

COMENTÁRIOS A ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DOS DIREITOS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL, RELATIVAMENTE AOS ALIMENTOS, BEM COMO OS SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS QUANTO AO NASCITURO

Ivan Aparecido Ruiz*
Belmiro Jorge Patto**

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.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70 017 520 479
COMARCA DE PORTO ALEGRE
R.C.S.C.: AGRAVANTE
L.H.S.M.: AGRAVADO**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.

*Docente adjunto na Universidade Estadual de Maringá – UEM; Docente do programa de Mestrado do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR; Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL-PR; Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: ivanruiz@maringa.com.br.

**Docente universitário; Mestre pela Universidade Paranaense – UNIPAR; Advogado no Paraná.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE)** E **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS**.
Porto Alegre, 28 de março de 2007.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
Relator.

RELATÓRIO

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Trata-se da irrisignação de RENATA C. S. C. com a r. decisão que indeferiu o pedido de fixação de alimentos provisionais, nos autos da ação de dissolução de união estável, cumulada com alimentos, que move contra LUIS HENRIQUE S. M.

Sustenta a recorrente a existência de elementos de convicção suficientes a comprovar a união estável havida entre as partes, mencionando as declarações já acostadas e a inscrição em plano de saúde do varão. Argumenta, ainda, ter demonstrado a necessidade de perceber alimentos, para si e para o nascituro, na medida em que está grávida e desempregada, não podendo arcar com o próprio sustento, assim como diz ter comprovado a capacidade do varão em lhe alcançar alimentos, eis que juntou contracheque do mesmo. Narra que a decisão deixou de apreciar pedido liminar de manutenção da recorrente como beneficiária em plano de saúde oferecido pela empresa empregadora do ex-companheiro. Pede seja agregado efeito suspensivo ativo ao recurso, com a fixação do pensionamento e a manutenção dela como dependente no plano de saúde do varão.

O recurso foi recebido em sede de plantão pelo eminente DESEMBARGADOR RICARDO RAUPP RUSCHEL, que fixou alimentos em 30% sobre os ganhos líquidos do recorrido (fl. 26).

Com vista dos autos, lançou parecer a douta Procuradoria de Justiça opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

O recorrido compareceu espontaneamente aos autos e ofereceu as suas contra-razões, arguindo em preliminar carência da ação diante da ausência de pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil, afirmando não ter ficado configurada a existência de união estável. No mérito, salientou a dúvida quanto à paternidade do nascituro e disse não possuir condições para arcar com os alimentos arbitrados em sede recursal. Menciona ter um filho menor para prover o sustento, além de referir que a recorrente reside com o genitor e percebe mensalmente os locativos de imóvel de propriedade do pai no valor de um salário mínimo, não necessitando da pensão. Pede o desprovimento do recurso.

Com nova vista dos autos, lançou parecer a douta Procuradoria de Justiça opinando pela rejeição da preliminar suscitada pelo agravado, e ratificando manifestação anterior pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)**

Estou dando parcial provimento ao recurso.

Inicialmente, tenho que os pedidos de que seja mantida a autora no plano de saúde do varão e de que lhe seja concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, não devem ser apreciados no presente recurso, pois não foram alvo da decisão recorrida.

Ou seja, tais questões deverão ser submetidas à apreciação do ilustre julgador **a quo**, tendo havido apenas a dispensa do preparo.

Quanto à questão preliminar argüida pelo recorrido LUIS, no sentido de não ter ficado configurado os requisitos da união estável, tenho que tal matéria se confunde com o mérito, motivo pelo qual passo imediatamente ao exame da questão de fundo.

Com efeito, o cabimento do encargo alimentar decorre do reconhecimento da existência da relação jurídica de companheirismo, que agasalha a obrigação alimentar, e da condição de necessidade da alimentanda.

No caso, a recorrente afirma ter mantido união estável com o recorrido durante aproximados seis meses, isto é, de dezembro de 2005 a maio de 2006 (fls. 10/11), fato esse que deve ser reputado verdadeiro, pois também é admitido pelo recorrido, que aponta o período como sendo de 18 de janeiro a 13 de junho de 2006.

De outra banda, é certo que a alimentanda conta hoje mais de seis meses de gravidez (fl. 03), sendo provável, inclusive, que já tenha nascido a criança. A gravidez também não é desmentida pelo recorrido, que apenas se limita a dizer que tem dúvida acerca da paternidade, tanto que pede a realização de exame de DNA. Claro que esse pedido é descabido, tanto no recurso como no próprio processo, mas comprova à saciedade a existência da relação íntima havida entre o casal.

Assim sendo, tenho que efetivamente é cabível a fixação de alimentos, como obrigação decorrente do dever de mútua assistência entre companheiros, pois a ruptura é recente e ficou comprovada a condição de necessidade, pois a recorrente está desempregada e grávida.

Cumpré lembrar, pois, que o artigo 2º da Lei nº 9.278 de 1996 já previa o dever de mútua assistência entre os conviventes, disposição essa que veio acolhida de forma mais explícita pelo Código Civil de 2002, referindo no artigo 1.694 que *“podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”*.

No caso em exame, embora as provas sejam ainda singelas, são suficientes para comprovar a existência da união estável havida entre os litigantes – ou seja, a existência de convivência pública, notória e duradoura de um homem e uma mulher que vivem como se casados fossem.

Observo que existem também declarações de pessoas próximas ao casal, tais como a prima e a tia de LUIS (fls. 17/19), corroborando a tese da autora, assim como foi juntado aos autos cópia da carteira de saúde de LUIS, onde RENATA consta como sendo sua dependente (fl. 22).

Somam-se a isso, ainda, os exames acostados às fls. 20 e 21, e datados de maio e agosto de 2006, que comprovam a gravidez da recorrente e o uso do plano de saúde do recorrido.

Assim sendo, é forçoso convir que a recorrente necessita dos alimentos não apenas para prover o próprio sustento como também para os gastos próprios da gestação, ao parto e sustento do filho – que, friso, presume-se seja do casal...

Com esse enfoque, é pertinente a assertiva da doutra PROCURADORA DE JUSTIÇA IDA SOFIA S. DA SILVEIRA no sentido de que a agravante necessita do pensionamento por estar grávida e desempregada, “*sendo certa a dificuldade da mulher, em casos que tais, de obter emprego e suprir o sustento próprio e do nascituro, pois em decorrência dos direitos trabalhistas conquistados, licença gestante, maternidade e lactante, não há empregador que se proponha a admitir empregada nesta situação*”.

