma que a personalidade do homem começa a partir da concepção, sendo que, desde tal momento, o nascituro é considerado pessoa.

1.7.3 Teoria da Personalidade Condicional

Como ponto de equilíbrio entre as duas teses acima aludidas, fomenta-se a teoria da personalidade condicional, ou seja, a personalidade surge desde a concepção, sob a condição suspensiva do nascimento com vida.

Alguns doutrinadores civilistas modernos, dentre eles Flávio Augusto Monteiro de Barros e o eminente mestre Sílvio Salvo Venosa, preceituam em seus apanhados jurídicos que o Novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º, adotou uma teoria mista, temperada, advinda da miscigenação das teorias natalista e concepcionista.

Como se pode observar esta teoria é em suma, a aplicação dos ensinamentos do Direito Romano, sintetizados no brocardo "*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).

Seus defensores sustentam, ainda, que o nascituro tem personalidade sob a condição de que nasça com vida.

CAPÍTULO 2 DO NASCITURO

Etimologicamente a palavra, nascituro significa “o que está por nascer”.

Tal acepção é perfeitamente definida por Silva, D. (2005, p.942), que dispõe sobre a definição técnica e jurídica da palavra:

Nascituro derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de nasci, quer precisamente indicar *aquela que há de nascer*. Designa assim o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em sua vida intra-uterina*. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida.

Pontes de Miranda (1954, p.166), ao analisar a questão assevera em seu entendimento que:

[...] O nascituro seria o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, [...] dependendo a existência (sic) de que nasça com vida, [...] sendo, pois sujeito de direitos futuros e certos, que se encontram suspensos [...]

Tal definição coaduna a tese de que, antes do nascimento já existe o ser humano, e tanto assim que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

2.1 Situação Jurídica do Nascituro em nosso Ordenamento

O Código de 1916 se reportava ao Direito Romano, que tratava o nascituro como se já tivesse nascido, numa ficção que o proclamava: *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).

O Novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º põe fim às controvérsias e assegura os direitos do nascituro desde sua concepção. Senão vejamos: “Artigo 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nesta esteira coaduna-se o posicionamento de Silva, D. (2005, p.942), quando este assevera que:

Embora o *nascituro*, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido *como nascido*, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela *concepção* [...]. Mas para que se tenha o nascituro como titular dos direitos que lhe são reservados ainda em sua vida intra-uterina, é necessário que *nasça com vida*.

O novo Código Civil refere-se à personalidade civil da “pessoa” nessa disposição. A questão do início da personalidade tem relevância porque, com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos e deveres na órbita jurisdicional.

O ordenamento jurídico brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código Francês que estabelece começar a personalidade com a concepção. Em nosso Código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Verificamos o nascimento com vida por meio da respiração. Se comprovarmos que o recém-nascido respirou, então houve nascimento com vida.

Neste diapasão é relevante expor a lição de Semião (1998, p. 158), acerca do nascimento com vida ou não do nascituro, pois preleciona em sua assertiva, que:

A prova inequívoca de o ser ter respirado pertence à Medicina. Se a criança nascer com vida e logo depois vier a falecer, será considerada sujeito de direitos. Tal prova, portanto, é importante, mormente para o direito sucessório, pois a partir desse fato pode receber herança e transmiti-la a seus sucessores.

Nosso estatuto contentou-se, com o nascimento com vida. Não se exigindo que a vida seja viável, como o Código Napoleônico. Dá-se o nascimento com a positiva separação da criança das vísceras maternas, pouco importando que isso decorra de operação natural ou artificial.

Nesse campo, evidencia-se, portanto, que o Direito necessita de auxílio para arraigar e consubstanciar, de forma inequívoca, os seus preceitos e ditames jurídicos, para tanto, vale-se dos ensinamentos da Medicina¹.

Desta feita, observa-se que o nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido.

Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro já tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, entre nós, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade.

Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

O nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1609, parágrafo único, Código Civil de 2002; art. 357, parágrafo único, do Código Civil de 1916); deve-se-lhe nomear curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida e não tiver o poder familiar (art. 1.779, Código Civil de 2002; antigo, art. 462, Código Civil de 1916); pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais (art. 542, Código Civil de 2002; antigo, art. 1.168, Código Civil de 1916), bem como

¹ Sobre Docimias *vide in anexo*.

adquirir bens por testamento, entre outros. Esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida.

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade.

Em seguimento dessa linha de posicionamento está Almeida (1992, p. 21-30), quando escreve:

Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito, sendo que a personalidade do nascituro é inafastável. Para efeitos práticos, porém, o ordenamento pátrio atribui os necessários instrumentos para a proteção do patrimônio do nascituro.

Analisando a questão em tela Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 91), aduzem ainda que:

O nascituro deve fazer jus a alimentos, “por não ser justo que o genitor suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido”. Os alimentos devidos não são apenas pelo companheiro reconhecido, mas por qualquer um que tenha concebido o nascituro.

Há que se convir, entretanto, em abono da autenticidade da doutrina conceptualista, que já encontrava apoio em Teixeira de Freitas, e mais positivamente em Clóvis Beviláqua, que a inserira no art. 3º de seu projeto de Código Civil.

Desde a concepção existe uma autêntica pessoa porque a fecundação determina a personalidade.

Embora não tenha o recém-concebido uma personalidade plena, pois ela se determina pelo nascimento, ele tem uma personalidade especial, ou antecipada, condicional, futura ou provisional.

Neste sentido coaduna-se o pensamento de Nader (2003, p. 185), que em sua doutrina civilista, expõe que:

Em vários de seus dispositivos a ordem jurídica protege os interesses do nascituro. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), 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 restabeleceu-se a norma jurídica implícita de resguardo dos interesses do nascituro ou embrião. O legislador foi extremamente feliz ao fixar esta diretriz, uma vez que o princípio democrático de igualdade de oportunidade deve alcançar o ser humano a partir de sua capacidade.

