

SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO
JOSÉ FERNANDO SIMÃO
JORGE SHICUEMITSU FUJITA
MARIA CRISTINA ZUCCHI

Organizadores

DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO MILÊNIO

Estudos em homenagem ao
Professor Alvaro Villaga Azevedo

Águida Arruda Barbosa
Alfredo Domingues Barbosa Migliore
Ana Paula Patino
Antônio Carlos Mathias Coltro
Antonio Carlos Morato
Antonio Rulli Neto
Arnoldo Wald
Carlos Alberto Dabus Maluf
Charles D. Cole
Cíntia Rosa Pereira de Lima
Claudio Luiz Bueno de Godoy
Cristiano Chaves de Farias
Diego Corapi
Eduardo C. Silveira Marchi
Fernando Campos Scalfi
Flávio Tartuce
Gabriele Tusa
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Gustavo Tepedino
Jorge Shiguemitsu Fujita

José Fernando Simão
José Luiz Gavião de Almeida
José Maria Trepal Cases
Maria Berenice Dias
Maria Helena Diniz
Mário Luiz Delgado
Nelson Rosenvald
Nestor Duarte
Patrícia Faga Iglecias Lemos
Paulo Luiz Netto Lôbo
Pierangelo Catalano
Ricardo Algarve Gregório
Roberta Vieira Larratía
Rogério José Ferraz Donnini
Rolf Madaleno
Ronaldinho Alves de Andrade
Rui Carvalho Piva
Rui Geraldo Camargo Viana
Silmara Juny de Abreu Chinellato
Sívio de Salvo Venosa
Zeno Veloso

© 2010 by Editora Atlas S.A.



Capa: Leandro Guerra
Composição: Set-up Time Artes Gráficas
Foto da capa: Leandro Guerra
Ilustração: Evelina Villaça – Direito de Família no Novo Milênio –
mista, 81 × 100 cm – 2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça :
Azevedo / José Fernando Simão, Jorge Shiguenitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu
Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. – São Paulo: Atlas, 2010.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5866-0

1. Azevedo, Álvaro Villaça, 1937 – 2. Direito civil – Brasil 3. Direito de família –
Brasil 4. Direito de família – Legislação – Brasil I. Simão, José Fernando. II. Fujita, Jorge
Shiguenitsu. III. Chinellato, Silmara Juny de Abreu. IV. Zucchi, Maria Cristina.

10-00887

CDU- 347.6(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito de família : Direito civil 347.6(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer
forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime esta-
belecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0__11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

“Um grande professor tem uma História para registrar
Sua vida se prolonga em outras vidas. Homens assim
são pilares na estrutura de nossas escolas, mais essen-
ciais que seus tijolos ou vigas e continuarão, sempre,
ser centelhas e revelações em nossas vidas.”

O clube do Imperador

Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro¹

Silmara Juny de A. Chinellato²

SUMÁRIO: Introdução. 1 O nascituro no Direito Romano. 1.1 Paridade entre nascido e nascituro. 1.2 Direito a alimentos: confirmação da paridade ontológica e jurídica. 2 O nascituro na doutrina civilista: da teoria natalista à teoria concepcionista. 3 Direito do nascituro a alimentos. 3.1 O Código Civil: interpretação doutrinária e reflexos na jurisprudência. 3.2 Alimentos gravídicos-equívocos de uma bem intencionada lei.

Introdução

A recente Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, ao instituir os impropriamente denominados “alimentos gravídicos”, renova a discussão quanto a direitos do nascituro, sempre oportuna, notadamente na era da técnica caracterizada pelos avanços da Biomedicina ou da Biotecnologia e das Telecomunicações.

¹ O homenageado participou de nossa formação acadêmica, pois foi nosso professor no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, além de nos ter oferecido relevantes lições por meio de suas obras, honrando-nos de maneira muito significativa, suceder no cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a um mestre de notável cultura jurídica, além de caracterizar-se por espírito nobre, compartilhador e solidário.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. Ex-Procuradora do Estado. Conselheira e Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual do Instituto dos Advogados de São Paulo. Colaboradora da ASSILA – Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (Roma-Sassar).

• O próprio termo *nascituro* – ser que há de nascer, já concebido – renova-se, pois, antes dessa era, referia-se ao ser já concebido no ventre materno, conforme conceito usual, até há pouco empregado, compatível com seu tempo. Hoje, discute-se a inoportunidade da expressão *no ventre materno*, pois a concepção (termo preferido pelo Direito) ou fertilização (termo preferido pelas Ciências Biomédicas) pode dar-se em outro *locus*, como ocorre na *in vitro*.

• Ainda que haja impropriedade na Lei nº 11.804, de 2008, sua promulgação representa ponto positivo em favor dos direitos da pessoa por nascer, aclarando o direito material já reconhecido por considerável parte da Doutrina e por vários acórdãos de nossos Tribunais, e contribui para maior divulgação dos inúmeros direitos e *status* reconhecidos ao nascituro.

1 O nascituro no Direito Romano

1.1 Paridade entre nascido e nascituro

No âmbito do Direito Romano, a interpretação das fontes romanas, com base em pesquisa profunda e exaustiva, foi feita por Pierangelo Catalano,³ que afirma:

“Segundo os *Digesta* de Justiniano, a *paridade do nascituro e do nascido é um princípio de caráter geral*, salvo as exceções de algumas ‘parês’ do *ius*. O princípio geral é claramente afirmado no Livro I, Tit. V (‘De statu hominum’), e encontra correspondência terminológica no último livro, Tit. XVI (‘De verborum significatione’): v. *Digesto* 1,5,26 ‘Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse’;⁴ 50,16,153; *D.*50.16.231”.

O autor demonstra de modo inequívoco que, ao menos em época justiniana, o conceito de “existência” do nascituro está em conexão com o princípio geral da paridade ontológica, com base no qual se devem considerar excepcionais,

³ Os nascituros entre o Direito Romano e o direito latino-americano, trad. Eduardo César Vira Marchi, *Revista de Direito Civil*, nº 45, ano 12, jul./set. 1988, p. 7-15: Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del Diritto Romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas), Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano, Torino, Giappichelli, 1990, v. 1; Vigenza dei principi del Diritto Romano riguardo ai “diritti dei nascituri”, *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, a cura di Antonio Tarantino, Milano: Giuffrè, 1996, p. 131-136; La persona en el sistema jurídico latinoamericano – contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas, trad. Lucas Reyes Gonzales e Fabio Espiñá Garzón, Universidad Externado de Colombia, ago. 1995 (o artigo em italiano foi publicado na *Rassegna di Diritto civile*, 1988, v. 1, p. 45-65).

⁴ A tradução do texto, feita por nós, é: “Os que estão no útero em quase todo o Direito Civil se têm por nascidos”.

segundo também o critério do *commodum* (ou favorecimento), as causas ou questões de direito às quais não se aplica mencionado princípio da paridade.

Segundo tal critério, ao nascituro se aplicam todas as regras que o favoreçam. A formulação geral do critério se encontra em Paulo, *D.*1,5,7:

“*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequam prosit.*”⁵

Catalano imputa a inversão dos princípios e das normas do Direito Romano quanto à paridade entre nascido e nascituro, aos conceitos abstratos de “pessoa”, “personalidade”, “sujeito de direito” e “capacidade jurídica”, ao contrário do conceito concreto de “aqueles que estão no útero” – que se inicia na República, com Varrão, passa pelo Principado, na interpretação clássica da Lei das XII Tábuas, por Sabino, até o século XVIII, com as Pandectas reordenadas por Pothier.

Segundo o romanista, o conceito antigo de pessoa, essencialmente concreto, foi usado por Justiniano – que alude a “pessoa concebida”⁶ 55 – e por Gaió, ao tratar da herança do “filho póstumo”, empregando a expressão “pessoa incerta”⁷

Outras expressões, mais recentes, refletem a aludida paridade, como a do Código Civil francês, art. 725 – “*enfant conçu*” –, Código Civil espanhol, art. 29 – “*concebido*” –, Código Civil austríaco, artigo 22 – “*ungeborne Kinder*” –, Código Civil argentino (arts. 63 e 64), que alude a “*persona por nacer*”, acolhendo a terminologia empregada por Teixeira de Freitas no art. 53 de seu *Esboço de Código Civil* e no Código Civil brasileiro, art. 4º – “*nascituro*”.⁸

Enfatiza o Professor da Universidade de Roma – La Sapienza que o princípio da igualdade entre o nascido e o nascituro não é consequência de uma ficção, isto

⁵ “Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos (como se já se encontrasse nas coisas humanas) sempre que se trate de seus interesses” (trad. Mário Curtis Giordani, O Código Civil à luz do Direito Romano, parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 1996, p. 8).