Observo que os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da companheira e do nascituro, mas dentro das possibilidades do alimentante. E, no caso, observo que LUIS é viúvo e tem um filho de nove anos, exercendo a função de motorista em empresa de transportes coletivos, percebendo a remuneração mensal de R\$ 1.416,60 brutos (fl. 23), sendo-lhe perfeitamente possível suportar o encargo alimentar fixado em sede de liminar pelo eminente DESEMBARGADOR RICARDO RAUPP RUSCHEL.

A fixação do encargo alimentar provisório foi de 30% dos ganhos líquidos do alimentante, isto é sobre o valor bruto menos os descontos legais obrigatórios, que são destinados à companheira e ao nascituro, o que me parece bastante razoável, não sobrecarregando em demasia o alimentante, e, por essa razão, fica mantido.

Destaco, finalmente, que se trata de fixação de alimentos provisórios, que poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando, para tanto, que novos elementos de convicção venham aos autos.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso para fixar os alimentos em 30% sobre os ganhos líquidos do recorrido.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Agravado de Instrumento nº 70017520479, Comarca de Porto Alegre: “**PROVERAMEM PARTE. UNÂNIME.**”
Julgador(a) de 1º Grau: PATRÍCIA HOCHHEIM THOME

COMENTÁRIOS:

Sumário: 1 Síntese da decisão comentada. Delimitação do tema. 2 Breve enfoque acerca da união estável. 2.1 Caracterização da união estável. 2.2 Questão incidental e prejudicial. 3 Status jurídico do nascituro. 3.1 Problema da legitimação do nascituro. 4 Distinção entre alimentos provisionais e provisórios. 4.1 Dos alimentos à convivente. 4.2 Dos alimentos ao nascituro. 5 Conclusões. Referências.

1 SÍNTESE DA DECISÃO COMENTADA. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A decisão ora comentada é do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, órgão de cúpula do Poder Judiciário local, o qual tem por missão reexaminar em sede recursal (apelação e ou agravo de instrumento) as decisões judiciais prolatadas pelo primeiro grau de jurisdição.

Refere-se à aludida decisão a hipótese de questionamento acerca da *união estável*, *alimentos provisórios* para a ex-companheira e o nascituro.

Entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio de sua Sétima Câmara Cível, por votação unânime, que, na hipótese, ainda que se trate de união estável e de nascituro, os alimentos provisórios são devidos. Assim, entendeu, implicitamente, que o nascituro possui legitimidade *ad causam* para fins de alimentos provisórios.

Comentar-se-á a respeito da *união estável*, a sua caracterização, a distinção entre os alimentos provisionais e os alimentos provisórios, o *status* jurídico do *nascituro*, bem como acerca do problema da legitimidade *ad causam* do nascituro, ou seja, se possui ele qualidade para agir, perpassando, obviamente, pela questão de ser ele ou não *sujeito de direito*.

2 BREVE ENFOQUE ACERCADA UNIÃO ESTÁVEL

As relações havidas entre pessoas de sexos diferentes, entre nós, sem a celebração do casamento, sempre foram uma realidade. As uniões fáticas sempre existiram e é própria das pessoas.

É bem verdade que, com a forte influência, no Brasil, por parte da Igreja Católica, o casamento religioso, com efeitos civis, e o próprio casamento civil, sempre mereceram a atenção do legislador, com detalhado tratamento jurídico. As Constituições brasileiras e os Códigos Civis brasileiros (de 1916 e de 2002) também cuidaram da matéria.

As questões envolvidas com a prole advinda de tais relações, também sofreram alterações e o tratamento dado hoje à matéria é bastante diverso, mais consentâneo com a realidade dos fatos sociais e a evolução das formas de afetividade na sociedade brasileira.

Os direitos do nascituro, questão candente da tecnologia jurídica, ainda merece reflexões e ponderações uma vez que insitamente cria paradoxos teóricos, tanto em sede de direito material, quanto processual.

2.1 CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A evolução histórica do próprio conceito de família, seus percalços e dinâmicas, obrigou, por assim dizer, a uma mudança de paradigma com relação à proteção jurídica de tais situações de fato. Nesse sentido, a Constituição de 1988 ampliou a concepção de família utilizando-se da expressão “entidade familiar”.

É cediço que a só mudança de nomenclatura não foi suficiente, num primeiro momento, a acarretar efetiva mudança de tratamento legal a respeito das questões surgidas de tais entidades. Mesmo depois de alçada a *status* constitucional, continuou por muito tempo sendo tratada, a união estável, como matéria de direito obrigacional.

Foi a partir de 1994, com a promulgação da Lei n. 8.971/1994 que o instituto da união estável passou a ter seus primeiros contornos definidos em termos de direito de família. A Lei n. 9.278/1996, por sua vez, solidificou e avançou na direção de compatibilizar aquilo que já estava reconhecido no texto constitucional, dando eficácia à equiparação estatuída no art. 226 da Lei Maior.

O Novo Código Civil brasileiro, por sua vez, em seus art. 1.723 a art. 1.727, tratou da matéria de forma a harmonizar seu texto com a realidade social.

Dos dispositivos legais acima referidos, a doutrina de Maria Berenice Dias, conclui:

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um **vínculo afetivo**. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, começando as duas pessoas a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento transforma-se em uma **unidade**. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Atenta o direito a essa nova realidade, rotulando-a de união estável¹.

Diante disso, é de se observar que o Acórdão em comentário considerou por havida a caracterização dos elementos constituintes do instituto da união estável. Veja-se:

No caso em exame, embora as provas sejam ainda singelas, são suficientes para comprovar a existência da união estável havida entre os litigantes – ou seja, a existência de convivência pública, notória e duradoura de um homem e uma mulher que vivem como se casados fossem.

É de se perguntar se tal pronunciamento resolveu ou decidiu a questão da união estável no âmbito desse processo.

2.2 QUESTÃO INCIDENTAL E PREJUDICIAL

Ao iniciar seu voto, o relator aborda a questão *preliminar* lançada pelo recorrido, no sentido da não configuração da união estável. Deixa claro o desembargador Sérgio Fernandes de Vasconcelos Chaves não se tratar de preliminar, mas do próprio mérito recursal. Se não, veja-se: “Quanto à questão preliminar argüida pelo recorrido LUIS, no sentido de não

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

ter ficado configurado os requisitos da união estável, tenho que tal matéria se confunde com o mérito, motivo pelo qual passo imediatamente ao exame da questão de fundo”.

Ousamos discordar do posicionamento adotado, uma vez que corretamente, como apontou o próprio relator, a questão é prejudicial ao pedido recursal da reforma da decisão que denegou os alimentos em sede provisória.