Em análise contínua o festejado mestre, faz uma reflexão acerca da condição do nascituro no âmbito jurídico. Diante disso, o doutrinador, aduz que:

Em torno da condição *sui generes* do nascituro há distinções e construções cerebrinas que padecem, sobretudo, de algum alcance prático. Duvida não há quanto a imperiosa necessidade de se proteger o presente e o futuro do ser humano em formação e a este respeito não divergem os cultores do Direito. (ibidem, 2003, p. 186)

O nascituro, portanto, é sujeito de direito com capacidade condicional e, qualquer que seja sua situação – no útero materno ou *in vitro* -, é tutelado pelo Direito, cujo tríplice objetivo é “assegurar sua existência; condicionar e proteger seu livre desenvolvimento e reconhecer-lhe certos direitos na ordem civil”. Essa defesa é exercida contra todos, inclusive contra os próprios pais genéticos ou legais.

2.2 Aquisição da Personalidade pelo Nascituro

O nascituro só adquire a personalidade (*persona*) somente a partir do nascimento com vida. Nesse contexto, o nascituro só teria mera expectativa de direitos, ou seja, o nascituro é sujeito de direitos futuros.

Como bem preleciona Barros (2005, p. 65): “o nascituro, é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade depende do nascimento com vida. A

rigor, o nascituro, à exceção do direito de nascer, não tem direito adquirido, mas apenas expectativa de direitos”.

Assinala, ainda, Venosa (2006, p. 160), que “o nascituro poderá ser sujeito de direitos no futuro, ou seja, seu direito está condicionado a uma causa, qual seja seu nascimento com vida”.

A personalidade do nascituro, como se pode evidenciar, só advém com o nascimento com vida. Esta foi a corrente (ou teoria) adotada pelo Código Civil brasileiro e que pode ser verificada no art. 2º no ordenamento jurídico civilista: “ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A expressão concepção deve ser entendida como sendo a fecundação *in utero* ou então a implantação do embrião *in vitro* no útero.

Para alguns, a implantação no útero é um ato vedado por lei (art. 122 do Código Civil), não gerando efeito algum antes do nascimento. Para outros, se houver manifestação de vontade expressa dos genitores os direitos do nascituro devem ser preservados desde a fertilização *in vitro*.

Percebe-se que há uma proteção aos direitos (condicionais) do nascituro, excepcionados por lei.

Apesar de existir mera expectativa de direito, o nascituro é sujeito de direito. Tanto aquele que teve sua gênese *in utero*, quanto aquele gerado *in vitro*, desde que haja consentimento dos seus genitores.

Verifica-se que em suma, o Código Civil, Lei 10.406/2002, adotou as duas teorias: da concepção e natalista de forma temperada. Na segunda parte do art. 2º, encontra-se aquela e na primeira parte, esta.

Para Gonçalves, R. (2002, p. 114), desta hermenêutica, nasceu a teoria mista do Código Civil e nesta esteira leciona que:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Enquanto ele não nascer com vida, não terá adquirido personalidade civil, ou seja, a aquisição de direitos e obrigações na ordem civil está sujeita a um evento futuro e incerto (condição suspensiva)

O mestre Venosa (2006, p. 159), preleciona que o ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código Francês que estabelece começar a personalidade com a concepção. Contudo, preferiu o legislador pátrio optar pela doutrina mista.

Alguns juristas, dentre eles, a eminente doutrinadora Diniz (1999, p. 9), concebem uma divisão entre personalidade jurídica formal e material, afirmando que “o nascituro possui personalidade formal apenas no que tange aos direitos personalíssimos, e que a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais) só se consolidará com o nascimento com vida”.

Entende-se desta forma que não significa que enquanto o nascituro não nascer não será considerado pessoa. Significa que não poderá exercer alguns direitos fundamentais inerentes a todo aquele que nasça com vida, não terá *facultas agendi*.

No entanto, o legislador preferiu assegurar direitos ao nascituro como exceção, vez que a regra é possuir direitos a partir do nascimento com vida.

Tanto o nascimento *in utero*, quanto o nascimento *in vitro*, deve ser respeitado pela lei, não deixando o nascituro de ser protegido pelo Código Civil (art. 2º) por ter sido gerado desta ou daquela forma.

2.3 Natureza Jurídica dos Direitos do Nascituro

Nosso ordenamento jurídico passou por diversas modificações que alteraram significativamente a situação jurídica do nascituro.

Diante disso Canotilho (2002, p. 381), em análise à Constituição Federal de 1988, assevera que:

A Constituição 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).

Ainda em análise, continua asseverando que:

A 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)”. (ibidem, 2002, p. 396).

O que se vê nesse contexto, é que a não observância dos direitos da personalidade do nascituro feriria o princípio da igualdade, previsto na Constituição e, por via reflexa, todo o mundo jurídico.

Essa proteção se faz manifesta porque os direitos do nascituro são tidos (ou pelo menos, devem ser interpretados) como direitos fundamentais.

Neste diapasão alguns direitos fundamentais podem possuir em sua estrutura limitações, geralmente relativas à maioria dos cidadãos, para sua titularidade, como, o direito de sufrágio ou de contrair casamento.

Entretanto, isto não obsta o exercício do direito do nascituro que também deve ser considerado como direito fundamental da personalidade.

Portanto, os direitos do nascituro são fundamentais, limitados, contudo, por uma condição ou termo que são afastados quando do nascimento com vida.

Desse modo, antes mesmo do nascimento com vida, a lei possibilita que o nascituro figure no pólo ativo duma ação de alimentos.

CAPÍTULO 3 DOS ALIMENTOS

O direito a alimentos está ligado ao direito à vida, tendo como base o direito natural. Além disso, o direito positivo trata desse direito-dever de alimentar e

ser alimentado (artigo 5.º e seu inciso LXVII da Constituição Federal/88; artigos 1694 a 1708 do Código Civil de 2002; artigos 100, inciso I, 852 e 733, do Código de Processo Civil, e Lei n. 5.478/68).

3.1 Conceito de Alimentos

Os alimentos não se referem tão-somente ao sustento da pessoa, mas também a outras necessidades. Por esse motivo, podem ser definidos como “prestações periódicas devidas por força de lei, de uma pessoa a outra, a fim de atender às suas necessidades básicas para uma vida digna”.

Neste diapasão coadunam-se as palavras de Fiúza, C. (2002, p. 586), que em análise ao tema aduz que:

Considera-se alimento tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer. A chamada pensão alimentícia, soma em dinheiro para prover os alimentos, deve, em tese, ser suficiente para cobrir todos esses itens ou parte deles, dependendo se a obrigação do alimentante for integral ou parcial.

