

ALIMENTOS E O NASCITURO

Mauro Afonso de Gáspari*

A palavra nascituro vem do latim, *nasciturus*, aquele que há de nascer! Ser humano já concebido e que se encontra, ainda, no ventre materno, ou, em outras palavras, o feto durante a gestação.

Muito se discutiu a respeito do direito ou não do nascituro aos alimentos, isto é, se aquele que está para nascer teria legitimidade para ingressar com uma ação contra seu genitor, objetivando suprir as necessidades da gestação, ou seja, os necessários para que possa o nascituro nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida.

O Código Civil Brasileiro não adotou a concepção como referencial para a aquisição da capacidade jurídica, estabelecendo tão-somente, quanto ao nascituro, uma condição suspensiva, para assegurar-lhe direitos se vier à luz vivo. É a interpretação que decorre da análise do artigo 4º do referido diploma legal, "*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro*".

* Professor de Direito Civil.

Para definirmos personalidade, necessário se faz encontrar a acepção jurídica do termo "pessoa".

Para a doutrina tradicional, "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial?²

Liga-se à pessoa a idéia de personalidade (jurídica), que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.³

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, se no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide ou quando este óvulo fecundado for implantado no útero materno, predominando, e com razão, o entendimento de que embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria.⁴

Assim, concebido o nascituro como ser dotado de personalidade civil a se formar, a se construir, a eventualidade do exercício de seus direitos apresenta-se condicionada ao nascimento com vida.

E, no rigor deste entendimento, já se exclui desde logo seja ele, titular de alimentos contra o seu genitor, sendo a questão controvertida.

Alguns, cuja base do entendimento se encontra no espírito de humanidade, defendem que a obrigação de alimentos pode começar antes do nascimento e depois da concepção, em razão da existência de 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.⁵

Outros, porém, sustentam que a negação da pretensão alimentar em favor do nascituro decorreria do próprio sistema adotado pelo codificador; pois mesmo existindo interesse, este estaria descoberto de tutela jurídica ante a falta do pressuposto da personalidade civil do

nascituro e de ressalva expressa do direito que se pretende reconhecido em seu favor, desde a concepção e sob reserva de seu nascimento com vida.⁶

Ressalte-se, que o Código Civil Brasileiro destaca situações em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363, parágrafo único, reconhecimento do filho, anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.718, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento.

Bulhões Carvalho, criticando o art. 4º, em seu livro *Incapacidade Civil e Restrições de Direito* (Borsói, 1957, p. 523), assim coloca:

"Aloysio Maria Teixeira, em excelente estudo, mostra a contradição em que caiu o nosso Código Civil quando, ao mesmo tempo em que nega a personalidade ao nascituro, lhe protege a vida e lhe concede direitos. Outorgar direitos ao nascituro, nomear-lhe curador, reservar-lhe quinhão em partilha. Tudo isso por uma personalidade que não existe, que só se constitui tardiamente, de um direito sem sujeito, de uma posse sem possuidor, de uma representação sem representante, de um curador sem curatelado: Não se compreende que possa existir um ser com suscetibilidade de adquirir direitos sem que haja pessoa. Se se atribuem direitos às pessoas por nascer, posto que, como pensa Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois o nada não se representa (Personalidade do nascituro à luz do direito, p. 14)".⁷

Outro fator importante é a possibilidade da determinação pré-natal da paternidade:

"A nossa constituição genética, ou seja, a estrutura do nosso DNA é idêntica em todos os tecidos do nosso corpo. Assim, quando fazemos estudos de determinação de paternidade pela análise direta do DNA, podemos utilizar uma grande variedade de células do organismo. Isto nos permite fazer a determinação de paternidade mesmo antes do nascimento da criança, atra-

vés do estudo de tecidos fetais obtidos pelas técnicas de Amniocentese Genética ou de Biópsia de Vilosidades Coriônicas. A Amniocentese Genética consiste na colheita de uma amostra de líquido amniótico que pode ser realizada a partir da 16ª semana de gravidez. O líquido amniótico contém células fetais cujo DNA pode ser estudado. A Biópsia de Vilosidades Coriônicas consiste na aspiração de células da placenta (que é geneticamente igual ao feto), o que pode ser feito a partir da 9ª semana de gestação. Ambos os procedimentos são simples, confiáveis e associados a uma taxa de complicações muito baixa. Assim, qualquer um destes métodos pode ser utilizado para obtenção de células fetais para determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA antes do nascimento da criança. A Determinação Pré-Natal da Paternidade é em casos nos quais a paternidade está em dúvida entre dois ou mais possíveis pais e há necessidade de resolver o dilema antes do nascimento da criança. Por motivos éticos, o GENE não realiza exames de Determinação Pré-natal da Paternidade em situações em que é completada uma interrupção da gravidez, exceto em casos de estupro (*Direitos de Família e do Menor. "Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA" de Sérgio D.J. Pena, p. 256-7*).⁹

Um dos motivos para a negação da pretensão alimentar em favor do nascituro era a impossibilidade, nas relações ilegítimas, de determinar-se, com certeza, a paternidade, sendo que nas relações legítimas a paternidade é inferida pela presunção, e relativa.

Apesar da polêmica, é fato incontestável a necessidade de alimentos ao nascituro, ou seja, precisa este ser alimentado e tratado para poder viver. Yussef Said Cahali, em obra já referida comenta:

"Igualmente, Silmara Chinelato e Almeida, em trabalho específico, entende que 'ao nascituro são devidos alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese, ultrassonografia) e cirurgias realizadas em fetos,

cada vez com mais freqüência, alcançando ainda as despesas com o parto”⁹

E, é também incontestável o fato de que a legislação é omissa a respeito, quando poderia não ser, a exemplo das hipóteses em que o nosso legislador faz menção específica aos direitos do nascituro: art. 468 da curatela; art. 1718, capacidade para adquirir por testamento, etc.

Faz-se necessário uma legislação específica que venha de encontro a esta aspiração social, somente amenizada através do trabalho doutrinário às vezes acatado por decisões judiciais.

Tal situação merece regulamentação própria e específica que contemple as hipóteses e os critérios para a concessão dos alimentos ao nascituro, ou que expressamente os rejeite, pondo fim à discussão doutrinária instituída.

O que não se admite é a lacuna ou omissão da norma a respeito de tema tão importante e que pode redundar em conseqüências desastrosas, merecendo, portanto, normação compatível com os progressos científicos e com o problema social que reivindica regulamentação.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. [S.l.] : Editora Jurídica Brasileira, 1993. p. 849.
- 2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 3 *Idem*.
- 4 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 5 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. rev. e ampl. 2. t. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 409.
- 6 *Idem*, p. 411.
- 7 CARVALHO, Volnei Batista. *Alimentos ao nascituro : ensaios*. Itajaí : Univali, 1994, p. 33.
- 8 *Ibidem*.
- 9 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 410.