

A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A VIDA POR UM DIREITO DE NASCER

Icaro Almeida Matos

Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL.
Especialista em Gestão Pública e Empresarial pela Faculdade Baiana de Ciências – FABAC. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. e-mail: imatos@tj.ba.gov.br.

Resumo: O presente trabalho visa contribuir para o estudo da tutela jurídica do nascituro (ente já concebido, mas ainda não nascido), em especial, encarando os alimentos gravídicos como forma de garantir o direito à vida, maior bem jurídico do homem e base para a tutela dos demais bens jurídicos. Parte-se da premissa que é necessário reconhecer a paridade entre nascituro e o já nascido, não por mera ficção do direito, mas por uma questão de interpretação teleológica da norma, enxergando-o já como pessoa humana e consagrando a teoria concepcionista como a mais consentânea com o viés do direito civil constitucional.

Palavras-Chave: nascituro; pessoa; teoria; concepcionista; direito; vida; alimentos; gravidez.

1. Introdução

Durante muito tempo, o Direito Civil brasileiro foi regido por uma doutrina individualista e voluntarista, que focava, essencialmente, o interesse patrimonial em detrimento da pessoa. Assim, o Código Civil de Beviláqua, que vigeu até janeiro de 2003, em que pese o brilhantismo do texto para a época em que foi editado, não mais se adequava à realidade social deste século.

Neste contexto, o Brasil vivenciou uma verdadeira migração dos princípios gerais e regramentos típicos do direito privado para o texto constitucional, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assumido verdadeiro papel de reunificador do sistema.

Daí porque, na atualidade, muito se tem falado no fenômeno da constitucionalização do direito privado, ou, sob outro ângulo, no direito civil constitucional, já que a Lei Maior passou a demarcar limites para a autonomia privada, em especial, tratando sobre o direito de propriedade e sobre o controle de bens.

Passou a Carta Magna a dar especial atenção e proteção, também, e dentre outras regras atinentes às instituições privadas, aos núcleos familiares, influenciando a promulgação de uma nova codificação preocupada com esses valores: o Código Civil de 2002.

O (novo) Código, solidarista, passou a ter como centro de preocupação a pessoa, moldado que foi pelas diretrizes da Constituição Federal de 1988. E, sob esta visão, apresenta, sem dúvida alguma, uma nova tábua axiomática informadora dos princípios basilares do direito

privado moderno. Dentro dessa linha de supervalorização da pessoa humana como decorrência da supremacia dos direitos fundamentais, significativas mudanças vêm ocorrendo no ordenamento jurídico, em especial, no direito de família, objeto de estudo do presente trabalho.

Como todo ramo do direito privado, o direito das famílias, modernamente, deve ser analisado sob o prisma da Constituição Federal. Saliente-se que não se trata apenas de estudar os institutos do direito de família que estão previstos na Carta Política, mas sim, de analisar a Constituição Federal em confronto com a legislação infraconstitucional e vice-versa, respeitando, acima de tudo, as normas fundamentais que protegem a vida e a pessoa.

É nesse cenário que Lei nº 11.804, de 06 de novembro de 2008, que instituiu os chamados alimentos gravídicos, ganha especial importância (BRASIL, Lei nº 11.804/08). Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, a lacuna legislativa neste país de apego ao positivismo sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos para os seres ainda não nascidos. Muitos operadores do direito não tinham boa vontade com a tese, haja vista que a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) exige a prova do parentesco ou da obrigação.

Entretanto, o presente trabalho científico visa alertar que em uma análise minudente do ordenamento jurídico brasileiro, em verdade, constata-se que há muito já estava consagrado, com supedâneo na Constituição Federal, o direito de nascer. A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, vem reafirmar a necessidade de se enxergar o nascituro como ser humano em formação, disto decorrendo a garantia do direito constitucional à vida.

Destarte, a intenção deste trabalho é fazer ecoar na comunidade jurídica a importância do tema, sem a menor pretensão, obviamente, de esgotar a discussão sobre o assunto. Sendo assim, pontos relevantes do estudo foram didaticamente identificados para uma melhor compreensão.

Primeiramente, é mister destacar o direito à vida como maior bem juridicamente tutelado, e, neste contexto, reconhecer ao nascituro esta garantia fundamental, fazendo alusão ao texto constitucional e aos regramentos infraconstitucionais aplicáveis à espécie, em especial, o Código Civil, a Consolidação das Leis Trabalhistas, o Código Penal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, até chegar à novel legislação sobre alimentos gravídicos.

Em seguida, visa este texto científico correlacionar o nascimento sadio com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, abordando a importância da fixação dos alimentos gravídicos como meio de garantir uma gestação regular e o nascimento sem intercorrências. Portanto, imprescindível a clássica diferenciação entre os institutos jurídicos pessoa e nascituro, bem como a abordagem sobre a aquisição da personalidade jurídica, perpassando pela análise, ainda que superficial, das teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

Por fim, destaca-se a questão da legitimidade para propor a ação de alimentos gravídicos, buscando a melhor exegese do texto da Lei nº 11.804/2008, por meio de uma interpretação teleológica, a fim de identificar o real beneficiário dos alimentos fixados durante a gestação.

2. A Importância da Constituição Federal como Vetor Normativo e a Constitucionalização do Direito Civil

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 constitui a lei fundamental do país, sendo o instrumento adequado para o alcance dos objetivos de proteção e promoção dos indivíduos.

Conceitualmente, destaca-se (DALLARI, 1986, p. 14) ao afirmar sobre a Constituição Federal:

É necessário um instrumento político-jurídico superior, que declare os direitos fundamentais de todos os indivíduos e que, ao mesmo tempo, estabeleça as regras de organização social e as limitações ao uso dos poderes político e econômico, impedindo que a sociedade se componha de dominantes e dominados.

Portanto, a Carta Magna representa a lei suprema do país, inspiradora das demais normas infraconstitucionais, justamente pelas dimensões fundamentais que ela incorpora, determinando, na visão de (CANOTILHO, 1997, p. 46), “a ordenação sistêmica e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder público”.

É também da Lei Fundamental que são extraídos os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro que vão orientar a aplicação do Direito aos casos concretos. Neste sentido, Ávila (2009, p. 97), leciona:

As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

O homem é um ser eminentemente gregário, que vive em busca de constante evolução. Daí dizer-se que as condições da vida em sociedade e as necessidades humanas se modificam velozmente, fazendo com que os fatores reais de poder careçam de ajustamento em virtude da realidade social cambiante.