Nesse sentido, esclarece na decisão: “Com efeito, o cabimento do encargo alimentar decorre do reconhecimento da existência da relação jurídica de companheirismo, que agasalha a obrigação alimentar, e da condição de necessidade da alimentanda”.

Isso, no entanto, não a transforma em questão de mérito, como adiante se demonstrará.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Uma causa é prejudicial a outra quando seu julgamento for capaz de determinar o teor do julgamento desta – como a sentença anulatória do contrato impede que seja julgada procedente a demanda de condenação a cumpri-lo, como a declaração negativa de paternidade impõe a rejeição da demanda de alimentos *etc.* A relação jurídica que na causa principal é posta ao centro, como objeto de um pronunciamento dito *principal*, na prejudicada é mero fundamento trazido pela parte e na sentença aparece como razão de decidir (declaração *principaliter* no primeiro caso e, no segundo, *incidenter tantum*). Como o que se decidir na causa prejudicial a respeito dessa relação ficará coberto pela coisa julgada, a declaração assim imperativa e imune a questionamentos futuros impor-se-á às partes para todos os efeitos; e assim, quando em outro processo essa mesma relação vier a ser apreciada *incidenter tantum*, o que no primeiro houver sido declarado a respeito impõe-se também ao julgador. A prejudicialidade é uma importantíssima espécie de *relação entre demandas* [...]².

No presente caso, o que se observa é que a questão da união estável é prejudicial à questão dos alimentos. Se posta como questão do mérito recursal, a decisão sobre o reconhecimento da união estável teria o condão de transitar em julgado caso não houvesse qualquer ataque ao acórdão.

Até porque o relator afirma cabalmente:

No caso, a recorrente afirma ter mantido união estável com o recorrido durante aproximados seis meses, isto é, de dezembro de 2005 a maio de 2006 (fls. 10/11), *fato esse*

² DINARMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3. p. 171.

que deve ser reputado verdadeiro, pois também é admitido pelo recorrido, que aponta o período como sendo de 18 de janeiro a 13 de junho de 2006 (grifo nosso).

Como se sabe, a presunção de veracidade dos fatos não é, hoje, absoluta e automática, devendo ser analisada pelo juiz diante do quadro probatório dos autos. Mas, o próprio relator admite estar diante de provas inconclusas. Se não, veja-se: “No caso em exame, embora as provas sejam ainda singelas, são suficientes para comprovar a existência da união estável havida entre os litigantes – ou seja, a existência de convivência pública, notória e duradoura de um homem e uma mulher que vivem como se casados fossem”.

Assim, a decisão caminha para um paradoxo, porque aquilo que teria sido abordado como matéria *incidenter tantum*, estaria agasalhado sob o manto da coisa julgada. Parece-nos que melhor solução teria sido *resolver* a questão como prejudicial, apenas como razão de decidir do mérito recursal sobre a denegação dos alimentos, deixando para o juízo *a quo* a decisão de mérito quanto à existência ou não da união estável.

Observe-se que as críticas ora apresentadas são de caráter técnico processual, uma vez que se reconhece que no presente caso, faticamente, a solução apontada no acórdão atende aos interesses da Justiça. Mas, não se pode olvidar da função que hoje tem no sistema a jurisprudência e a utilização dos julgados visando a dar solução a casos futuros. Neste sentido, a crítica se impõe pelas razões já ventiladas, no sentido de se evitar as distorções que tais decisões poderiam ensejar.

3 STATUS JURÍDICO DO NASCITURO

Pela redação dos Códigos Civis brasileiros, seja ele o de 1916, seja o de 2002, arts. 4^o e 2^o, respectivamente, numa interpretação puramente literal, fica fácil perceber que o nascituro *não é visto como pessoa*, e em conseqüência, como sujeito de direito. A lei brasileira assegura os direitos do nascituro, desde a concepção, mas sua eficácia só se perfectibiliza se ele venha nascer com vida. Nascer com vida significa que ele veio ao mundo, saindo do corpo materno, com vida, ou seja, tendo respirado⁵.

Assim, poder-se-ia questionar: o nascituro é sujeito de direito? existe direito sem sujeito? pode-se falar em direito relativo à vida intra-uterina? Se a resposta for

³ “Art. 4^o. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

⁴ “Art. 2^o. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁵ Nesse sentido já advertia Caio Mário da Silva Pereira que “Matéria que tem despertado o interesse dos juristas com repercussão nos tribunais, é a que acode à indagação se o nascituro tem direito a alimentos. Em estrita interpretação do art. 4^o do Código Civil a resposta seria negativa, uma vez que por este preceito a personalidade começa com o nascimento com vida, e o nascituro não tendo personalidade não teria *legitimito* para pleiteá-los. À vista de outros conceitos, entretanto, a matéria merece ponderação. Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no “direito à própria vida” e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos

positiva, no sentido de que, mesmo no interior do corpo da mãe haja vida, conclui-se que há vida no nascituro. Pontes de Miranda, por exemplo, admite que só há de se falar em pessoa, se a ela for nascida, ou melhor, estar no corpo social, já que do contrário não há que se falar em pessoa⁶.

Esse mesmo autor, em outra passagem de sua obra, ensina que

a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 4º). No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida⁷.

Como se observa, não deixa a menor dúvida no sentido de afirmar que o nascituro não é pessoa e, conseqüentemente, não ter personalidade jurídica.

Utilizando-se de uma outra nomenclatura, que não a de Pontes de Miranda, empregando-se, então a locução “pessoa biológica”, pode-se chegar a mesma conclusão no sentido de que o que há é a antecipação da eficácia dos direitos da personalidade.⁸

A compreensão dos fatos, nesse novo milênio, é totalmente nova e num grau de complexidade muito mais elevado do que ocorria outrora, no passado. Basta ver que as tecnologias são outras. Não há mais distância entre os continentes. A mesma notícia que se divulga na Europa, em tempo real também pode ser vista, no Brasil, ou em qualquer parte do mundo. Assiste-se pela televisão, em tempo real, do Brasil, um jogo ou uma corrida de fórmula 1 que está acontecendo na Europa, ou na Ásia. O

primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre. Neste sentido a opinião de Pontes de Miranda, segundo o qual, “antes de nascer existem despesas que tecnicamente de destinam à proteção do concebido, e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, fundadas em exigência pediátrica (...)”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5. p. 290).