⁶ C.3.28.30.1: “*personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam*”.

⁷ No livro *Diritto e persone* (Torino, Giappichelli, 1990), o tema “Termini e concetti” encontra-se nas p. 196-202. Interessante observar que o direito norte-americano utiliza também expressão concreta, ou seja, *unborn child*.

⁸ 2.242.

⁸ Sobre o tema “termos e conceitos”, veja-se o item nº 2 do artigo de Catalano La persona en el sistema jurídico latinoamericano – contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas, trad. Lucas Reyes Gonzales e Fabio Espiñá Garzón, Universidad Externado de Colombia, 1995.

é, de uma construção imperativa, mas sim da constatação de uma realidade por parte do intérprete.

A inversão da paridade se deve à teoria da ficção de Savigny, baseada em dois textos aparentemente contraditórios com o princípio geral: o primeiro, de Papiniano, *D.35.2.9.1*: “*Ad legem Falcidiam*” – “[...] *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”,⁹ e o outro, de Ulpiano, *D.25.4.1.1*: “*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*”: “*partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*”.¹⁰

Os trabalhos de Catalano demonstram, com segurança e profundidade, que tais textos não podem embasar a preensão de Savigny – que repudia – de afastar a paridade. Os títulos do Digesto onde estão colocados tais textos – “*Ad legem Falcidiam*” e “*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*” – indicam claramente que ambas as “*previsazioni*” dos dois juristas severianos devem ser consideradas como exceções, convenientemente motivadas, em relação aos princípios fixados no primeiro¹¹ e no último¹² livro do Digesto.

O texto de Papiniano (*D.35.2.9.1*) se refere à avaliação do parto da escrava, para efeito de o nascituro integrar a quarta parte disponível do testador. Mario C. Russomano observa, com base nas lições de Catalano:

“Esse fragmento deve interpretar-se tendo, fundamentalmente, em conta que corresponde ao título que trata da lei Falcidia e que o juriconsulto se refere a que não se pode incluir na quarta parte disponível do testador, o concebido por uma escrava, o que resulta razoável porque, até o nascimento, se ignora se o filho será escravo ou livre.”¹³

A regra de Ulpiano concerne à defesa do interesse da mulher divorciada e do nascituro frente ao marido, conforme enfatiza Catalano.

É importante enfatizar a paridade entre nascituro e nascido, no Direito Romano, com fundamento em rigorosas pesquisas de romanistas consagrados, lição a seguir seguida pelos estudiosos do direito contemporâneo, que não devem ol-

⁹ “O filho ainda não nascido não se diz ser homem (trad. Mário Curtis Giordani. *O Código Civil à luz do Direito Romano*, cit., p. 7. O autor adverte que o texto se refere ao nascimento de um escravo).

¹⁰ “O filho, antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras” (trad. Mário Curtis Giordani. *O Código Civil à luz do Direito Romano*, cit., p. 8).

¹¹ *D.1.5.26*: “Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse”.

¹² *D.50.16.153*: “Innellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est”.

¹³ El nasciturus en el Derecho Romano y el criterio de Freitas, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1991, v. 10, p. 79-91. Essa citação foi traduzida por nós.

vidar as lições históricas, muito menos repetir conceitos que não encontram respaldo nas fontes romanas. Como demonstrado por Pierangelo Catalano e em obra recente do romanista Hélio Maciel França Madeira,¹⁴ a expressão *parte do corpo da mãe (pars viscerum matris)*, no texto de Papiniano, apenas se refere à avaliação do parto da escrava enquanto a “porção da mulher” (*mulieris portio*), no texto de Ulpiano, diz respeito à defesa do interesse da mulher divorciada e do nascituro frente ao marido.

1.2 Direito a alimentos: confirmação da paridade ontológica e jurídica

Em nossa pesquisa específica acerca do direito a alimentos do nascituro, do Direito Romano ao Direito Civil moderno,¹⁵ pudemos concluir que textos do mesmo jurista Ulpiano (*D.37.9.1* – “*De ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*”) reconhecem mencionado direito sem condicioná-lo ao nascimento com vida, mas, ao contrário, a ele objetivando.

Destarte, mencionados textos confirmam a tese de que a regra é a paridade ontológica e jurídica entre nascituro e nascido.

Apresentamos a seguir o cerne dos textos que fundamentam o direito do nascituro a alimentos, louvando-nos nas traduções de A. Dots, além do texto latino compilado por Theodorius Mommsen.

Já no princípio do fragmento 1 do Título 9 do Livro 37 do Digesto afirma-se a preocupação do pretor em cuidar não só dos descendentes nascidos, mas também dos não nascidos, objetivando a que nasçam, razão por que se os põe na posse dos bens do pai pré-morto.

O § 2º reconhece a posse dos bens ao nascituro (*postumo*), ainda que não se tenha certeza se é herdeiro, porque é mais justo, algumas vezes, fazer gastos supérfluos do que negar alimentos ao que há de ser, em alguns casos, senhor dos bens.

O § 3º estatui que, na dúvida sobre ser o nascituro herdeiro ou ter sido deserdado, é melhor alimentá-lo do que deixar morrer, por falta de alimentos, quem não foi deserdado, devendo aprovarem-se os gastos que se fizeram, a esse título, ainda que nasça quem não teria direito à herança.

¹⁴ MADEIRA, Hélio Maciel França. O nascituro no Direito Romano. Conceito, terminologia e princípios. *Cadernos Farnac*. Série Jurídica. Dadascaíla. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

¹⁵ Direito do nascituro a alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1990, v. 34, p. 169-1685.

Já o § 4º estabelece que as mesmas razões se aplicam ao caso de aborto da mulher que esteve na posse de bens em nome do nascituro.

Por sua vez, afirma o § 5º que, se o póstumo for deserdado sob condição, pendente esta, admite-se a opinião de Pedro, segundo a qual se pode dar a posse dos bens ao nascituro porque, na dúvida, é melhor dar alimentos ao que vai nascer.

O § 14 estatui *in fine* que, salvo caso de manifesta mentira da mulher, há de ser ela amparada para que se não prejudique o nascituro.

O § 15 equipara o nascituro ao nascido, aplicando-se àquele a posse Carboniana, porque sua causa deve ser mais favorecida do que a do menino, pois o nascituro é protegido para que venha à luz, o menino para ser introduzido na família; pois o nascituro tem de ser nutrido para que nasça não somente para o pai, ao qual se diz pertencer, mas também para a República.

É necessário observar a grande importância de mencionado texto, que reconhece expressamente o direito à vida e o direito a alimentos, desde a concepção, visando ao nascimento e não dele dependendo como termo inicial da personalidade, ou seja, da atribuição de direitos.

Finalmente, o § 19 consagra a posse da mulher grávida, em nome do nascituro, para que possa alimentar-se a si própria e àquele, bem como dar à luz. Por isso, nomear-se-á curador para que dê à mulher a comida, bebida, vestimenta e habitação.

A análise dos textos em tela permite-nos afirmar que, à luz do Direito Romano da época justiniana:

- a) o nascituro é dotado de personalidade, desde a concepção, já que, conforme observa concisa e precisamente R. Limongi França,¹⁶ atribuir direitos é atribuir personalidade;
- b) é expressamente reconhecido o direito a alimentos, desde a concepção, para que nasça vivo. Não se faz depender, inversa e incoerentemente, o direito a alimentos, do nascimento com vida;
- c) os textos mencionados reafirmam a intenção, harmoniosamente reiterada, de proteger o nascituro, mesmo quando há dúvida se será ou não o herdeiro dos bens dos quais entrará na posse; a proteção concerne expressamente ao direito à vida e ao direito a alimentos – intimamente interligados –, sempre visando ao nascimento, não dele dependente;

- d) o nascimento sem vida atua como condição resolutiva para a herança. Se fosse suspensiva a condição “nascimento com vida”, não se justificaria a posse, desde a concepção, dos bens herdados.