Nas sábias lições de Passos (1999, p. 3), “a vida social pede instituições que inviabilizem ao máximo resultados negativos”, servindo o Direito, justamente, para ordenar a convivência em sociedade, e, em última análise, a decisão de conflitos de interesses.

Neste contexto, o Direito também sofre constantes reformas. Com efeito, se a ciência jurídica não se adequasse aos fins a que se propõe, evoluindo em compasso com a vida social, obviamente que frustrada restaria essa forma civilizada de composição dos litígios e de asseguuração dos direitos.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 teve importante papel na reestruturação do direito civil, tendo em vista que passou a tratar de diversas instituições atinentes ao direito privado, em vista da erosão sofrida por este ramo do direito ao longo dos tempos. Contribuiu, inclusive, de forma efetiva, para a ruptura da velha dicotomia entre direito público e direito privado antes existente na doutrina pátria, cedendo espaço para uma ideia de convergência e interação entre esses ramos da ciência jurídica, difundindo o intitulado fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Com efeito, o Código Civil de 1916 estava em descompasso com a realidade social que, em contínua evolução e transformação, já vivia sob a égide de novos valores e necessidades. Já não havia mais espaço para uma postura individualista e de patrimonialização das relações civis, em um flagrante excesso de formalismo que privilegiava o ter em detrimento do ser,

ENTRE ASPAS

perdendo o Código de Beviláqua a autossuficiência que consagrou as codificações do último século.

Inúmeras leis esparsas e microsistemas normativos, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, foram surgindo com uma linguagem mais palatável, a fim de compatibilizar as relações civis com os valores adotados pela Constituição Federal de 1988, fundados na socialidade e na dignidade da pessoa humana.

É nesse cenário que se destaca a importância do texto constitucional como vetor normativo para as leis a ele posteriores, marcando a Carta Magna, inquestionavelmente, o nascimento da ideologia do Estado Social no Brasil e “o início da ruptura dos paradigmas sobre os quais o pensamento pátrio foi construído” (EHRHARDT JUNIOR, 2009, p. 99).

Atualmente, portanto, vivencia-se a era do estudo do direito civil constitucional, que nada mais é do que o reconhecimento da irradiação dos efeitos das normas e dos princípios constitucionais a este ramo do direito, com a preocupação voltada à recondução do ser humano aos seus valores inatos (FACHIN, 2001).

Desta forma, a redução da pessoa à condição de sujeito da relação jurídica (coisificação) vem sendo reformulada, especialmente depois do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor-fonte, instaurador de uma nova perspectiva para as relações intersubjetivas.

A este processo de valorização do indivíduo, pautado em sua dignidade, FACHIN (2001, p. 190) denomina repersonalização das relações civis, afirmando que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”, que funciona como “leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.”

De fato, o Código Civil de 2002 pauta-se nos princípios: da eticidade, visando a conformação de toda e qualquer relação civil com os valores éticos, a fim de fomentar a confiança entre os envolvidos; da socialidade, primando pela solidariedade e justiça social; da operabilidade, constituindo-se em um sistema lastreado em cláusulas gerais, que amplia o poder do magistrado, permitindo a solução de novos problemas que surgem diuturnamente no meio social.

Tudo isso somente enfatiza que o direito civil moderno tem como centro de preocupação a pessoa, e, como objetivo, uma justiça distributiva, em franca inspiração na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

A este respeito, Ehrhardt Jr. (2009, p.102) ensina que:

A perspectiva culturalista de Miguel Reale nos permite vislumbrar o fenômeno jurídico sob a óptica do aplicador do direito, ressaltando a importância do meio em que as decisões são prolatadas porquanto influenciadas pela cultura, experiência e história dos envolvidos e da própria sociedade.

Mas não é só. Com a intenção ainda de fazer ecoar as garantias fundamentais insculpidas na Lei Maior, algumas leis extravagantes surgiram, a exemplo da Lei dos Alimentos Gravídicos, objeto do presente estudo, tendo como pilares a necessidade de garantia do bem maior (vida) e a promoção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CF/88).

É sob este aspecto que deve ser interpretada a Lei nº 11.804/2008: como uma legislação ordinária subordinada a um corpo normativo superior (BRASIL. Constituição (1988), que,

consagrando valores essenciais, deve ter especial atenção por parte dos operadores do direito.

Sua interpretação não pode ser açodada, literal, mas teleológica, buscando os fins sociais a que ela se destina, nos termos do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICCC). Nas sábias palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2002, p.69):

A interpretação judicial, sempre com fundamento no já mencionado dispositivo, busca também atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento histórico em que está sendo aplicada.

Em resumo, se é na Constituição Federal de 1988 que se encontram hoje definidos os valores e os princípios basilares dos mais importantes institutos do direito privado (a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), é inquestionável a sua

importância como vetor normativo. E, nesta senda, a lei de alimentos gravídicos visa, em última análise, consagrar o respeito ao núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias, previstos na Constituição Federal, que não pode, em hipótese alguma, ser violado.

3. A Clássica Distinção entre Pessoa, Nascituro e Prole Eventual

O *caput* do art. 5º, da CF/88 estabelece a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo certo que a norma infraconstitucional veda a prática de abortamento, tipificando o aborto como crime (art. 124 a 127 do Código Penal), salvo nas hipóteses das excludentes previstas no art. 128, do mesmo diploma legal (aborto necessário ou terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; aborto no caso de gravidez decorrente de estupro), ou, ainda (com base em ensinamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais) a interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Da análise do Texto Constitucional fica bastante evidenciado que o Constituinte foi de boa técnica legislativa ao incluir o direito à vida no rol dos direitos e garantias fundamentais, listando-o como primeiro bem jurídico merecedor de tutela por parte do Direito. Com efeito, a vida é, sem dúvida, o maior bem juridicamente tutelado por uma razão óbvia: se a vida não for preservada, de nada adianta assegurar os demais direitos, pela falta de titular.

Neste sentido, Elios (2009, p. 11) enfatiza que a relevância que se coloca à discussão é saber se o direito à vida deve ser garantido ou não aos não nascidos. Tocando neste ponto, imperioso fazer alusão à clássica distinção entre três institutos jurídicos diversos, a fim de melhor estabelecer as diretrizes do presente trabalho: a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual.

A pessoa física ou natural seria aquele (ser humano) que nasce com vida (art. 2º, do CC/2002), passando a ser sujeito e destinatário de direitos e obrigações no mundo civil. O surgimento da pessoa física ou natural, portanto, dar-se-ia com o nascimento com vida, vale dizer, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório.