⁶ Confira-se: “**3. DIREITO E PERSONALIDADE.**— O direito existe para servir ao homem, como elemento que estabiliza o econômico e o político. Daí a sua função de assegurar permanências. O homem criou-o como regulador de relações entre homens, ou entre outras pessoas, sem ser o homem. Por trás dessas pessoas, estão sempre, no plano econômico e no político, homens: a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas emana do direito e somente como tais se impõem esses conceitos. Um e outras têm começo; hão de ser nascidas, isto é, já estarem na vida social, para que sejam pessoas”. (MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 1.p. 170).

⁷ MIRANDA, op. cit., p. 162-163.

⁸ “No suporte fático da regra jurídica *Nasciturus pro iam nato habetur*, não há inversão de elementos; a eficácia é que se antecipa: antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto, incompleto para a eficácia da personalização. Seria desacertado só se

Mundo está pequeno e totalmente diferente. Mas, nesse mesmo mundo, tem-se a presença de pessoas, que mesmo diante dessas tecnologias não mudaram.

É a partir de um homem e de uma mulher, por meio de uma relação sexual, que a mulher pode se engravidar e vir a dar a luz a uma criança. Nesse aspecto, nada mudou. Pode-se, por exemplo, pensar em clone, mas a ciência ainda caminha na pesquisa. O método natural é o que ainda prevalece. Engravidando, a mãe, desde que correndo tudo normalmente, dará a luz a uma criança, a uma pessoa, a um ser humano. Mas, em que momento se pode falar em começo da vida? O embrião ou o feto, pode ser considerado como parte do corpo da mãe, como um órgão seu (uma víscera, por exemplo), ou será, já, uma pessoa? Como responder? A resposta está no plano biológico, ou no plano jurídico? Qual ciência deve responder a essa pergunta?

Pergunta-se: o embrião ou feto é parte do corpo da mãe? Ou ele tem vida própria, com carga genética do pai e da mãe? Observe-se que o embrião ou feto já representa um ser individualizado que, neste momento, propõe-se a nomenclatura “pessoa biológica”.

Basta ver que, hoje, por meio do método de ultra-sonografia 3D (três dimensões), com os recentes avanços tecnológicos permitem a obtenção de imagens com maior definição, o que possibilita ao médico analisar a anatomia fetal de uma maneira muito mais precisa, pois o aparelho é capaz de detectar os mínimos detalhes. Transforma, por esse método, as imagens convencionais em imagens tridimensionais, permitindo a mamãe visualizar uma imagem mais realista do seu bebê. Essas imagens obtêm uma qualidade quase fotográfica. Para o médico, esta tecnologia permite confirmar com mais precisão o estado de saúde do feto, se tornado um importante método complementar. O exame obstétrico de ultra-som em 3D é uma inovação da medicina diagnóstica. Mas não pára por aí, atualmente já existe o **Ultra-som 4D**, utilizando a mais avançada tecnologia em ultra-sonografia, o método 4D (quatro dimensões), nada mais é, que a imagem 3D em movimento. Você pode observar toda a movimentação fetal, desde que as condições para a obtenção da imagem 3D sejam favoráveis.

Aliás, atualmente, já se realizam cirurgias em feto no interior do útero, utilizando-se da técnica cirurgia fetal “a céu aberto”, como são chamadas as cirurgias realizadas em feto.⁹

reconhecerem todos os efeitos após o nascimento, como desacertado seria admiti-los todos desde já. Procurou-se a melhor solução: “resguardarem-se” os interesses desde já. [...] O já concebido é suporte fático de “pessoa”, que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como não se tivesse sido concebido. Em relação a seus interesses, tinha de ser atendido, enquanto isso não se dá”. (MIRANDA, Pontes. op. cit., p. 171).

⁹ “**Em cirurgia inédita, Unifesp opera coluna de feto no interior do útero.** O Hospital São Paulo, ligado à Unifesp (Universidade Federal de São Paulo), realizou uma cirurgia inédita na América Latina para corrigir uma má-formação na coluna de um feto de 27 semanas de gestação. Até hoje, foram feitas 180 cirurgias desse tipo no mundo, todas nos Estados Unidos. Por meio de um corte de 17 cm na barriga da gestante - um terço maior que uma cesariana -, os médicos deixaram o útero à mostra, fizeram um corte de 9 cm, retiraram todo o líquido amniótico, operaram o bebê, devolveram o líquido amniótico e fecharam o útero. A cirurgia durou uma hora e meia e foi realizada por uma equipe de seis cirurgiões. A técnica utilizada no procedimento, chamada de cirurgia fetal “a céu aberto”, é a única capaz de corrigir a meningomielocèle (defeito no fechamento da coluna vertebral). Em decorrência do problema, o feto - uma menina que se chamará Raquel - tinha 90% de chances de desenvolver hidrocefalia (acúmulo de água no cérebro), que leva a problemas motores, como a paralisia dos membros inferiores, e cognitivos - como o retardo mental e

Diante disso, pergunta-se: quando começa a vida? Esta resposta, repita-se, deve ser dada pelo jurista ou pelo biólogo? Pensa que essa resposta deva ser dada pelo biólogo, cabendo ao jurista apenas e tão somente o enquadramento dos fatos.

Se a vida começa com a concepção, podendo afirmar, ainda, que o embrião ou feto já é portador da vida, não há a menor dúvida que o nascituro tem vida, merecendo proteção, porquanto a nossa Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, assegura “a inviolabilidade do direito à vida”.

Pensa-se que, atualmente, não é pelo fato de o embrião ou feto estar entranhado no corpo materno, não se pode falar em vida, ainda que intra-uterina. A vida existe. Isso, hoje, é uma realidade. Isso não há como negar. É obra do Criador. É a criação.

Talvez essa questão transcenda ao plano meramente biológico. Mas, uma coisa é o biológico, o espiritual, e outra, bem diversa, é o jurídico. O jurídico é criação do homem (da pessoa). Existe no plano das idéias. E, muitas vezes, não se consegue regulamentar no plano jurídico tudo aquilo e exatamente aquilo que foi obra do natural. Veja-se que o nascituro não está no plano das idéias, mas sim, no plano do real. Transcorrido aquele período necessário para a gestação, a criança nasce. É pessoa, tanto no período em que esteve se desenvolvendo no corpo materno, quanto depois de sair dele.