A paridade de direitos entre o nascido e o nascituro, como regra, no Direito Romano, demonstrada pela pesquisa relevante, profunda e exaustiva de P. Catalanano, bem como a seriedade que caracteriza todas as suas obras, influenciaram inúmeros juristas, entre os quais citamos, além do já mencionado professor argentino Mario Russomano: José María Castrán Vásquez,¹⁷ Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Comillas-Madrid, Professor Wolfgang Waldstein, da Pontifícia Università Lateranense, José Luiz de los Mozos, Professor da Universidad Valladolid,¹⁸ Mercedes Gayosso y Navarrete,¹⁹ Mártio Curtis Giordani, Professor Titular de Direito Romano da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro,²⁰ Francisco dos Santos Amaral Neto, Professor Titular de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro,²¹ Helcio Maciel França Madeira²² e o autor homenageado, Álvaro Villaga Azevedo.²³

2 O nascituro na doutrina civilista: da teoria natalista à teoria concepcionista

O direito a alimentos do nascituro reflete a posição doutrinária adotada a respeito de ter ou não ter personalidade, segundo interpretação do art. 2º do

¹⁷ La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana, *La persona en el sistema jurídico latinoamericano* – contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas, Universidad Externado de Colombia, ago. 1995, p. 167-184.

¹⁸ *El concebido y su tutela jurídica*. Personalidad y derechos de la personalidad. El status personal. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1991. v. 10, p. 93-141.

¹⁹ *Persona – naturaleza original del concepto en los derechos romano y nahuatl*. Mexico: Universidad Veracruzana, 1992.

²⁰ O Código Civil à luz do Direito Romano, cit.

²¹ O autor, ilustre e dinâmico Presidente do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, escreveu O nascituro no Direito Civil brasileiro. Contribuição do Direito Português, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 8, p. 75-90.

²² O nascituro no Direito Romano, Conceito, terminologia e princípios, cit.

²³ Nascituro é pessoa: comunicação escrita apresentada no Seminário “Inizio della Persona nel Sistema Giuridico Romanista”, realizado em Roma, nos dias 13 a 15 de março de 1997, *Inizio della Persona nel Sistema Giuridico Romanista*, Seminario di Studi, publicado pela Università di Roma – La Sapienza e Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1997, p. 1-7.

¹⁶ *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 1, p. 128.

Código Civil, dividindo-se em três as principais correntes: a natalista, a da personalidade condicional, a concepcionista.

Attribuir direitos e deveres significa afirmar personalidade e, tanto a segunda parte do artigo 2º, que é exemplificativo, como outras normas do Código reconhecem expressamente ao nascituro direitos e *status* (como o de filho) e não expectativas de direitos.

Não se há de confundir personalidade – um *quid*, a substância – com a capacidade – um *quantum*.

Segundo o Código Civil vigente, que consagra a mesma linha de tutela do nascituro acolhida pelo Código de Beviláqua, o nascituro pode ser reconhecido ainda no ventre materno (parágrafo único do art. 1.609 e parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.069, de 13.7.1.990 – Estatuto da Criança e do Adolescente), está sujeito à curatela (arts. 1.778 e 1.779), pode ser adotado (art. 1.621 cc art. 2º, segunda parte),²⁴ tem direito à representação pelos pais (art. 1.634, V, 1.689, II) ou pelo curador (art. 1.779).²⁵

O nascituro pode ser beneficiário de doação (art. 542) e herança (art. 1.799), direitos patrimoniais materiais, podendo o representante legal entrar na posse de bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse, em nome do nascituro (Código de Processo Civil, arts. 877 e 878).

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e herança, como condição resolúvel, problema que não se coloca em se tratando dos direitos não patrimoniais.

De grande relevância os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela previsão não taxativa do artigo 2º. Entre esses, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos estudos de Bioética.

Considerando a não taxatividade do artigo 2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustentamos que o Código Civil, filia-se à corrente concepcionista que reconhece direitos e *status* desde a concepção, como já ocorria no Direito Romano.

²⁴ Sobre o assunto, vide, de nossa autoria, o ensaio Adoção de nascituro. Razões para se alterar o *caput* do artigo 1.621 do Código Civil. *Novo Código civil. Questões controversas*. Série Grandes temas de Direito Privado. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo, Alves (Coordenadores). São Paulo: Método, 2005. p. 354-372.

²⁵ Consulte-se nossa obra *Tutela civil do nascituro*, cit. Leia-se também nosso comentário ao artigo 2º do Código Civil, na obra coletiva *Código Civil Interpretado artigo por artigo*, parágrafo por parágrafo, São Paulo: Manole, 2008.

Não nos parece adotar a corrente natalista, que é prevista apenas na primeira parte do artigo e não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar-se adotar a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não patrimoniais, incluindo-se os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida e, antes, a ele visam.

A despeito de inúmeras teorias sobre o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro, podemos reduzi-las, ao menos no Brasil, a três correntes fundamentais: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

A primeira delas – natalista – encontra grande número de adeptos que afirmam que a personalidade civil começa do nascimento com vida, alicerçando-se na primeira parte do art. 2º do Código Civil, que estatui:

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

Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo art. 2º reconhece direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, os quais, assim como os *status*, efetivamente lhe são atribuídos pelo Código, conforme já explanado.

Baseia-se, também, a corrente natalista, na errônea afirmação de que no Direito Romano o nascituro não era considerado pessoa, o que foi muito bem contestado por Pierangelo Catalano, em pesquisa específica a respeito da condição jurídica do nascituro, no Direito Romano, em suas várias fases,²⁶ bem como na obra monográfica de Hélcio Madeira,²⁷ ambas já referidas no Capítulo I.

A segunda corrente, denominada da personalidade condicional, reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida. Constitui a corrente adotada por Clóvis Beviláqua no art. 3º de seu Projeto de Código Civil,²⁸ mas não incorporada ao art. 4º do Código de 1916.

²⁶ Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro), *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 45/7-15, ano 12, julho a setembro de 1988.

²⁷ *O nascituro no Direito Romano. Conceito, terminologia e princípios*, cit.

²⁸ Assim se expressa Clóvis Beviláqua, *Projeto do Código Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*. Projectos primitivo e reviso. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902. v. 1:

“Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege combinando penas contra a provocação de aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa, como o fizeram os códigos e projectos acima citados, de acordo com os quaes se mostra Raoul de la Grasserie.”

Embora Bevilacqua tenha-se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os Direitos da Personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida – direitos absolutos, incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida.

Não se poderá afirmar, porém, que Clovis Bevilacqua, enquanto doutrinador, fosse adepto da teoria da personalidade condicional, pois, além de elogiar a “Inimosa nota ao artigo 221” feita por Teixeira de Freitas em seu Esboço de Código Civil, ao comentar o art. 1.537 do Código revogado, afirma que a indenização em caso de homicídio se estenderá aos filhos nascidos e nascituros, equiparando-os.²⁹

É mister observar que o Projeto Bevilacqua, bem como o Código Civil brasileiro vigente, são datados de época em que entre nós não estava plenamente divulgada e alicerçada a doutrina dos direitos da personalidade, omissão na qual não incide o Projeto de Código Civil atual que, no entanto, os regulou de modo tímido nos arts. 11 a 21.

Os direitos da personalidade do nascituro seriam bastantes para alicerçar a corrente concepcionista, afastando a da personalidade condicional, pois não há direito de personalidade condicional. Se fosse admitido o contrário, seria contrário admitir condicionalmente o direito à vida, subordinado à condição de nascer com vida. O mesmo se diga quanto ao direito à integridade física, reconhecendo-se cada vez mais ao nascituro, na atualidade, a indenização de danos pré-natais.³⁰

A Constituição da República assegura no *caput* do art. 5º – que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais – a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria essa proteção. O inciso XXXVIII do mesmo art. reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a licença à gestante, com a duração de 120 dias, no artigo 6º, inciso XVII, *a*; proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II, e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro.

²⁹ *Código civil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938. v. 4.

³⁰ Consulte-se de nossa autoria Bioética e dano pré-natal *Revista de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999. p. 297-328.