Desta forma, o ato de respirar marcaria o início da pessoa natural, fazendo com que, mesmo vindo a falecer segundos após, tenha surgido para o direito, situação facilmente detectável pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, a fim de dissipar eventual dúvida.

Por sua vez, como leciona Lotufo (2003, p. 13), “o vocábulo nasciturus significa que está por nascer, que deverá nascer.” Seria o ente concebido e nidado, ou seja, a origem da vida

humana, após a fusão dos gametas (com a união do óvulo ao espermatozóide), formação do zigoto ou embrião, que se prende e se desenvolve nas paredes do útero materno.

Por fim, prole eventual seria um instituto criado pelo direito, consistente na possibilidade de se testar em favor de filho ainda não concebido (art. 1799, inciso I, do CC/2002) e este ser chamado a suceder, como esclarece Ehrhardt Jr. (2009, p. 125), “se for concebido em até dois anos contados da morte do testador”.

No caso de prole eventual (ou concepturo), portanto, não há sequer concepção. Atualmente, após avanço da genética, tem-se a discussão acerca da aplicabilidade ou não da norma relativa à prole eventual aos embriões mantidos em laboratórios, frutos de reproduções assistidas. Nestes casos, apesar de concebidos artificialmente, ainda não estariam nidados, não sendo, tecnicamente, nem nascituro nem prole eventual, havendo posições doutrinárias sobre a possibilidade de aplicação do art. 1799, I, do CC/2002 por analogia.

Discussões essas à parte, volta-se ao que interessa para o presente estudo: o direito à vida é restrito aos seres já nascidos ou deve ser estendido ao nascituro? Ou ainda: o nascituro já pode ser considerado pessoa?

3.1. As Teorias sobre o Surgimento da Pessoa Humana

Para tentar uma resposta ao questionamento proposto, deve-se partir da análise das teorias que buscam explicar a origem da pessoa humana para o direito, e, por conseguinte, a natureza jurídica do nascituro.

Como já assinalado, a doutrina clássica não considera o nascituro como pessoa-indivíduo, uma vez que entende imprescindível, para a obtenção do status de pessoa, o nascimento com vida.

Tal situação, entretanto, gera uma série de judiciosas discussões, haja vista que o Código Civil de 2002, no mesmo dispositivo legal (art. 2º), resguarda os direitos do não nascido, reacendendo antiga controvérsia do direito de família pátrio: saber qual a teoria adotada pelo sistema brasileiro, no tocante ao surgimento da pessoa humana (teoria natalista, concepcionista ou da personalidade condicional).

Para os defensores da teoria natalista, ao nascituro não se deve atribuir a existência de personalidade, apesar de lhe ser permitido o exercício de atos destinados à salvaguarda de direitos. Em posição que o inclui como adepto da teoria natalista, Fiuza (2003, p. 110) enfatiza que a personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida, permanecendo por toda a sua existência, afirmando que “todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce, até o momento em que morre”. Trata-se da mesma linha de pensamento de Agostinho Alvim em sua época, sintetizada - pelo novamente citado Lotufo (2003, p. 13) - da seguinte forma: “com o nascimento o ser humano entra para o mundo jurídico como elemento de suporte fático, em que o nascer é o núcleo”.

Em suma, a teoria natalista afirma que o não nascido não tem personalidade jurídica, e, não sendo pessoa, possui em regra expectativa de direitos. Nascendo com vida é que adquirirá personalidade jurídica, passando a ser titular em plenitude de direitos e deveres, inclusive, os de natureza patrimonial, na forma observada por Pereira (2001, p.79):

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado

potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito.

Tese diametralmente oposta é a consagrada pela teoria concepcionista, hoje defendida com veemência por novos civilistas, a exemplo de (ALMEIDA, 2000; FARIAS e ROSEVALD, 2008; GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002).

De influência do direito francês, os adeptos da teoria concepcionista sustentam que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, e que esta seria o termo inicial para surgimento da pessoa, uma vez que, a partir de tal momento, uma vida distinta se forma independente organicamente da sua genitora. O nascituro seria, portanto, já uma pessoa que está por nascer, e que, por tal motivo, possui personalidade jurídica desde a concepção.

Com propriedade, Lotufo (2003, p. 13) observa que estudos vêm sendo desenvolvidos pelo professor Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma, no sentido de reconhecer a paridade entre nascituro e a pessoa já nascida, não por mera ficção do direito, mas por uma questão de interpretação teleológica da norma.

Por sua vez, Martins-Costa (2002, p. 410-411) leciona que o referencial que se tinha sobre pessoa derivava da época das codificações. Portanto, oriundo de valores de ideais burgueses, relacionados ao capitalismo, sendo, conseqüentemente, concebida e difundida por séculos posteriores a noção de pessoa como mero elemento de relações jurídicas, sob a ótica da superada visão patrimonialista (indivíduo, sujeito capaz de ser titular de direitos, coisificação).

“Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento de técnica do Direito [...]” (MARTINS-COSTA 2002).

Isso explicaria a resistência de parte da doutrina em aceitar o fenômeno da repersonalização do direito como forma, inclusive, de resgate do ser humano. Entretanto, viu-se que o princípio da dignidade da pessoa humana instaurou uma nova ordem constitucional com reflexos em todo o ordenamento jurídico brasileiro, ensejando a intitulada despatrimonialização do direito civil defendida por Perlingieri (2002, p. 33), consistente em uma tendência normativa-cultural marcada pela superação do individualismo e pela superação da patrimonialidade.

As bases da doutrina concepcionista são a Constituição Federal (que assegura o direito à vida enquanto garantia fundamental, cláusula pétrea) e legislações infraconstitucionais, tais como o Código Civil (que salvaguarda direitos ao nascituro), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – art. 7º (que garante a assistência pré-natal, visando o regular e sadio desenvolvimento do feto), e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – arts. 391 a 395 (que também consagra a proteção do nascituro ao tutelar a estabilidade da empregada gestante).

