



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAIO BONFIM PEIXOTO MAIA

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ANÁLISE LEGISLATIVA E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Salvador
2013

CAIO BONFIM PEIXOTO MAIA

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ANÁLISE LEGISLATIVA E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

CAIO BONFIM PEIXOTO MAIA

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ANÁLISE LEGISLATIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado forças para enfrentar os diversos obstáculos que apareceram durante este período acadêmico.

Aos meus pais Katia e Carlos Maia, pelo apoio que sempre me deram, e por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao meu orientador, Camilo Colani, pelos auxílios prestados, e por estar sempre disponível para ajudar.

À Faculdade Baiana de Direito, pela oportunidade de realização desta monografia, e por incentivar o aprofundamento do conhecimento de seus alunos.

RESUMO

Diante da necessidade do reconhecimento de direitos ao nascituro, foi promulgada em 5 de novembro de 2008 a Lei 11.804 disciplinando os denominados alimentos gravídicos, consolidando o entendimento sobre a possibilidade de a gestante buscar alimentos durante a gravidez. A falta de legislação específica sempre gerou dificuldades para a concessão de alimentos ao nascituro, por conta da resistência de alguns juízes em deferir o direito não claramente expresso, causando grande insegurança jurídica. Portanto, a Lei de Alimentos Gravídicos veio a preencher injustificável lacuna, assegurando o fundamental direito à vida do nascituro. Como requisito à concessão dos alimentos a lei exige a comprovação da existência de indícios da paternidade, devendo a gestante juntar provas aptas a convencer o magistrado da relação que manteve com o sujeito indicado como pai. Vale ressaltar a questão da grande subjetividade de tais indícios, exigindo o máximo de cautela do magistrado em sua análise. Assim ocorre por não ser possível a realização do exame de DNA durante a fase gestacional. Destarte, caso seja constatado após o nascimento que o homem que prestou os alimentos não é o verdadeiro pai, não terá ele o direito de ser ressarcido das prestações indevidamente pagas, pois vige o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Além do mais, dentre os diversos artigos vetados da referida LAG, estava o artigo que disciplinava a responsabilidade objetiva da autora. Entretanto, vem sendo admitida a relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos nos casos em que se comprove ter a gestante agido com culpa ou dolo imputando falso pai. Admite-se, portanto, a responsabilidade subjetiva da genitora, evitando o seu enriquecimento sem causa e garantindo maior segurança jurídica aos alimentos gravídicos. Diante do exposto, incontroversa é a ideia de que a Lei 11.804/2008 apresenta como finalidade precípua efetivar os princípios da paternidade responsável e o da solidariedade familiar, em prol da proteção da dignidade do nascituro e da gestante.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos; Lei 11.804/2008; Dignidade do Nascituro; Dignidade da gestante; Princípio da irrepetibilidade dos alimentos; responsabilidade civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
des.	desembargador
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
rel.	relator
LAG.	Lei de Alimentos Gravídicos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
j.	juízo
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A PERSONALIDADE E OS DIREITOS DO NASCITURO	11
2.1 CONCEITO DE NASCITURO	13
2.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
2.2.1 Teoria natalista	15
2.2.2 Teoria concepcionista	18
2.2.3 Teoria da personalidade condicional	21
2.3 TEORIA JURÍDICA APLICÁVEL AO NASCITURO	23
2.4 DIREITOS DO NASCITURO	26
2.4.1 Direito à vida	28
2.4.2 Direito à integridade física	30
2.4.3 Direito à filiação	32
2.4.4 Direito à adoção	33
2.4.5 Direito de curatela e representação	36
2.4.6 Direito de receber doações	38
2.4.7 Direito à sucessão	39
2.4.8 Direito aos alimentos	40
3 DOS ALIMENTOS	44
3.1 CONCEITO	44
3.2 FUNDAMENTOS	47
3.3 NATUREZA JURÍDICA	49
3.4 ESPÉCIES	50
3.4.1 Alimentos civis e naturais	50
3.4.2 Alimentos provisionais, provisórios e definitivos	52
3.4.3 Alimentos gravídicos	54
3.5 CARACTERÍSTICAS	56
3.5.1 Caráter personalíssimo	57
3.5.2 Irrenunciabilidade	57
3.5.3 Imprescritibilidade	59
3.5.4 incompensabilidade	60
3.5.5 Impenhorabilidade	61

3.5.6 Irrepetibilidade	62
3.6 DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS	63
4 ALIMENTOS GRAVÍDICOS	67
4.1 TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	67
4.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	69
4.3 CONCEITO	72
4.4 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA	73
4.5. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS	76
4.5.1 Propositura da ação e foro competente	76
4.5.2 Legitimidade	78
4.5.3 Termo inicial da obrigação	81
4.5.4 Ônus probatório e indícios de paternidade	85
4.5.5 Resposta do requerido	92
4.5.6 Tutela Antecipada	95
4.5.7 Valor da prestação alimentícia	96
4.5.8 Da Conversão, Revisão e Extinção dos alimentos gravídicos	99
4.6 SUCESSIVIDADE DE OBRIGADOS	102
4.7 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	106
4.8 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE	109
5 CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

Diante da necessidade do reconhecimento de direitos ao nascituro foi aprovada em novembro de 2008 a Lei de Alimentos Gravídicos, Lei nº 11.804/2008, que veio a consolidar o entendimento sobre a possibilidade de a gestante recorrer ao judiciário para buscar alimentos durante a gravidez.

Tal fato já vinha sendo assegurado pela jurisprudência, entretanto, a falta de legislação específica sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro, com resistência de alguns juízes em deferir o direito não claramente expresso à época pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, veio em boa hora a Lei nº 11.804/2008, que preencheu injustificável lacuna, afinal a constituição garante o direito à vida (CF 5º), além de impor à família o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227), sendo encarregados de tais encargos o homem e a mulher de forma igualitária (CF 226 §5º).

O presente trabalho monográfico pretende apresentar uma análise minuciosa sobre o tema, que se mostra atual e de grande relevância no aspecto social e jurídico, pois visa assegurar uma gestação saudável não deixando em desamparo a mãe que, porventura, pela falta de auxílio no período gestacional, passe por dificuldades e carências que possam comprometer sua vida e a do filho que espera.

Ponto relevante a ser ressaltado é o fato de a Lei de Alimentos Gravídicos exigir apenas a comprovação de indícios da paternidade para a fixação dos alimentos. Tal fato, entretanto, traz certa insegurança, devendo ser objeto de discussão pelo motivo de impor ao suposto pai uma obrigação que, ao final, poderá ser descaracterizada, ensejando a possibilidade da concretização de injustiça em relação ao mesmo, afinal, vige, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Assim, em que pese os mais de quatro anos de vigência da referida lei, sua aplicação ainda é tomada por dúvidas de doutrinadores e juristas que discutem sobre suas indefinições e omissões.

Percebe-se que a questão dos alimentos gravídicos carece ainda de maiores debates pelo operador do direito, pois a lei nº 11.804/2008 já nasceu envolta a polêmicas, tendo metade de seus artigos vetados e apenas seis sancionados, envolvendo

assuntos de fundamental importância jurídica como o reconhecimento de direitos ao nascituro, a concessão dos alimentos tendo por fundamento apenas indícios de paternidade, e a conseqüente insegurança trazida ao suposto pai.

Ademais, a obrigação alimentar apresenta características peculiares que a distinguem de qualquer outra espécie de obrigação, pressupondo, entre outros requisitos, a existência de um vínculo entre alimentante e alimentado, vínculo este difícil de ser comprovado antes do nascimento, quando cabem os alimentos gravídicos. Além disso, a questão sobre o reconhecimento de direitos ao nascituro sempre foi objeto de controvérsias doutrinárias, o que demonstra que a Lei de Alimentos Gravídicos concedeu um direito que está envolto a questões controversas.

Não obstante, outras questões merecem discussão. Apesar de a lei já ter nascido com muitos vetos, nem por isso deixou de apresentar diversos questionamentos ainda sem solução. Questões como o real titular dos alimentos gravídicos, o foro competente para a propositura da ação, o termo inicial da prestação dos alimentos, a possibilidade de sucessividade de obrigados, oposição à paternidade e possibilidade de realização de exame pericial, e a definição dos “indícios de paternidade”, requisito este imposto pela lei para a comprovação do vínculo entre a mãe e o suposto pai.

Além desses, existe o questionamento sobre a possibilidade e formas de responsabilização da gestante pelo recebimento indevido dos alimentos, diante da posterior negativa de paternidade, sendo este um dos pontos mais polêmicos do assunto. Afinal, tendo em vista o princípio da irrepetibilidade dos alimentos e o veto ao art. 10 da LAG que disporia sobre a responsabilidade objetiva da gestante, a questão ficou sem solução expressa.

Assim, o presente trabalho tem como objetivos gerais apresentar a Lei nº. 10.804/2008 realizando uma análise detalhada dos seus dispositivos, omissões e incongruências, além de questões conexas, e especial enfoque, ao final, à questão da responsabilidade civil da genitora.

Para tanto, o desenvolvimento deste trabalho científico foi dividido em três capítulos. O primeiro deles irá abordar o conceito de nascituro, analisando-se o momento de aquisição de sua personalidade jurídica por meio das três principais teorias que abordam a questão, bem como a teoria que deve ser considerada como a prevalecente. Serão vistos ainda os direitos assegurados ao nascituro pelo vigente

ordenamento jurídico, que os garante expressamente desde a concepção.

O segundo capítulo discorre sobre o instituto dos alimentos no direito de família, seu amplo conceito, fundamentos e natureza jurídica, bem como às espécies de alimentos apresentando-se os gravídicos como a mais recente. Também serão abordadas as características da obrigação alimentar, com destaque ao instituto da irrepetibilidade dos alimentos e a possibilidade de sua relativização, questão intrinsecamente relacionada à discussão sobre o possível ressarcimento das prestações pagas indevidamente.

Por fim, no último capítulo será abordado o instituto dos alimentos gravídicos, ponto central deste trabalho, apresentando a trajetória do projeto de lei visando disciplinar o direito aos alimentos gravídicos, contendo flagrantes inconstitucionalidades em seu texto, à culminação do texto final da Lei nº. 11.804/2008, sancionada pelo então Presidente da República com diversos artigos vetados, atendendo a críticas da comunidade jurídica e em especial do IBDFAM.

Analisar-se-á criticamente a finalidade e abrangência da lei, além de seus aspectos de maior relevância, aspectos processuais e questões controversas, apresentando a definição e em que consistem os indícios da paternidade, critério inovador estabelecido pela LAG para a concessão dos alimentos; discorrendo ainda sobre a ocorrência de negatória da paternidade e a responsabilidade civil da genitora por danos morais e materiais em caso de recebimento indevido.

Portanto, trata-se de uma lei recente, tendo como objetivo a garantia do direito à vida do nascituro e também da gestante, intrinsecamente associada ao Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana, e que carece de maior conhecimento pelo operador do direito de modo a sanar suas omissões e aspectos controversos para uma aplicação mais consciente e eficaz.

2 A PERSONALIDADE E OS DIREITOS DO NASCITURO

A natureza jurídica e as espécies de direitos dos nascituros são assuntos polêmicos e que despertam profunda controvérsia doutrinária. Para a análise dessas questões deve-se, primeiramente, compreender o que vem a ser o “nascituro”.

Posteriormente, torna-se imprescindível o estabelecimento do início da existência jurídica, ou melhor, do começo de sua personalidade civil, com o estudo das teorias acerca do início da vida, para que se possa estabelecer a condição do nascituro no vigente ordenamento jurídico, determinando o momento exato em que passa a ser sujeito de direitos e obrigações.

Neste contexto, a Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008) reascendeu a discussão no que diz respeito ao início da personalidade humana. Entretanto, não fez nada que não houvesse previsão no Código civil de 2002 (salvaguarda dos direitos do nascituro – parte final, art. 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/90, art. 7º), e na Consolidação das Leis Trabalhistas (proteção à maternidade, tutelando-se também o não nascido – arts. 391 a 395), normas infraconstitucionais, concebidas e/ou recepcionadas de acordo com os valores e princípios norteadores do estado Democrático de Direito inseridos na Constituição Cidadã (CF/88), que garante o direito à vida (art. 5º), e a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º), além de impor à família o dever de assegurar aos filhos, incluindo os nascituros, e com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, dentre outros, conforme o artigo 227 (MATOS, 2011, p.187).

Deste modo, o presente capítulo tem como objetivo analisar o nascituro como figura jurídica, determinando seu regime protetivo, sustentando a teoria jurídica aplicável a ele bem como demonstrando seus direitos.

2.1 CONCEITO DE NASCITURO

Etimologicamente, nascituro significa “o que está por nascer”, ente já concebido, nado, porém não nascido, (PAMPLONA FILHO; MEIRELLES, 2007, p.254), ou,

conforme doutrina Silmara Chinelato (2000, p. 15), nascituro é “o ser já concebido e implantado no ventre materno ou *in anima nobile*”.

A denominação nascituro, na explicação de Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.95), significa “aquele que irá nascer”, originada do verbete latim *nascituros*, não sendo utilizada pelo ordenamento para designar coisas e animais que irão nascer, e sim para conceituar os seres humanos vivos ainda no útero materno, distintos de seus pais.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.313) “[...] o nascituro é aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que ainda está no corpo da genitora.” Dispõem ainda os referidos doutrinadores:

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dêe que venha a ser concebido nos dois anos subsequentes à morte do testador (CC, art. 1800, §4º). Ou seja, enquanto o nascituro é o filho que alguém já concebeu, mas ainda não nasceu, o concepturo é o filho que alguém ainda vai conceber.

Para Eduardo Gesse e Matheus Pereira Franco (2011, p.29) “parece mais correto dizer que o nascituro é o ser humano concebido, mas que ainda se encontra no útero da gestante”. Entendem os referidos autores dessa forma pois, com a evolução das ciências genéticas e biológicas, é possível proceder-se a uma reprodução assistida, com a fecundação do óvulo de uma mulher e posterior implantação no útero de outra mulher. A que forneceu a carga genética seria a genetriz e a que recebeu o óvulo a gestante.

Mais uma definição que merece ser transcrita é a de Maria Helena Diniz (2010, p. 410), para quem nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; ou ainda:

Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Frente ao exposto, visualiza-se que o nascituro, desde a vida intrauterina, já é considerado um ser biologicamente independente e em constante evolução, ou o ser humano já concebido mas que ainda não nasceu, podendo ainda ser considerado como sujeito de direitos.

2.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Um dos temas mais importantes para a Teoria Geral do Direito Civil é a questão da personalidade jurídica, pois esta é um atributo do ser humano, conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas, e se constitui na fonte de todo o ordenamento jurídico. Deve ser entendida como um conjunto de aptidões de que toda pessoa é titular, entendendo-se por pessoa o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações.

Conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.123), sendo o ser humano o destinatário final de toda norma, conclui-se que o estudo da personalidade jurídica toma como parâmetro inicial a pessoa natural. Referidos autores conceituam personalidade jurídica como “a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”.

Do mesmo modo pensa Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.94), ao dispor que o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa, sendo a personalidade uma qualidade ou atributo do ser humano. Dispõe o referido autor ser a personalidade um pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica, pelo fato de torna-la apta para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. Nestes termos, a personalidade é estendida a todos os homens e consagrada na ordem jurídica como uma qualidade que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

A despeito dos direitos da personalidade ensina Silvio Rodrigues que: (2005, p.61)

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos de personalidade.