Ressalte-se, no entanto, que enquanto no ventre materno, se trata de “pessoa biológica”, sem personalidade, mas com necessidades e interesses já protegidos pelo ordenamento legal. Por isso nos parecer acertada a tese da eficácia antecipada no plano direito material. Mas, isso, no entanto, não resolveria o problema no plano do direito processual. Diante disso, necessário se construir um caminho que possa dar proteção a tais interesses e necessidades, como a da *personalidade judiciária*, que adiante se defenderá. Já, fora do ventre materno, à “pessoa biológica” agrega o *status* de “pessoa”, entendida, aqui, pessoa no plano jurídico, como sujeito de direitos e obrigações, possuindo personalidade jurídica.

dificuldade de aprendizado. De acordo com o cirurgião Carlos Gilberto Almodin, pesquisador da Unifesp e que fez parte da equipe que realizou o procedimento, com a cirurgia as chances de o feto desenvolver a hidrocefalia caem para 10%. A expectativa, segundo o cirurgião, é que a gravidez da dona-de-casa Edinei Jesus dos Santos, 26, prossiga até a 37ª semana. A cirurgia foi feita no último domingo. Risco O médico afirma que o maior risco pós-cirúrgico era que houvesse perda do líquido amniótico e, conseqüentemente, o parto prematuro. “Felizmente, mãe e bebê estão ótimos”, afirma. Almodin diz que, até então, o tratamento para esse problema só era feito após o nascimento da criança. Consistia na colocação de uma válvula na cabeça do bebê para atuar como um dreno. Com a nova cirurgia, ainda experimental, torna-se possível evitar que o defeito na coluna comprometa o cérebro. Além desse problema, Almodin afirma que a cirurgia tem condições de corrigir outros 25 tipos de anomalia. Segundo o neurocirurgião Sérgio Cavalheiro, responsável pela cirurgia no feto, o ideal é que a cirurgia “a céu aberto” seja feita entre a 20ª e a 26ª semana de gestação, para evitar os microtraumatismos provocados pela exposição da medula ao líquido amniótico. “Antes desse período, a cirurgia fica difícil porque a pele do bebê é muito fina”, afirma. Para ele, o desafio da cirurgia é operar o feto na posição em que ele estiver no útero. “Só tinha 18 minutos para fazer o procedimento. É uma grande tensão.” Em vários países da Europa, segundo o médico Carlos Almodin, fetos com meningomielocoele são abortados. No Brasil, não existe autorização legal para abortos por essa razão porque a Justiça entende que o problema não é incompatível com a vida. Há quatro anos, a equipe da Unifesp vem aprendendo com os americanos a técnica da cirurgia intra-uterina “a céu aberto”. Ainda não há previsão de quando o procedimento se tornará rotina no Brasil. Segundo Almodin, por se tratar de um procedimento arriscado, que coloca em risco a vida da mãe e do bebê, a técnica só é indicada quando todos os prognósticos são favoráveis. (Disponível em: <http://www.universia.com.br/html/noticia/noticia_clipping_hbef.html>. Acesso em: 13 set. 2007.).

Mas, a pessoa pode nascer como vida, ou também pode nascer morta (natimorto). Mesmo assim, não deixa de ser “pessoa biológica”. O fato de que a lei põe a salvo os direitos do nascituro é uma convenção humana, no plano das idéias, enfim do legislador. Nada obsta que se poderia regulamentar diversamente.

Mas, a questão e o impasse continuam. Como resolver essa questão? Aqui, pensa-se, é uma questão de opção e de política legislativa.¹⁰

A questão pode ser desdobrada em dois tópicos. O primeiro, é o da hipótese do embrião ou feto, enquanto entranhado no corpo materno. Tem-se aqui, em nosso ver, a “pessoa biológica”. O segundo tópico refere-se ao momento do nascimento e depois dele. Estas hipóteses devem, ainda, ser analisadas à luz da natureza do direito controvertido. Qual a questão a ser resolvida? A questão refere-se à *investigação da paternidade*? Ou refere-se a uma questão patrimonial, *sucessória*? Ou ainda, aos *direitos de alimentos*? Dependendo da pretensão, a resposta poderá ser totalmente diferente.

Acredita-se que se a questão for analisada no plano meramente patrimonial, o atual art. 2º do CCB de 2002 dá a solução ao caso concreto.

Mas, e se se tratar de *alimentos*? Aí, pensa-se, que o dispositivo legal não atende às exigências da atual sociedade. Por quê? O embrião ou feto (“pessoa biológica”), apesar de estar entranhado no organismo materno, tem necessidades vitais, por exemplo, de nutrientes que são obtidos junto aos alimentos naturais. Portanto, nesse aspecto, o embrião ou feto (leia-se “pessoa biológica”) merece proteção e, via de consequência, surge o direito aos alimentos.

Mas, se o embrião ou feto (nascituro) não possui personalidade jurídica, como protegê-lo na hipótese do direito aos alimentos? Qual o *problema*? *O Espólio também não é pessoa. O condomínio também não é pessoa. A massa falida também não é pessoa. Os órgãos legislativos* (Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado, Mesa das Assembléias Legislativas, Mesa das Câmaras dos vereadores) também não são pessoas.

Mas, em todos esses casos, possui essas *pessoas formais* e órgãos legislativos a denominada *personalidade judiciária*, ou seja, possuem personalidade para estar em juízo na defesa de direitos. Os órgãos legislativos, v.g., possuem *personalidade judiciária* para proceder a defesa de suas atribuições funcionais, restrito à sua atuação funcional. Apesar de possuírem uma *personalidade judiciária restrita*, o certo é que possuem, ou seja, podem se dirigir ao Estado-juiz, invocando tutela jurisdicional.¹¹ Com o nascituro não poderia ser diferente.

¹⁰ Veja-se que em sede de Doutrina há referência a três teorias fundamentais a respeito do início da personalidade: a *teoria natalista*, a *da personalidade condicional* e a *concepcionista*. Segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida, adepta da teoria concepcionista, a personalidade “começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascimento não dependem do nascimento com vida, como os Direito da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte para os já nascido. Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos em nossa tese de doutorado e em trabalhos posteriores que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional”. (ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos – uma contribuição do Direito Romano. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, 1990, p. 52.).

¹¹ Confira-se: “Não só as pessoas **físicas** e **jurídicas** podem utilizar-se e ser passíveis de mandado de segurança, como também **os órgãos públicos despersonalizados**, mas dotado de capacidade processual,

Ainda mais: não se pode perder de vista o *caput* do art. 5º, da CF/88, quando afirma que “a vida é inviolável”¹². Ora, se no embrião ou no feto (“pessoa biológica”) já se presencia vida, com necessidades e interesses vitais, não se pode deixar de analisar a questão a luz do texto constitucional. Há que se ter em mente que, atualmente, a **interpretação deve ser conforme à Constituição**. Isso tudo porque em sede de hermenêutica jurídica, não se poderia admitir raciocínios absurdos ou em descompasso com a realidade social que as normas pretendem regular. Por isso, a evolução do pensamento jurídico no sentido de que nenhum direito é absoluto, comportando em determinadas situações, interpretação conforme à Constituição e ao sistema infraconstitucional.