Orlando Gomes (2000, p. 427), acerca da questão dos alimentos, define-os, com a ênfase que lhe é peculiar, da seguinte forma:

Alimentos [...] significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário, e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. Na primeira dimensão, os alimentos limitam-se ao *necessarium vitae*; na segunda, compreendem o *necessarium personae*.

Entende-se desta feita, que os alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.

3.2 Classificação

Eminentes e profícuos juristas civilistas, em seus apanhados doutrinários, elencam inúmeras formas para realizar a classificação das espécies de alimentos.

Diante disso evidenciou-se a necessidade de sintetizar as classificações mais relevantes, sendo expostas da seguinte forma:

3.2.1 Espécies

Dentre as diversas espécies de alimentos apresentadas pela doutrina majoritária, pode-se destacar as seguintes:

- a) *Alimentos naturais*: são aqueles que se referem ao próprio sustento da pessoa. Os alimentos naturais (ou necessários) restringem-se ao indispensável à satisfação das necessidades primárias da vida, proporcionando-lhe uma subsistência digna;
- b) *Alimentos civis*: visam ao atendimento das necessidades básicas para uma vida digna (sustento, moradia, vestuário, saúde, educação, transporte e lazer). Desta feita os civis (ou cômmodos), destinam-se a manter a condição social, o *status* da família;
- c) *Alimentos "in natura"*: são aqueles que ocorrem quando o pagamento é feito com o próprio bem que atende à necessidade (exemplos: cesta básica, casa etc.);

- d) *Alimentos in pecúnia*: são aqueles que ocorrem quando o pagamento é realizado em dinheiro para que se atenda à necessidade. Nesse caso será fixado um valor;
- e) *Alimentos Provisionais (ou ad litem)*: são os determinados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos. Destinam-se a manter o suplicante e a prole, durante a tramitação da lide principal, e ao pagamento das despesas judiciais, inclusive honorários advocatícios (CPC, art. 852). Daí a razão do nome *ad litem*. A determinação dos provisionais depende da comprovação dos requisitos inerentes a toda medida cautelar: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Estão sujeitos, pois, à discricção do juiz. Os provisionais conservam a sua eficácia até o julgamento da ação principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogados ou modificados (CPC, art. 807). Dispõe o art. 7º da Lei n. 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento: Senão vejamos: "Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite". A expressão "alimentos provisionais", na prática, é empregada, entretanto, indistintamente, para indicar também os fixados liminarmente na ação de alimentos de rito especial;
- f) *Alimentos Provisórios*: são os fixados liminarmente no despacho inicial proferido na ação de alimentos, de rito especial estabelecido pela Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68). Assim são concedidos no início da lide, liminarmente, como pedido de tutela antecipada. Os provisórios exigem prova pré-constituída do parentesco, casamento, companheirismo ou convivência

(Leis n. 5.478/68 e 8.971/94). Apresentada essa prova, o juiz "fixará" os alimentos provisórios, se requeridos. Os termos imperativos empregados pelo art. 4º da Lei de Alimentos demonstram que a fixação não depende da discricção do juiz, sendo obrigatória, se requeridos e se provados os aludidos vínculos;

g) *Alimentos Definitivos*: são os de caráter permanente, estabelecidos pelo juiz na sentença ou em acordo das partes devidamente homologado, malgrado possam ser revistos (CC, art. 1.699).

3.2.2 Características

Os alimentos apresentam características singulares, que os diferenciam de outros institutos jurídicos. Desta feita pode-se evidenciar que os alimentos apresentam as seguintes características:

- a) *Personalíssimo*: esta é a característica básica, da qual decorrem as demais. Como os alimentos se destinam à subsistência do alimentando, constituem um direito pessoal, intransferível;
- b) *Indisponível, Impenhorável e Intransacionável*: É indisponível, pois não se pode passar o direito a terceiros. É impenhorável, pois é inconcebível a penhora de um direito destinado à manutenção de uma pessoa. O Código de Processo Civil prevê a impenhorabilidade no art. 649, VII. É intransacionável, pois sendo indisponível e personalíssimo, não pode ser objeto de transação (CC, art. 841). Em consequência, não pode ser objeto de juízo arbitral ou compromisso. A regra aplica-se somente ao direito de pedir alimentos, pois a jurisprudência considera transacionável o quantum das prestações, tanto vencidas como vincendas. É até comum o término da ação em acordo visando prestações alimentícias futuras ou atrasadas;
- c) *Irrenunciáveis*: não se pode renunciar, tendo em vista que se estará renunciando ao próprio direito à vida. Quanto a esta última característica, preceitua o art. 1.707 do Código Civil: "Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos". O direito a alimentos constitui consequência do direito à vida. Por isso, o Estado protege-o com normas de ordem pública, decorrendo daí a sua irrenunciabilidade, que atinge, porém, somente o direito, não o seu exercício. Não se pode assim renunciar aos alimentos futuros. A não-postulação em juízo é interpretada apenas como falta de exercício, não significando renúncia. Os alimentos devidos e não prestados podem, no entanto, ser renunciados, pois é permitido o não-exercício do direito a alimentos. A renúncia posterior é, portanto, válida;

- d) *Imprescritível*: não há prazo prescricional para requerer o direito a alimentos. O que não prescreve é o direito de postular em juízo o pagamento de pensões alimentícias, ainda que o alimentando venha passando necessidade há muitos anos. Entretanto, prescreve em dois anos o direito de cobrar as pensões já fixadas em sentença ou estabelecidas em acordo e não pagas a partir da data em que se vencerem (CC, art. 206, § 2º). A prescrição da pretensão a essas parcelas ocorre mensalmente;
- e) *Irrestituíveis*: os alimentos são irrestituíveis, ou seja, se a pessoa recebe indevidamente, quem pagou os alimentos não pode requerer a restituição do valor pago. Assim os alimentos, uma vez pagos, são irrestituíveis, sejam provisórios, definitivos ou *ad litem*. É que o dever de alimentar constitui matéria de ordem pública, e só nos casos legais pode ser afastado, devendo subsistir até decisão final em contrário. Mesmo que a ação venha a ser julgada improcedente, não cabe a restituição dos alimentos provisórios ou provisionais. Quem pagou a dívida, não se tratando de simples antecipação ou empréstimo. É esse um dos favores reconhecidos à natureza da causa de prestar, pois os alimentos destinam-se a ser consumidos pela pessoa que deles necessita.
- f) *Mutável*: admite revisão, por meio de uma ação revisional, que pode visar à exoneração, redução ou aumento dos alimentos;
- g) *Incessível*: como consequência do seu caráter personalíssimo, não pode ser objeto de cessão de crédito, pois a isto opõe-se a sua natureza (CC, art. 286 e 1.707). No entanto, somente não pode ser cedido o direito a alimentos futuros. O crédito constituído por pensões alimentares vencidas é

considerado um crédito comum, já integrado ao patrimônio do alimentando, que logrou sobreviver mesmo sem tê-lo recebido. Pode, assim, ser cedido;