Tais direitos, por serem inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Portanto, com a aquisição da personalidade, o ente passa a agir com a qualidade de sujeito de direitos, que são inerentes à pessoa humana, sendo que a personalidade é

atributo de toda e qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, conforme se infere do art. 1º do código civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A questão do início da personalidade é extremamente relevante pois, como já disposto, com a personalidade o homem se torna sujeito de direitos. Dispõe o Código Civil na primeira parte do seu artigo segundo que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; [...]”. Portanto, predominou em nosso Código Civil a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Desta forma, considerando o nascimento como ocorrido pela positiva separação da criança das vísceras da mãe, verifica-se a vida com a respiração da criança, cabendo a prova inequívoca de o ser ter respirado à medicina. Se a criança vier logo depois a falecer, ainda assim será considerada sujeito de direitos pois, por pequeno lapso temporal, houve personalidade.

Sobre a condição do nascituro dispõe Sílvia De Salvo Venosa (2011, p.137) que ela é peculiar, pois:

[...] o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o código civil de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

A situação jurídica do nascituro, sendo este o ente concebido, embora ainda não nascido, é tema de extrema complexidade e que desperta profundas controvérsias no vigente ordenamento jurídico. Surgiram diversas teorias para tentar explicar a natureza da personalidade jurídica do nascituro, bem como seu marco inicial e o modo e momento que pode haver a tutela do nascituro.

A lei civil ao tratar do nascituro, apesar de não o considerar explicitamente pessoa, põe a salvo seus direitos desde a concepção. Conforme a redação do art. 2º do código civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A partir da análise deste artigo percebe-se que o ordenamento brasileiro adota a teoria natalista quanto ao momento de aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro, segundo a qual este momento é o nascimento com vida.

Entretanto, esta questão não é pacífica na doutrina pois, apesar de a primeira parte do referido texto legal explicitamente dispor que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, a segunda parte do artigo, de forma contraditória,

outorga direitos ao nascituro desde a concepção. Deste modo, para determinar se o nascituro possui ou não personalidade jurídica, deve-se analisar com mais contumácia a teoria natalista e as duas outras teorias que pretendem fixar o momento de aquisição da personalidade: a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

Pela teoria condicionalista, o nascituro tem os seus direitos assegurados desde a concepção, entretanto, tais direitos ficam condicionados ao nascimento com vida. Já a teoria concepcionista afirma que a personalidade tem início no instante em que ocorre a concepção, de forma incondicional (GABURRI, 2009, p.59).

2.2.1 Teoria natalista

Voltando à tradicional teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade ocorre a partir do nascimento com vida, conclui-se que, para os adeptos dessa teoria, o nascituro possuiria mera expectativa de direito por não ser pessoa.

Escoram-se os natalistas, basicamente, na análise do sentido literal da primeira parte do artigo segundo do código civil. Este dispõe como marco inicial da personalidade o nascimento com vida, apesar de o mesmo dispositivo assegurar os direitos do nascituro já a partir da concepção.

Verifica Alexandre Alberton (2001, p.32-33) que, na tentativa de explicar a segunda parte do referido artigo, os seguidores da teoria natalista afirmam que os direitos postos a salvo ao nascituro desde a concepção são meras expectativas de direito, ficando em condição suspensiva para serem adquiridos somente quando do nascimento com vida.

Constata ainda Alexandre Alberton (2001, p.33-34) que existem casos em que o nascituro é considerado como um ser humano existente, como se já tivesse nascido, pois o próprio Código Civil Brasileiro resguarda direitos ao nascituro, como os direitos a curatela, doação, direito à herança e o direito à representação.

Aduz Alberton que, os adeptos à teoria natalista, dentre os quais Pontes De Miranda, Eduardo Espínola, Caio Mário Da Silva Pereira, sustentam que somente nesses casos expressos em lei que o direito considera o nascituro como já nascido, quando for em benefício do seu interesse. Acrescentam ainda os natalistas, considerando a

taxatividade dos direitos conferidos ao nascituro, “que se o nascituro fosse considerado como ser humano, todos os direitos subjetivos seriam reconhecidos automaticamente, não havendo necessidade de especificá-los”.

Pontes de Miranda (1983, p.173) dispõe que:

[...] o parto sem vida pré-exclui qualquer efeito por diante; o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico. O *infans conceptus* é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, irradia eficácia. Com os elementos desse suporte fático, mais o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa.

Grande adepto à teoria natalista, o referido autor (1983, p.162-163) ensina que no útero a criança não é pessoa e que se não nascer viva nunca terá sido sujeito de direito. Afirma que quando se consuma o nascimento é que a personalidade começa, não sendo preciso que se tenha cortado o cordão umbilical, bastando que a criança tenha nascido com vida.

Posicionam-se também defendendo a visão natalista os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.125) quando afirmam que:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.

Portanto, respeitáveis doutrinadores defendem que o direito positivo adotou, nesse particular, a teoria natalista, considerando pessoa natural o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações, com surgimento a partir do nascimento com vida.

No mesmo sentido, Caio Mario Da Silva Pereira (2013, p.184-185), adepto da teoria natalista, defende que, pelo nosso direito, antes do nascimento com vida não existe personalidade; reconhecendo, porém, que a lei cuida de proteger e resguardar os interesses do nascituro em determinadas circunstâncias. Dispõe o referido doutrinador que:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito *não chega a constituir-se*, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito (2013, p.185).

Conclui o autor que tão certa é a inexistência do nascituro no mundo jurídico que se o feto não vem a termo ou não nasce vivo, nenhum direito se transmite por intermédio

do natimorto, pois a relação de direito não chega a se formar, opera como se ele nunca tivesse sido concebido.

Desta forma, concluem os adeptos da teoria natalista que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, mesmo que segundos após o parto venha o nascituro a falecer. Neste caso, se nasce com vida, ainda que por alguns instantes, recobre-se de personalidade, adquirindo e transferindo direitos. Entende-se ainda que, segundo a teoria natalista, não sendo o nascituro pessoa, possui mera expectativa de direito.

Mais um defensor da escola doutrinária natalista é Sérgio Abdalla Semião (2000, p.209), dispondo que:

A escola natalista que, por sua vez, defende a taxatividade dos direitos do nascituro como meras expectativas, atende não só ao aspecto prático, como também ao aspecto jurídico, em conformidade com a interpretação sistemática e teleológica do nosso ordenamento jurídico como um todo. O artigo 4º do Código Civil, que define o início da personalidade, não é ferido, e nem qualquer outro instituto legal ou jurídico.

Aduz o referido autor (2000, p.45) que adere a essa escola por pensar ser a mais lógica no vigente ordenamento jurídico, além de ser a mais moderna e a que melhor se adequa a novas questões como à ciência da biogenética, sem se contradizer. Afirma ser a única que “se acomoda cabalmente no mundo moderno, sem se contradizer”.

Contrário à teoria natalista, Flavio Tartuce (2007, p.89) afirma que esta não consegue responder à seguinte indagação: “se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; o nascituro seria uma coisa? Aduz o doutrinador que a resposta acaba sendo positiva partindo-se da primeira constatação de que haveria apenas expectativas de direito.

Ainda dispõe Tartuce (2007, p.89) que a teoria natalista nega ao nascituro os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, como o direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome, e até à imagem. Desta forma, vai de encontro a dispositivos do código civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu, sendo essa negativa de direitos um forte argumento para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Assiste razão ao referido doutrinador tendo em vista que, como o mesmo dispõe, a tendência do Direito Civil pós-moderno é a de conceder uma ampla proteção aos direitos da personalidade.

Concluem Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p.315) parecer incontroverso o fato de que a lei civil (CC, art. 2º) resguarda de forma expressa os direitos do nascituro, o que afasta, peremptoriamente, a tese natalista, por esta pregar que somente seria possível reconhecer direitos ao nascituro depois do nascimento com vida.

2.2.2 Teoria concepcionista

Do ponto de vista biológico, para os concepcionistas, a vida tem início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ou seja, no momento da concepção, quando é gerado um ovo ou zigoto. A vida viável começará com a nidificação, quando ocorre o início da gravidez. Desta forma, será formada uma nova vida, um ser autônomo, devendo ser considerado um ser humano em uma etapa do seu desenvolvimento.

Deste modo, para os defensores da teoria concepcionista, o nascituro é considerado como pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei, sendo reconhecida sua personalidade jurídica desde a concepção. Aqui ele não é visto como uma mera perspectiva de pessoa com expectativa de direitos. Apenas para alguns direitos específicos, como os direitos patrimoniais, seria dependente do nascimento com vida.

Silmara Juny Chinelato (2001, p. 2-3) ensina que o nascituro tem capacidade desde a concepção, pois os direitos absolutos da personalidade como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida, sendo que o direito a alimentos está estreitamente ligado ao direito à vida. Portanto, independe do nascimento do bebê com vida, levando à conclusão de ser o nascituro titular do direito a alimentos desde a concepção.

A mesma autora, em outra obra, (2000, p. 160) dispõe que:

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

Percebe-se ser a referida autora adepta da doutrina verdadeiramente concepcionista,

tendo a certeza de que, biologicamente, a vida se inicia com a concepção.

A doutrina concepcionista, conforme dispõem Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles (2007, p.256), considera que com a proteção legal conferida aos direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, pois somente as pessoas são consideradas sujeitos de direito segundo a sistematização do direito privado, possuindo, conseqüentemente, personalidade jurídica.

Flavio Tartuce (2013, p.02) aduz que os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo inerentes à pessoa e sua dignidade, sugerindo cinco ícones principais para demonstrar a concepção desses direitos, sendo eles: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Afirma o autor que o nascituro também possui tais direitos, devendo ser enquadrado como pessoa, explicando nos seguintes termos:

Aquele que foi concebido mas não nasceu possui *personalidade jurídica formal*: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem... Mas como a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, somos filiados aos concepcionistas (art. 2º do CC). Assim, não seria mais correta a afirmação de que o nascituro tem apenas expectativa de direitos. Já a *personalidade jurídica material*, relacionada com os direitos patrimoniais, essa sim o nascituro somente adquire com vida.

Ensina ainda Tartuce (2007, p.93) que no vigente ordenamento jurídico tem-se em vigor uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, que ampara uma proteção ampla e integral dos direitos da personalidade. Essa proteção também inclui o nascituro, que “pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava”.

Considera o doutrinador que esse é o principal argumento para dizer que o ordenamento vigente adotou a teoria concepcionista, pelo fato de não se poder negar ao nascituro esses direitos fundamentais inerentes a personalidade. Reconhece, portanto, que o nascituro tem o direito à vida, à integridade físico psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade.

Continua Flavio Tartuce (2007, p.95) classificando como perfeita a construção de Maria Helena Diniz, para quem “o nascituro tem personalidade jurídica formal - relacionada com os direitos da personalidade; mas não personalidade jurídica material – relacionada com os direitos patrimoniais, o que somente é adquirido com o nascimento com vida”.

Ensina ainda Silmara Chinelato e Almeida que (2000, p.81) a personalidade do

nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos é que dependem do nascimento com vida, com evidência para os direitos patrimoniais e materiais, como a doação e a herança. O nascimento com vida, nesses casos, é elemento do negócio jurídico que ocasiona sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Sobre a teoria concepcionista afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.315):

Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referência as regras contidas nos arts. 1.609, Parágrafo Único (que permite o reconhecimento de filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbram que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.

Concluem os referidos autores, reconhecendo o acerto da corrente concepcionista, que o nascituro já é titular de direitos da personalidade. Afirmam que o valor da pessoa humana, intrínseco a todo o ordenamento brasileiro, se estende a todos os seres humanos, “sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno”, e perceber essa assertiva significa “respeitar o ser humano em toda a sua plenitude”.

Portanto, para os adeptos da escola concepcionista o nascimento não é condição para que surja a personalidade jurídica, e sim para que esta seja concretizada. Apenas para determinados direitos, como os patrimoniais, seus efeitos são condicionados ao nascimento com vida; entretanto a titularidade dos demais direitos é indiscutível.

Desse modo, assim como Teixeira de Freitas, acredita-se que a razão está com os concepcionistas. O artigo segundo do código civil, conforme o que já foi disposto neste capítulo, ao assegurar desde a concepção os direitos do nascituro, corrobora com a teoria concepcionista. Sobre a questão, ensina Lucio Delfino (2010, p.542) que o legislador apenas diferenciou personalidade física e jurídica quando impôs que o marco inicial da personalidade é o nascimento com vida (CC/2002, art. 2º), sendo a primeira iniciada a partir do nascimento com vida, retroativa à data da concepção nesta mesma hipótese; a derradeira, principiada desde a concepção.

Entretanto, existem os doutrinadores que criticam a corrente concepcionista como Sérgio Abdalla Semião (2000, p.206) afirmando que:

A chamada teoria verdadeiramente concepcionista, que defende a suspensão apenas dos direitos patrimoniais para depois do nascimento, não se coaduna, por exemplo, com o direito da nacionalidade, que, às claras, não

é direito patrimonial, e está insculpido em nossa constituição como direito de todos que só é adquirido após o nascimento. O mesmo dá-se em relação ao direito que toda pessoa tem a um nome, que também só é possível depois do nascimento e, evidentemente, não se trata de direito patrimonial.

Percebe-se que para o referido autor a doutrina concepcionista não foi adotada no Direito Brasileiro, sendo, na verdade, absolutamente incompatível com os ordenamentos modernos do mundo (2000, p.205).

Apesar de o doutrinador Sergio Abdalla Semião dispor em sua obra, conforme trecho transcrito acima, que a teoria concepcionista não se coaduna, por exemplo, com o direito constitucional da nacionalidade e o direito que todos têm a um nome, direitos estes que afirma só serem possíveis depois do nascimento, o nascituro possui o mais importante direito da personalidade que é o direito à vida, direito fundamental cuja efetividade é assegurada pela constituição.

Além da proteção constitucional, a vida do nascituro é assegurada por intermédio de legislações infraconstitucionais como a Lei dos Alimentos Gravídicos, objeto de estudo deste trabalho, que assegura ao nascituro o direito a alimentos. Visa a lei a adequada assistência pré-natal, sendo esse direito intrinsecamente relacionado ao direito à vida e à integridade física, ambos direitos da personalidade que possui o nascituro pelo simples fato de ser pessoa.

2.2.3 Teoria da personalidade condicional

A teoria da personalidade condicional pode ser considerada como uma mescla das duas outras anteriormente explanadas na medida em que considera que a personalidade civil começa no momento do nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, sendo, portanto, direitos eventuais. Deste modo, difere da teoria concepcionista no que diz respeito ao fato de que a personalidade aqui não é adquirida plenamente na concepção, ficando condicionada ao nascimento com vida.

Expõem Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles que, (2007, p.256) para a teoria da personalidade condicional:

[...] a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Assim, o

feto tem personalidade condicional, pois tem assegurado a proteção e gozo dos direitos de personalidade, mas somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Deste modo, conforme dispõem os referidos autores, a lei assegura direitos ao nascituro durante o período da gestação, garantindo-lhes a tutela de alguns direitos personalíssimos e patrimoniais. Entretanto, estariam eles sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.100) afirma que o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade, de acordo com o sistema adotado. Entretanto, os direitos do nascituro são respeitados desde a concepção, pois desde esse momento o novo ser já está em formação.