No livro *Tutela civil do nascituro*, tratamos do assunto nas páginas 301 ss. nas quais mostramos a evolução jurisprudencial que caminha para conceder, cada vez mais amplamente, indenização por danos causados ao nascituro. Em trabalho mais recente, atualizamos essa evolução. Consulte-se O nascituro perante os tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências. *Revista do IASP*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo. Revista dos Tribunais. Nova série. Ano 10, nº 20, jul./dez. 2007, p. 222-232. Depois, escrevemos o ensaio Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do Direito brasileiro. *Pessoa Humana e Direito*. In: Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coordenadores). Coimbra: Almedina, 2009. p. 412-466.

Cumpre salientar que até o texto final da Constituição vigente, a questão do início da vida foi objeto de inúmeras polêmicas – se a partir da concepção ou do nascimento –,³¹ renovadas perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que questionou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005). Embora a tese vencedora por maioria de seis votos contra cinco, em apertada, polêmica e acalorada votação, tenha defendido a constitucionalidade, todos os votos enfatizam a relevância da vida pré-natal, anotando-se a ênfase dada à responsabilidade ética e jurídica de todos os envolvidos nas pesquisas com células-tronco embrionárias, nos votos dos Ministros Antonio Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

A definição expressa do início da vida ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora nos pareça que a Constituição Federal proteja o nascituro.

No Direito Internacional, o direito à vida do nascituro é expressamente previsto na Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, além de ter sido objeto das Recomendações de números 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa.

O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e ingressou no Direito interno por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Estabelece no Capítulo II (Direitos-Civis e Políticos), art. 4º Direito à vida:

“1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

A seu turno, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, considera em seu preâmbulo:

“Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento;”

A terceira corrente doutrinária é por nós denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da personalidade con-

³¹ O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituinte. *O direito de família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bitar. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39-52. Consulte-se, ainda, *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 245-252. Tanto o ensaio como a obra monográfica são de nossa autoria.

dicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.

Como já explanado, bastaria apenas um direito não condicional, subordinado ao nascimento com vida, para que a personalidade não fosse condicional. É o que ocorre com o *status* de filho e com os direitos pessoais, entre os quais: o de ser reconhecido ainda no ventre materno, o de ser representado, o de ser adotado, o de ter curador. O mesmo se diga quanto aos direitos da personalidade, direitos pessoais de natureza privilegiada.

Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional.

Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutiveamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectarivas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutiva.

Fundamentam nosso entendimento os arts. 127, 128, 563, 1.784, 2.020, todos do Código Civil, e os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil, que cuidam da posse em nome do nascituro, como medida cautelar (ou processo de jurisdição voluntária, como preferem alguns processualistas).

Entre os adeptos da corrente conceptionista, que perfilhamos, incluímos: Teixeira de Freitas,³² Pontes de Miranda,³³ R. Limongi França,³⁴ Anacleto de Oli-

³² *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1886, e *Esboço do Código Civil*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

³³ *Tratado de direito privado. parte geral – Introdução – Pessoas físicas e jurídicas*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1, e *Tratado de direito privado. Parte especial – Direito de família – Direito parental – Direito proterctivo*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. II.

³⁴ *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

veira Faria e André Franco Montoro,³⁵ Francisco dos Santos Amaral Neto,³⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³⁷ e a geração mais recente de civilistas representada por Flávio Tartuce³⁸ e José Fernando Simão.³⁹

Em Portugal, José Tavares,⁴⁰ Mario Emílio Bigotte Choroão⁴¹, Diogo Leite de Campos.⁴²

A Rubens Limongi França se deve a estrutura fundamental da corrente conceptionista.

A tomada de posição no sentido de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são concedidos pelo Código Civil e outros diplomas legais, uma vez que se afasta na espécie, porque inaplicável, a regra de interpretação *exceptiones sunt strictissime interpretationis*.

Reitera nosso modo de ver quanto à não taxatividade dos direitos reconhecidos ao nascituro, outro postulado hermenêutico, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no artigo 2º que, ao contrário, refere-se genericamente a direitos do nascituro.

Entre os que não são expressamente previstos, inclui-se o direito a alimentos, reconhecido ao *conceptus* desde o Direito Romano, conforme textos do Digesto 37, 9.1 (*De ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*).

³⁵ *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

³⁶ *O nascituro no direito civil brasileiro. Contribuição do direito português. Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 8, p. 75-89, Rio de Janeiro: Forense, 1990. Consulte-se, também, do Ilustre civilista, a valiosa obra, de leitura obrigatória para os estudiosos da *Parte Geral do Direito Civil, Direito Civil Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria E. N. As inovações biológicas e o Direito das Sucessões. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da cidade do Rio de Janeiro – Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. UERJ, 23 de setembro de 2006.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *A situação do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. Novo código Civil. Questões controversas. Parte geral do Código civil. V. 6: Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2007.

³⁹ SIMÃO, José Fernando. *Início da personalidade jurídica. Natalistas x conceptionistas – embate dos TItãs*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_personalidadejur.html>. *Início da personalidade jurídica. Natalistas x conceptionistas – embate dos TItãs*. São Paulo: Carta Forense, nº 54, dez. 2007.

⁴⁰ *Os Princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1928. v. 2.

⁴¹ *O Problema da natureza...* cit.

⁴² Lições de direitos da personalidade. I Parte. Personalidade jurídica, personalidade moral e personalidade política, cit. Nôs. Estudos sobre o direito das pessoa, cit. A vida, a morte e sua indenização, cit.

3 Direito do nascituro a alimentos

3.1 O Código civil: interpretação doutrinária e reflexos na jurisprudência

* Como se analisou, o instituto da *bonorum possessio ventris nomine* tinha por finalidade não só conservar e resguardar os bens da herança do nascituro, como com eles proporcionar, por meio dos alimentos, a adequada assistência pré-natal visando ao nascimento com vida do herdeiro esperado e não, ao contrário, fazer depender os alimentos do nascimento com vida. Dava-se, assim, a adequada assistência à mãe e ao titular do direito a alimentos e à herança, o nascituro.

O art. 964 do Código Civil espanhol⁴³ – embora literalmente o art. 30 consagre a teoria natalista – e o art. 199 do Código Civil chileno⁴⁴ reconhecem o direito do nascituro a alimentos, o qual não depende do nascimento com vida, mas, antes, a ele visa.

Entre os principais juristas brasileiros que defendem o direito do nascituro a alimentos cite-se Pontes de Miranda, que assim leciona:

“A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do artigo 1.534, inciso II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também, na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”⁴⁵

Ao tratar da curatela do nascituro enfatiza:

⁴³ Segundo o art. 964 do Código Civil espanhol, a viúva, ainda que rica, será alimentada com os bens hereditários, considerando a parte que neles terá o nascituro, se nascer com vida e viável.

⁴⁴ “La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto, y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber nacido, no será obligada a restituir lo que se hubiere asignado a menos de probar-se que ha procedido de mala fé pretendiéndose embarrasada o que el hijo es ilegítimo”.

⁴⁵ *Tratado de direito privado: parte especial*, Direito de Família: Direito Parental. Direito Protetivo, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsari, p. 215-216.

“Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva, ou a quem, em virtude de responsabilidade (Código Civil, arts. 1.537, II, e 4º), os tenha de prestar. Se é certo que ainda não gasta em comida, roupa e educação, precisa o embrião de cuidados que têm o seu preço.”⁴⁶

Clóvis Beviláqua, invocando o critério do *commodum*, mostra-se seguro quanto ao direito do nascituro a alimentos, devidos por quem praticou homicídio contra quem os devia ao concebido (art. 1.534, II, do CC).⁴⁷

Reconhecem, também, o direito do nascituro a alimentos, fundado em relação de parentesco, João Claudino Oliveira e Cruz⁴⁸ e Edgard de Moura Bitencourt.⁴⁹ O primeiro autor entende que, na fixação dos alimentos, o juiz levará em conta as despesas que forem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, “incluindo-se despesas médicas e de medicamentos”.

Embora este capítulo se refira ao direito brasileiro, permitimo-nos citar o jurista argentino Santos Cifuentes, que defende o direito do nascituro a alimentos, por direito próprio, ainda que a mãe não o tenha, quando fruto de relação extramatrimonial:

“Además, el concebido tiene derecho a alimentos, aún cuando no le correspondan a la madre por tratarse del fruto de una relación extramatrimonial. Ello prueba que aquél goza de la vida, la cual se protege por medio del representante.”⁵⁰

A teoria natalista, adotada por grande número de autores brasileiros, que se preocupam primordialmente com a primeira parte do artigo 4º do Código Civil (“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”), não a sistematizando com a segunda parte (“mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”), bem como com demais dispositivos do Código, reflete-se na posição adotada quanto ao direito do nascituro a alimentos.