- h) *Incompensável*: a compensação é meio de extinção de obrigações. O direito a alimentos não pode ser objeto de compensação porque seria extinto, total ou parcialmente, com prejuízo irreparável para o alimentando, já que os alimentos constituem o mínimo necessário à sua subsistência (CC, art. 373, II e 1.707). Contudo a jurisprudência, no entanto, vem permitindo a compensação, nas prestações vincendas, de valores pagos a mais, entendendo tratar-se de adiantamentos;
- i) *Atual*: é atual, no sentido de exigível no presente e não no futuro. A necessidade que justifica a prestação alimentícia é, ordinariamente, inadiável, conferindo a lei, por esse motivo, meios coativos ao credor para a sua cobrança.

3.2.3 Legitimidade

São legitimados, para pedir alimentos, extrajudicialmente ou por via judicial:

- cônjuges na constância da união conjugal ou após a dissolução;
- companheiros;
- parentes ascendentes em linha reta (pais e filhos) e colaterais em linha reta (irmãos entre si);
- tutor e tutelado;
- curador e curatelado.

3.2.4 Pressupostos

O primeiro pressuposto é a *necessidade*, quando quem os pretende não tem bens, nem pode prover pelo trabalho sua própria manutenção.

O segundo pressuposto é a *possibilidade* do alimentante que pode ser ajudado por outro parente perante suplementação.

O terceiro requisito é a *proporcionalidade* que deve existir entre as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentando. Não é cabível exigir-lhes além do que o alimentando precisa.

O quarto requisito é a *reciprocidade* que é condicional e variável, é proclamada pelo art. 229 da CF/1988, *in verbis*: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Neste diapasão o Novo Código Civil, assevera a questão da reciprocidade aduzida pela Carta Magna, corroborando-o através do texto encontrado no artigo 1.696 do NCCB, que diz: “O direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

3.3 Dos Alimentos ao Nascituro

Observou-se que, consideram-se alimentos tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, a habitação, a saúde, a educação, o vestuário e o lazer.

Da hermenêutica do artigo 1.695, Código Civil de 2002, vislumbra-se que o mesmo traz o princípio básico da obrigação alimentar, pelo qual o montante

dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.

Os doutrinadores divergem quanto ao direito a alimentos do nascituro na impossibilidade deste ser até mesmo considerado gente, quanto mais titular ou capaz de direito.

E os legisladores não têm um referencial fixo, adaptando a lei a complexas circunstâncias sociais exigentes, inserindo e excluindo do nascituro os direitos, indo até mesmo contra princípios morais seculares. Enquanto isso, os tribunais mergulham em indecisões.

Muitos são os doutrinadores opinando, a favor ou contra os alimentos ao nascituro, porém mais são aqueles que não são nem a favor e nem contra, situando-se numa posição de neutralidade ou simplesmente aceitando a “letra” assim como disposta está.

Aos julgadores resta se exigir que ante o caso somente lhes resta a visão doutrinária avançada à luz dos preceitos constitucionais, da moral civilizada e no compasso que outras ciências sinalizam.

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 da subjetividade jurídica” Almeida (1992, p. 21-30).

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 do ser humano.

Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais quanto mais insuficiente for o titular deste direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal pode superá-lo.

Pelas palavras de Martins (1990, p. 623-628):

A mãe da criança pode acionar, porém, em nome do filho menor ou nascituro, no papel de tutora, ou curadora, nata (sic); pois não se cogita de reparação à mulher, e sim de adquirir ou recobrar o filho o seu estado civil.

[]

Verifica-se a necessidade da representação por parte da genitora.

Com efeito, Theodoro Junior (2003, p. 483), ao analisar a questão da incapacidade processual do nascituro leciona que:

Pelo artigo 2º do Código Civil, o nascituro não é pessoa, mas seus interesses são ressaltados e tutelados desde a concepção, caso venha a ocorrer seu nascimento com vida. A representação do nascituro, no eventual relacionamento jurídico com terceiros é de ser feita através do titular do poder familiar [...].

É premissa, portanto, que o nascituro é pessoa incapaz. E sempre que for de seu interesse o direito deve protegê-lo, representado judicialmente por quem detém o poder familiar, quando não tiver interesses conflitantes e capaz, ao contrário, por curador nomeado ou pelo Ministério Público, até quando for suficiente para o exercício pleno.

É inquestionável, que o mais importante direito do nascituro é a vida, palpável na medida em que lhe são assegurados às condições mínimas para que nasça com vida e saudável.

Então, entre os direitos subsidiários ao direito à vida estão os alimentos. Esta ressalva exprime que o ser humano, desde o momento em que é concebido, considera-se como já tendo nascido para tudo quanto diga respeito a seu interesse.

É a consagração do velho 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).

No interesse do nascituro, é ele considerado já nascido. Sempre que se trata de aplicação do princípio, há pretensão do nascituro à sentença (resolução judicial), qualquer que seja (declarativa, condenatória, constitutiva, mandamental, executiva), e à execução.

A cada pretensão corresponde ação, como aconteceria se o titular da pretensão fosse pessoa já nascida.

Pontes Miranda (1976, p. 438-439), reforça a necessidade que justificam os alimentos, 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.

Por outro lado, há despesas para roupas e outras despesas que têm que ser feitas antes do nascimento, devendo elas, exigir a pessoa logo ao nascer.

O “*quantum*” de alimentos 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 conta as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, e incluindo despesas médicas e medicamentos.

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

O posicionamento de Rizzardo (apud VENOSA 2006, p.389), põe fim às controvérsias acerca da possibilidade do nascituro pleitear alimentos

judicialmente. Assim o mestre assevera: “desde que presentes os requisitos próprios, como o *fumus boni iuris* e a certeza de quem é o 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. O nascituro é humano por excelência e o Direito não pode negar todas as prerrogativas.