Também sustentam a teoria da personalidade condicional outros doutrinadores consagrados, a exemplo de Clóvis Beviláqua e Sílvio de Salvo Venosa. Este ensina que se a criança nascer com vida e logo depois vier a falecer, por um breve espaço de tempo houve personalidade, sendo que verifica-se o nascimento com vida por meio da respiração. Não é necessário que a vida seja viável, basta haver a respiração, cuja prova inequívoca cabe à medicina, que o ser tornar-se-á sujeito de direitos (2011, p.136-137).

Ensina ainda venosa que o nascituro tem uma posição peculiar, pois possui no vigente ordenamento um regime protetivo tanto no direito civil quanto no direito penal, embora ainda não possua todos os direitos da personalidade. Afirma que os direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, se referindo à categoria de direito eventual (2011, p.137-138).

Continua Venosa justificando sua posição ao afirmar que (2011, p.138):

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo, inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.

Segundo tal explanação, o ser humano que não nasce com vida não será considerado sujeito de direitos enquanto se encontrava no útero materno, em virtude de não adquirir personalidade jurídica por não ter se concretizado a condição suspensiva exigida para tal.

Consoante disposição de Tartuce (2007, p.90), “a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto.” Assim, explana o autor que a condição suspensiva é justamente o nascimento daquele que foi concebido, citando o art. 130 do atual código civil como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Conclui Tartuce (2007, p.90) que o grande problema da corrente condicionalista é que ela não responde ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro por ser muito apegada a questões patrimoniais. Ressalta o autor que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente, além de estar errada por acabar reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, mera expectativa de direitos.

Também critica a referida doutrina Sérgio Abdalla Semião (2000, p.207) dispondo que:

Dizer-se que o nascituro é pessoa apenas para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso, porque a lei confere-lhe alguns direitos, configura tese de cunho apenas acadêmico, pois, não nascendo com vida, é como se não tivesse sequer sido concebido e, assim, nenhum direito ser-lhe à conferido. Essa corrente doutrinária, além de ferir a primeira parte do artigo 4º do Código Civil, opera os mesmos efeitos da doutrina natalista, única que se coaduna com a hermenêutica de nosso sistema jurídico e, ainda, sem a mesma coerência.

Conclui o referido autor que a escola concepcionista da personalidade condicional não tem utilidade prática, a menos que se admita que os direitos do nascituro não sejam taxativos.

2.3 TEORIA JURÍDICA APLICÁVEL AO NASCITURO

O já citado art. 2º do Código Civil mostra-se contraditório, na medida em que a primeira parte do seu texto não deixa dúvidas de que a personalidade civil começa a partir do nascimento com vida, levando ao entendimento de que o ordenamento jurídico Brasileiro é adepto à teoria natalista. Entretanto, na sua segunda parte, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, de modo que não são considerados como

mera expectativa, levando a crer que a teoria que deve ser adotada é a concepcionista.

Pela obscuridade e contradição do referido artigo, que estabelece em sua redação: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”; percebe-se que a tarefa de definir qual a teoria jurídica adotada pelo Código Civil Brasileiro não é simples de ser resolvida. Problema este que foi analisado por Alexandre Alberton (2001, p.61-62) nos seguintes termos:

[...] através de uma interpretação gramatical ou literal, percebe-se que tal formulação mostra-se contraditória, uma vez que considera a pessoa como sujeito capaz de ser titular de direito subjetivo aquele que nasce com vida, ao mesmo tempo que reconhece direitos a serem resguardados ao nascituro, ou seja, àquele humano que ainda não nasceu.

Conclui o autor que, embora contraditório o artigo, é majoritário o entendimento de que a teoria adotada pelo Código Civil é a natalista, por estar expressamente identificada quando o código civil dispõe que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”.

No mesmo sentido dispõe Benedita Inês Lopes Chaves (2000, p.26) quando ensina que, para os defensores da teoria concepcionista, dentre eles Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Planiol dentre outros, conquanto o Código Civil brasileiro não tenha acolhido esta tese, a personalidade civil do homem começaria a partir da concepção. Explica que, para os citados defensores, se o nascituro tem direitos, deve ser considerado pessoa, para ser sujeito de direitos e detentor de personalidade jurídica; pois, se assim não fosse, não haveria como fundamentar que o nascituro tenha direitos, sem ser considerado pessoa. Além do que, por haver na vigente legislação a punição pelo aborto como crime contra a pessoa, não resta dúvida de que o nascituro, no Direito Brasileiro, é considerado como tal e tem personalidade civil.

Já o doutrinador Flávio Tartuce (2007, p.92-94) afirma que, quanto aos direitos da personalidade, tem-se em vigor uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, que ampara uma proteção ampla e integral, que também inclui o nascituro, sendo que este tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei e não mais expectativas de direitos, como antes se falava. Continua afirmando que esse é o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista,

pelo fato de não se poder negar ao nascituro esses direitos fundamentais tidos como de personalidade.

Nestes termos, diferentemente dos doutrinadores acima citados, conclui Flávio Tartuce que a teoria que prevalece na doutrina é a concepcionista:

O que se percebe pela pesquisa que formulamos é que, entre nós e atualmente, prevalece a teoria concepcionista e não mais a teoria natalista. Além dos argumentos doutrinários várias questões práticas trazidas a lume reforçarão a tese de que, realmente, o nascituro deve ser dito como pessoa humana, dotado de proteção quanto aos direitos da personalidade.

Sobre o assunto afirma Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.84) que, ao observar o Código Civil brasileiro, logo se nota que a redação do art. 2º não faz alusão expressa à adoção de determinada corrente. Pelo contrário, traz em seu bojo duas ideias: a primeira pode perfeitamente ser compatível com a teoria natalista, e de fato o é, segundo parte da doutrina brasileira. Mas a segunda interpretação se amolda muito mais à teoria concepcionista. Continua a autora explicando que:

O que se nota no art. 2º do Código Civil brasileiro é que, ao se conferir proteção aos direitos do nascituro, o mesmo determina que estes direitos (e não mera expectativa) são reconhecidos ao nascituro, aludindo ainda expressamente à concepção. Interessante perceber também que o mencionado dispositivo não é taxativo quanto aos direitos reconhecidos ao nascituro, o que abre margem para o interprete reconhecer tantos quantos forem os direitos da personalidade compatíveis com a sua natureza de pessoa humana ainda não nascida.

Cita a autora o art. 1.798 do Código Civil que estabelece que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, como sendo um exemplo de dispositivo que não pode ser identificado, tampouco atrelado, à tese de surgimento da personalidade jurídica com o nascimento com vida, diante da previsão de que o nascituro tem capacidade sucessória e, portanto, direitos sucessórios. Conclui assim que, diante de uma interpretação sistemática, não se pode dizer que o Código Civil brasileiro aderiu à teoria natalista (RIBEIRO, 2011, p.85-86).

Independente de qual seja a teoria majoritária no ordenamento jurídico brasileiro, a concepcionista deve ser reconhecida como a mais racional, por admitir a condição de pessoa desde a concepção e proteger a vida desde o início. A limitada capacidade de direito do nascituro não lhe tira a personalidade, assim como não a infirma o fato de ser absolutamente incapaz quanto ao exercício de direitos, porque também o são os menores de dezesseis anos, os loucos de todo gênero, os surdos-mudos que não possam exprimir sua vontade e os ausentes, assim declarados pelo juiz, conforme o art. 5º do Código Civil (ALMEIDA, 2000, p.168).

Do mesmo modo pensam Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.206-207) quando vislumbram que a melhor teoria a ser adotada no que tange ao início da personalidade jurídica é a concepcionista, pelo motivo de ser a que melhor assegura o direito à vida e, por corolário, o direito aos alimentos que o concepto necessita para nascer com vida.

Afirmam ainda os autores que a lei de alimentos gravídicos, objeto de estudo deste trabalho, veio sedimentar o posicionamento concepcionista do ordenamento jurídico em vigor, no que concerne à personalidade do nascituro. Sendo assim, o concepto já é considerado pessoa, uma vez que não pode haver direitos sem sujeito. Deste modo, o direito à vida e, por consequência, o direito à percepção dos alimentos pelo nascituro iniciam-se desde a sua concepção no útero materno (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.204).

Indiscutível, portanto, que a gestante impescinde de alimentos para uma gestação tranquila e segura, de forma a promover o bem estar e o correto desenvolvimento do ser vivo gerado em seu ventre, que, por conta de sua vulnerabilidade, necessita de especial proteção, que é melhor assegurada pelos postulados da teoria concepcionista.

2.4 DIREITOS DO NASCITURO

As três teorias acerca do início da personalidade jurídica do nascituro têm seus defensores no vigente código civil, sendo que a lei nº 11.804/2008 em seu art. 2º determinou serem os alimentos gravídicos aqueles compreendidos “da concepção ao parto” levando ao entendimento de que adotou a teoria da concepção ou concepcionista.

Nesses termos, apesar de o art. 1º da lei de alimentos gravídicos dispor que pertence à mulher gestante o direito a alimentos, pode-se entender, como grande parcela da doutrina, pertencer tal direito ao nascituro, sendo ele o titular desses alimentos.

Assim pensam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p.626): “[...] reconhecidos diversos direitos ao nascituro, é natural que disso resulte a sua capacidade de ser parte, possuindo, destarte, legitimidade ativa para reclamar alimentos”.

Independentemente da teoria adotada, é consenso que o nascituro é um ser vivo e que, nos termos do Código Civil em vigor, desde a concepção, é sujeito a direitos, seja na forma de expectativa tutelável, pela teoria natalista, seja na forma suspensiva, pela teoria da personalidade condicionada, ou seja na forma plena, pela teoria concepcionista (PAMPLONA FILHO; MEIRELLES, 2007, p.258).

Maria Helena Diniz (2011, p.221) ensina que é possível afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade; passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontrava em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Reconhecendo os direitos do nascituro a salvo desde a concepção, Maria Helena Diniz (2011, p.200) segue listando os principais direitos intrínsecos a eles, como o direito à vida (CF, art.5º), à filiação (CC, arts. 1.596 e 1.597), à integridade física, a alimentos (Lei n. 11.804/08), a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art.8º), à representação (CC, arts. 542, 1.630, 1.633, 1.779, parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único), a um curador que o represente e zele pelos seus interesses (CC, arts. 542, 1.779 e parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único) em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança (CC, arts. 1.784, 1.798, 1.799, I, e 1800, §3º), a ser contemplado por doação (CC, art. 542), a ser adotado (CC, art. 1.621; ECA, art. 2º), a ser reconhecido como filho (CC, art. 1.609, parágrafo único; ECA, art. 26) e outros.

Os direitos do nascituro, deste modo, devem ser assegurados desde sua concepção, para que venha ao mundo dentro da mais perfeita normalidade. Imperativo este que vem disposto no artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil do homem começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Ensina Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.198-199) que:

Ainda que o art. 4º consigne na primeira parte “*nascimento com vida*”, na segunda reconhece que os direitos assegurados ao nascituro o são desde a *concepção*, o que significa que desde esse momento e não do nascimento com vida seja ele titular de tais direitos.

Aduz ainda a autora (2000, p.197) que não é correto pensar que o artigo 4º resguardaria direitos para o tempo do nascimento. Afirma Chinelato que ao consignar direitos ao invés de expectativas a redação do artigo cai em impropriedade técnico

vocabular incontornável, sendo que “tal entendimento traz o inconveniente de não justificar os direitos e estados que independem do nascimento com vida e que são atribuídos ao nascituro pelo simples fato da concepção”.

Conclui Chinelato (2000, p.198) que:

[...] apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente dos direitos patrimoniais, a como doação e a herança (legítima e testamentária). Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico, que se refere à sua eficácia plena, aperfeiçoando-o.

Serão abordados agora, de forma sucinta, os principais direitos conferidos aos nascituros.

2.4.1 Direito à vida

Não há que se discutir que o nascituro tenha direito à vida, sendo este um direito essencial e superior aos demais direitos do homem, devendo ser resguardado desde a concepção. Como bem ensina Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.293) “O direito primordial do ser humano é o direito à vida, por isso denominado direito condicionante, já que dele dependem os demais”.

O direito à vida é encarado por Ana Cecília Ribeiro (2011, p.120) “como valor fundante dos direitos da personalidade do nascituro”, sendo o primeiro direito que se apresenta a este como titular de personalidade jurídica. Afirma ainda a doutrinadora que os demais direitos da pessoa humana são dependentes do direito à vida, pois sem a vida não se pode falar em dignidade ou mesmo em personalidade.

A vida é assegurada pela Constituição Federal de 1988, no caput do seu artigo 5º, nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Deste modo, percebe-se que o direito a uma vida digna é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental e inviolável, e que condiciona os direitos da personalidade, pois, sem vida, não há possibilidade de usufruir dos demais direitos.

Além desta previsão na Constituição Federal garantindo o direito à vida, o artigo 7º do Estatuto Da Criança e Do Adolescente (Lei nº 8.069/90), da mesma forma,

reconhece terem a criança e o adolescente “direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o *nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Portanto, o ECA salvaguarda o direito à vida do nascituro, consagrando expressamente o seu direito ao nascimento.

Segundo o Código Civil de 2002, *o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção*. Nestes termos, mesmo não sendo considerado pessoa pelo código civil em vigor, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção.

Correta a afirmação de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.129) no sentido de que:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.

Os direitos do nascituro desde a concepção já estavam protegidos antes mesmo do Código Civil de 2002, pois a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que foi assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 9 de setembro de 1992, dispõe em seu art. 4º “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Também já estavam protegidos antes de 2002 pela convenção sobre os direitos da criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, que dispunha 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.

Dispõem Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles (2007, p.258) que “Assegurar direitos desde o surgimento da vida intrauterina pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos.” Afirmam os referidos autores que dessa forma posicionou-se o ordenamento jurídico com a proibição de qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro, criminalizando o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que ele se encontre, e também garantindo o respeito a sua integridade física e moral.

Leciona Ana Cecília Ribeiro (2011, p.109) que nascituro é inequivocamente titular dos direitos inerentes à condição de pessoa humana, ficando destinado ao seu estatuto jurídico o reconhecimento e a garantia desses direitos, bem como o de alguns direitos de cunho patrimonial. Estes, apesar de já serem expressamente reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, se encontram em dispositivos esparsos do código civil.

Afirma ainda a Ana Cecília Ribeiro (2011, p.121) ser o direito à vida um direito originário, direito de existência, o que resulta da própria natureza humana, explicando que “por ser o direito à vida pressuposto do qual dependem todos os demais, a negação desse direito ao nascituro importa no não reconhecimento dos demais direitos que lhes são assegurados, inclusive os expressamente previstos na legislação.”

Resta evidente, portanto, que o direito à vida, um direito fundamental e assegurado pela carta magna, deve ser assegurado antes mesmo do nascimento.