Para mencionada corrente, não existe esse direito, dependendo ele do nascimento com vida.

Entre os autores que não reconhecem o direito a alimentos do nascituro cite-se Yussef S. Cahali que, na obra *Tratado dos alimentos*, sustenta que, “não obstante

⁴⁶ *Tratado*, cit., t. 9, p. 354.

⁴⁷ *Código civil comentado: obrigações*, 9. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. 5, p. 246.

⁴⁸ *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 79.

⁴⁹ *Alimentos*, 4. ed. São Paulo: LEUD, 1979, p. 115.

⁵⁰ *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires-Córdoba: Lerner, 1974, p. 183.

o espírito de humanidade que se encontra na base desse entendimento, parece-nos que o mesmo não se compadece com os princípios adotados pelo Código Civil, no art. 4º.⁵¹

Com respeito, discordamos. A interpretação do r. civilista é uma decorrência coerente da teoria natalista que pensa ser a do Código Civil. Não é nossa opinião, conforme já exposto.

Não são razões humanitárias que esteiam nosso entendimento. Ainda que esse aspecto seja relevante, fundamentamo-nos em argumentos técnico-jurídicos, inclusive com raízes no Direito Romano.

Entre os respeitáveis acórdãos por nós examinados, os mais antigos negam o direito em tela, conforme se vê, exemplificativamente, em *RT*, 566:54, 525:70 e *JTACSP*, 74:99.

Baseiam-se na interpretação natalista do art. 4º do Código Civil, que por longos anos dominou a doutrina brasileira – carente de monografias sobre esse assunto –, em tratados e manuais nos quais a matéria não foi tratada com profundidade, dado o próprio objetivo e natureza dessas obras.

Representam atenuação da teoria natalista aplicada aos alimentos do nascituro as respeitáveis decisões que os concedem a partir da concepção, aplicando o *jus superveniens* configurado pelo nascimento do alimentando depois da propositura da ação. Dessa corrente, cite-se bem fundamentado voto vencedor do Desembargador Francisco Figueiredo, proferido em acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*RT*, 625:173).⁵²

Acórdãos mais recentes, baseados em novas reflexões, caminham para uma mudança. Registre-se lapidar voto vencido, em favor dos alimentos a nascituro, exarado no acórdão inserido em *JTACSP*, 74:99, pelo então juiz, hoje Desembargador, José Ozório, e acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decidido por votação unânime, sendo Relator o Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves (*RT*, 650:220).

De fundamental importância para o tema em tela, por ser um dos primeiros precedentes, é o acórdão exarado na Apelação Cível nº 193.648-1/5, julgada, por votação unânime, em 14 de setembro de 1994, pela Câmara do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o eminente Desembargador e Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Renan Lotufo.

⁵¹ Dos alimentos, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 410.

⁵² Nesse sentido, r. acórdão da 1ª Câmara do E. TJSP prolatado na Apelação nº 96.738-1, julgado em 4-10-1988, por maioria de votos, *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, 1.603:216. Acolhem a mesma tese a Apelação nº 117.751-1, j. 7-6-1989, v. n., e acórdão em *RT*, 338:179.

Do julgamento participaram, com votos vencedores, Luis Guimarães e Alexandre Germano. O acórdão está estampado em *RJTJSP*, 150:90-5, e *RT*, 703:60-3.

Tratava-se, no caso concreto, de investigação de paternidade interposta pela mãe do nascituro. Julgada improcedente em primeiro grau, o E. Tribunal reformou a sentença, reconhecendo a legitimidade do nascituro para interpor a ação, por seu representante legal, e a titularidade do direito a alimentos; desde a concepção, como direito próprio, para atender às necessidades pré-natais.⁵³

Em nosso modo de ver, ao nascituro – inclusive ao adotado – são devidos, como direito próprio, alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-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, amniocentese, ultrassonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais frequentes, alcançando, ainda, as despesas com o parto.⁵⁴

Quando o filho foi concebido na constância do casamento⁵⁵ – inclusive por inseminação artificial homóloga ou por fertilização *in vitro*, ainda que com sêmen de doador, desde que haja consentimento do marido –, aplicando-se a regra *vero pater is est...*, consagrada pelos arts. 1.597 e 1.598 do Código Civil, basta a prova da gravidez para a propositura da ação, que, em nosso entender, pode fundar-se na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que exige prova do parentesco ou prova pré-constituída da obrigação de alimentar.

O mesmo raciocínio se aplica, em caso de separação judicial, estando a mulher grávida. Mesmo que tenha renunciado a alimentos, a renúncia só a ela se aplica, não aos alimentos devidos ao nascituro, que expressamente tem o status de filho (arts. 1.609, parágrafo único, e 1.778 e 1.779).

Tratando-se de filho não matrimonial, deve o nascituro, por seu representante legal, a mãe – e, em casos excepcionais, o *curator ventris* –, ingressar com ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, que não mais encontra óbice na legislação ordinária (Lei nº 883, de 21-10-1949), pois a Constituição Federal – no art. 227, § 6º – iguala, para todos os fins, os filhos, havidos ou não da

⁵³ No caso concreto, a assistência pré-natal foi mencionada na inicial, mas não foi objeto de pedido expresso, como deveria. O acórdão ressolvou o direito, em tese, se comprovada a paternidade, a que os alimentos atinjam o período pré-natal.

⁵⁴ Sobre o assunto, consulte-se, de Eduardo Valente Isfer, Antonio Fernandes Moron e outros, *Manual de Medicina Fetal – aspectos básicos*, São Paulo, Fetus – Centro de Diagnóstico Pré-Natal e Medicina Fetal, s. d.

⁵⁵ A presunção de paternidade, no casamento, não se aplica à união estável, havendo necessidade de outras provas.

relação do casamento ou por adoção. Possibilita, conseqüentemente, o exame da paternidade sem restrições.

Deve o autor da ação fundar-se em qualquer meio de prova que indique a convivência com o indigitado pai, o que sustentará o *fumus boni iuris*. Em nosso modo de ver, pode e deve pedir alimentos provisionais, com fundamento nos arts. 852 e 854 do Código de Processo Civil – medidas cautelares –, que possibilitarão o arbitramento, desde o despacho da petição inicial, da mensalidade para a man-tença do nascituro.⁵⁶

Salvo caso de manifesta má-fé ou ausência inequívoca do *fumus boni iuris*, o juiz deve conceder os alimentos provisionais, para possibilitar a adequada assistência pré-natal ao concebido, visando ao nascimento com vida, conforme já assentavam, com firmeza, os §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 15 do fragmento 1 do Título 9 do Livro 37 do Digesto.

A certeza da paternidade só advirá com o exame técnico do DNA ou outras provas posteriores, de diferentes naturezas.

Embora os alimentos sejam irrepetíveis, em regra, pensamos que, quando a prova conclusiva afaste a paternidade de quem os prestou indevidamente, possa ele pleitear indenização, com fundamento no artigo 186 do Código Civil (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”).

É mister acrescentar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-1990) considera criança a pessoa até 12 anos e estabelece especial proteção à gestante, estatuinto no Título II – “Dos Direitos Fundamentais” –, no Capítulo “Do Direito à Vida e à Saúde”:

“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. Art. 8º É assegurado a 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.”

Mencionados dispositivos indicam que também o Estado se preocupa não só com a criança nascida, mas também com a nascitura.

⁵⁶ Tratamos dos alimentos provisionais ao nascituro em Tutela civil do nascituro. cit., p. 275 ss.

3.2 Alimentos gravídicos – equívocos de uma bem intencionada lei

Antes da promulgação da Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, a Doutrina e vários acórdãos de Tribunais diversos já reconheciam o direito do nascituro a alimentos, que se contém na redação meramente exemplificativa do artigo 4º do Código Civil revogado e no artigo 2º do Código vigente, que conserva o mesmo teor, com exceção da palavra *pessoa* a substituir *homen*.