Como ensina RIZZATTO NUNES, a interpretação

[...] ‘conforme à Constituição’ busca apontar as opções valorativas básicas do Texto Máximo, os princípios tornam-se importantíssimos no trabalho do intérprete, não só porque são, de fato, superiores às normas, ainda que constitucionais, mas especialmente porque, ao contrário das normas, que ao se chocarem geram antinomias, eles são compatibilizáveis. É claro que, mesmo assim, essa compatibilização deverá pôr em relevo aquele princípio mais influente no contexto analisado – como, da mesma forma, deve-se dar sempre maior importância aos princípios mais fundamentais, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana¹³.

como as Chefias dos Executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, as Superintendências de Serviços e demais órgãos da Administração centralizadas ou descentralizadas que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender.” (...) “Quanto aos **órgãos públicos**, despersonalizados mas com prerrogativas próprias (Mesas de Câmara Legislativas, Presidência de Tribunais, Chefias de Executivo e de Ministério Público, Presidências de Comissões Autônomas, etc.) a jurisprudência é uniforme no reconhecimento de sua legitimidade ativa e passiva para **mandado de segurança** (não para as ações comuns), restrito à sua atuação funcional e em defesa de suas atribuições institucionais.⁴ (4. STF, RDA 45/319, RTJ 69/475; TJRS, RDA 15/46, 56/269; **TJPR**, RT 301/590, 321/529; TJRJ, RT 478/181; TASP, RDA 54/166, RDA 72/267, 73/287, RT 337/373, 339/370; TJSP, RDA 98/202, 108/308, RT 371/120.” (...))” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. ampliada e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 22-23). Ainda mais: “Art. 12:14. “A Câmara de Vereadores, embora tenha personalidade judiciária, ou seja, capacidade processual para a defesa de suas prerrogativas funcionais, não possui, contudo, personalidade jurídica, pois pessoa jurídica é o Município. Os seus funcionários, embora subordinados ao Presidente da Mesa, na realidade são servidores públicos municipais. As ações por eles aforadas deverão ter o Município no pólo passivo da relação processual (RJTJERGS 168/379)”. (NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 85).

¹² Consoante ensina Caio Mário da Silva Pereira, “[...] o princípio contido no art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual o primeiro dos direitos individuais inscreve “inviolabilidade do direito à vida”, sendo descabido argumentar que tal direito somente seria reconhecível se se referisse à vida extra-uterina, ou subordinando ao nascimento. A Constituição mesma, no art. 227, ao assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, não pode ser invocada como obstáculo à preservação do nascituro, pois que o direito à vida há de retroceder à existência intra-uterina, como condição essencial à proteção que a criança há de encontrar como sujeito da que o inciso constitucional assegura”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5. p. 290).

¹³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

Com efeito, pode-se concluir que, para fins de alimentos, o nascituro equipara-se ao nascido. Corroborando tal assertiva, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, sustenta:

No nosso modo de ver, ao nascituro são devido alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desen-volver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocen-tese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais frequência, alcançando, ainda, as despesas com o parto¹⁴.

Se o nascituro tem vida, e sua vida é inviolável, merece toda proteção, não só de seus pais, mas também do próprio Estado. Ademais, é a própria Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, no Título que trata *Dos Direitos Fundamentais*, no Capítulo I *Do Direito à vida e à saúde*, nos arts. 7^o¹⁵ e 8^o, § 3^o¹⁶, que induz a esse entendimento.

3.1 PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DO NASCITURO.

A questão referente a legitimação *ad causam* do nascituro é polêmica, sendo ponto de divergência tanto na doutrina, quanto perante os nossos tribunais, sendo tema bastante discutido no passado e, atualmente, até mesmo porque envolve **direitos da personalidade**, mormente quando se discute o direito aos alimentos.

Em sede doutrinária, por exemplo, Mário Aguiar Moura, ao tratar da legitimidade do nascituro, afirma que

Nada conspira contra a possibilidade de a mãe que traz o filho concebido, ou o curador nomeado, caso aquela não possa exercer o direito, promova a ação de representação do nascituro. A objeção que se tem manifestado de que não é possível a ação porque está ausente a personalidade não procede. Nessa linha de raciocínio estaria igualmente o reconhecimento voluntário, através de um ato jurídico de que o nascituro é parte na relação jurídica que se constitui¹⁷.

Esse mesmo autor também, sobre o tema, assim se manifestou:

¹⁴ (ALMEIDA, op. cit., p. 57).

¹⁵ “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

¹⁶ “Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal. (...) § 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem”.

¹⁷ MOURA, Mário Aguiar. Legitimidade do nascituro para investigar a paternidade. **IOB - Repertório de Jurisprudência**, quinzena de fevereiro de 1991, n. 3/91, p. 63.

Nada conspira sobre a possibilidade de a mãe que traz o filho concebido ou o tutor nomeado, caso aquela não possa exercer o pátrio poder, promova a ação em representação do nascituro. A objeção registrada de que não é possível a ação porque está ausente a personalidade não procede, porque senão não haveria possibilidade de reconhecimento voluntário, coisa permitida em lei. Ora, a lei põe a salvo os direitos do nascituro, embora proclame que a personalidade civil só começa do nascimento com vida. O nascituro pode receber em doação (art. 1.169 do Código Civil). Trata-se de relação jurídica em que de um lado vai figurar o nascituro. Pode a mãe, assim, antecipar-se ao nascimento do filho e promover a ação investigatória de paternidade. Previamente fará prova de seu estado de gravidez, conforme prescrito nos arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil¹⁸.

Carlos Maximiliano, sobre a questão, em clássica obra, ensina que

A mãe da criança pode acionar, porém em nome do filho menor ou nascituro, no papel de tutora, ou curadora, nata; pois não se cogita de *reparação* à mulher, e, sim, de adquirir ou recobrar, o filho, o seu estado civil. Basta estar a pessoa *concebida*, para ser sujeito de Direito; naquilo que o embrião aproveita, intervém a seu favor a Justiça, provocada a agir pelos representantes legais dos incapazes: *infans conceptus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur* – a criança concebida se tem como nascida já, toda vez que se trata do seu interesse, e proveito¹⁹.