Nesta senda, Ehrhardt Jr. (2009, p. 119) enfatiza:

Os partidários da corrente concepcionista sustentam que o sistema jurídico brasileiro reconhece diversos direitos ao nascituro, a começar pelo texto

ENTRE ASPAS

constitucional, que lhe assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*), donde decorre o direito à assistência pré-natal e a vedação à prática de abortamento. Também é possível considerar o nascituro beneficiário de estipulação em favor de terceiro (seguro de vida, por exemplo). Além disso, ao nascituro confere-se a capacidade para figurar numa relação processual para reclamar alimentos, buscar o reconhecimento de sua origem genética (mediante investigação de paternidade) e pleitear reparação de danos (decorrente de negligência ou imperícia médica durante o pré-natal ou parto, por exemplo). Não fosse isso o bastante, existe a possibilidade de o nascituro figurar como sujeito passivo de obrigação tributária, como no caso de receber doação, hipótese em que figura como contribuinte do imposto de transmissão *inter vivos*.

Em resumo, a teoria concepcionista defende que o nascituro pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, afirmando, inclusive, que este não tem mera expectativa de direitos. Os conceptionistas advogam a tese de que o não nascido é titular de direitos personalíssimos, sem ressalvas, e que, no que tange aos direitos patrimoniais, não se deve restringir a discussão à titularidade destes, mas ampliá-la para os efeitos deles decorrentes e que alcançam o nascituro. Daí porque assevera Almeida (2000, p. 160):

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-la. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Questão interessante é a posição de Teixeira de Freitas a respeito. Como lembrado por Gagliano e Pamplona Filho (2002, p.89), o saudoso civilista “preferia a expressão pessoa de existência visível, acolhida pelo Código Civil da Argentina (arts. 31 e 32), para caracterizar a pessoa natural.” Mais adiante, em nota de rodapé nº 10, esclarecem os autores que Teixeira de Freitas era concepcionista, aliás, citando o texto constante do art. 221, do esboço de código civil por ele rascunhado à época, em que se lê, expressamente, que a existência visível das pessoas começa desde a concepção no ventre materno. Desta forma, a teoria concepcionista afasta a necessidade de sobreviver após parto feminino para configuração da pessoa e, conseqüentemente, para a aquisição da personalidade jurídica.

A terceira teoria existente no direito brasileiro é a teoria da personalidade condicional. Apesar de não ter o relevo das duas teorias anteriores, os seus defensores entendem que o nascituro tem personalidade jurídica condicionada ao nascimento com vida. Vale dizer, somente se nascer vivo é que a personalidade jurídica retroage ao momento da concepção, apesar de existir um sistema protetivo dos direitos do nascituro.

Neste sentido, Wald (2002, p. 118) sustenta:

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção explica-se, pois há nele

uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Para os adeptos da teoria da personalidade condicional, deve-se ter uma nítida divisão entre as espécies de direitos do nascituro juridicamente tutelados. Quanto aos direitos personalíssimos, o nascituro teria assegurada a proteção e o gozo, sendo certo que nunca exercitável por ele diretamente, mas por seu representante legal. No tocante aos demais direitos, em especial, os patrimoniais, somente poderia exercê-los quando se implementasse a condição suspensiva capaz de conferir-lhe personalidade plena (o nascimento com vida).

A doutrina da personalidade condicional, entretanto, encontra posição ferrenha da teoria concepcionista, que alerta para a distinção que se deve fazer, quanto aos direitos patrimoniais, entre os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos. Assim entende ALMEIDA (2000, p.81):

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Das três posições acima mencionadas, entende-se que a mais harmônica com a Constituição Federal é a teoria concepcionista, por respeitar em plenitude o direito fundamental à vida, conforme fundamentação a seguir esposada.

3.2. O Nascituro e o Direito Constitucional à Vida

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510/DF), travou debate sobre as questões aqui examinadas, valendo a transcrição de trechos do voto do relator, o Ministro Carlos Ayres de Britto:

(...) 19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil” (...) Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica (...) Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte. (...) 22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a

ENTRE ASPAS

nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala de “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo) (...) E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (...) e até dos direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do parágrafo 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (...) Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tratativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final desta metamorfose. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. (...) 24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* e, nessa condição, dotada de compostura física e natural. (...) a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (...) direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”.[...]

Para Sua Excelência, a vida daquele que está por vir goza apenas de proteção infraconstitucional (direito de nascer), na condição de sujeito de direito despersonalizado, por derivação da tutela que a Constituição Federal dispensa à pessoa-indivíduo. A posição do Ministro, seguida por maioria dos pares, é que o direito brasileiro adotou a teoria natalista para marco do surgimento da pessoa, e mais, somente o sujeito de direito personificado (nativo) tem a vida enquanto valor assegurado constitucionalmente.

Ao nascituro restaria o reconhecimento, pela legislação infraconstitucional, da expectativa de adquirir o *status* de pessoa, tal como uma semente tem a expectativa de virar uma planta, uma lagarta de se transmutar em crisálida e esta de formar uma borboleta...

Entretanto, a posição ora defendida é completamente diversa, não só pelo fato de perfilhar a teoria concepcionista, mas por entender que uma interpretação harmônica da Lei Fundamental não resulta em outro caminho.

Como bem adverte Perlingieri (2002, p. 11), é imprescindível o reconhecimento da “preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário”, no qual a hierarquia das fontes deixa de ser apenas uma certeza formal, passando a consagrar uma lógica substancial, isto é, a necessidade de se respeitar valores relevantes para a sociedade. A esse respeito Cordeiro (2007, p.73) pondera,

Os direitos fundamentais podem ser absorvidos sob a égide de um sentido formal e material. No sentido formal o simples fato da inserção no texto constitucional impõe a consagração formal desses direitos. Materialmente, são considerados fundamentais por representarem os princípios mais relevantes da comunidade.

Desta forma, se no modelo constitucional brasileiro é indiscutível a importância da vida enquanto matriz de todos os demais direitos, é mister que, em respeito a esse direito jusfundamental, haja todo um leque de proteção, começando por reconhecer o nascituro como pessoa humana, não sendo admissível a eleição de critérios diferenciadores de proteção a um mesmo direito (vida) apenas por estar no útero materno ou fora dele.

Basta verificar que a Magna Carta estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º); estabelece a vida como uma das garantias fundamentais (art. 5º); assegura a proteção do trabalho, em especial, proibindo empregadores de promoverem despedidas arbitrárias e criando a estabilidade provisória de gestantes (inciso I, do art. 7º c/c o art. 10, da ADCT).

Toda essa gama de proteção constitucional tem irradiado na atividade legiferante, fazendo com que as normas infraconstitucionais sejam concebidas de acordo com esses valores, coisa que não poderia ser diferente, sob pena de inconstitucionalidade. Daí as disposições protetivas constantes do Código Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência pátrias são sólidas no sentido de proteger os direitos do nascituro, principalmente, tutelando o não nascido como “forma de preservar sua dignidade e propiciar meios para uma vida decente”, observa Simões (2010, p. 4, online).