2.4.2 Direito à integridade física

A integridade física reveste-se das qualidades gerais dos direitos da personalidade, sendo, assim como a vida, inerente à condição humana, e acompanha o ser humano desde a concepção até a morte, alcançando tanto o nascituro quanto o cadáver. Falar em integridade física é referir-se ao modo de ser físico da pessoa, que constrói com a noção de direito à vida uma ideia única de existência, composta por atributos e características físicas inerentes à condição humana que não derivam de nenhum ordenamento jurídico positivo, tendo este apenas a função de protegê-la.

Entende-se, de acordo com a melhor corrente, que o nascituro é titular, desde a concepção, dos direitos da personalidade, tais como a vida, a integridade física e a saúde. Sendo o concebido pessoa, biológica e juridicamente, ainda que mantenha com a mãe relação de dependência, sua integridade física e sua saúde não se confundem com a da mãe. Portanto, não há como negar-lhe esses direitos (ALMEIDA, 2000, p.315).

Nestes termos, por ser o direito à vida, à integridade física e à saúde pertencentes ao nascituro e não à mãe, não é lícito que ela se oponha a tais direitos. Não pode a mãe,

por exemplo, recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho, nem a submeter-se a intervenção cirúrgica com esta finalidade. Portanto, do ponto de vista jurídico, não cabe à mãe dispor de direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim do filho que carrega em seu ventre, e pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada (ALMEIDA; 2000, p.315).

Considerando o nascituro como titular de direitos da personalidade desde a concepção, estes lhe devem ser assegurados por todos e principalmente pelos pais, estreitamente ligados ao nascituro, devendo haver especial atenção à ocorrência de danos à integridade física do nascituro, que dispõe de proteção jurídica. Existem opiniões divergentes sobre a possibilidade de o filho afetado de sífilis ou Aids, por exemplo, ser ressarcido por seus pais, considerados responsáveis por lhe ter transmitido a enfermidade no momento em que o geraram, conscientes do risco de transmissão (CHAVES; 2000, p.57).

Sobre a questão ensina Benedita Inêz Lopes Chaves que (2000, p.56):

Trata-se de uma problema complexo, tendo de um lado o direito dos pais, em sua inviolável intimidade e, de outro, o direito do nascituro à integridade física, não se discutindo aqui se existe hierarquia entre esses direitos, mas, concluindo-se que eles não podem usar da justificativa do exercício legítimo de um direito para prejudicar o concebido, porque seria uma conduta antijurídica, obstando o nascimento perfeito. Portanto, a integridade física do ser humano goza de tutela jurídica e se assim não fosse, estaria a vida, em consequência, seriamente ameaçada. Por isso têm os tribunais decidido pela proteção ao nascituro, indenizando-o por danos a ele causados.

Do mesmo modo pensa Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.319-320) quando reconhece os direitos do *infans conceptus* desde a concepção e independente do nascimento com vida, e afirma que qualquer ação a ele pertinente, tanto para prevenir o dano quanto para ressarcir o que já ocorreu, pode ser ajuizada antes do nascimento. Afirma a autora que o nascituro tem capacidade para ser parte mediante representação ou intervenção do curador ao ventre, sendo que o interesse de agir é o dano iminente ou a lesão consumada.

Portanto, deve ser reconhecido ao nascituro, desde a concepção, o direito à integridade física, que toda pessoa possui como um direito da personalidade intrinsecamente relacionado ao direito fundamental à vida, direito primordial do ser humano. Assim deve ser enfatizada a necessidade da responsabilidade pela sua tutela e proteção, sob pena de ficar comprometido o seu direito à vida.

2.4.3 Direito à filiação

No tocante à filiação, o problema jurídico a ser enfrentado tem relação direta com o fato da concepção, pois as relações de parentesco se estabelecem nesse momento e não ao tempo do nascimento, surgindo também, por consequência, o elo jurídico que permanecerá por toda a vida unindo os pais ao filho. Nestes termos, chega-se à conclusão de que o nascituro deve ser considerado como filho desde o momento da concepção; além de dever ter reconhecidos todos os direitos normalmente concedidos aos filhos (FARIA; MONTORO *apud* ALMEIDA, 2000, p.206).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, os filhos passaram a ser protegidos de igual forma, não havendo as distinções de outrora entre filho legítimo, legitimado ou reconhecido, vigendo no presente ordenamento a ideia de isonomia dos filhos, com igualdade de direitos, indiscriminadamente. Portanto, o nascituro, considerado filho desde a concepção, goza dos mesmos direitos que os filhos já nascidos, entre estes o direito ao reconhecimento da filiação.

Assim, vige após a constituição de 1988 a igualdade entre os filhos de quaisquer origem, inclusive os adotivos, não importando qual seja a natureza do relacionamento de seus pais, sendo vedado qualquer tipo de discriminação entre eles. Nestes termos, dispõe o art. 227, §6º, da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Sobre o referido artigo da CF/88 afirmaram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p.614):

Colocando definitivamente o pé de cal sobre um período pouco saudoso de discriminação entre filhos, o Texto Constitucional, no art. 227, §6º, foi de clareza solar ao determinar a igualdade substancial entre os filhos, evitando qualquer conduta discriminatória, materializando, de certo modo, a dignidade da pessoa humana almejada como finalidade precípua da República Federativa do Brasil.

No mesmo sentido que a Constituição, prescreve o art. 1.596 do Código Civil terem “todos os filhos, havidos ou não da relação casamentaria, os mesmos direitos e

qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias”. Portanto, no ordenamento jurídico vigente não existem mais óbices quanto ao reconhecimento ou à contestação da filiação.

Com relação ao reconhecimento da paternidade, o nascituro possui este direito antes mesmo do nascimento, por ser um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, segundo disposição do ECA em seu art. 27, podendo inclusive ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros. Essa afirmação é corroborada pelo Código Civil que, no seu artigo 1609, trata sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e, em seu parágrafo único, dispõe que: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Dispõe de regra semelhante o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 26:

Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.2011) adota a tese de que o direito do nascituro de ser reconhecido independe do nascimento com vida, sendo que, mesmo que nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, conferindo legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, o pátrio poder.

Portanto, não restam dúvidas quanto à legitimidade ativa do nascituro para a ação investigatória de paternidade. Esta é corroborada também pela Lei nº 11.804/08, que possibilita a propositura da ação de alimentos gravídicos em favor do nascituro, reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade a este, dentre os quais encontra-se o direito à filiação.

2.4.4 Direito à adoção

No tocante à filiação, existe ainda o instituto da adoção, que pode ser conceituada como “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de

filho, pessoa a ela estranha” (GONÇALVES, 2013, p.379). Ou ainda, como o “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, 2010, p.411).

Adoção, portanto, deve ser considerada como um mecanismo de colocação em família substituta, independente de relações consanguíneas de parentesco, formando um vínculo fictício de filiação fundamentado no afeto, em busca da proteção e do melhor interesse do adotado, que passa a ser membro da nova família.

Questão controvertida diz respeito à adoção do nascituro. O código civil de 1916 (com a alteração imposta pela Lei 3.133/57) regulava o instituto prevendo no seu art. 372: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal, se for incapaz ou nascituro”. Resta evidente, portanto, que o antigo código civil aludia à possibilidade de adoção do nascituro, estabelecendo somente a exigência de que era necessária a anuência de seu representante legal.

A regra, entretanto, não foi reproduzida no Código Civil de 2002 e nem no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal falta de expressa previsão legal quanto à questão causou uma forte cisão na doutrina, levando a teses divergentes quanto à possibilidade ou não da adoção do nascituro.

Nas palavras de Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.225):

Sem razão, em que pese o respeito a seus elaboradores, o Projeto de Código Civil (Projeto n. 634-B, publicado em 17-5-1984) não contempla a adoção do nascituro. Há um retrocesso nessa matéria. O projeto caminha para trás ao suprimir texto expresso que admite a adoção de nascituro [...].

Afirma ainda a autora, defendendo a utilidade da adoção do nascituro, que o direito à alimentação e à saúde por si só justificam a permanência do instituto da adoção, pois esses direitos do nascituro adotado, proporcionando uma adequada assistência pré-natal, serão assegurados pelo adotante desde a adoção. Assim, conclui Chinelato que a adoção de nascituro é instituto de grande relevância pela possibilidade de se lhe proporcionar alimentos, que serão providos pelo adotante (CHINELATO, 2000, p.220-225).

No mesmo sentido entende Sergio Abdala Semião (2000, p.80-81), quando afirma que a adoção prevista no Código Civil (se referindo ao art. 372 do Código Civil de 1916, já transcrito neste item) foi revogada pela Lei 8.069/90 (ECA), exceto no que se refere

aos maiores de 18 anos e à adoção do nascituro, que afirma continuar sendo regulada pelo Código Civil.

Explica o autor que o art. 46 do Estatuto determina que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”, o que é obviamente impossível em relação ao nascituro, que não pode ser considerado criança ou adolescente. Assim, conclui que “[...] tendo em vista que o Estatuto não prevê a adoção em estado de nascituro, o instituto, quanto a ele, continua regulado pelo Código Civil.”.

Mais uma adepta da possibilidade de adoção do nascituro é Benedita Inês Lopes Chaves (2000, p.91) afirmando nos seguintes termos:

Dessa forma entendemos que, em respeito à vida, merece o nascituro a mesma consideração dispensada ao recém-nascido e a legalização da sua adoção deve merecer apoio porque, de alguma forma, diminuíram as consequências sócio econômicas advindas do desrespeito aos direitos da personalidade, tais como a vida e a integridade física dos envolvidos.

De opinião contrária à adoção do nascituro, Jose Carlos Teixeira Giorges (2007) explica que, o Código Civil atual, diversamente do texto passado, não faz referência alguma à adoção do nascituro, considerando pertinente dar eficácia aos dispositivos do estatuto menorista, não mais obscurecidos pela existência de norma abonadora. Continua o mesmo afirmando que:

O catálogo protetivo dos infantes recomenda um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, o que se revela incompatível em relação a um ser enclausurado no corpo feminino; ademais, sendo a sobrevivência do nascituro mera cogitação, a adoção não pode ser atrelada a acontecimento incerto, o que conflitaria com a própria natureza do regime que aspira um parentesco definitivo e irrevogável.

Como o legislador não quis reproduzir o alcance imaginado pelo decreto revogado, não cabe ao intérprete dar amplitude ao que foi restringido.

Não obstante o entendimento supra, os argumentos favoráveis à adoção do nascituro parecem mais consistentes. Ademais, o art. 13, parágrafo único do ECA, com redação dada pela lei 2010/2008, fortalece esta tese ao dispor que “As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e Juventude”. Deve-se considerar ainda que o artigo 5º da CFRB e o artigo 7º da LINDB asseguram igualdade a todos, inclusive aos nascituros, cujos direitos são adquiridos com o nascimento com vida.

Deste modo, em respeito à vida, entende-se que deve o nascituro ter o direito à adoção, pois assim lhe será assegurado, pelo adotante, alimentos e sua integridade

física até o nascimento com vida, garantindo, assim, um desenvolvimento gestacional seguro e sadio. Portanto, a mera falta de previsão legislativa expressa quanto à adoção do nascituro, por si só, não tem o condão de afastar questão de tamanha relevância social; além do que, o princípio da dignidade da pessoa humana garante a vida digna inclusive a partir da fecundação.

2.4.5 Direito de curatela e representação

A curatela é definida por Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.688-689) como “encargo deferido por lei a alguém capaz, para reger a pessoa e administrar os bens de quem, em regra maior, não pode fazê-lo por si mesmo”. Posteriormente explica que a definição apresentada, com a regra de que a curatela destina-se somente aos incapazes maiores, não é absoluta, não abrangendo todas as espécies de curatela, algumas das quais apresentam natureza e efeitos específicos. Assinala que o Código Civil prevê a curatela do nascituro, e também ao relativamente incapaz menor entre 16 e 18 anos.

Importante transcrever a definição de Pontes De Miranda, que pode ser considerada mais ampla, definindo o autor curatela ou curadoria como: “o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, devido a perturbações mentais, prodigalidade, ausência, ou por ainda não ter nascido (1983, p.311).

O nascituro, por não ter capacidade de fato ou de exercício, não tem como fazer valer seus direitos por si só, apresentando a necessidade de ter um representante legal, pai ou mãe, e excepcionalmente, um curador, para agir em seu nome defendendo seus interesses.

Nestes termos, Sérgio Abdalla Semião (2000, p.90) ensina que:

Não tendo o nosso diploma civil declinado o nascituro como pessoa absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, chega-se à óbvia dedução de que a curatela a ele conferida não é no sentido de representação, mas, sim, de vigiar, de cuidar e de pôr a salvo as suas expectativas de direito, para o caso de vir a nascer com vida, resguardando assim os interesses do ser humano por nascer, que, juridicamente, ainda não é pessoa, mas mera expectativa de pessoa.

Prossegue o autor dispondo que a defesa que o curador porventura tenha que fazer será na condição de vigilante e protetor dessas expectativas, e não representando o nascituro. Portanto, o curador só tem legitimidade para defender e proteger o nascituro em relação àquelas expectativas de direito que estejam expressamente declinadas em lei a favor dele.

Estatui o caput do art. 1779 do código civil: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Portanto, se o pai vier a falecer deixando a mulher grávida, caso esta perca o poder familiar, será nomeado ao nascituro um curador ao ventre, que terá a função de zelar pelos seus interesses até o nascimento com vida. Nascendo com vida termina a curatela, e passará a ser regido pelo instituto da tutela caso a mãe não tenha o pátrio poder. Já no caso de a gestante estar interditada, nos termos do parágrafo único do art. 1779 do Código Civil, seu curador será o mesmo do nascituro.

Conforme explicação de Alexandre Alberton (2001, p.109):

A nomeação do curador ao ventre ao nascituro mostra-se com uma dupla finalidade, quais sejam: ao mesmo tempo que de um lado serve para defender os interesses do nascituro, protegendo o seu patrimônio, de outro lado é encarregado de tomar as medidas necessárias para impedir a prática de atos contra o concebido.

Com efeito, por ser o nascituro parte das vísceras maternas, sem capacidade de atos na vida social, a lei criou para ele curadoria, e não tutoria. Desse modo, com o nascimento da criança é cessada a curatela e passa a existir tutela (MIRANDA, 1983, p.354).

Noutro plano, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.998-999) criticam o instituto afirmando ser o artigo 1.779 do Código Civil de pouquíssima incidência prática. Ensinam que somente se justifica em meio a uma estranha e sucessiva combinação de fatores:

[...] estar grávida uma mulher; ser falecido o genitor; ter o nascituro sido beneficiado com alguma herança, legado ou doação; estar a mãe, por algum motivo afastada do poder familiar. Dificílimo é imaginar o que pode implicar na perda do poder familiar de uma mãe cujo filho ainda não nasceu. Enfim, é um dispositivo de pouca aplicação prática. A única hipótese prática imaginável seria a interdição, quando a própria mãe foi declarada, judicialmente, incapaz.

Continuam afirmando os autores que a nomeação de curador para o nascituro somente ocorrerá nessa remota situação de a mãe ser declarada judicialmente incapaz, pois, não sendo o caso, recairá sobre a própria mãe a sua representação

legal, e a proteção dos interesses do nascituro decorrerá da própria lei. Deste modo, a regra geral do sistema é que a mãe represente e resguarde os interesses do filho em gestação. A título exemplificativo, pode a grávida promover ação de alimentos gravídicos em favor do nascituro, como dispõe a Lei nº 11.804/08, objeto de estudo do presente trabalho, de modo a preservar a sua sobrevivência e a assistência material e médico-hospitalar (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.999).