A titularidade do direito é do nascituro, parte legítima para pleiteá-los, por seu representante legal, a mãe ou o curador, nos termos dos arts. 1.778 e 1.779 do Código Civil.

Nosso entendimento, sustentado desde 1983,⁵⁷ enfatizado na obra monográfica de 2000 e em ensaios posteriores, foi sempre no sentido de a titularidade ser do nascituro e de bastar a apreciação sumária da prova de paternidade. Consideramos a relevância e urgência de dar-se a adequada assistência pré-natal à mãe e, por meio dela, ao nascituro, para que pudesse nascer com vida e não depender de tal condição, o direito a alimentos.

Conforme exposto no Capítulo I, os textos do Digesto 37.9.1 – *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*, de Ulpiano, reconhecem o direito da mãe, visando ao nascimento com vida e não a dele depender, como condição para ter personalidade. Mencionados textos enfatizam que, na dúvida, devem ser concedidos alimentos ao nascituro, salvo caso de manifesta má-fé da gestante, confirmando a regra geral da paridade entre nascido e nascituro, acolhida em D.5.26 (“*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*”). Essas conclusões podem e devem aplicar-se ao Direito civil vigente.

Como se afirmou no capítulo anterior, não se tratando de filho matrimonial, deve o autor da ação fundar-se em qualquer meio de prova que indique a convivência com o indigitado pai, o que sustentará o *fumus boni iuris*. Em nosso modo de ver, pode e deve pedir alimentos provisionais, com fundamento nos arts. 852 e 854 do Código de Processo Civil – medidas cautelares –, que possibilitarão o arbitramento, desde o despacho da petição inicial, da mensalidade para a manutenção do nascituro.

Procuramos sopesar o patamar mais elevado desse direito, ligado ao direito à vida, para afastar o argumento dos opositores a tal tese, preocupados com a possível não paternidade e a irrepetibilidade dos alimentos, lembrando que é possível utilizar a responsabilidade civil, com fundamento no art. 186 do CC, para pleitear

⁵⁷ Ano da defesa da tese Tutela civil do nascituro, publicada em 2000, inteiramente revista e atualizada.

indenização, quando a prova conclusiva afaste a paternidade de quem os prestou indevidamente.⁵⁸

Pelo estado então vigente da Doutrina – que cada vez mais ganha adeptos concepcionistas – e dos vários acórdãos⁵⁹ que bem interpretaram o Código Civil, as Convenções Internacionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com respaldo na Constituição da República, é possível afirmar que o direito do nascituro a alimentos já era reconhecido, embora com a resistência dos que insistem em sustentar a teoria natalista.

A Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, tem o mérito de espantar a dúvida quanto ao cabimento do direito do nascituro a alimentos, embora lhe confira a titularidade e apresente até contradição quanto a ela: no mais das vezes reconhece-a à mãe e, em outras, ao nascituro.

Merece, assim, louvor por ter posto em relevo a necessidade da adequada assistência pré-natal nem sempre conquistada extrajudicialmente, como bem o demonstra o acórdão lavrado no Agravo de Instrumento nº 137.023-0/00 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconhece a legitimidade do nascituro, representado pela mãe, para pleitear essa assistência em favor de presidiárias grávidas.⁶⁰

Tem o mérito, ainda, de não ter exigido audiência de justificação para colera de provas, inclusive depoimento da parte ré, bem como a realização de exame pericial para comprovar a paternidade, que apresenta conhecidas dificuldades técnicas e, às vezes, também burocráticas – tratando-se de assistência judiciária gratuita – que retardariam a concessão dos alimentos, colocando em risco a vida do titular do direito, o nascituro, e talvez, também, a da mãe. O veto aos arts. 5º e 8º afastou tais obstáculos.

Os vetos da lei foram opostos com oportunidade, referindo-se ao foro competente – prevalecendo o do alimentando, conforme o relativo ao art. 3º. O veto ao artigo 9º também foi adequado, pois alimentos a partir da citação significariam a possível inocuidade, tendo em vista atitudes protelatórias do réu, quanto à citação.⁶¹

⁵⁸ *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 239-245, notadamente p. 244.

⁵⁹ Não se pode aludir a jurisprudência nem contra nem a favor, pois não há reiteração de julgados.

⁶⁰ Relator Desembargador José Cardinale.

⁶¹ Sobre alguns aspectos processuais da Lei consultem-se os artigos de Flávio Yarshell publicados em *Motidas Forenses*, nos dias 1º de dezembro de 2008, 8 de janeiro de 2009 e 3 de fevereiro de 2009, sob o título Temas de processo na Lei 11.804/8 (ação de alimentos “gravídicos”). Parte I, Parte II, Parte III. Disponíveis em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3135>>; <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3319>>; <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3466>>.

Digno de aplauso é também o veto ao art. 10, que estabelecia responsabilidade objetiva em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, imputando-se ao autor o pagamento de danos materiais e morais.

Não é possível imputar-se responsabilidade objetiva no âmbito do Direito de Família, que se distingue, por várias peculiaridades, dos demais ramos do Direito. O direito pessoal ou existencial de Família repousa em sentimentos, subjetividades e situações personalíssimas que não recomendam a incidência da responsabilidade civil objetiva, na qual se prescinde da indagação da culpa – negligência, imprudência, imperícia.

A responsabilidade civil objetiva resulta da lei ou do contrato. Embora o casamento seja um contrato, não tem a mesma natureza dos contratos obrigacionais. Trata-se de contrato de Direito de Família, informado por normas de ordem pública, razão por que não se poderia convenicionar a aplicação da responsabilidade objetiva, no casamento.

Na hipótese ora tratada, o Projeto de Lei nº 736, de 2006 (nº 62/04 do Senado Federal), pretendeu, por meio de lei, impor a responsabilidade civil objetiva, em tema de Direito de Família: alimentos em favor do filho nascituro. No nosso modo de ver, não cabe responsabilizar objetivamente alguém que, fundado em culpa leve, imputa a paternidade a quem poderia ser o pai.

A responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, notadamente a grave, é apta a equilibrar a responsabilidade ética em que se funda a jurídica, reconhecendo-se a oportunidade das afirmações de Hans Jonas, segundo as quais não há ato sem responsabilidade.⁶²

Haverá hipótese em que a mãe se relacionou sexualmente com dois homens, no mesmo período, podendo a paternidade ser atribuída a um ou outro. Será melhor que, representando o filho nascituro, peça alimentos para que ele nasça vivo e não se intimide por meio da cominação das penalidades próprias da responsabilidade objetiva.

O juiz apurará se o caso concreto envolve dolo ou culpa grave – como, por exemplo, se o relacionamento com o indigido pai se deu há 11 meses antes do nascimento excluídas algumas técnicas de reprodução humana assistida, de maior complexidade – e condenará a representante legal, se assim entender.

Quanto à reprodução humana assistida, que emprega várias técnicas, acarretando cada uma diferente enquadramento jurídico, pode-se afirmar que, no casamento, havendo consentimento do marido, ele só é retratável, de modo expreso,

⁶² JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Tradução de Antônio Fernando Gascais. Lisboa: Vega, 1994 (Coleção Passagens, 17).

enquanto não houver implantação, o que decorre da irretratabilidade do reconhecimento de filho.

A mesma regra se aplica quando houver fertilização de mulher não casada, com sêmen congelado de doador identificado, que concordou em ser pai.

Tratando-se de implantação de embrião crioconservado, o consentimento do doador de gameta, o pai genético, haja ou não casamento – afastando-se a hipótese de doador anônimo – a retratação do consentimento deve ser manifestada também por expresso, antes da implantação. O destino a dar a esse embrião pré-implantatório é tema de maior complexidade, não podendo ser simplesmente descartado.⁶³

A inutilização de sêmen, embora seja produto do corpo humano, que tenha dignidade diferenciada em relação a produtos não humanos, guarda muita distância com o descarte de embrião, que não é res, nem produto.

Frise-se que a Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, não isenta o autor da ação de responder civilmente, nem poderia fazê-lo, considerando as regras gerais da responsabilidade não só do Código Civil, como do próprio Direito Civil. Apenas afasta a responsabilidade civil objetiva.

Admite que há responsabilidade civil subjetiva pela falsa imputação de paternidade, embora não distinga os graus de culpa.