Neste contexto, julgando o Agravo de Instrumento nº 70024004756, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Alzir Felipe Schmitz, reconheceu que o nascituro tem direito à vida e à saúde, devendo o Estado garantir os meios necessários à proteção dos referidos bens jurídicos, conforme decisão publicada em 24/04/2008, ementada da seguinte forma:

Agravo de instrumento. Exame médico. Nascituro. Direito à saúde assegurado na Constituição. Considerando que a vida do nascituro é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos correspondentes ao exame médico necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196 e art. 241 da CE), não merece reforma a decisão que determina a indicação de local para a realização do exame, sob pena de retenção dos valores necessários para tanto. Negado provimento ao recurso, de plano.

Também afirmando o caráter cogente das normas de proteção à maternidade e ao nascituro, o direito trabalhista prevê a estabilidade provisória da empregada gestante, tratando da impossibilidade de despedida sem justa causa em casos que tais, justamente por reconhecerem a necessidade de amparar o direito à vida do não nascido, dando meios materiais à genitora para propiciar o regular desenvolvimento do feto no momento em que a mesma se encontra fragilizada e limitada fisicamente para determinados trabalhos.

Registre-se que o legislador objetivou tutelar o direito do nascituro, ciente de que a

ENTRE ASPAS

própria gestante poderia desconhecer o seu estado ao ser dispensada, o que reforça ainda mais a tese de que o não nascido goza da mesma proteção constitucional dispensada ao nativo. Com efeito, tanto se garante o emprego da genitora na fase pré-natal, a partir da confirmação da gravidez (tutelando-se, portanto, o nascituro), quanto na fase pós-parto, protegendo-se o recém-nascido nos cinco meses subsequentes ao nascimento, não se fazendo qualquer distinção entre o grau de proteção à vida de um ou de outro.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – (art. 391 a 395) está, assim, em perfeita harmonia com os ditames da Lei Maior, sendo certo que a estabilidade da gestante dá efetividade às normas constitucionais que garantem o direito à vida desde a concepção.

Neste sentido, a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em recente julgamento do Recurso de Revista nº 167700-24.2004.5.02.0052, publicado em 12/03/2010, sob a relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, assim se posicionou:

ESTABILIDADE - EMPREGADA GESTANTE - DESCONHECIMENTO DO EMPREGADOR - ESTABILIDADE CONDICIONADA A REQUISITO PREVISTO EM INSTRUMENTO COLETIVO. O art. 10, II, alínea - b - do ADCT, é categórico no sentido de que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Infere-se desse dispositivo que o direito à estabilidade tem início com a gravidez da empregada, não exigindo o conhecimento dessa condição pelo empregador. Assim, também não se pode admitir que norma coletiva imponha condições para a aquisição da estabilidade prevista na Carta Maior, haja vista se tratar de garantia constitucional conferida à empregada gestante, tendo como beneficiário o nascituro. Recurso de revista conhecido e provido.

Também é por isso que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/90), adotando a teoria da proteção integral, não hesita em dispensar a mesma proteção ao nascituro e ao ser já nascido e – ainda – em condição especial de desenvolvimento (art. 7º). Neste sentido, arguta a observação de Ishida (2009, p. 16), ao afirmar que “a criança e o adolescente possuem direito à vida, incluindo o direito ao nascimento, inclusive como preceito constitucional (art. 227 da CF)”, de maneira que a Lei Maior, ao assegurar a prioridade absoluta à proteção dos direitos da criança e do adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, impõe uma obrigação (um dever), e não mera faculdade.

Portanto, a melhor interpretação do art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao explicitar a garantia ao próprio nascimento com vida, não é outra senão reconhecer o direito do nascituro à vida, em perfeita conformidade com os preceitos constitucionais.

Não se pode conceber diferença real entre o direito de nascer e o direito à vida, haja vista que, nas sábias lições de Bruno (1978, p. 155), “A proteção que o Direito concede à vida humana vem desde o momento em que o novo ser é gerado.” Desde a concepção, portanto, deve-se garantir meios para que o seu processo de plena formação seja indene de obstáculos, pois, no arremate do saudoso jurista, desde então, tem-se “por um ser humano esse homem em formação.”

É imperioso reconhecer, destarte, que o não nascido tem direito constitucional à vida, riqueza ontica, admitindo-se, na ciência jurídica, a distinção entre os termos pessoa física e nascituro apenas para efeito de designar a fase da vida em que se encontra o ser humano, sendo inegável que ambos sejam tutelados com o mesmo grau de importância.

Com efeito, o direito não pode dissociar vida (no sentido biológico, que se inicia com a concepção) de dignidade, para criar um *tertium genus*: vida digna. Vale dizer, é inconcebível sustentar que o direito à vida (com dignidade) seja restrito aos que sobrevivem ao parto, desde quando se assegura o direito de nascer por uma gama de proteção que decorre não só da legislação infraconstitucional, mas, acima e antes de tudo, da própria Lei Maior.

Enfatiza Moraes (2006, p.15), de acordo com os postulados filosóficos de Kant, que é contrário à dignidade da pessoa humana tudo o que for capaz de reduzir a pessoa à condição de objeto. Na adequada visão da autora, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não deve ser visto como mero postulado que assegura um tratamento não degradante às pessoas e que estabelece um feixe de proteção à integridade física do ser.

Além disso, serve para tutelar a vulnerabilidade humana onde quer que ela se apresente por força dos valores ético-jurídicos presentes nos princípios constitucionais. Assim, reafirma-se, o nascituro deve ser visto como pessoa, sendo merecedor de toda proteção dispensada aos já nascidos, não se justificando qualquer distinção de tutela em razão do estágio da vida em que se encontra.

Os alimentos, portanto, devem ser compreendidos sob a ótica civil-constitucional, representando importante ferramenta para garantir a subsistência digna daqueles que deles necessitam.

O aplicador do Direito jamais deve esquecer da simbologia traçada por Lorenzetti (1998, p. 45), por meio da qual o direito privado representaria o sistema solar em que o sol é a Carta Magna e o Código Civil é o planeta principal. Em torno deste estariam os satélites (microsistemas jurídicos ou estatutos importantes ao estudo do direito das famílias), devendo-se buscar sempre desse *Big Bang legislativo* o diálogo das fontes.