2.4.6 Direito de receber doações

O nascituro terá direito de receber bens por doação, desde que já esteja concebido no momento da liberalidade e que haja a aceitação pelo seu representante legal, conforme disposto no art. 542 do código civil: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

O questionamento acerca do momento em que deva estar concebido, se naquele em que é feita a doação ou se no de sua aceitação, mostra-se desnecessário, visto que o conceito de nascituro se refere propriamente ao ser já concebido. Portanto, ao estabelecer “a doação feita ao nascituro”, o art. 542 (antigo 1.169) pressupõe que ele já exista no momento em que o instrumento de doação é lavrado (ALMEIDA, 2000, p.232).

A doação feita ao nascituro legitima os seus representantes legais a usufruir do bem doado e entrar na sua posse, percebendo-lhes os frutos, consoante disposição do Código de Processo Civil no art. 878: “Apresentando o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro”. O parágrafo único do referido artigo impõe a nomeação de um curador ao nascituro caso a requerente não detenha o exercício do pátrio poder.

Entretanto, a validade da doação está condicionada ao seu nascimento com vida, e terá seus efeitos jurídicos produzidos antecipadamente. Caso não haja o nascimento com vida, mesmo que aceita a doação por seu representante legal, o direito caducará. Mas caso nasça com vida, mesmo que por um instante, a doação se torna definitiva e os bens doados ao nascituro serão transmitidos aos seus sucessores.

Nestes termos ensina Sérgio Abdalla Semião (2000, p.93) que o entendimento é muito lógico:

[...] se a expectativa de pessoa não nasce com vida, a consequência óbvia é que a doação será considerada como se nunca tivesse sido conferida, já que o nascituro que não nasce com vida não pode ser sucedido hereditariamente, e, assim, o bem em vez de transferir-se para seus herdeiros, voltará ao patrimônio do doador *ipso facto*, operando os mesmos efeitos, como se fora uma verdadeira “cláusula resolutiva expressa”, tudo por pura lógica jurídica.

Portanto, para ter validade, a doação depende da manifestação de aceitação pelo representante legal ou curador do nascituro, e tornar-se-á eficaz a partir do nascimento com vida, momento em que receberá os bens doados, seus frutos e rendimentos.

2.4.7 Direito à sucessão

Quanto ao direito de suceder, o Código Civil, em seu artigo 1798 apresenta: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” Havendo o nascimento com vida, são realizados os direitos sucessórios no momento da abertura da sucessão. Sendo assim, é um direito eventual, pois se torna um direito pleno a partir do nascimento com vida. Se não há nascimento com vida e os herdeiros da legítima recolhem a herança, ocorre a mesma situação da renúncia da herança, já que o renunciante é considerado como se nunca tivesse sido herdeiro.

Consoante Maria Helena Diniz (2011, p.62), a capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que o seu representante legal irá recolher a herança sob condição resolutiva, que é o nascimento com vida. No momento da abertura da sucessão o já concebido é chamado a suceder, desde logo adquirindo, em estado potencial, o domínio e a posse da herança, como se já nascido fosse. Entretanto, como carece de personalidade jurídica material, terá nomeado um curador ao ventre no caso de a gestante enviuvar e não ter condições de exercer o poder familiar, por exemplo. Nascendo com vida, a sucessão será deferida com os frutos e rendimentos correspondentes à deixa desde o falecimento do autor. Se nascer morto, será considerado como se nunca tivesse existido e a sucessão não terá eficácia.

Do mesmo modo dispõe Sergio Abdalla Semião (2000, p.95-96):

Observa-se que o direito sucessório do nascituro é condicional e só se efetiva se nascer com vida, constituindo esta condição, o efeito geral de todas as condições. Não há condição sem fato futuro e incerto, do qual dependa o direito. Inútil será a aquisição desse direito se não ocorrer a condição do nascimento com vida.

Quanto à sucessão testamentária, se houver testamento contemplando prole eventual de certa pessoa indicada pelo testador, portanto uma transmissão hereditária condicional subordinada a evento futuro e incerto, os bens da herança serão confiados a um curador nomeado pelo juiz. Este, na qualidade de depositário, irá guardar e administrar os bens até o nascimento. É estipulado um prazo de dois anos de espera em caso de *nondum conceptus* para a consolidação da herança; com o seu escoamento, sem que ocorra a concepção, caduca estará a disposição testamentária, pois não foi implementada a condição. Assim, salvo disposição em contrário do testador, a herança será deferida aos herdeiros legítimos, consoante disposição do artigo 1829 do Código Civil (DINIZ, 2011, p.63).

Nos mesmos termos, ensina Orlando Gomes que (2012, p. 31), na disposição testamentária em favor de prole eventual, não sendo o herdeiro concebido até dois anos após a abertura da sucessão, os herdeiros legítimos receberão os bens reservados; caso não haja disposição em contrário do testador. O novo código civil solucionou a polêmica que existia anteriormente quanto à administração dos bens da prole eventual, determinando que, “salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro [...]” (§ 1º do art. 1.800).

2.4.8 Direito aos alimentos

O ser humano, por natureza, é carente desde a concepção e, desde então, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Assim sendo, a palavra alimentos no seu sentido vulgar expressa: “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”; bastando acrescentar a esse conceito, em linguagem técnica, a ideia de obrigação imposta a alguém de prestá-los a quem necessite por imposição de uma causa jurídica prevista em lei (CAHALI, 2013, p.15).

Não restam dúvidas sobre o reconhecimento ao nascituro dos direitos que necessita para nascer vivo, ou seja, direitos da personalidade. Um fundamental direito que deve ser defendido a favor do nascituro é o direito aos alimentos, necessários para o sadio desenvolvimento do feto e a conseqüente afirmação da sua personalidade jurídica após o nascimento com vida.

Admitir que o nascituro possui personalidade significa conceder-lhe o direito a alimentos, que fundamenta-se no direito à vida, principal direito da personalidade. “Assim, conseqüentemente, uma vez que o nascituro tem reconhecido o direito à vida, necessariamente haverá o reconhecimento do direito a alimentos a fim de proteger o seu direito à vida” (ALBERTON, 2001, p.76).

Afirma ainda Alexandre Alberton que, baseando-se em autores como Pontes De Miranda, Silmara J.A. Chinelato E Almeida, e João Claudino De Oliveira e Cruz, posiciona-se no sentido de que o nascituro possui necessidades próprias, dentre as quais: despesas médicas, eventuais cirurgias fetais, despesas com o parto e nutrição, dentre outras. Conclui que tais necessidades devem ser supridas através dos alimentos, e, nesse sentido, reconhece tal direito ao nascituro (ALBERTON, 2001, p.80).

Pela mesma linha de entendimento, Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.128) defende o direito do nascituro a alimentos:

A existência do direito a alimentos ao nascituro representa conseqüência e garantia do próprio direito à vida, isto, porque os alimentos pagos ao nascituro asseguram a sua própria existência, bem como uma assistência pré-natal em todo o período gestacional necessária à sua sobrevivência.

Neste sentido defendem Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles (2007, p.259) não ser justo que a genitora suporte sozinha todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do genitor. Defendem, portanto, ter o nascituro direito a alimentos, podendo ser reconhecido judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento.

Ensina Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p.241) que a teoria natalista, adotada por grande número de doutrinadores brasileiros, não reconhece esse direito ao nascituro, dependendo ele do nascimento com vida. Adotam essa posição pois preocupam-se primordialmente com a primeira parte do art. 4º do Código Civil (atual artigo 2º) que diz: “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”.

Entretanto, aduz a doutrinadora que, em seu modo de ver, ao nascituro, inclusive ao adotado, são devidos alimentos em sentido lato (alimentos civis) como um direito próprio, para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, com o fim de proporcionar o nascimento com vida. Continua ensinando que incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, abrangendo as técnicas especiais e cirúrgicas realizadas em fetos, alcançando ainda as despesas com o parto. Entende que na fixação dos alimentos, o juiz deve levar em conta as despesas que forem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final (CHINELATO, 2000, p.241-243).

Consoante explanação de Silmara Chinelato e Almeida, entre os principais juristas brasileiros que defendem o direito do nascituro a alimentos avulta Pontes de Miranda, que doutrina nos seguintes termos (MIRANDA *apud* CHINELATO, 2000, p.240):

A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção, 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 [...].

Afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.131) que desde a primeira edição de sua obra defendem o entendimento de que o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora não tenha o auxílio financeiro do pai da criança durante a fase de gestação. Por isso, vislumbram com bons olhos a lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008, que tem a matéria como objeto, disciplinando os chamados alimentos gravídicos, que compreendem todos os gastos necessários à proteção do feto.

Também ressalta a importância da lei de alimentos gravídicos Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.129), dispondo que a lei tem grande importância no cenário nacional assim como também na ordem jurídica, por ser um dispositivo que garante a vida do nascituro “por meio da previsão de pensão alimentícia a sua genitora”, compreendendo todas as necessidades da gestante indispensáveis ao surgimento da nova vida.

Portanto, com a entrada em vigor da lei que disciplina os alimentos gravídicos, a injustificável omissão legislativa que existia sobre a concessão de alimentos ao

nascituro, inviabilizando a rápida tutela e efetivação desse direito, foi sanada. Desta forma, permitiu à gestante reclamar do genitor o auxílio necessário para garantir a vida do feto que está gerando e a sua própria dignidade.

Assim, se na vigência da antiga Constituição a questão gerava dúvidas por conta das distinções à filiação, hoje, a vigente Carta Magna não deixa mais dúvidas, pois, de forma inquestionável, consignou o dever prioritário do estado em assegurar à criança o direito à vida, que deve ser preservada desde o ventre materno. Deste modo, tornam-se admissíveis desde o momento da concepção os alimentos destinados à manutenção e sobrevivência do nascituro. Percebe-se de forma clara na Constituição, que a ideia diretora do constituinte foi a da paternidade responsável e a possibilidade de o nascituro exigir alimentos (CHAVES, 2000, p.94).

3 DOS ALIMENTOS

Os alimentos em sentido lato apresentam o intuito de satisfazer as necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si só. Podem ser considerados como um mecanismo com a função de garantir o direito fundamental de todo ser humano a uma vida digna, derivando, portanto, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o presente capítulo tem como objetivos estudar e analisar as peculiaridades dos alimentos no direito de família, apresentando suas principais espécies e características, finalizando com um enfoque especial na possibilidade de relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, de modo a embasar a posterior análise dos alimentos gravídicos, modalidade alimentar que é o foco deste trabalho.

3.1 CONCEITO

Os alimentos não têm um conceito legal definido. Em uma conotação vulgar, o termo “alimentos” pode ser entendido como prestações designadas à manutenção da vida de quem não pode prover por si a satisfação de suas necessidades mínimas. Abrangem o necessário à subsistência com o fim de proporcionar uma vida digna ao alimentando.

Nesse sentido, conveniente se mostra iniciar o estudo transcrevendo o ensinamento de Pontes de Miranda (1983, p.207) para quem, a palavra alimento, em direito, tem acepção técnica, compreendendo “tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ao tratamento de moléstias e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e educação”.

O Código Civil de 2002 não define alimentos, entretanto, pode-se usar como parâmetro seu art. 1920, onde se lê: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Assim, tem-se que os alimentos, em linguagem jurídica, têm sentido amplo, compreendendo, além da alimentação, o que for necessário para habitação, vestuário,

tratamento médico, transporte, incluindo verbas para a instrução e educação do menor de idade. Compreendem, portanto, o que for imprescindível à vida.

Nestes termos, consoante a precisa definição de Orlando Gomes: “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si” (2001, p.428). Têm como finalidade fornecer a um parente, um cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

Yussef Said Cahali expõe que o ser humano é carente desde a concepção até o momento que lhe foi reservado como derradeiro, sendo que, nessa dilação temporal, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Da expressividade da palavra alimentos, em seu sentido vulgar, a define como “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”, bastando acrescentar a esse conceito, para uma linguagem técnica, “a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite” (CAHALI, 2013, p.15).

Ainda na doutrina, é possível encontrar diversas outras definições para a palavra “alimentos”, a saber:

Carlos Roberto Gonçalves afirma que o vocábulo “alimentos” não se limita ao necessário para o sustento de uma pessoa, tendo conotação muito mais ampla do que na linguagem comum (2013, p.501):

Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.

Maria Berenice Dias (2011, p.515) ensina que, para o direito, o significado de alimento é maior do que somente o que assegura a vida, e a obrigação alimentar tem um fim precípuo, qual seja:

[...] atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência. O Código Civil não define o que seja alimentos. Mas preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar [...]

Segundo Sílvio de Salvo Venosa: “Alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência” (2009, p.351). Já Paulo Lôbo considera que (2010, p.368):

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relação de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para os idosos (direito assistencial).

Destarte, o atual Código Civil impôs de forma mais enfática o binômio necessidade *versus* possibilidade, ou seja, ao se fixar uma verba alimentar a ser paga pelo alimentante não se deve analisar somente as necessidades que o alimentando apresenta para se manter socialmente, devendo haver uma análise conjunta com a eventual possibilidade econômica daquele que suportará o encargo, sem que tenha o seu próprio sustento prejudicado. Vislumbra-se aqui a incidência da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que este último vem sendo inserido na ideia de um trinômio alimentar: necessidade, possibilidade e razoabilidade (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.42).

Percebe-se que existe aí uma dualidade de interesses: a necessidade de quem pleiteia e a capacidade contributiva de quem presta. Se não houver um destes elementos restará frustrada a prestação alimentícia, sendo que, mesmo reconhecendo as necessidades do credor, não é possível fixar um encargo que escape da capacidade econômica do alimentante (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.824-825). Assim dispõe o §1º do art. 1694 do Código Civil: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Havendo alteração dos vetores da equação necessidade do alimentado *versus* capacidade do alimentante, os alimentos poderão ser revistos, nos termos do art. 1.699: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

Ademais, o interesse em foco é proteger a vida de maneira efetiva e concreta, vida esta que será completa apenas se houver uma garantia ao mínimo existencial necessário, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade familiar (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.42).

3.2 FUNDAMENTOS

A obrigação de prestar alimentos tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado no art. 1º, III, da Constituição Federal, e o princípio da solidariedade social e familiar, que encontra-se no art. 3º da Lei Maior, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão do parentesco, vínculo conjugal ou convivencial que o liga ao alimentando (DINIZ, 2011, p. 613-614).

Do mesmo modo expõe Maria Berenice Dias (2011, p.514), ao afirmar que a fundamentação do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, sendo os laços de parentalidade que ligam as pessoas integrantes de uma família a fonte da obrigação alimentar.

Ensina Cahali (2013, p.29) que:

Desde o momento da concepção, o ser humano – por sua estrutura e natureza – é um ser carente por excelência; ainda no colo materno, ou já fora dele, a sua incapacidade ingênita, de produzir os meios necessários à sua manutenção faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração.