CAPÍTULO 4 DA AÇÃO DE ALIMENTOS

O termo alimentos (*alimentum*) deve ser entendido num sentido lato, abrangendo não só as propriedades alimentares como as necessidades básicas para uma vida digna, na medida do seio familiar do nascituro, na sociedade.

Theodoro Junior (2003, p. 465), faz a seguinte análise acerca do conceito de alimentos:

A palavra alimentos deriva do latim *alimentum*, significando as substâncias nutritivas de propriedades para o corpo animal ou vegetal. Num sentido jurídico, alimentos correspondem “não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (*cibaria*), como também a habitação (*habitatio*), o vestuário (*vestiarium*)”.

A finalidade dos alimentos é, pois assegurar o direito à vida. O primeiro círculo de solidariedade é o da família, e somente na sua falta é que o necessitado deve recorrer ao Estado.

Alimentos, dessa forma, devem assegurar uma vida digna ao nascituro, conferindo, além dos alimentos propriamente ditos, sua educação, vestuário, habitação (contas de água, luz, etc.).

As principais características dos alimentos como já foram suscitadas, *in supra*, são: a irrenunciabilidade, impenhorabilidade, indisponibilidade, além de ser direito personalíssimo, imprescritível e intransmissível.

Realizando uma hermenêutica do artigo 1695 do Código Civil, Carvalho Filho (2005, p. 102-103), leciona que:

[...] alimentos são prestações destinadas a satisfazer às necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si. Compreendem, no mínimo, o necessário para o sustento, a habitação e o vestuário. [...] Até que se reconheça em ação própria, em caráter definitivo, o direito do necessitado ao recebimento de alimentos, deverá ele obter o necessário para a sua sobrevivência, sob pena de tornar a medida inócuca. Sua finalidade é atender ao necessitado na pendência do processo principal. Por isso, os alimentos provisionais são denominados *ad litem* ou *in litem*.

Os alimentos provisórios são cabíveis nas ações próprias de alimentos. Têm natureza de tutela antecipada (garante antecipadamente o bem da vida que o autor conseguiria apenas no final do processo) e rito concentrado. Para isso, faz-se necessário prova pré-constituída da paternidade.

Contudo os julgados majoritários firmaram o ponto de vista de que, mesmo não concedidos os alimentos provisionais, a prestação alimentar é devida desde a petição inicial, não tendo efeito suspensivo o recurso de apelação.

A *Contrario sensu*, quando não houver prova pré-constituída, faz-se mister ajuizar ação de alimentos combinada com a ação de investigação de paternidade. Neste caso, o procedimento será o comum ordinário, mas não menos importante do que o concentrado.

Os alimentos não devem ser compreendidos num sentido literal, pois possuem uma conotação de dignidade, abrangendo vestimentas, remédios, habitação. São irrenunciáveis, tanto na ação de rito concentrado (que pressupõe prova pré-constituída), quanto na de rito comum ordinário.

Ademais, a apelação quando interposta, não suspende a eficácia do deferimento da medida judicial *ad litem*.

Em suma, a lei protege a parte mais fraca da relação processual, qual seja o nascituro. É a consagração máxima do princípio da isonomia, ou seja, é exatamente o critério que manda dar a cada um o que é seu, nas proporções de seus méritos e deméritos.

Diante deste quadro descortina-se a importância dos princípios da isonomia aliado ao da proporcionalidade, pois eles constituem a fonte primária de todos os outros princípios existentes em nosso ordenamento jurídico.

Diante disso, é relevante neste momento citar a lição sempre lembrada do insigne mestre Rui Barbosa (1959, p. 46), que muito bem resumiu estes dois princípios da seguinte forma:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Muitas vezes, é tratando desigualmente os desiguais que os igualamos.

4.1 Espécies de Ações de Alimentos

4.1.1. Cautelar de Alimentos Provisionais

Prevista no Código de Processo Civil, no artigo 852, é o meio de que se valem os cônjuges como medida preparatória de uma ação principal, reclamando uma prestação alimentar de caráter provisório.

Além dos alimentos para sustento, podem-se requerer também os alimentos para o custeio da demanda. Como é uma ação cautelar, depende de uma ação principal, que deverá ser proposta em trinta dias.

4.1.2. Ação Especial de Alimentos

Prevista na Lei n. 5.478/68, obedece a um rito sumário. A petição inicial de alimentos pode ser proposta por meio de advogado ou diretamente pela parte. Quando for proposta diretamente pela parte, o juiz, ao despachar, deve nomear um advogado, pela assistência judiciária, para acompanhar o processo.

O juiz fixa, liminarmente, alimentos provisórios, que podem ser modificados na sentença quando forem fixados os alimentos definitivos. Esses alimentos provisórios podem ser revistos no decorrer do processo. Fixados os alimentos provisórios, esses serão devidos a partir da citação do réu. No despacho inicial, além da fixação de alimentos provisórios, o juiz deve marcar a audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Se o réu for revel, a revelia induz o reconhecimento dos fatos; e o juiz pode julgar procedente o pedido na audiência de conciliação, instrução e julgamento. O Ministério Público sempre funciona como *custus legis*.

A sentença julga os alimentos, fixando-os definitivamente, e esses alimentos retroagem à data da citação. Se o custo dos alimentos definitivos for maior que o dos provisórios, a diferença deverá ser satisfeita pelo devedor.

Se o custo dos alimentos definitivos for menor que o dos provisórios, não poderá ser devolvida a diferença, visto que os alimentos são irrepetíveis.

Essa sentença é apelável, entretanto, essa apelação somente terá efeito devolutivo. O credor, ainda que o devedor apele, já poderá executar a sentença.

4.1.3 Ação Ordinária de Alimentos

Reserva-se aos casos em que não caiba a ação especial, devendo seguir o rito ordinário. É utilizada nas ações de alimentos na união estável e na ação de investigação de paternidade.

No caso de união estável, se houver prova pré-constituída da união ou se a união já foi reconhecida, o companheiro valer-se-á da ação especial.

No caso de investigação de paternidade, o juiz não fixa alimentos provisórios, visto que necessita da prova da paternidade. Excepcionalmente, é possível a tutela antecipada, quando houver prova inequívoca da situação.

4.1.4 Procedimentos nas Ações de Alimentos

A Lei n. 5.478/68 criou procedimento especial para ação de alimentos, com a finalidade de tornar a decisão a respeito mais rápida e menos onerosa.