É neste cenário que a Lei nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos) vem como mais uma ferramenta de assecuração do direito fundamental à vida com dignidade, do qual também é sujeito o nascituro, resguardando o saudável desenvolvimento do feto-pessoa para garantir o seu direito de gozo em plenitude da vida após o nascimento.

4. Os Alimentos Gravídicos como uma das Ferramentas de Garantia do Direito à Vida

A Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008) reascendeu a discussão no que diz respeito ao início da personalidade humana. Entretanto, não fez nada que não houvesse previsão no Código Civil de 2002 (salvaguarda dos direitos do nascituro – parte final, art. 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/90, art. 7º) e na Consolidação das Leis Trabalhistas (proteção à maternidade, tutelando-se também o não nascido – arts. 391 a 395), normas infraconstitucionais, concebidas e/ou recepcionadas de acordo com os valores e princípios norteadores do Estado Democrático de Direito inseridos na Constituição Cidadã (CF/88), que garante o direito à vida (art. 5º), a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º).

Neste contexto, a Carta Magna impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, dentre outros (art. 227), direito este que abrange não só os nativos, mas também os nascituros, conforme se demonstrou nos tópicos anteriores.

Portanto, tendo o nascituro direito à vida, porque pessoa humana desde a concepção, a concessão de alimentos para o não nascido constitui um dos importantes mecanismos de garantia deste direito.

4.1. O Impacto da Lei Nº 11.804/2008 na Comunidade Jurídica Brasileira

Em que pese a doutrina e a jurisprudência pátrias já defendessem a possibilidade de se estabelecer alimentos para o nascituro antes mesmo da novel legislação, a Lei de Alimentos Gravídicos, ainda que tenha algumas imperfeições, trouxe avanços para a sociedade brasileira. Com efeito, a partir do novo texto legal, a academia voltou a debater sobre temas importantes do Direito, destacando-se algumas mudanças de postura.

O primeiro avanço diz respeito ao afastamento do óbice anteriormente mencionado por muitos magistrados, em um país de cultura exacerbada ao positivismo legalista, que não reconheciam o direito do não nascido a alimentos. A esse respeito, Dias (2010, p. 528) pontua,

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Assim, em muito boa hora foi preenchida a injustificável lacuna. Trata-se de um avanço que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos.

Outro avanço verificado diz respeito ao reacendimento de discussões sobre o surgimento da pessoa humana, dando especial enfoque às teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional já estudadas.

E neste aspecto, serviu, sem dúvida, como fonte de inspiração para que alguns posicionamentos fossem revistos, inclusive, tendo sido elemento fundamental para a escolha da temática deste trabalho. Nesta senda, muitos defensores da teoria natalista, posteriormente, reviram seus posicionamentos, verificando a necessidade de o ordenamento encontrar uma adequação capaz de propiciar uma efetiva tutela jurídica ao nascituro, demonstrando a perfeita compreensão de que o Direito evolui velozmente para acompanhar a realidade social, não havendo que se falar em uma verdade estanque. Com efeito, mesmo antes de promulgada a lei de alimentos gravídicos, juristas de escol já defendiam que a obrigação alimentar podia ter início antes mesmo do nascimento com vida, na fase de gestação, reconhecendo a proteção jurídica concedida ao nascituro (FARIAS E ROSENVALD, 2008, p. 625).

Assim também já entendia Veloso (2003, p. 15):

A obrigação alimentar existe, a meu ver, desde a concepção, e não só por princípios humanitários. O nascituro tem direito à vida, e direito próprio a alimentos, entendendo-se, aqui, remédios, despesas médicas e, em geral, necessidades pré-natais, além da hospitalização e parto.

Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 93/94) também verberavam:

Defendemos ainda o entendimento no sentido de que o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação

A REVISTA DA UNICORP

expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para o seu regular desenvolvimento.

Mesmo entendimento passou a adotar Pereira (2006, p. 517):

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste em direito à própria vida e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação no seu ventre.

Da mesma forma, o direito à vida antes mesmo do nascimento já era defendido por tribunais brasileiros anteriormente ao advento da lei de alimentos gravídicos, reconhecendo-se a necessidade de garantir o saudável desenvolvimento do nascituro. Em sede da Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Duarte de Paula, em 10/03/2005, assim decidiu:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante.

No Agravo de Instrumento nº 70017520479, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguindo entendimento do relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em 28/03/2007, pontuou:

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

Assim, a Lei dos Alimentos Gravídicos veio para vencer a antes injustificável barreira, reafirmando a necessidade de se proteger a vida humana desde a concepção.

4.2. A Finalidade dos Alimentos Gravídicos

Na lição de Cahali (2009, p. 16), “constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo”.

Portanto, destaca-se nitidamente o caráter assistencial dos alimentos, haja vista que,

ENTRE ASPAS

em regra, abrangem não só o indispensável à sobrevivência da pessoa que deles necessita, para abranger outras necessidades, tais como vestuário, assistência médica, lazer, habitação, instrução e educação (arts. 1694 e 1920, do CC/2002). Daí porque, com maestria, sintetiza Gonçalves (2010, p.481), “A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência”.

Entretanto, viu-se que a vida existe desde a concepção. Sendo assim, a obrigação alimentar advém antes mesmo do nascimento, emanando-se da proteção jurídica que o ordenamento pátrio concede ao nascituro, em especial, para garantir o próprio direito fundamental à vida consagrado na Lei Maior. A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, vem como uma das ferramentas para a materialização deste direito. Na arguta definição de Perlingieri (2002, p. 10), trata-se de típica legislação ordinária com plena legitimidade constitucional, definida como aquela que é fruto de “uma adequada reflexão sobre o papel global que o Texto Constitucional exerce na teoria das fontes do Direito Civil”.

Afinal, em vista de uma gestação, há grande probabilidade de que o parto seja a termo, vindo o bebê a nascer com vida, sendo lúcidas as ponderações de Farias e Rosenvald (2010, p. 710), ao mencionarem:

De fato, existem despesas necessárias à perfeita realização do pré-natal, destinando-se a garantir a vida do concebido. Ou seja, durante a gravidez são incontáveis as situações materiais que exigem a participação do pai. São gastos com saúde, alimentação, medicamentos, despesas hospitalares com maternidade..., sem contar a preparação do (necessário) enxoval do bebê, como na hipótese do vestuário e da assistência pediátrica, que não podem ser exclusivos da genitora.