Essa é uma forma de contornar a irrepetibilidade dos alimentos, tal como já propúnhamos na obra monográfica, publicada em 2000.⁶⁴

Atende-se, assim, à relevância e urgência da tutela da vida e ao princípio da responsabilidade ética, que embasa a civil, bem como o que veda o enriquecimento sem causa.

A confusão quanto à titularidade talvez se deva ao fato de a teoria natalista, que influenciou muitas gerações, estar impregnada em manuais e cursos antigos de Direito Civil, em que pese a respeitabilidade de seus autores que, no mais das vezes, não se aprofundaram no tema.

A adequada assistência pré-natal tem por objetivo o desenvolvimento do nascituro, por meio de assistência médica, anotando-se a relevância da Medicina

⁶³ O destino a dar aos embriões excedentários, sobranes, ou remanescentes, bem como aos abandonados nos bancos de embriões, é um dos temas cruciais da Bioética. O caso de disputa de embrião pré-implantatório entre um dos pais, que não o quer implantar, e o outro, que o quer, vai requerer especial sensibilidade e conhecimento do juiz, a respeito das intrincadas questões da Bioética e do Biodireito. O que se pode afirmar, desde já, é que o descarte puro e simples não é admitido, nem pela Lei de Biossegurança, nem pelas normas éticas do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358, de 1992).

⁶⁴ Tutela civil do nascituro, cit. p. 244. A proposta já se encontra na tese de Doutorado, de 1983, da qual a obra publicada se origina.

Fetal, a correta medicação e outros procedimentos que visem ao bem-estar do nascituro, o acompanhamento acertado, apropriado, incluindo o parto. Há medicamentos e procedimentos para o nascituro e para a mãe, caracterizando-se como consumidor ou consumidor equiparado.⁶⁵

Embora ele e ela sejam indissociáveis, e a proteção de um reflita na do outro, há que se frisar que o direito a alimentos é do filho nascituro, embora a mãe possa ter direito a alimentos por direito próprio.⁶⁶

A consciência da relevância da vida, desde a concepção, da pessoa humana como fim em si mesmo, o patamar elevado em que se situam os direitos humanos, renovam os estudos dos direitos do nascituro.

Com tais ponderações, em que pese o respeito ao legislador, é mister afirmar que a titularidade do direito é do nascituro e não da mãe que poderá não ter direito a alimentos, por direito próprio.

A expressão *alimentos gravídicos* é imprópria e não jurídica.

Imprópria porque os alimentos são atribuídos a uma pessoa e não ao estado biológico da mulher.

É também tecnicamente inadequada já que o termo técnico-jurídico é *alimentos ao nascituro*, adotado há muito, como o comprova o estudo histórico dos vários países, anotando-se a consagração do termo na Doutrina brasileira.

O artigo 2º traz, ainda, outra imprópriedade, pois alude ao “futuro” pai, desconhecendo que o nascituro tem *status* de filho, conforme o reconhece o Código Civil, que admite, por exemplo, o reconhecimento pré-natal (art. 1.609, parágrafo único, do Código civil) com respaldo no art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a curatela do nascituro (arts. 1.778 e 1.779 do Código Civil) e a representação.

Acresça-se que a Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – representa um avanço quanto ao tratamento dado pela legislação aos pais do nascituro, pois, muito além do Código Civil, considera genitores os doadores de gametas, no art. 5º, § 1º. O decreto que a regulamentava (Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005), também utiliza a mesma expressão, no art. 63, § 1º, ambos relativos ao consentimento dos genitores para pesquisa em embriões congelados.

Assim, quanto ao embrião pré-implantatório, a Lei de Biossegurança alude a genitor – em vez de “doador de gameta” – e, em retrocesso, que não encontra res-

⁶⁵ A respeito do assunto, consulte-se nosso *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 287 ss.

⁶⁶ A diretrix do Estatuto da Criança e do Adolescente que expressamente consagra o apoio alimentar à gestante é correta, em visão humanista e solidária, pois prestigia a ela, que merece proteção diferenciada, como pessoa e como gestatriz, e ao nascituro.

paldo no Código Civil, a Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, alude a “futuro pai”, tratando-se de embrião já implantado *in anima nobile*.

A conversão dos alimentos gravídicos, em favor da criança, após nascida, apresenta uma estranha inovação quanto à titularidade de direitos, pois, segundo parece decorrer do parágrafo único do art. 6º, o direito seria da mulher, enquanto o filho for nascituro, mas passa a ele, depois de nascido.

Embora a lei seja pouco clara quanto à titularidade do direito, havendo, no nosso modo de ver, confusão entre titular – o nascituro – e o representante legal, a mãe –, parece-nos que deva ser interposta em nome do nascituro, atuando ela como representante. Dessa forma se obterá coerência quanto ao direito material e ao processual.

O advento da Lei nº 11.804 contribui de modo favorável para a tutela civil do nascituro porque, embora confunda a titularidade do direito a alimentos, atribuindo-a ora à mãe, como no art. 1º, ora a ele, como no art. 6º, ora a ambos, como no *caput* do art. 2º, consagra como lei específica e expressa, esse direito, reforçando o acerto da teoria concepcionista e a diretiz, sem volta, da humanização do Direito.

Bem de família: modalidades e tendências

Gabriele Tusa¹

SUMÁRIO: I Prelâmbulo. II Impenhorabilidade voluntária. 1 Origem histórica. 2 Natureza jurídica. 3 Requisitos do bem de família: sujeitos e duração. 4 Objeto do bem de família – limites econômicos – abrangência. 5 Legislação para instituição do bem de família. 6 A solvência do instituídos. 7 Ocupação do imóvel pela família. 8 Escritura pública e testamento. 9 Registro. III Impenhorabilidade legal. Referências

I Prelâmbulo

Ter a oportunidade de escrever sobre um tema conturbado e provocante como bem de família é sempre um desafio e um motivo de satisfação pessoal. Entretanto e, sem qualquer exagero, é possível afirmar sem receio de errar que nenhum outro momento similar poderia propiciar orgulho maior do que tratar deste tema em obra que visa ressaltar o extenso percurso traçado por Alvaro Villaga Azevedo em mais de meio século de dedicação às letras jurídicas, eis que bem de família foi justamente o tema de sua tese de doutorado na qual, bem antes do advento da Lei de 1990, o então doutorando defendeu a necessidade de se introduzir no ordenamento a caracterização automática da proteção da moradia familiar inde-

¹ Qualificação Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP Professor e coordenador dos cursos de especialização da Escola de Direito de SP, Fundação Getúlio Vargas (Edesp – GV – LAW) Professor do Cogea-PUC/SP Advogado em SP Diretor da Câmara de Comércio Brasil-Itália. Membro do Tribunal Arbitral das Eurocâmaras – Câmaras Europeias reunidas.



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA E INVESTIMENTOS. RESTRIÇÃO À VENDA DE VEÍCULOS EM NOME DO VARÃO.

1. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. A fixação de alimentos ao nascituro, em quantia correspondente a 60 salários mínimos, se mostra de todo exorbitante. Por mais ampla que seja a gama de despesas que o fato da gravidez acarrete (assistência médica, psicológica, exames, parto, medicamentos, enxoval, etc.) e que estão referidas na respectiva legislação especial, não há nada que justifique alimentos mensais de R\$ 32.700,00 – isto tudo antes mesmo de a criança nascer ! Não obstante a alegação de ser o demandado grande investidor, com elevadíssimos ganhos mensais, é também da mãe, gestante, o dever de custeio das despesas com o nascituro.

2. BLOQUEIO DE VALORES E RESTRIÇÃO À VENDA DE BENS. Deve ser mantida a decisão agravada, porquanto não há elementos seguros para, nesta fase processual em que é incipiente a instrução probatória, se concluir pelo período de duração da união estável alegada e que o patrimônio almejado é efetivamente comum.
NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70046268702

COMARCA DE TRAMANDAÍ

A.S.S.

AGRAVANTE

..
A.L.F.

AGRAVADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

Acordam os Magistrados integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ E DR. ROBERTO CARVALHO FRAGA.**

Porto Alegre, 26 de janeiro de 2012.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

ANDRÉA S.S. agrava da decisão que, nos autos da ação para reconhecimento de união estável cumulada com pedido de indenização por dano moral, alimentos gravídicos e partilha de bens que move contra AMAURI L.F., indeferiu pedidos de bloqueio de valores e restrição à disponibilidade patrimonial e fixou alimentos provisórios em favor do nascituro em valor correspondente a quatro salários mínimos.