Continua o autor afirmando que essa responsabilidade subsiste durante todo o período de desenvolvimento físico e mental do ser gerado. Assim, paulatinamente esse dever de assistência em favor daquele que se encontrasse necessitado, como simples imperativo moral de solidariedade humana imposto a quem estivesse em condições de fazê-lo, se tornou uma obrigação jurídica como decorrência direta da lei, conforme a existência de pressupostos estabelecidos pela própria lei (CAHALI, 2013, p.30).

Nesse sentido, os integrantes da família são os pontos de referência para a obrigação alimentar, sendo que, o simples fato de pertencer a um grupo familiar faz com que os alimentos sejam devidos entre eles. Entretanto, o fundamento do dever de prestar alimentos é a dignidade da pessoa humana. Assim, ao estabelecer o valor da prestação, o juiz deve estar atento às possibilidades do obrigado e às necessidades do seu destinatário, de modo que o encargo fixado não coloque em risco a dignidade de nenhum deles (GESSE; FRANCO, 2011, p.17).

Nessa linha de pensamento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expõem que (2012, p.756):

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma delas é superior, nem inferior. Nessa linha de ideias, resulta que fixar o *quantum* alimentar em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana.

Continuam os autores lembrando que é no direito constitucional à vida digna que os alimentos podem ser bem lembrados, pois quanto a eles se admite até mesmo a excepcional prisão civil do devedor de alimentos (autorizada pelo art. 5º, VXVII, da *Lex mater*). Assim, conclui-se que a família cumpre nos dias atuais um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.757).

Quanto ao princípio da solidariedade familiar, diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que também é um dos fundamentos da obrigação alimentar. Assegura a Carta Fundamental a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, afirmando, sem dúvida, a supremacia da proteção da pessoa humana em detrimento da desmedida proteção patrimonial que sempre norteou o Direito Civil antes da Carta Magna (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.758).

Nestes termos, a fixação dos alimentos deve se basear em uma perspectiva solidária (CF, art. 3º), norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social, para assim consubstanciar a imprescindível dignidade humana. Ou seja, sem sombra de dúvidas a obrigação familiar é expressão da solidariedade social e familiar constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.758).

Assim sendo, a solidariedade social propicia a concreta aplicação e proteção da dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se, pois, que toda vez que se falar em obrigação alimentar, seja de que espécie for, deve-se ter em mente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, princípios estes que lhe atribui fundamento.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Questão das mais obscuras na órbita do direito de família é a que diz respeito à natureza jurídica da obrigação alimentar. Reconhece Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.503) que, embora alguns autores considerem o direito à prestação de alimentos como um direito pessoal extrapatrimonial, e outros, simplesmente direito patrimonial, prepondera o entendimento daqueles que atribuem-lhe natureza mista, como o faz Orlando Gomes, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.

Nestes termos, dispõe Orlando Gomes (2001, p.436) que a obrigação alimentar tem natureza patrimonial, pois:

[...] não se pode negar a qualidade econômica da prestação própria da obrigação alimentar, pois consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, cura e roupas. Apresenta-se, conseqüentemente, como uma relação patrimonial de crédito-débito; há um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica. A patrimonialidade do direito a alimentos é, desse modo, incontestável.

Maria Helena Diniz (2011, p.620) filia-se ao pensamento de Orlando Gomes, vislumbrando os alimentos como um direito de caráter especial, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, conexo a um interesse superior familiar, apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito, pelo fato de consistir no pagamento periódico ao alimentado de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios e roupas, havendo, portanto, um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica.

Por outro lado, há os que os consideram como um direito pessoal extrapatrimonial, como o fazem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.761-762). Pontuam os mestres que, se os alimentos se prestam à manutenção digna da pessoa humana, deve-se concluir que a sua natureza jurídica é de direito da personalidade, pelo fato de se destinarem a assegurar a integridade física, psíquica e intelectual de uma pessoa humana. Afirmam que esta teoria apresenta-se em melhor sintonia com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais em sede de relação privada.

Defendem ainda que, se fosse uma relação jurídica de conteúdo patrimonial, como prega Orlando Gomes, os alimentos estariam, obrigatoriamente, submetidos a uma

pretensão com prazo prescricional. Entretanto, não existe prazo extintivo para sua cobrança, evidenciando a sua feição não patrimonial, e sim fundamental, existencial.

Dispõe Yussef Said Cahali (2013, p.36) que, embora a obrigação alimentar esteja localizada no direito privado como uma das manifestações do direito à vida, sendo, por isso mesmo, personalíssima, nem por isso a obrigação alimentícia deixa de ter representação material ou patrimonial, pelo fato de haver uma prestação econômica exigível a uma pessoa em favor de outra, caracterizando uma relação obrigacional. Entretanto, afirma que o reconhecimento de um direito relativo como este ter um caráter patrimonial ou pessoal, não significa o seu confinamento no contexto de uma determinada categoria, pois faltariam outros requisitos para a sua exata sistematização.

Assim, conclui Cahali (2013, p.36) que:

Reconhecida, por inevitável, a presença concomitante dos dois elementos – o pessoal e o patrimonial – na integração da obrigação alimentícia, a especialidade que apresenta o encargo no âmbito do direito privado induz o reconhecimento da prevalência do primeiro elemento; [...]

Deste modo, independentemente da discussão a respeito da natureza jurídica da obrigação alimentar, é incontestável que ela existe e é amparada pelo ordenamento vigente.

3.4 ESPÉCIES

A doutrina classifica os alimentos segundo vários critérios. São diversas as classificações a respeito dos alimentos, implicando em diferentes espécies, sendo que, para uma melhor compreensão do tema em estudo, pertinente se torna a análise das seguintes: alimentos civis e naturais; alimentos provisionais, provisórios e definitivos; e alimentos gravídicos.

3.4.1 Alimentos civis e naturais

Após devidamente conceituados, faz-se necessário distinguir os alimentos quanto à sua natureza, entre civis (também chamados de cômmodos) e naturais, distinção esta

de suma importância quando da imposição da obrigação alimentar em determinados casos.

Nestes termos, o art. 1.694 do código civil determina 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, inclusive para atender às necessidades de educação”. Percebe-se aqui a preocupação não somente com a manutenção do indivíduo, mas também com as suas condições sociais e educacionais. Trata-se de um conceito de alimentos mais amplo, denominados de civis ou cômputos. Deste modo, além dos alimentos naturais que são os essenciais à sobrevivência do indivíduo, também existem os civis, que englobam não somente as despesas básicas, mas também aquelas que garantam a manutenção da condição social do alimentante, inclusive educacional (ALMEIDA JUNIOR, 2009, p.31).

Assim, alimentos civis ou cômputos são os que compreendem mais do que o indispensável para a sobrevivência do alimentando, englobando tudo aquilo que permita manter seu padrão de vida ou status social. Um clássico exemplo é o da separação de pessoas abastadas, quando os alimentos civis devem ser fixados num patamar que permita ao seu destinatário manter as condições de vida pretéritas (GESSE; FRANCO, 2011, p.25).

Já os alimentos necessários proporcionam ao alimentando somente a manutenção de sua vida digna, sendo descartados neste tipo de alimentos luxos e demais supérfluos. Muitas vezes é o que acontece no caso de o credor ter dado causa à situação de necessidade (GESSE; FRANCO, 2011, p.25).

Maria Berenice Dias ensina que:

Alimentos naturais são os indispensáveis para garantir a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde habitação, educação, etc. alimentos civis destinam-se a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e status social do alimentante.

Nos mesmos termos dispõe Yussef Said Cahali (2013, p.18):

Quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz-se que são alimentos naturais; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civis.

Percebe-se, portanto, que essa distinção é de grande importância para que se estabeleça o valor dos alimentos. Em qualquer hipótese, os alimentos devem viabilizar ao credor uma vida digna, compatível com a sua condição social, levando em consideração a possibilidade do devedor de atender ao encargo.

3.4.2 Alimentos provisionais, provisórios e definitivos

Os alimentos também podem ser classificados, quanto à finalidade, e de acordo com o momento procedimental em que são concedidos, em provisionais, provisórios e definitivos ou regulares. Estes são os de caráter permanente, estabelecidos pelo juiz em sentença ou em acordo homologado das partes, embora possam ser revistos (CC, art. 1.699). Provisórios são aqueles fixados liminarmente no despacho inicial proferido na ação de alimentos, de rito especial estabelecido pela Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68). Já os provisionais ou *ad litem* são os determinados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou de anulação de casamento ou de alimentos. Têm por finalidade manter o suplicante durante a tramitação da lide principal e pagar as despesas judiciais, inclusive honorários advocatícios (GONÇALVES, 2013, p.507).

Os alimentos definitivos ou regulares são expressados por meio de uma sentença transitada em julgado, proveniente de um acordo de vontades ou de um litígio enfrentado na Vara de Família. São, portanto, estabelecidos em caráter de permanência. Entretanto, apesar de definitivos, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, caso o binômio necessidade *versus* possibilidade seja alterado, esta mudança fática também poderá alterar o valor do encargo.

Nos mesmos termos, aduzem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que os alimentos serão definitivos quando fixados por sentença ou em outras ações que tragam de forma cumulada pedido de alimentos ou quando decorram de acordo referendado entre as partes. Em tese, são fixados para a manutenção do credor enquanto perdurar a situação fática que os justificou. Assim, estão submetidos à cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ser alterados caso a necessidade de quem recebe ou a capacidade contributiva de quem os presta se modifique, a partir de nova decisão judicial ou acordo entre as partes (2012, p.836).

Alimentos provisórios são aqueles que exigem prova pré-constituída do parentesco, casamento ou companheirismo. Possuem natureza antecipatória, sendo concedidos liminarmente em ações de alimentos, após a comprovação prévia da existência da obrigação alimentícia. Havendo requerimento e sendo provados os aludidos vínculos, a fixação é obrigatória, não dependendo da discricção do juiz.

Doutrina Maria Helena Diniz que serão provisórios (2011, p.633):

[...] se fixados incidentalmente pelo juiz no curso de um processo de cognição ou liminarmente em despacho inicial, em ação de alimentos, de rito especial, após prova de parentesco, casamento ou união estável (Lei n. 5.478/68, arts. 2º e 4º) para suprir necessidades do credor enquanto espera a sentença de mérito. Têm natureza antecipatória, constituindo uma antevisão dos definitivos.

E, por fim, alimentos provisionais são os de natureza cautelar, fixados em sede de cautelar de separação de corpos ou naquelas ações em que não haja a mencionada prova pré-constituída do vínculo determinante da obrigação alimentar, como em uma ação de investigação de paternidade ou em uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável, por exemplo, no caso de não haver provas mínimas de parentesco ou convivência estabelecida com o alimentante (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.65).

Visam proporcionar ao alimentando condições suficientes para sua manutenção durante o processo, assim como possibilitar-lhe a defesa de seus interesses em juízo. Compreendem, portanto, o necessário para a vida do credor e as despesas processuais por ele despendidas. Por conta de sua natureza acautelatória, os alimentos provisionais somente podem ser deferidos quando comprovados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Quanto a estes, ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que (2012, p.833-834):

[...] estão elencados como medida cautelar nominada, contemplada no art. 852 do Código de Processo Civil, embora possua nítida natureza satisfativa. Trata-se de medida topologicamente cautelar, porque está elencada dentre as medidas cautelares, embora não possua tal natureza assecuratória. Aliás, basta observar a natureza irrepetível dos alimentos para se inferir a natureza não-cautelar dos alimentos provisionais, uma vez que não se destinam a assegurar o resultado de um outro processo, mas satisfazer, imediatamente, as necessidades do autor. É, pois, medida satisfativa submetida a uma cognição sumária, perfunctória, pela qual são fixados alimentos, em caráter ainda não definitivo, para atender às necessidades do autor, que evidenciou a presença dos elementos fundamentais das medidas cautelares.

Diante do exposto, percebe-se que alimentos provisórios e provisionais, em essência, significam o mesmo instituo; diferenciam-se apenas quanto à terminologia e o procedimento. Quando se busca em juízo alimentos que não foram atendidos espontaneamente, por conta da natureza urgente do direito, não importa a que título foram fixados. O ponto em comum entre os provisórios e provisionais está disposto na possibilidade de as duas espécies de tutela alimentar preverem a expedição de mandado liminar, permitindo o adiantamento dos alimentos iniciais, fixados de forma temporária pelo juiz da causa, para que os recursos necessários à subsistência do alimentando sejam garantidos no correr do processo. Quanto à antecipação da obrigação alimentar, para o efeito de estabelecer o marco inicial da vigência de alimentos, não há distinção entre os provisórios e os provisionais: nenhum deles é cautelar; sendo ambos fixados desde logo e devendo ser pagos de imediato (DIAS, 2011, p.561).

Reforçando a inexistência de diferença substancial entre os provisórios e os provisionais, vale o ensinamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p.834-835):

Observe-se que a distinção fundamental entre os alimentos provisórios e os provisionais centra-se puramente na existência, ou não, de prova pré-constituída da relação de casamento, união estável ou parentesco. Assim, no curso de um procedimento de investigação de paternidade cumulada com alimentos, se o autor precisa de alimentos para se manter, poderá ajuizar uma ação cautelar de alimentos provisionais, demonstrando indícios verossímeis da relação, pois ainda não terá a prova pré-constituída necessária para o requerimento dos alimentos provisórios. Não há, portanto, diferença substancial entre os institutos, significando, em ambas as hipóteses, a possibilidade de conceder, de logo, em caráter de urgência, alimentos a quem precisa.

Portanto, ambos os institutos são concedidos temporariamente para garantir a quem precisa os meios suficientes para suprir suas necessidades, enquanto espera a sentença fixando os alimentos em caráter definitivo. Assim, possuem a mesma finalidade, sendo a distinção mais terminológica e procedimental do que em relação à sua substância e natureza.

3.4.3 Alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos, espécie de alimentos que será abordada a fundo no próximo capítulo, constituem-se no direito que a mulher grávida possui de buscar o auxílio

financeiro do suposto pai de sua prole, de acordo com a proporção dos recursos de ambos, no custo das despesas realizadas da concepção até o parto, mediante propositura de ação antes do nascimento da criança.

Entendem Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.67) que os alimentos gravídicos têm o caráter de cautelaridade, o que os posiciona como uma subespécie de alimentos provisionais. Considerando essa idéia de cautelaridade, os alimentos gravídicos apresentam características de alimentos provisionais, por conta do reduzido período de tempo que o alimentante, pretense pai, tem para se defender por meio da contestação.

Quanto ao procedimento desta ação, segundo Douglas Phillips Freitas (2011, p.73), é adotado o sistema das cautelares, mas sem que seja uma, pelo fato de ser satisfativa, esgotando em si mesma, e dispensando, por consequência, a propositura da ação principal.