Não há mais lacuna legislativa a respeito do tema. Mesmo sem a prova da relação filial, haja vista que ainda em fase de gestação o alimentando, a Lei nº 11.804/2008, em seu art. 2º, reafirma o princípio constitucional da paternidade responsável ao obrigar que o suposto (mas, substancialmente, provável) genitor contribua com sua cota-parte nas despesas, a fim de propiciar o desenvolvimento das funções vitais do feto, assim definindo:

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

Portanto, da mesma forma em que os alimentos civis em geral não se destinam exclusivamente à alimentação, os alimentos gravídicos correspondem à obrigação estabelecida judicialmente para fazer frente com todas as despesas necessárias no período compreendido entre a concepção e o parto. Neste contexto, vale registrar que o rol constante do *caput* do art. 2º, da Lei nº 11.804/2008, não é taxativo, sendo certo que a própria norma, de caráter aberto, estabelece que, além das necessidades enumeradas, os alimentos gravídicos podem ser concedidos para cobrir “outras que o juiz considerar pertinentes”.

Destarte, a Lei de Alimentos Gravídicos vem reafirmar o reconhecimento do não nascido como um ser humano em formação, que tem vida com características próprias. Consagrado como pessoa humana, o nascituro é destinatário de direitos,

principalmente dos intitulados direitos fundamentais. Esta, portanto, é a real finalidade dos alimentos gravídicos: a proteção da pessoa humana e dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, em especial, o direito à vida, consagrando o viés do direito civil constitucional, na medida em que garante ao nascituro o aparato necessário para que a sua vida traspasse os limites do útero materno.

4.3. O Real Destinatário da Novel Legislação

Como visto, apesar de alguns tribunais terem enfrentado a matéria, garantindo o direito ao nascituro a alimentos antes da lei 11.804/2008, a regra e a *praxe* forense era deflagrar-se a ação de alimentos somente após o nascimento da criança e o reconhecimento da paternidade. Isto porque a legislação específica (Lei nº 5.468/68) exige a prova documental do parentesco, contendo a relação filial bem definida, apontando os genitores da criança, além dos demais dados dos ascendentes.

Assim, de posse da certidão de nascimento, contendo a filiação, acionava-se a pessoa obrigada, pleiteando os alimentos. Quando não se tinha a prova documental da relação de parentesco, o caminho era o ajuizamento de investigatória de paternidade cumulada com alimentos. Não é que agora o rito para pleitear alimentos dos filhos menores em relação aos pais tenha mudado. De maneira alguma. As ações de alimentos continuam a exigir a prova do parentesco para serem processadas e julgadas. A diferença é que, atualmente, também por expressa disposição legal, normatizou-se algo que já estava mais do que implícito no ordenamento jurídico brasileiro: a possibilidade de concessão de alimentos durante a gestação.

Entretanto, a Lei nº 11.804/2008 foi promulgada com algumas imperfeições, como por exemplo, o prazo de cinco dias para a resposta do réu (já que, no mais, aplica-se o procedimento da lei de alimentos), e a legitimidade para a propositura da ação. Por ter estreita correlação com a temática deste trabalho, passa-se à análise deste último ponto, questionando-se: a quem se destinam os alimentos gravídicos?

Uma interpretação literal do art. 1º, da Lei 11.804/2008, conduz à falsa constatação de que o direito a alimentos gravídicos seria da mulher gestante, o que se tem como absolutamente equivocado, aliás, conforme toda a fundamentação já exposta.

Com efeito, defende-se que a vida existe a partir da nidação e desenvolvimento do feto no útero materno, colhendo das sábias lições de França (1988, p. 48), que o nascimento não pode ser condição de aquisição de personalidade, porque esta já existe desde a concepção do nascituro e a capacidade jurídica apenas se consolida com o nascimento.

Vasconcelos, citado por Madaleno (2009, p.6), enfatiza:

Não há como olvidar se trate o nascituro de um ser humano vivo e merecedor de toda proteção jurídica, pois, ele não é uma víscera da mãe, é um ser vivo em desenvolvimento e, se o próprio cadáver tem um regime jurídico de proteção, cujos direitos da personalidade quanto ao nome, à imagem e à sepultura lhe são dispensados, não há como negar a humanidade do nascituro.

ENTRE ASPAS

Neste contexto, discorda-se do posicionamento de Dias (2010, p. 527-529) quando afirma que a legitimidade ativa para as ações de alimentos gravídicos é da gestante, quem promove a ação em nome próprio. Para a aludida autora, o nascituro somente pode pleitear alimentos por meio de ação investigatória de paternidade, o que *data venia* é um argumento que não se sustenta, até mesmo, pelas próprias ponderações da brilhante jurista, segundo quem o nascituro tem mais do que simples interesses em jogo, mas direitos reconhecidamente protegidos antes mesmo do nascimento.

Portanto, não se vislumbra qualquer diferenciação substancial entre os institutos alimentos para o nascituro e alimentos gravídicos, sendo expressões jurídicas com o mesmo alcance e finalidade. Ademais, na linha de intelecção desfilada, a garantia dos alimentos desde a concepção significa a consagração da teoria concepcionista como a que melhor se amolda aos valores constitucionalmente consagrados, em especial, por levar em conta que o nascituro não é meramente uma parte do corpo da mãe, mas sim um ser humano autônomo. A este respeito, Farias e Rosenvald (2008, p. 546) ponderam:

Percebe-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana) reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, a legitimidade ativa do nascituro exsurge indubitosa porque o art. 2º da Lei Civil lhe reconhece direitos e, por conseguinte, nada mais natural que disponha de meios para defendê-los.

O fato de o nascituro depender da genitora para que permaneça se desenvolvendo e para que a sua vida – já concebida – venha a romper as barreiras do útero não pode, jamais, ser tido como primordial para reconhecer como da gestante o

direito aos alimentos gravídicos. Com efeito, ainda que se reconheça uma imantação entre as necessidades do alimentando e da gestante, tem-se de forma inequívoca que o real fundamento para a concessão dos alimentos gravídicos (a *mens leges*) é a proteção à vida do nascituro. Do contrário, não seriam devidos, em regra, alimentos à mulher, haja vista que o deferimento desta espécie de alimentos depende da demonstração, por todos os meios de prova em direito admitidos, da existência de indícios suficientes da paternidade (art. 6º). Assim é que, observa Gonçalves (2010, p. 556):

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída com a comprovação da gravidez e dos indícios de paternidade do réu (por exemplo, cartas, *emails* ou outro documento em que o suposto pai admite a paternidade; comprovação da hospedagem do casal em hotel, pousada ou motel, no período da concepção, fotografias que comprovem o relacionamento amoroso do casal no período da concepção etc.)