Adahyl Lourenço Dias, a propósito do tema, escreve que

Os artigos 207, 208, 212, 213 e 203 do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, resumem o alto respeito que lhe merecia o feto concebido e desenvolvendo a vida interuterina. O feto existe, tem função orgânica e biológica própria, desde a concepção ligada à vida da mãe. É uma fonte de vida humana. A lei prevê, então, garantias e obrigações relativamente ao nascituro e sendo assim, considera-o com *personalidade jurídica*, que não se confunde com *personalidade civil* ou *humana*, coisas diferentes no campo da tecnologia jurídica ligada à vida orgânica. Se o *infans conceptus* tem *personalidade jurídica* pode, por quem o represente, invocar as garantias asseguradas por leis, uma vez que está vindo ao mundo sob a responsabilidade dos pais que o trouxeram à formação de criatura sofredora. Desde que se trate

¹⁸ MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático de filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. v. II – Investigação de paternidade. p. 442.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 280.

de garantias e comodidades ao nascituro, este deve ser cuidado como se houvera nascido, *nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus cómodo agitur*²⁰.

No âmbito dos tribunais a questão também tem se demonstrado divergente. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n. 17.091-1, interposta na ação de alimentos cumulada com investigação de paternidade e alimentos provisionais, movida pela mãe em benefício de nascituro, por votação unânime, entendeu pela manifesta ilegitimidade *ad causam* (art. 295, inc. II, do CPC/73), decretando, em consequência, a extinção do processo (art. 267, inc. I, do CPC). A ementa desse julgado é a seguinte:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Cumulação com alimentos – Ação em benefício de nascituro – Propositura pela mãe – Inadmissibilidade – Ilegitimidade ativa. A ação de investigação de paternidade é privativa do filho, podendo ser promovida desde que o filho exista. Se a criança ainda não havia nascido ao tempo da propositura da ação, a ilegitimidade ativa é manifesta (RT-566/54).

Em sentido, diametralmente, oposto, foi a decisão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Apelação Cível n. 71.200, julgada em 22.10.1987, rel. des. Guimarães Mendonça, que entendeu pela capacidade do nascituro para ser parte. A ementa é no seguinte sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Nascituro – Ação proposta pela mãe, menor púbere representada por sua genitora – Admissibilidade – Legitimidade “ad causam” – Direitos subordinados à condição de nascer com vida – declarações de voto vencedores e vencido. Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou réu. Representando-o, pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada (RT-625/172).

Nesse acórdão, o des. Francisco Figueiredo, com precisão traz um raciocínio que merece, aqui, ser transcrito:

O fato é que, se Carvalho Santos afirma que ‘a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, nos termos do art. 4º do CC, portanto, o seu direito somente pode ser efetivado

²⁰ DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda a descendente**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971. p. 201.

do dia do seu nascimento em diante, ficando latente até verificar-se o parto”, leva-nos a pensar: se personalidade civil *é isto e tão somente isto*, por que, então, existe o crime de aborto? Não existe vida de um ser racional, que, para o seu nascimento, o seu direito já está previamente garantido pelo abono do nascimento, a licença trabalhista à mãe e a sua segurança?” (RT-625/175).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 193.648-1/5, julgada em 14.9.1993, por votação unânime, sendo relator o desembargador Renan Lotufo, entendeu pela legitimidade *ad causam* do nascituro, devidamente representado pela mãe, para a propositura da ação de investigação de paternidade. A emenda do acórdão tem o seguinte teor:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante – Legitimidade “ad causam” – Extinção do processo afastada. Representando o nascituro por de a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada (RT-703/60).

Diante desse quadro controverso, pensa-se, que a solução apontada no sentido da *personalidade judiciária* resolve com melhor técnica o problema, porquanto como se observa da doutrina e das ementas dos acórdãos colacionados não se resolveria o problema da personalidade jurídica em si. Isto porque, ao afirmar que o nascituro seria representado pela genitora, não se estaria apontando como teria sido resolvido o problema que antecede à própria solução, ou seja, a representação se refere à capacidade, que é um *plus* da própria personalidade.

4 DISTINÇÃO ENTRE ALIMENTOS PROVISIONAIS E PROVISÓRIOS

No que concerne aos alimentos, a doutrina costuma classificá-los em: **a) quanto à finalidade:** a1) *alimentos provisionais*, “*ad litem*” ou *acautelatórios*; a2) *provisórios*; e a3) *regulares ou definitivos*; **b) quanto à natureza:** b1) *naturais*; e b2) *civis*; **c) quanto à causa jurídica:** c1) *voluntários*; c2) *ressarcitórios*; e c3) *legítimos*.²¹

Parece-nos que os critérios de classificação tendem a confundir questões de forma e de conteúdo. Nessa perspectiva, os *alimentos provisórios* não se enquadrariam na categoria finalidade, uma vez que seria um paradoxo admitir que referidos alimentos pudessem integrar uma mesma categoria de duas formas diferentes, simultaneamente. Explica-se: acaso quando o juiz defere a liminar em sede de *alimentos provisionais* tal decisão não seria provisória? Então, diante

²¹ Nesse sentido, dentre outros, confira-se: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, direito de família. p. 476-477.

disso como admitir que pertença à categoria finalidade quando se está diante, na verdade, de mera técnica processual? Não se estaria confundindo forma e conteúdo?

De outro lado, quando o juiz defere liminar na ação de alimentos não se estaria novamente diante de decisão provisória, portanto *alimentos provisórios*? Assim, o que se pode concluir é que a provisoriedade não está relacionada com a finalidade dos alimentos, mas é técnica processual que tem em vista abrandar os efeitos deletérios do tempo que é inerente a toda atividade jurisdicional e humana.

Para o presente estudo, interessa, de modo particular, os alimentos *provisórios*, os *provisionais* e os *definitivos*.

4.1 DOS ALIMENTOS À CONVIVENTE

Os alimentos devidos por força da união estável e concedidos pela decisão ora comentada têm natureza de *alimentos provisórios*, uma vez que deferidos em sede liminar, num juízo de probabilidade, com cognição sumária.

Nesse caso, não se poderia cogitar de alimentos provisionais, uma vez tratar-se de cumulação de ações: *dissolução de união estável* cumulada com *ação de alimentos*. Dentro deste quadro processual, inviabilizada está a concessão dos provisionais em termos técnicos. Faticamente os alimentos provisórios tem o condão de suprir as necessidades da companheira não só no que pertine a sua sobrevivência, mas também com relação aos chamados *alimentos civis*, uma vez que não há vedação legal da concessão desses alimentos quando das medidas concedidas em caráter provisório, como no presente caso. Incide, aqui, o velho brocardo: quem pode o mais pode o menos.