Aduz o autor que não se pode admitir uma tutela acautelatória e, simultaneamente, satisfativa. Ou se acautela o direito, ou o satisfaz. Isto pois as tutelas cautelares buscam garantir o processo na consolidação de determinado direito, mas sem antecipá-lo, não adiantando a tutela antes do final do processo e depois de exaurida a cognição. O objetivo das tutelas cautelares é garantir que determinado bem ainda exista ao final do processo que discute de quem é sua titularidade, por exemplo. Por esta razão, não se admite uma tutela cautelar satisfativa, sendo contrária à sua natureza e sua atual existência (FREITAS, 2011, p.67)

Assim, conclui Douglas Phillips Freitas (2011, p.70-71) que essas “cautelares satisfativas” devem ser vistas como procedimentos especiais. Este posicionamento, como aduz o autor, se ratificou com a Lei dos Alimentos Gravídicos que, sem dúvida, é um procedimento satisfativo não cautelar, sendo que, pela própria dicção da lei, adota o procedimento das cautelares, como se percebe nos artigos da Lei 11.804/2008. O procedimento da lei é satisfativo e esgota-se em si mesmo, portanto, embora se valha dos prazos das cautelares (cinco dias para citação), não é cautelar, pois, por exemplo, dispensa a propositura de qualquer outra ação posterior.

Por assim dizer, segundo Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.68) existem duas correntes que sustentam de maneira diversa a natureza jurídica

dos alimentos gravídicos. A primeira teoria defende que deve ser atribuído aos alimentos gravídicos um caráter cautelar *sui generis* de natureza satisfativa.

Segue essa linha Douglas Phillips Freitas quando aduz que (2013, p.01):

A natureza dos alimentos gravídicos é *sui generis*, agregando elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira se apropria da primazia de tutela em relação a outras obrigações, enquanto, da segunda, a novel Lei se vale das regras de integral reparação patrimonial.

Por outro lado, a segunda teoria denota que os alimentos gravídicos se apresentariam na forma de tutela interinal satisfativa, ou seja, sendo concedidos, satisfazem integralmente e de forma antecipada o mérito da questão posta em julgamento (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.68).

3.5 CARACTERÍSTICAS

No âmbito das relações de família, os alimentos, considerados uma pretensão especial, comportam classificações segundo diversos critérios. É natural que os alimentos sejam revestidos de características muito peculiares, que os afastam das relações obrigacionais comuns, pois trata-se de uma obrigação que visa garantir a manutenção da vida da pessoa humana e sua fundamental dignidade.

Diversas são as peculiaridades próprias da obrigação alimentar que a diferenciam das demais obrigações existentes na esfera civil. A doutrina desdobra os alimentos em uma série de características que merecem ser detalhadas para uma melhor compreensão do tema deste trabalho monográfico, são elas: caráter personalíssimo, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, incomensabilidade, impenhorabilidade e irrepetibilidade.

Importante mencionar ainda o artigo 1707 do Código Civil, que disciplina a vedação à renúncia do direito a alimentos, apesar de possibilitar o não exercício do direito, além de dispor ser o crédito insuscetível de cessão, compensação e penhora.

3.5.1 Caráter personalíssimo

O direito de alimentos tem por característica fundamental o seu caráter personalíssimo, e dessa característica decorrem, basicamente, várias outras. É um direito inerente à pessoa necessitada, que objetiva preservar-lhe a vida; portanto não é transferível a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico. É assim considerado por tratar-se de uma das formas de assegurar o direito à vida, garantia constitucional.

Assim sendo, o direito a alimentos não admite cessão, onerosa ou gratuita, assim como não admite compensação com dividas de qualquer natureza. O crédito alimentício também será impenhorável e terá preferência de pagamento nos casos de concurso de credores (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.762).

Corroborando isso, dispõe Maria Berenice Dias (2011, p.516):

O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Em decorrência direta de seu caráter personalíssimo, é direito que não pode ser objeto de cessão (CC. 1.707) nem se sujeita a compensação (CC 373 II), a não ser em casos excepcionais em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor do alimentando.

Portanto, é um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a subsistência e a integridade física do indivíduo. A morte deste põe fim ao direito e à obrigação alimentar. Em face do exposto, sua titularidade não passa a outrem.

3.5.2 Irrenunciabilidade

O Código civil consagra a irrenunciabilidade dos alimentos, admitindo apenas que o credor não exerça o direito, como dispõe o Código Civil em seu art. 1.707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Depreende-se, portanto, da primeira parte do artigo, que o que se permite é uma dispensa temporária dos alimentos em face da não necessidade do alimentado. Caso ele passe a necessitar dos alimentos posteriormente não há impedimento que obste sua pretensão de buscá-los perante o alimentante.

O direito a alimentos, conforme o já exposto neste trabalho, esta intrinsecamente ligado ao direito à vida. Por isso, o Estado protege-o com normas de ordem pública, decorrendo daí a irrenunciabilidade do direito a alimentos, mas não do exercício desse direito. Assim, não se pode renunciar aos alimentos futuros; e a não postulação em juízo é interpretada apenas como falta de exercício, não significando renúncia, sendo que eventual cláusula de renúncia a alimentos deve ser considerada como não escrita (GONÇALVES, 2013, p.527).

Desse modo, leciona Orlando Gomes (2001, p.432):

[...] o que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, obrigando-se a não reclamá-los, mas aos alimentos devidos e não prestados, o alimentando pode fazê-lo, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito. A renúncia posterior é, portanto, válida.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que somente são alcançados pela irrepetibilidade os alimentos em favor dos incapazes, sendo admitida a renúncia para os alimentos devidos em razão do casamento, da união estável ou da união homoafetiva (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.764).

Nestes termos, o Superior Tribunal de Justiça emanou o seguinte julgado (STJ. Recurso Especial Nº 701.902/SP. REL. MIN. Fátima Nancy Andrichi, j. 15.09.2005):

Direito Civil e Processual Civil. Família. Separação Judicial. Acordo Homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo.

Assim, é possível concluir, apesar da redação do art. 1707 do *Codex*, que prevalece o entendimento no sentido de que os alimentos são irrenunciáveis apenas quando fixados em favor de incapazes, como no caso de alimentos devidos entre pais e filhos ou entre avós e netos (alimentos avoengos). Já entre cônjuges, companheiros e parceiros homoafetivos, é admitida a renúncia no momento do término do casamento, da união estável ou da união homoafetiva, respectivamente, sendo vedada a cobrança posterior do pensionamento, até pelo fato de a relação familiar já estar extinta (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.764).

É incontroverso, portanto, que os alimentos decorrentes do poder familiar a favor do incapaz são irrenunciáveis. O representante dos menores não pode desistir da ação, sendo somente admissível a transação em sede de execução, mas de forma que não

prejudique o interesse da filiação. Caso haja eventual conflito de interesses, deve ser nomeado um curador especial (DIAS, 2011, p.524).

3.5.3 Imprescritibilidade

O direito aos alimentos a qualquer tempo pode ser requerido, pois o Código Civil de 2002 não estabelece nenhum prazo especial para o exercício do direito pelo seu titular, sob pena de caducidade desse direito, não estando sujeito, portanto, à prescrição. Não pode ser confundido o direito a se pleitear alimentos com o direito a se receber as prestações vencidas. Aquele é imprescritível; enquanto essas prescrevem em dois anos a partir do vencimento. Importante destacar ainda que a prescrição não corre contra os incapazes.

Dessa maneira ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.768), enfatizando que, uma vez fixados os alimentos, por decisão judicial, daí em diante fluirá um prazo prescricional para a execução, em juízo, dos valores inadimplidos correspondentes. Conclui-se, portanto, que a prescrição é da pretensão executória dos alimentos e ocorrerá no prazo de dois anos, consoante disposição do art. 206, §2º, do Código Civil: Prescreve “Em dois, anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

Do mesmo modo, aduz Maria Helena Diniz (2011, p.626) que:

É imprescritível, ainda que não exercido por longo tempo, enquanto vivo tem o alimentando o direito a demandar do alimentante recursos materiais indispensáveis a sua sobrevivência, porém se seu quantum foi fixado, judicialmente, prescreve em dois anos a pretensão para cobrar as prestações de pensões alimentícias vencidas e não pagas.

Portanto, não há fluência de prazo prescricional sobre o direito dos alimentos, e sim sobre as prestações vencidas e inadimplidas pelo executado, extinguindo a pretensão de exigi-las por conta da inércia do exequente.

Tratando-se de alimentos fixados em favor de um absolutamente incapaz ou de um filho menor de dezoito anos de idade que esteja sob o exercício do poder familiar não haverá incidência do lapso prescricional sobre o direito, pois é causa impeditiva da prescrição, nos termos dos arts. 197, II, e 198, I, do vigente Código Civil.

3.5.4 Incompensabilidade

O direito a alimentos não admite compensação, nem tampouco, transação ou arbitragem, que são institutos mais afetos aos créditos formalizados perante o devedor e que não se encaixam na noção alimentar. Assim sendo, é um direito intransacionável, pois não se coaduna ao preceito do art. 841 do Código Civil: “Só quanto a direitos patrimoniais de direito privado se permite transação”. Entretanto, admite-se a transação ou acordo quanto às parcelas vencidas ou vincendas. Ademais, existe a possibilidade de acontecer a compensação dos alimentos com o propósito de evitar o enriquecimento sem causa do credor que recebeu uma determinada parcela a maior indevidamente (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.71)

A compensação é meio de extinção das obrigações entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra. O direito a alimentos não pode ser objeto de compensação, segundo dispõe o art. 1.707 do Código civil: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Isto pois os alimentos constituem o mínimo necessário à subsistência do alimentando, e a compensação poderia causar prejuízo irreparável a este (GONÇALVES, 2013, p.524).

Nesse sentido ensina Yussef Said Cahali (2013, p.87-88):

Ainda em razão do caráter personalíssimo do direito de alimentos, e tendo em vista que estes são concedidos para assegurar ao alimentando os meios indispensáveis à sua manutenção, afirma-se, como princípio geral, que o crédito alimentar não pode ser compensado; pretendendo-se, mesmo, que não se permita a compensação em virtude de um sentimento de humanidade e interesse público; nessas condições, se o devedor da pensão alimentícia se torna credor da pessoa alimentada, não pode opor-lhe, inobstante, o seu crédito, quando exigida aquela obrigação.

Portanto, é incompensável, pois se se admitisse a extinção da obrigação por meio da compensação, o alimentando seria privado dos meios de sobrevivência, de forma que, nessas condições, caso o devedor da pensão alimentícia torne-se credor do alimentando, não poderá opor-lhe o crédito, quando lhe for exigida a obrigação (DINIZ, 2011, p.627).

3.5.5 Impenhorabilidade

Conforme visto no tópico anterior, o art. 1707 do Código Civil preceitua ser o crédito alimentar insuscetível de penhora. Esta regra decorre também do caráter personalíssimo da obrigação alimentar, preservando, assim, a integridade do alimentando e garantindo o seu direito à uma vida digna.

Orlando Gomes faz ressalva quanto à impenhorabilidade do crédito alimentar (2001, p.432):

A impenhorabilidade do crédito alimentar decorre do fundamento e da finalidade do instituto. Seria absurdo admitir que os credores pudessem privar o alimentando do que é estritamente necessário à sua manutenção. Pretende-se que a proteção legal não se estenda à totalidade do crédito, no pressuposto de que, prestados alimentos civis, há sempre uma parte que não corresponde ao *necessarium vitae*, mas a dissolução é inadmissível. Os alimentos são impenhoráveis no estado de crédito, a impenhorabilidade não acompanhando os bens em que foram convertidos. A penhora pode recair na soma de alimentos proveniente do recebimento de prestações atrasadas. Não há regra que disciplinem especificamente tais situações, mas o juiz deve orientar-se pelo princípio de que a impenhorabilidade é garantia instituída em função da finalidade do instituto.

Assim sendo, o valor recebido a título de alimentos não é passível de constrição judicial, ato que iria de encontro à finalidade precípua dos alimentos em si: a sobrevivência digna do ser humano. Tratando-se de um direito personalíssimo, o ato de constrição judicial é inconcebível, pois destina-se a manutenção de uma pessoa que não dispõe de recursos para viver, o que seria privá-lo do que é estritamente necessário à sua subsistência (CAHALI, 2013, p.86).

Contudo, a doutrina aponta algumas mitigações à regra geral aqui exposta, admitindo a penhora de alimentos em alguns casos específicos como para o pagamento de outra obrigação de mesma natureza (alimentar), ou, noutro caso, é possível a penhora de bens adquiridos com o valor recebido a título de alimentos, no caso de não haver proteção pela impenhorabilidade da Lei do bem de família nº8.009/90 (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.784).

3.5.6 Irrepetibilidade

Em regra, os alimentos são irrepetíveis, ou seja, não são passíveis de restituição, por constituírem uma prestação pecuniária que visa garantir a própria sobrevivência do alimentado, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, coloca-se a vida como o principal e primeiro direito fundamental, estando acima de qualquer outro, tendo o princípio da irrepetibilidade a finalidade precípua de concretizar o direito à vida, apresentando-se como essencial a uma tutela eficaz da pessoa humana.

Deste modo, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos tem sua justificativa lógica advinda da premissa fundamental de que os alimentos estão vinculados ao direito à vida digna, representando um dever recíproco de subsistência entre os parentes, os cônjuges e companheiros. Exatamente por isso, em face da regra da irrepetibilidade, a quantia paga a título de alimentos não pode ser restituída pelo alimentado, pois serviu para garantir a sua sobrevivência (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.780).

Por se tratar de verba que serve para garantir a vida e se destina à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência, pode-se considerar o postulado da irrepetibilidade como um dos mais importantes e significativos que rege o tema dos alimentos. É uma verdade tão evidente e óbvia que se torna até difícil sustentá-la. Talvez por ser esta lógica inquestionável é que o legislador não se preocupou em inseri-la na lei (DIAS, 2011, p.519).

Sobre o assunto, destaca Maria Helena Diniz nos seguintes termos:

É irrestituível, pois, uma vez pagos, os alimentos não devem ser devolvidos, mesmo que a ação do beneficiário seja julgada improcedente. Mas há quem ache que, em caso de dolo, p. ex., de ex-cônjuge que oculta novo casamento, haverá devolução por configurar enriquecimento indevido e gerar responsabilidade por perdas e danos. E, também, na hipótese de erro no pagamento de alimentos, caberá, no dizer de Arnoldo Wald, sua restituição. Assim, quem fornecer alimentos na crença de que os devia, poderá exigir a devolução de seu valor ao terceiro, que era o verdadeiro devedor da prestação.

Portanto, os alimentos, uma vez pagos, sendo provisórios, definitivos ou *ad litem*, são irrestituíveis, sendo inimaginável que sejam devolvidos. Assim ocorre pois a obrigação de prestá-los constitui matéria de ordem pública, que só pode ser afastada em casos legais e subsiste até decisão final em contrário. Assim, mesmo que a ação seja julgada improcedente, não cabe a restituição dos alimentos provisórios e provisionais, pois

considera-se como o pagamento de uma dívida e não uma simples antecipação ou empréstimo (GONÇALVES, 2013, p.526).

Entretanto, o princípio da irrepetibilidade não é absoluto, encontrado limites no dolo em sua obtenção, podendo-se falar em uma relativização do princípio da irrepetibilidade, assunto que será tratado de forma minuciosa em tópico específico deste trabalho.

3.6 DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS

Percebe-se que a irrepetibilidade alimentícia é vista como dimensão quase que absoluta, não sendo admitida, em qualquer hipótese, a restituição do valor pago a título de alimentos. Mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo da paternidade, pela procedência de ação negatória de paternidade, não caberia a restituição dos alimentos.