Conclui-se, portanto, que o destinatário real dos alimentos gravídicos não é a gestante, mas sim o nascituro, ainda mais porque, para a sua fixação, levam-se em conta as despesas adicionais necessárias para cobrir as despesas durante a gravidez, e não as despesas ordinárias da mulher (*caput* do art. 2º).

Atentando-se para a efetivação do pré-natal, primordialmente, levam-se em consideração

todas as necessidades do feto, visando o seu sadio e regular desenvolvimento, ainda que supletivamente haja a proteção ao estado peculiar da gestante, que tem suas funções orgânicas e psíquicas completamente alteradas pela gravidez. Defender o contrário seria compactuar com verdadeiro retrocesso, haja vista que há muito os tribunais brasileiros vinham reconhecendo, ainda que de forma pontual, a legitimidade ativa *ad causam* do nascituro, representado pela mãe gestante, para materializar seus direitos.

Por fim, a própria Lei nº 11.804/2008 estabelece, no parágrafo único, do art. 6º, que após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, o que enfatiza ainda mais que não é a gestante a real beneficiária da obrigação alimentar especial. Em outras palavras, o reconhecimento do estado gestacional é que depende da presença do nascituro no ventre materno. Não fosse a confirmação da gravidez, impossível seria o pleito de alimentos gravídicos, de maneira que negar tal direito ao nascituro é negar o próprio direito fundamental à vida (ANGELUCI, 2009).

5. Considerações Finais

A normativa constitucional, além de regra hermenêutica, deve ser também considerada como norma de comportamento, tendo eficácia frente às relações intersubjetivas, principalmente, quando visam proteger os direitos fundamentais. Daí a importância da Constituição Federal de 1988 como vetor normativo e como fonte para aplicação equânime dos direitos na sociedade, destacando-se o seu importante papel na modificação de toda a tábua axiológica do direito privado, em especial, o direito das famílias.

Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República, o Texto Constitucional trouxe a necessidade de resgatar o respeito pelo ser humano, que passou a ter mais importância nas relações civis em detrimento das questões patrimoniais, em especial porque sobrelevou-se a sua condição de sujeito de direitos e obrigações. Este o formato no (novo) Código Civil e demais legislações esparsas, não cabendo espaço para posicionamentos outros que desconheçam o fenômeno da repersonalização do direito, com a consagração do estudo do direito civil constitucional. Sob esta ótica, tem-se que a tutela jurídica do nascituro, inclusive, o reconhecimento e preservação de seus direitos, emana da proteção constitucional do direito à vida, sendo não mais uma mera proposição, mas uma realidade.

O nascituro é o ser humano já concebido, mas, ainda, não nascido, o que, de maneira alguma, pode ser encarado como uma *capitis deminutio*. Ao contrário, já tem vida autônoma da vida da sua genitora (ainda que dela dependa, organicamente, para se nutrir e desenvolver), sendo destinatário e sujeito de direitos e obrigações, portanto, pessoa humana dotada de personalidade, ainda que lhe falte (pelo estágio peculiar da gestação) capacidade de agir por si só, demandando ser representado.

O direito constitucional à vida, e, frise-se, a uma vida digna, não comporta a diferenciação da tutela entre vida intrauterina (nascituro) e vida fora do ventre materno (nativo), a não ser naquilo que seja peculiar a cada uma das citadas formas de vida. Sendo assim, incontestado que em função dele próprio (nascituro), real titular de uma gama de direitos, inclusive, do direito matriz (vida), a sua representante legal (a gestante) lance mão de todas as ferramentas disponíveis para garantir o seu sadio e regular desenvolvimento, a fim de que a vida – já concebida – rompa os limites do útero e lhe apresente um panorama ainda maior.

ENTRE ASPAS

Assim é que, pontuou-se que era desnecessário a promulgação de uma lei específica para tratar da possibilidade de fixação de alimentos em prol do não nascido, haja vista que este direito já estava mais do que implícito na Constituição Federal, e, até mesmo, em outras legislações ordinárias já existentes, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Consolidação das Leis Trabalhistas, e constante do texto do próprio Código Civil. Bastava que o operador do direito fizesse uma interpretação teleológica para admitir a obrigação alimentar especial antes mesmo do nascimento, aliás, exercício realizado por alguns juristas antes mesmo da Lei nº 11.804/2008, como se verifica das transcrições doutrinárias e acórdãos constantes dos tópicos anteriores.

Todavia, mesmo perfilhando o posicionamento dos que advogavam a tese da desnecessidade de uma lei específica sobre o tema, o que somente vem enfatizar o apego ao positivismo legalista (marca da cultura jurídica no Brasil), reconheceu-se os avanços trazidos pela novel legislação, tudo com vistas a expurgar a injustificável barreira que afastava a materialização do direito jusfundamental do nascituro à vida.

A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, ainda que contenha imperfeições e não seja de perfeita técnica legislativa, vem, de certa forma, contribuir para a adequação da realidade social, consagrando o nascituro como pessoa humana nos moldes da teoria concepcionista, clamando a comunidade jurídica a encarar o nascimento não como um começo, mas como uma etapa na vida que já havia se formado e que anseia por continuar.

Referências

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

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos Gravídicos: avanço ou retrocesso? Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p.65-71, jan. / mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Emendas constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRASIL. Lei Nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRASIL. Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: crimes contra a pessoa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

A REVISTA DA UNICORP

CAHALI, Youssef Said. Dos Alimentos. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

CORDEIRO, Paulo Machado; Didier Jr, Fredie (coord.). Coleção temas de processo civil: a Responsabilidade Social dos Juizes e a Aplicação dos Direitos Fundamentais. Salvador: Juspodvm, 2007, v. 8. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e Constituinte. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EHRHARDT Jr., Marcos. Direito Civil: LICC e parte geral. Salvador: Juspodivm, 2009, v.1

ELIOS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito das Famílias. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. 06, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. Comentários Válder Kenji Ishida. 10ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos de Direito Privado. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

MADALENO, Rolf. Da posse em Nome do Nascituro. Belo Horizonte: Magister, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: _____ (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENTRE ASPAS

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 6.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Breves Linhas sobre Alimentos Gravídicos. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7562>. Acesso em: 15 jul. 2010.

VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006. In: MADALENO, Rolf. Da posse em Nome do Nascituro. Belo Horizonte: Magister, 2009.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.