Consolidou-se o entendimento de que o rito especial é aplicável no caso de cobrança de alimentos com prova pré-constituída da obrigação alimentar.

A Lei 8.971/94 estabelece poder valer-se da ação de alimentos a companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, enquanto não constituir nova união e desde que comprove a necessidade e, nas mesmas condições, o companheiro.

O autor, pessoalmente, ou por procurador, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando apenas seu

parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando sua qualificação e os recursos de que dispõe.

Se o credor não estiver assistido ou representado por advogado, o juiz, de plano, nomeará profissional para que o faça. O pedido, já redigido por advogado, será representado em três vias.

Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios (que distinguem-se dos provisionais – arts. 852 a 854 do CPC), a serem pagos pelo devedor desde a citação válida, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

O juiz, ao despachar a inicial, oficiará ao empregador do réu ou à repartição de que é servidor, solicitando informações sobre seus rendimentos até a data da audiência.

No caso de companheiros, deverá haver comprovação documental da união para a concessão de alimentos provisórios.

O escrivão, em 48 horas, remeterá ao promovido a segunda via da inicial com despacho do juiz e designação de dia e hora para a realização de audiência, fixada com prazo razoável para a preparação da contestação.

A citação e intimação são feitas por carta, com aviso de recebimento, mesmo se o devedor é domiciliado fora da comarca.

Se o réu criar embaraços ao recebimento da citação ou não for encontrado, a diligência será realizada por oficial de justiça.

Impossibilitada a citação pelos meios acima, far-se-á a citação por edital afixado na sede do juízo e publicado três vezes no órgão oficial.

Na audiência deverão estar presentes o autor, o réu e seus representantes, independentemente de intimação. O não-comparecimento do autor

determina o arquivamento do processo, e do réu importa em revelia e confissão quanto à matéria de fato.

Todas as provas devem ser apresentadas por ocasião da audiência, inclusive a testemunhal, até o máximo de três para cada parte.

Na audiência, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do MP, propondo conciliação. Havendo acordo, lavrar-se-á o respectivo termo, com sentença homologatória. Não havendo acordo, o juiz tomará por termo o depoimento pessoal das partes, ouvirá as testemunhas, peritos, se houver, podendo julgar o feito sem a produção de provas, se as partes concordarem.

Terminada a instrução, poderão as partes e o MP aduzir alegações finais orais, no prazo de dez minutos para cada um.

Em seguida, será renovada a proposta de conciliação e, sendo infrutífera, proferirá sentença, que conterá sucinto relatório do ocorrido.

A audiência é una e contínua, mas, se não puder ser concluída no mesmo dia, será marcado o primeiro dia desimpedido, independente de novas intimações.

Os alimentos definitivos são devidos desde a citação; os provisórios poderão ser modificados sempre que houver alteração da situação financeira das partes.

A execução da obrigação alimentar se faz nos termos dos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil.

4.2 Execução de Alimentos

Faz-se em decorrência de ser a sentença de alimentos um título executivo judicial. São dois os tipos de execução.

4.2.1 Execução Comum

É utilizada quando há qualquer espécie de crédito, seja ele judicial ou extrajudicial (artigo 732 do Código de Processo Civil). É muito demorada, visto que segue um rito longo: citação, penhora/embargos, avaliação, arrematação (edital), produto e alimentos.

4.2.2 Execução Especial

A lei prevê execução especial, visto a urgência da prestação de alimentos. Existem três formas, que estão previstas nos artigos 733 do Código de Processo Civil, 17 a 19 da Lei de Alimentos, e 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal:

- *Desconto na fonte*: é prioritária se o alimentante for assalariado (salários e rendas);
- *Usufruto de bens do devedor*: utilizado quando o devedor não tiver renda fixa;
- *Prisão do devedor*: é reservada para situações que revelam má-fé do devedor para não pagar os alimentos. É um meio coercitivo de exigir a prestação dos alimentos. A prisão tem natureza civil, por isso não se aplicam os “benefícios” da prisão criminal. É um modo especial de execução. A Lei n. 5.478/68, em seu artigo 19, prevê um prazo máximo de sessenta dias, e o Código de Processo Civil, no seu

artigo 733, parágrafo único, prevê prazo máximo de três meses para a fixação da prisão do devedor. Alguns autores entendem que o prazo de sessenta dias deve ser aplicado para alimentos definitivos e o prazo de três meses deve ser aplicado para alimentos provisórios. Uma segunda corrente entende que deve ser aplicado o prazo de sessenta dias por esse estar disposto em lei especial; e uma terceira corrente entende que deve ser aplicado o prazo de três meses, visto que o Código de Processo Civil é lei mais nova.

A prisão somente pode ser decretada uma vez para cada débito. O pagamento da dívida extingue a prisão. Há uma tendência da doutrina e da jurisprudência de somente admitir prisão por dívidas de três meses atrasados. Esses três meses devem ser contados da data do ingresso do pedido.

A decisão do juiz deve ser fundamentada, e a prisão somente poderá ser decretada se o devedor não pagar a dívida ou não justificar por que não o fez. O recurso contra essa decisão do juiz é o agravo de instrumento, sendo admitido, também, *habeas corpus*.

4.3 O Nascituro como Titular da Ação de Alimentos

A partir do momento em que o Estado passou a proibir a autotutela a jurisdição virou monopólio Estatal.

Contudo, verifica-se, que o Estado através das liberdades públicas², atribuem, prerrogativas ao indivíduo para que este possa adentrar numa relação jurídica, ajuizar seu pleito, e dentro do âmbito jurisdicional, tê-lo apreciado, obtendo, para tanto, uma resposta positiva (deferimento) ou negativa (improcedência).

² BASTOS, Celso Ribeiro de. Curso de teoria do estado e ciência política. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139.

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 à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo, contra qualquer intromissão do aparato social [...].

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.

Toda pessoa maior e capaz pode ter capacidade para a causa (*ad causam*). Contudo, ao analisar a questão Gonçalves, M. (2004, p. 111), expõe a condição dos incapazes asseverando que:

Os incapazes, porém, [...] terão que integrar suas capacidades pelos mecanismos da representação e da assistência [...] os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores.[] Entenda-se, que não se faz distinção entre os absolutamente e os relativamente incapazes.