Sustenta que: (1) 09-10-2010 passaram a morar em Balneário Camboriú e logo o varão mostrou comportamento agressivo; (2) a notícia da gravidez não foi bem recebida por ele, que passou a agredi-la fisicamente e com palavras de baixo calão; (3) em 17-06-2011 foi judicialmente determinado o afastamento do varão do lar conjugal mas, fragilizada, aceitou a reconciliação por ele proposta, passando a viver em Tramandaí; (4) as



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

dificuldades de convivência retornaram, fato que culminou com a separação fática em 15-09-2011; (5) o recorrido é grande investidor, vivendo de aluguéis com renda que ultrapassa R\$ 300.000,00, além disto, diariamente realiza elevadas operações com compra e venda de ações e possui luxuosa residência; (6) a pensão alimentícia para o nascituro deve ser fixada em 60 salários mínimos, compatível com o padrão de vida e com a renda do genitor; (7) ela ganha apenas o soldo de R\$ 3.000,00 da Marinha do Brasil e está residindo com sua avó, usando um quarto modesto; (8) as necessidades do nascituro não podem estar limitadas, e o valor dos alimentos deve ir até os limites das possibilidades do alimentante; (9) no caso, os alimentos devidos são os alimentos civis, e não os naturais, no entanto o julgador, ao fixá-los, levou em conta apenas as necessidades básicas, sem se preocupar com o padrão de vida; (10) todos os gastos com o bebê, cerca de R\$ 6.000,00, foram suportados por ela e seus familiares, além de custear o plano de saúde em R\$ 730,97 mensais; (11) para resguardar sua meação se impõe o bloqueio, por metade, de todos os valores existentes em contas bancárias, de poupança, fundos de investimentos, VGBL, PGBL, investimentos ou aplicações de qualquer natureza, sob pena de, citado, ocultar patrimônio; (12) também pediu que fosse decretado o bloqueio de ações existentes em seu nome, com expedição de ofício para a SLW Corretora de Valores e BRADESCO CORRETORA de Títulos e Valores Imobiliários; (13) discorda do indeferimento dos pedidos sob o fundamento de que o patrimônio teria sido amealhado antes da união estável; (14) não pediu a restrição sobre imóveis, mas sobre valores existentes em bancos e instituições financeiras ao tempo da separação de corpos; (15) há que se priorizar a presunção legal de que os bens adquiridos durante a convivência são comuns e eventual bloqueio não prejudicará o varão, que manterá metade das quantias à sua disposição. Requer seja liminarmente (a) deferida a verba alimentar provisional em 60



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

salários mínimos, (b) decretado o bloqueio, via BACENJud, de 50% de todos os valores bancários existentes em nome do varão, (c) realizada a restrição de venda e transferência do automóvel MALIBU, placas IRX 3151, bem como sobre todos os demais veículos adquiridos pelo agravado desde o ano 2008 e pugna pelo final provimento.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 292-93).

Sem resposta do agravado, porque ainda não citado na origem (fl. 295), o Ministério Público se manifestou pelo não provimento do recurso (fls. 296-97v.).

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

O primeiro ponto de inconformidade da agravante diz com o **valor dos alimentos** em benefício do nascituro, uma vez que pretende a fixação em quantia correspondente a 60 salários mínimos – o que significa, (pasmem!), R\$ 32.700,00 em valores atuais, exclusivamente para o custeio das despesas ocasionadas pela gestação, como é a finalidade própria dos alimentos gravídicos!

Por mais ampla que seja a gama de despesas que o fato da gravidez acarrete (assistência médica, psicológica, exames, parto, medicamentos, enxoval, etc.) e que estão referidas na respectiva legislação



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

especial, não há nada aqui que justifique alimentos mensais no exorbitante valor postulado – isto tudo antes mesmo de a criança nascer !

Ora, não obstante a alegação de ser o demandado grande investidor, com elevadíssimos ganhos mensais, a toda a evidência que a exorbitância da pretensão fala por si só, beirando a tentativa de locupletamento.

Por outro lado, é também da mãe, gestante, o dever de custeio das despesas com o nascituro. E, neste sentido, sendo a agravante Oficial da Marinha do Brasil, como diz, certamente é beneficiária de serviço de assistência médica, custeado por esta Força.

Quanto às pretensões de **bloqueio de valores** (50%) e **restrição à venda de bens** (automóveis do varão), também como já exposto, deve ser mantida a decisão agravada. Não há elementos seguros para, nesta fase processual, em que é incipiente a instrução probatória, se concluir pelo período de duração da união estável alegada (e nem sequer sobre sua existência) e que o patrimônio almejado é efetivamente comum.

Aliás, pouco há para acrescentar aos fundamentos que expus ao analisar o pedido de antecipação de tutela recursal e para evitar a desnecessária repetição de termos, transcrevo aquela justificativa, que reitero (fls. 292-93):

(...)

Como posto no art. 2º da Lei nº 11.804, de 05.11.2008, os alimentos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

O parágrafo único do referido artigo ressalva que dita contribuição será custeada pelo pai e também pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Dessa forma, considerando que sequer foi angularizada a relação processual, que a agravante tem profissão definida (militar da Marinha) e que, segundo anuncia, percebe soldo em torno de R\$ 3.000,00, ao menos por ora, não há motivos suficientes para a majoração dos alimentos.

É que, ao menos nesta fase de cognição sumária, a simples alegação de que o agravado goza de elevado padrão de vida, não justifica a elevação pretendida, dado que os alimentos devem respeitar ao binômio possibilidade e necessidade, na forma do art. 1.694, parágrafo 1º, do CC e não há evidências de que o valor equivalente a quatro (4) salários mínimos não sirva para a satisfação das despesas atinentes.

2. Relativamente ao pedido de bloqueio de "50% (cinquenta por cento) de todos os valores bancários existentes em nome do varão em contas bancárias, poupanças, fundos de investimento, VGBL, PGBL, investimentos ou aplicação de qualquer natureza", bem como de que seja realizado, "pelo sistema BACEN-JUD o bloqueio 50% dos créditos existentes em nome do VARÃO tanto em contas correntes, como em poupanças, investimentos ou aplicações de qualquer natureza" e que, ainda liminarmente, sejam realizadas "pelo sistema RENAJUD, as restrições de venda e transferência do automóvel MALIBU do Réu, de placas IRX3151, adquirido na constância da união, bem como sobre todos os demais veículos adquiridos desde o ano de 2008" (fls. 16 e 33), faço as seguintes ponderações.

Não se olvida de que a união estável, ausente contrato escrito, observa o regime da comunhão parcial de bens, de modo que se prescinde da prova de eventual esforço comum para a comunicação dos bens.

Todavia, também não se pode olvidar do disposto no art. 1.659 do CC, de modo que, liminarmente, sem qualquer indício de que o



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

agravado tencione deliberadamente ocultar eventual patrimônio partilhável, não merecem trânsito os pedidos em tela.

Até porque, da narrativa constante da inicial e do recurso em apreciação, verifica-se que, acaso de fato existente, a união estável entre as partes seria recente. Dessa forma, se é possível, como dito pela agravante, que, ao ser citado, o agravado pode tencionar "ocultar os valores existentes a partilhar e frustrar a meação" (fl. 17), também é possível que os valores em contas bancárias do demandado e os veículos adquiridos tenham origem em patrimônio pessoal, constituído antes da união estável.

Ainda, no que se refere ao patrimônio do agravado, há que se dizer que havendo várias fotografias a retratar imóveis que seriam do varão (fls. 126-47 e 255-58), nenhuma cópia das respectivas certidões do Registro de Imóveis veio aos autos, documentos que poderiam comprovar a propriedade e, assim, a sustentada geração de renda de aluguéis.

Cabe ressaltar que, com o avançar da instrução, vindo aos autos resposta do demandado e outros elementos de convicção para o juízo, a decisão pode, a qualquer tempo, ser revista em todos os seus aspectos.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DR. ROBERTO CARVALHO FRAGA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70046268702, Comarca de Tramandaí: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70046268702
2011/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: ALFREDO GUILHERME ENGLERT FILHO