Os alimentos devidos por força da união estável se, ao final, reconhecida e dissolvida, encampam os provisoriamente concedidos convolvando-se em definitivos, já que encontra previsão na Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o § 3º do art. 226 da CF/88, precisamente no art. 2º, inc. II²², combinado com o art. 7º, *caput*²³.

4.2 DOS ALIMENTOS AO NASCITURO

Os alimentos devidos ao nascituro têm natureza de *alimentos provisionais*, uma vez que se destinam ao sustento do mesmo até o seu nascimento. Nesse caso, são eles tipicamente de natureza *cautelar*²⁴, devendo observar os comandos

²² “Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns”.

²³ “Art. 7º. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

²⁴ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a esse respeito, ensinam: “**5. Fixação dos alimentos provisionais.** Diferentemente dos alimentos provisórios da LA 4º, os alimentos provisionais podem ser pedidos por quem não tem prova constituída de sua qualidade de credor. A cautelar será concedida, provisória (CPC 854 par. un.) e/ou definitivamente, em virtude das provas de *periculum in morae fumus boni iuris* demonstradas pela requerente. (...)” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor:** atualizado até 15.03.2002/ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1100).

do art. 852 e seguintes do CPC/73. Isto porque, como já demonstrado, não tem neste momento o nascituro *personalidade jurídica*, que o legitime para a propositura da ação de investigação de paternidade, já que esta se trata de ação personalíssima.

Isso, no entanto, não deve conduzir à conclusão de que o nascituro, com relação ação cautelar de alimentos provisionais, também não estaria legitimado à sua propositura, pois como já aludido acima, apesar de não ter, ainda, *personalidade jurídica*, possui *personalidade judiciária*, ou seja, *capacidade processual*, representado pela mãe, devendo constar da petição inicial a expressão “O nascituro de Fulana de Tal”, como parte ativa, assim como ocorre nos casos de *peessoas formais e órgãos legislativos*.

No caso presente, se entender que realmente se trata de cautelar, não poderia ter sido concedido em sede de ação de conhecimento de dissolução de união estável, ainda mais cumulada com alimentos. A cautelar deveria ser antecedente e preparatória de futura Ação de Alimentos, quando do nascimento do filho, com vida, nos moldes da Ação de Alimentos, regida pela Lei n. 5.478/68, se houver reconhecimento voluntário da paternidade. Caso não haja esse reconhecimento, deverá o filho ingressar com a ação de investigação de paternidade.

Nesse ponto, entende-se que houve equívoco do acórdão, pois não poderia conceder os alimentos nessa ocasião e na forma como foi deferido. A não ser que pudesse se utilizar da técnica admitida pelo § 7º do art. 273 do CPC/73, o que não nos parece ter ocorrido, uma vez que o acórdão não faz referência a tal hipótese.

Traz-se a lume a doutrina de Iara de Toledo Fernandes que, respondendo à idêntica indagação, aduz: “Legitimado o filho concebido pelo casamento dos pais, na letra do art. 353 do Código Civil, ou tendo havido reconhecimento voluntário do filho ilegítimo, possível a incoação da ação alimentária do nascituro pelo procedimento da Lei Especial – Lei n. 5.478/68. Inexistindo prova escrita e imediata, restará a ação de alimento, através do procedimento comum ordinário acautelado pelos alimentos provisionais (art. 852, II, do CPC)”²⁵.

No caso presente, sob comentário, as especificidades não permitem outra solução como a ora apontada, uma vez que não há ainda reconhecimento da paternidade, inclusive como deixa claro o próprio acórdão, quando afirma que: “[...] A gravidez também não é desmentida pelo recorrido, que apenas se limita a dizer que tem dúvida acerca da paternidade, tanto que pede a realização de exame de DNA. Claro que esse pedido é descabido, tanto no recurso como no próprio processo, mas comprova à saciedade a existência da relação íntima havida entre o casal”.

Como se observa, é o próprio relator quem admite não ser possível no bojo deste processo a indagação a respeito da paternidade. Assim, reforça ele próprio o entendimento que vem sendo exposto no sentido da necessidade da ação cautelar.

Ademais, o *status* de nascituro também vem ao encontro desse posicionamento uma vez que os alimentos serão necessários até o advento do nascimento, cessando-se, então, a eficácia do provimento jurisdicional, havendo a partir desse momento

²⁵ FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 160.

necessidade da propositura da ação de investigação cumulada com os alimentos, estes agora, em caráter definitivo.

Note-se para encerrar que a causa de pedir dos alimentos devidos ao nascituro é o parentesco, enquanto os alimentos devidos à mãe é a existência da união estável, ou seja, mais uma vez seria impossível decidir ambas as pretensões de uma só vez no bojo de uma mesma ação como fez o venerando acórdão.

5 CONCLUSÕES

A união estável, a partir da Constituição Federal de 1988, bem como o advento da Lei n. 9.278/96 e, também, o Código Civil brasileiro de 2002, ganhou dignidade de entidade familiar.

O acórdão deveria tão somente resolver, incidentalmente, como razões de decidir a questão relativa a união estável e não abordá-la como questão do mérito recursal.

Adotando-se a nomenclatura “pessoa biológica” concorda-se com a tese de Pontes de Miranda a respeito da eficácia antecipada.

O nascituro tem *personalidade judiciária* e, por isso, legitimidade *ad causam* para a propositura da ação de alimentos.

Alimentos provisórios são aqueles concedidos em sede de liminar ou antecipação de tutela, seja na ação de alimentos, pelo rito da Lei Especial n. 5.478/68, seja na ação cautelar de alimentos provisionais. Portanto, provisoriedade é questão de técnica processual e não de finalidade com que são concedidos os alimentos.

Alimentos provisionais têm natureza cautelar, visando assegurar no presente caso a manutenção do nascituro até o seu nascimento.

A ação de alimentos pelo procedimento previsto na Lei Especial de Alimentos é a adequada a satisfazer a pretensão alimentar da companheira.

A ação cautelar de alimentos provisionais é a adequada a satisfazer a pretensão alimentar do nascituro, uma vez que no presente caso não se tem por determinada a questão da paternidade.

REFERÊNCIA

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos – uma contribuição do Direito Romano. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, 1990, p. 52-60.

DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda a descendente**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. I.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. ampl. e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. I.

MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático de filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. v. II – Investigação de paternidade.

MOURA, Mário Aguiar. Legitimidade do nascituro para investigar a paternidade. **IOB - Repertório de Jurisprudência**, quinzena de fevereiro de 1991, n. 3/91.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. rev. e atualizado até 15.03.2002 por Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5 - Direito de família.