O menor impúbere é aquele que possui menos de 16 anos, sendo representado para figurar no pólo ativo da ação, por meio de patrono (pois este possui capacidade postulatória, conforme inteligência do Código Civil, art. 3º).

Nesse diapasão, o menor púbere é aquele que possui mais de 16 e menos de 18 anos, devendo ser assistido (artigo 4º do Código Civil).

Em relação aos direitos inerentes à figura do nascituro, Gonçalves, M. (2004, p. 114), aduz que:

[...] no caso do nascituro, “a aquisição de direitos e obrigações na ordem civil está sujeita a um evento futuro e incerto (condição suspensiva), qual seja, o nascimento com vida. É titular, pois, de direitos eventuais”. [...] A lei põe a salvo os seus direitos, desde que nasça com vida [...].

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 resolutiva de seu direito, *in verbis*: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, 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 (artigo 8º do Código de Processo Civil).

Assim, “o nascituro figurará como parte, sendo representado por seus pais”, Gonçalves, M. (2004, p. 114).

Fica manifesto, portanto, o entendimento de que o nascituro pode figurar no pólo ativo da ação civil de alimentos somente, 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.

Na ação de alimentos em que há prova pré-constituída, ou seja, sabe-se que o nascituro é realmente filho do alimentante, o procedimento se dará pelo rito concentrado, mais célere.

O legislador não deixou de olvidar que o nascituro possui direitos da personalidade (artigo 11 e seguintes do Código Civil), 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.

Em suma, o nascituro será representado nas ações de alimentos pelos seus pais ou, na falta destes, pelo curador (art. 1779 e parágrafo único do CC). O que não pode ocorrer é deixar de garantir seu direito à ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante ao que fora amplamente exposto no transcurso deste trabalho, evidenciou-se de forma clara e objetiva, que o termo *persona* evoluiu no tempo e no espaço para atribuir a todo aquele que nasça com vida, personalidade jurídica; concedendo desta feita ao sujeito, direitos e deveres, no âmbito jurisdicional moderno.

Em contrapartida, verificou-se que o legislador civilista, adotando uma teoria mista, temperada, assegurou direitos ao nascituro, desde sua concepção.

Contudo, observou-se, que a aquisição da personalidade jurídica por parte do nascituro, fica condicionada a um evento futuro e incerto, ou seja, fica adstrito ao seu nascimento com vida.

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. E embora não tenha o recém-concebido uma personalidade jurídica plena, pois ela se determina pelo nascimento, ele tem uma personalidade jurídica especial ou antecipada, condicional, futura ou provisional.

Na seara dos alimentos, ficou retratado que se considera alimento tudo o que for necessário para a manutenção, preservação e satisfação das

necessidades vitais de uma pessoa; compreendendo, ainda, o mínimo, necessário para o sustento, a habitação e o vestuário.

Veja-se que apesar de não existir previsão legal expressa, a doutrina não deixa olvidar que seus direitos são guiados pela irrenunciabilidade, impenhorabilidade e intransacionalidade. Ressalta-se que o titular de uma ação de alimentos não pode renunciá-los, mas pode deixar de reivindicá-los.

Entende-se, pois, que o direito, é indisponível e imprescritível, podendo ser exercido a qualquer tempo.

Neste diapasão, tentou-se dirimir as discussões que envolvem a possibilidade do nascituro poder buscar a tutela jurisdicional, para ter efetivado os direitos a que a lei lhe assegura.

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

Apesar das controvérsias acerca da possibilidade do nascituro, poder intentar ou não uma ação de alimentos, encontradas em meio à doutrina e à jurisprudência hodiernas, vislumbrou-se que ao se realizar uma abordagem exegética da norma civilista, bem como dos princípios constitucionais e contrapondo-os com a letra da lei processualista, pode-se declinar para efetiva possibilidade de assegurar, a presença do nascituro no pólo ativo de uma demanda processual.

Constatou-se que essa exegese pode ser aplicada tanto à ação de alimentos provisionais (prova pré-constituída), que figura por rito mais célere, quanto àquela que se efetiva através do rito ordinário, mais moroso.

Entende-se, pois, de forma expressa a possibilidade de ajuizar ação de alimentos pelo nascituro, reconhecendo-lhe um direito humano fundamental (princípio da igualdade), positivado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º). O que se vê nesse contexto, é que a não observância dos direitos de personalidade do nascituro feriria o princípio da igualdade, previsto na Constituição e, por via reflexa, todo mundo jurídico.

Nada obsta a interpretação de forma analógica destes dispositivos para impetração de ação de alimentos pelo nascituro em face do alimentante. Caso haja prova pré-constituída o procedimento da ação seria mais célere, isto é, aplicar-se-iam todas as regras do menor impúbere ao nascituro.

Portanto, ficou amplamente consubstanciado ao longo da presente pesquisa que o nascituro pode pleitear alimentos no âmbito jurisdicional, tendo o mérito da sua demanda apreciada em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

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

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

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Leia, 1959.

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.

BRASIL. *Código Civil*, Lei n.º 10.406, 10 janeiro 2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código de Processo Civil*, Lei n.º 5869, 11 janeiro 1973. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988: texto sancionado, com alterações adotadas pela emendas constitucionais nºs 1 – 92 a 40 - 2003*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002.

_____. *ECA. (Estatuto da Criança e do Adolescente)*, Lei n.º 8069, 13 julho 1990. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6 ed. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Processo civil: processo cautelar. Série leituras jurídicas: provas e concursos*. vol. 12. São Paulo: Atlas, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1991

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*.- v.5. - 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código civil anotado*. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 1999.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOCIMASIA. Disponível em :<<http://www.pericias-forenses.com.br/cronota.htm>> Acesso em 23 de março de 2007

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa*. 4.ed. rev. ampliada. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

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.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 6. ed. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

_____. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. parte geral*. vol. 1. - São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 13. ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2000.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 20. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

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

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de A. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*, 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed.- Coimbra, Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1962.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

MARTIN, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989

_____. *Fundamentos do direito natural à vida*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

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

_____. *Tratado das ações, tomo VI*, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.

_____. *Comentários ao código de processo civil, atualização legislativa de Sergio Bermudes*. 4. ed. - Rio de Janeiro:Forense, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil- parte geral*, v. 1, 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, - São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. - Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NALINI, José Roberto. *Ética geral e profissional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. volume 1. – Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. parte geral*. 34. ed. Coleção direito civil. Vol. 1. - São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito civil. família*. 34. ed. Coleção direito civil. Vol. 6. - São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. volume 2. 6ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro - aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, De Plácido e . *Vocabulário jurídico – atualizado por Nagib Sluibi Filho e Gláucio Carvalho*. 26ª ed. – Rio de Janeiro: forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEOTONIO NEGRÃO. *Código de processo civil*. 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. parte geral*. 6 ed. coleção direito civil. Vol. 1- São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito civil. familia*. 6 ed. Coleção direito civil. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. *Direito civil – introdução e parte geral*. 9. ed.. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXO

PROCEDIMENTOS ADOTADOS NAS DOCIMASIAS

As provas destinadas à verificação da vida fetal "*extra utero*" - designadas como *docimasias* - podem ser divididas em três grandes modalidades, a saber: a) respiratórias diretas e indiretas; b) não respiratórias, e c) ocasionais. *a. Docimasias Respiratórias Diretas* Todas as provas respiratórias da vida "*extra uterina*" se apoiam, basicamente, em um princípio estabelecido por Galeno há quase 2.000 anos: "*Substantia pulmonalis per respirationem ex rubra gravi densa in albam levem accurram transfertur*"¹. *Prova hidrostática de Galeno*, é realizada em quatro tempos, iniciando-se pela ligadura da traquéia logo após a abertura do corpo e preparando-se um recipiente grande contendo água abundante: *1º tempo* - mergulha-se o bloco das vísceras torácicas na água: havendo flutuação houve respiração, logo, houve vida, porquanto o próprio Galeno já afirmava: "*respirare vivere est*". *2º tempo* - sem retirar o bloco da água, separam-se os pulmões e após secionar os hilos dos órgãos observa-se se há flutuação: a interpretação é a mesma do primeiro tempo. *3º tempo* - *ainda sob a água, separam-se os lobos pulmonares, e se cortam em pequenos fragmentos para verificar o comportamento de cada um deles: se*

afundam, o pulmão não respirou; caso flutuem, houve respiração. 4º tempo - os fragmentos seccionados no tempo anterior são espremidos, sempre sob a água, contra a parede do recipiente observando-se a saída de pequenas bolhas de ar junto com sangue; abandonados os fragmentos, estes também vêm à superfície quando, então, a prova se considera positiva. Podem existir causas de erro na realização desta prova, como: putrefação, insuflação, respiração "*intra utero*", congelação, cocção, hepatização, atelectasia secundária, asfixias mecânicas internas etc. Nestes casos, o exame histológico do órgão pode esclarecer eventuais dúvidas, ao verificar o aspecto histológico do pulmão cujo epitélio de monoestratificado cúbico, quando o órgão não respirou, passará a monoestratificado plano após as primeiras inspirações.

2. *Tátil de Rojas* - Quando da palpação interdigital, o parênquima pulmonar dá a sensação de fofura e crepitação, caso tenha havido respiração.

3. *Óptica de Bouchut & Casper* - consiste na observação da superfície do pulmão que, de um aspecto parenquimatoso, quando não há respiração, assume um aspecto de mosaico, em face de ocorrerem mudanças circulatórias que circunscrevem os lóbulos pulmonares. Numerosas outras provas têm sido descritas para estabelecer a ocorrência de vida extra-uterina com base na respiração fetal. Todavia, a maioria das mesmas pela sua complexidade ou pelo seu primitivismo, tornaram-se obsoletas e não passam de ter um valor meramente histórico.

b. *Docimias Respiratórias Indiretas*. Denomina-se assim o conjunto de provas que visa verificar se o recém-nascido respirou, utilizando para tanto outros órgãos que não os pulmões. As mais utilizadas são:

1. *Docimasia gastro-intestinal de Breslau*, se baseia na existência de ar no tubo digestivo, ingressado por deglutição toda vez que o feto tenha respirado. Após forte ligadura acima do cárdia e na ampola íleo-cecal, secciona-se o tubo digestivo que é, então, retirado e colocado em um recipiente com água. Se houver

flutuação é porque o feto respirou; se afundarem é porque não houve vida extra-uterina. Nos casos em que durante as manobras de ressuscitação houve insuflação de ar no estômago do feto, apenas este órgão flutuará, enquanto que o resto do tubo digestivo afundará na água.

2. *Docimásia auricular de Wreden-Wendt-Gelé*, baseia-se na ocorrência de ar na cavidade do ouvido médio que lá ingressara através da tuba timpânica (*trompa de Eustáquio*) desde que o recém-nascido tenha respirado. Consiste na punção da membrana timpânica, com a cabeça do feto mergulhada na água, caso o mesmo tivesse respirado, surgirá uma bolha de ar que sobe até a superfície do recipiente.

c. *Docimásias Não Respiratórias* Trata-se de provas que se não se baseiam na respiração fetal, mas em outras atividades vitais desenvolvidas pelo recém-nascido, como a deglutição. Existem várias mas as mais utilizáveis são:

1. *Docimasia sílica de Dinitz-Souza*, consiste na pesquisa de *saliva* no estômago do feto. A reação positiva é um indicativo de que existiu vida extra-uterina.
2. *Docimasia alimentar de Bothy*, consiste na pesquisa de leite ou outros alimentos no estômago do feto; referidos elementos não existem no natimorto.
3. *Docimasia bacteriana de Malvoz*, os fenômenos putrefativos, no feto natimorto, começam pelos orifícios da boca, nariz e ânus. Nos casos em que o feto teve vida extra-uterina, a putrefação se inicia pelo tubo digestivo e pelo sistema respiratório.
- d. *Docimacias ocasionais*. Não se trata, a rigor, de provas técnicas, mas de observações para cuja ocorrência se torna necessário que o feto tenha tido vida extra-uterina.
 1. *Corpos estranhos*. A presença de corpos estranhos nas vias respiratórias do cadáver implica, necessariamente, que o feto tenha feito a sua inspiração, donde que tenha respirado.
 2. *Sinais de sobrevivência*, como descamação cutânea; orla de eliminação peri-umbilical; dessecamento e mumificação do cordão umbilical etc.
 3. *Lesões traumáticas*. Quando o feto apresenta lesões traumáticas com características

inequívocas de terem sido produzidas "*intra vitam*", é irretorquível que o mesmo teve vida extra-uterina. Disponível em: www.pericias-forenses.com.br/cronota.htm.