Entretanto, deve-se admitir a devolução exclusivamente quando comprovado que houve má-fé ou postura maliciosa do credor. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2011, p.520), em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado do credor (CC 884). É o que vem sendo chamado de relatividade da não restituição. Assim, respeitável parcela da doutrina vem propondo uma relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, advogando a possibilidade de restituição judicial dos valores indevidamente pagos.

É de ser reconhecido um claro conflito de valores de idêntica altitude, devendo ser solucionado pela técnica da ponderação dos interesses com a análise do caso concreto. Deve-se averiguar se terá maior dimensão o interesse do credor em receber os alimentos para a sua subsistência ou, se terá maior dimensão o interesse de propriedade do réu, impedindo o enriquecimento sem causa pelo eventual recebimento indevido.

Flávio Monteiro de Barros (2013, p.05) expõe sua opinião no sentido de que a repetição da quantia paga injustamente se resolve pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos, “cuja exceção só seria viável mediante norma expressa”. Portanto, para o autor, não é lícito ao suposto pai condenado a pagar alimentos gravídicos

mover ação judicial para reaver as prestações pagas, pelo fato de visarem garantir a sobrevivência da pessoa, não se podendo falar em enriquecimento à custa de outrem. No entanto, segundo o autor, é cabível “ação in rem verso contra o verdadeiro pai, desde que este tenha agido com dolo, silenciando intencionalmente sobre a paternidade, locupletando-se indiretamente com o pagamento dos alimentos feitos por quem não era o genitor da criança”.

Para Arnaldo Wald (2013, p.81), assim como Barros, a regra da irrepitibilidade dos alimentos comporta exceções, cabendo a restituição dos alimentos pagos quando quem os prestou não os devia, nos casos em que haja prova segura de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. Exemplifica com a hipótese de um suposto genitor compelido ao pagamento de alimentos provisórios, em ação de reconhecimento de paternidade e, posteriormente, resta comprovada a paternidade de outrem. Neste caso, aquele que prestou os alimentos poderá demandar restituição de quem indevidamente os recebeu. Afirma o autor que apenas em alguns poucos casos, tais como aqueles em que o alimentando tenha procedido com dolo, má-fé ou abuso de direito, pode este ser compelido a devolver os alimentos recebidos indevidamente.

No mesmo sentido Antonio Cezar Lima da Fonseca (2009, p.17) ensina que o princípio da irrepitibilidade dos alimentos deve ser flexibilizado pois, não sendo provada a paternidade, a gestante poderá responder por perdas e danos, podendo ainda tais despesas serem cobradas do verdadeiro pai da criança, sob pena de enriquecimento indevido.

Já Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald aduzem que deve ser antevista uma mitigação da irrepitibilidade da obrigação alimentícia a depender do caso concreto, pois a regra geral é, certamente, a irrepitibilidade dos alimentos. Admitem a restituição judicial apenas em casos especiais, em respeito ao princípio geral da vedação ao enriquecimento ilícito. Assim, não basta o simples deferimento judicial de exoneração para que se permita a restituição dos alimentos, devendo haver a comprovação do enriquecimento sem causa do credor (2012, p.782).

Na mesma linha de pensamento, afirma Débora Rezende Cardoso que, referentemente ao direito de família, o que se tem é uma colisão de interesses: “de um lado, o direito a alimentos, que protege o direito à vida; de outro, o direito de o indivíduo não ser aviltado no seu patrimônio, de não ter seu patrimônio diminuído injusta ou ilicitamente”. Isto pelo fato de o estado ter estipulado, em determinado

momento, que os alimentos seriam irrepitíveis, independentemente do caso concreto (2009, p.34).

Verifica-se, desse modo, que vige no direito alimentar o princípio doutrinário da irrepitibilidade dos alimentos, que exclui a possibilidade de o credor de alimentos vir a ser compelido a devolver as parcelas recebidas por força de decisão judicial. No entanto, conforme o demonstrado, há cada vez mais vozes favoráveis à relativização desta tese, admitindo a restituição dos valores pagos, seja pela própria demandante ou pelo verdadeiro pai quando conhecido. Assim ocorre pois, no caso dos alimentos gravídicos, é muito grande a possibilidade de serem condenados homens que não sejam os verdadeiros pais, posto que, como visto, a lei não exige a prova pré-constituída da paternidade; além do dever de reprimir a violação ao direito de propriedade e à dignidade do apontado como pai, e o conseqüente enriquecimento injustificado da gestante.

Pelas razões expostas, insta consignar a flexibilização da presente característica, advogando a possibilidade da discussão em favor da devolução das quantias pagas a maior ou de maneira equivocada pois, caso contrário, se estaria sendo conivente com as práticas ilícitas e abusivas do enriquecimento sem causa, condenado pelo atual sistema jurídico. No caso em tela, mais uma vez “o ordenamento jurídico vê-se na situação de escolha entre dois direitos constitucionais fundamentais, o direito de propriedade do réu e o direito do autor à vida”. Como se tratam no caso de regras-princípios, e não de regras-normas, a solução é encontrada por meio do sistema de ponderações, de sorte que ambos devem ser aplicados concomitantemente, sendo que “quanto maior for o grau de preterição de um desses direitos, maior será o grau de aplicação do outro” (GABURRI, 2009, p.66).

De acordo com todas essas considerações, no tocante ao reembolso dos valores pagos indevidamente, Douglas Phillips Freitas (2011, p.112) ensina que duas são as formas jurídicas de buscar a restituição do injusto pagamento:

[...] por meio de ação indenizatória, contra a autora da Ação de Alimentos Gravídicos quando provado abuso de direito; e contra o verdadeiro pai por locupletamento, afinal, enriqueceu-se este por não pagar os alimentos ao filho, deixando ao encargo de outro o pagamento.

Controvérsias se mostram a possibilidade e as formas de restituição, especialmente a primeira hipótese apontada acima por Freitas, que implica na responsabilidade civil da gestante, carecendo o assunto, portanto, de detalhada análise doutrinária e

jurisprudencial a ser realizada em tópico específico deste trabalho diante da lacuna deixada pela Lei nº 11.804/2008 a respeito da questão.

4 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Após o estudo das teorias acerca do início da personalidade civil, juntamente com os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, além de visto as características dos alimentos no direito de família, cabe agora adentrar ao estudo dos alimentos gravídicos, positivados pela Lei n. 11.804/2008, que representa consequência e garantia do direito à vida do nascituro, ao assegurar a sua própria existência.

4.1 TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Inicialmente, e como forma de melhor compreender o tema proposto neste trabalho monográfico, mostra-se importante uma análise do contexto em que surgiu a lei de alimentos gravídicos. Com efeito, destaca-se o fato de ter sido aprovada sem alterações pelo Congresso Nacional e, posteriormente, sob pressão de juristas especializados na matéria que teceram inúmeras críticas a determinadas disposições do projeto, terminou este sendo aprovado com mais da metade dos seus artigos vetados pelo então Presidente da República.

A atual lei de alimentos gravídicos, Lei nº 11.804 publicada em 06 de novembro de 2008, foi originada do Projeto de Lei 7.376 (derivado do PLS-62/2004) de autoria do Senador Rodolpho Tourinho. Proposto em 28 de julho de 2006, contém a disposição de que “disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido e dá outras providências”. Com acerto, apesar de ter mais da metade de seus artigos vetados, o texto original do projeto praticamente não teve alterações.

O projeto foi considerado de conteúdo desastroso pela comunidade jurídica, por melhor que fosse a sua intenção. Muitos criticaram o teor de certas disposições consideradas inconstitucionais; afirmou-se que a norma nasceria inócua caso aprovada em sua redação original. Mas ainda havia esperança de que as flagrantes inconstitucionalidades fossem observadas e corrigidas na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania – CCJC.

Entretanto, sua redação original foi aprovada nas duas casas numa rápida tramitação e com unanimidade da CCJC, sem haver qualquer adição, restrição ou exclusão. Nesse ínterim, o Deputado Regis de Oliveira que teve seu voto em separado proferiu parecer em que teceu importantes considerações sobre o tema, afirmando ser o projeto sem sentido e contendo falhas de ordem técnico-jurídica. Votou o deputado “pela constitucionalidade, juridicidade e inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição”.

Apesar dos argumentos e rejeição do Deputado Regis de Oliveira, além das críticas da comunidade jurídica, no tocante ao teor do Projeto de Lei nº 7.736/2006, este foi aprovado pelo Congresso Nacional, cabendo ao então Presidente da República Luiz Inácio “Lula” da Silva, a última oportunidade de alteração antes da sanção. Caso a sanção ocorresse com base no seu texto original, as tutelas que se dispunha proteger não seriam alcançadas, por conta dos inúmeros equívocos tanto de ordem material como processual e até constitucional, pois inviabilizariam o instituto e não permitiriam o acesso à justiça (FREITAS, 2011, p.29).

Foi então que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – propôs a revisão e o veto de alguns artigos contrários à Constituição Federal e aos interesses do nascituro e da gestante. Em carta enviada pelo Presidente do IBDFAM, o jurista Rodrigo da Cunha Pereira, ao Presidente da República, foi destacado o caráter inovador e necessário do Projeto de Lei mas alertado quanto aos equívocos e incongruências que “vilipendiam a Lei de Alimentos e os princípios constitucionais, do acesso à justiça, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança, entre outros” (FREITAS, 2011, p.30-31).

Ao final da carta, com base nos princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade, foi solicitado ao Presidente o veto de quatro artigos: 3º, 5º, 8º e 9º; com as devidas fundamentações que serão discorridas e analisadas pormenorizadamente no decorrer deste capítulo.

Assim, na véspera da Aprovação do projeto de Lei nº 7.736 de 2006, “numa postura digna de elogio”, o Presidente da República realizou o veto presidencial a diversos artigos do referido projeto antes de publicá-lo como lei, ouvindo antes o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral de União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Deste modo, atendeu a todas as observações realizadas pelo IBDFAM e

ainda acrescentou mais um veto, ao artigo 4º, que não foi objeto da carta enviada pelo instituto (FREITAS, 2011, P.32).

Com efeito, a doutrinadora e vice-presidente do IBDFAM Maria Berenice Dias também teve participação ativa na manifestação pela necessidade de alteração do Projeto de Lei nº 7376/2006, realizando ponderações no sentido de que (2013, p.01):

[...] muitos são os equívocos da lei, a ponto de questionar-se a validade de sua aprovação. Apesar de aparentemente consagrar o princípio da proteção integral, visando assegurar o direito à vida do nascituro e de sua genitora, nítida a postura protetiva em favor do réu.

O Presidente da República, portanto, vetou 6 artigos do PL nº 7.376 que antes continha 12 artigos, sendo que todos aqueles que protegiam processualmente o suposto pai foram vetados. Por meio da Mensagem 853, de 5 de novembro de 2008, foi encaminhado ao Senado a justificativa do veto presidencial, com teor semelhante ao da carta emanada do IBDFAM, com exceção do veto ao artigo 4º que foi manifestado pelo Presidente em conjunto com o Ministério da Justiça.

4.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sancionada em 05 de novembro de 2008, a Lei nº 11.804/08, em vigor desde a publicação, disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido (art. 1º).

A lei dos alimentos gravídicos foi recebida com muito entusiasmo pela grande maioria dos operadores do direito. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2008, p.01) “Enfim está garantido o direito à vida mesmo antes do nascimento”. Tal entusiasmo, como ensina a autora, deveu-se pelo fato de que a jurisprudência já vinha assegurando a obrigação alimentar desde a concepção a algum tempo, estando tal direito implícito no ordenamento jurídico, mas a lei veio para “vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos”.

Com o mesmo entusiasmo, Rolf Madaleno (2013, p.921) escreveu que a Lei n. 11.804 dá vida à teoria concepcionista ao reconhecer expressamente o direito do nascituro aos alimentos, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como defende a teoria natalista, para a qual o direito a alimentos somente é adquirido com o nascimento com vida.

O instituto em tela tem como preocupação primordial a concretização da solidariedade familiar, o sustentáculo que fundamenta a obrigação alimentar que deve ir muito além dos vínculos familiares, atendendo aos preceitos do afeto e da solidariedade familiar.

Objeto de controvérsias, a lei de alimentos gravídicos trouxe a possibilidade de a mulher gestante recorrer ao poder judiciário para compelir o futuro pai de seu filho a contribuir com as despesas que se lhe fizerem necessárias no transcorrer da gestação, exclusivamente em função do estado gravídico. Portanto, da preocupação do ordenamento brasileiro em assegurar a efetividade do direito à vida descrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1.988, e do dever da família de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227), além de o Código Civil de 2002, no seu artigo 2º por a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, surgiu a lei dos alimentos gravídicos.

Em que pese a responsabilidade parental desde a concepção ser inquestionável, os alimentos em prol do nascituro já eram fixados pelos tribunais do país mesmo antes da vigência da lei, mas sempre com base na presunção legal de paternidade que se utilizava somente em casos envolvendo cônjuges. Portanto, a lacuna legislativa gerava enorme dificuldade para a concessão de alimentos para o concepto. Muitos operadores do direito com exacerbado apego ao positivismo não tinham boa vontade com a questão, tendo em vista o fato de que a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) exige a prova do parentesco ou da obrigação (MATOS, 2011, p.176).

Assim também dispõe Maria Berenice Dias (2011, p.537) ao pontuar que:

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

Desse modo, dúvida não há de que referido diploma legal inequivocamente mostra-se como verdadeiro marco evolutivo no contexto familiarista, possibilitando a concretização do protecionismo necessário ao nascituro e servindo para a afirmação da paternidade responsável almejada constitucionalmente. Além do mais, a lei de alimentos gravídicos ao reconhecer o direito da personalidade do nascituro a uma gestação saudável está acolhendo, por via oblíqua, a teoria concepcionista, que conforme já disposto neste trabalho, é a que melhor assegura os seus direitos.

Com efeito, mesmo antes de promulgada a lei de alimentos gravídicos, juristas já defendiam que a obrigação alimentar poderia ter início antes mesmo do nascimento com vida e, da mesma forma, tribunais brasileiros também já reconheciam a necessidade de garantir o saudável desenvolvimento do nascituro, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que assim decidiu (TJ/MG. Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 10.03.05):

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

Já em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu-se no seguinte sentido (TJ/RS. Agravo de Instrumento nº 70017520479, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 28.03.2007):

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.

Esta já vinha sendo a tendência jurisprudencial e doutrinária brasileira, pois se assim não fosse, não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação, sendo que todas essas necessidades coincidem com a concepção. Deste modo, os alimentos gravídicos, sem dúvida, permitiram melhor tutela às mulheres em gestação e à futura prole, vencendo a antes injustificável barreira que dificultava o acesso aos alimentos, reafirmando a necessidade de se proteger a vida humana desde a concepção.

Entretanto, em que pese os mais de quatro anos de vigência da referida lei, sua aplicação ainda é tomada por dúvidas de doutrinadores e juristas que discutem sobre suas indefinições e omissões. A lei nº 11.804 já nasceu cercada de polêmicas tendo seis dos seus artigos vetados, restando apenas seis sancionados. Desta forma, o presente trabalho científico irá abordar os pontos controvertidos da lei, demonstrando as dúvidas deixadas pelo legislador, sendo necessário um aprofundado estudo material e processual da lei e dos seus reflexos por meio dos princípios constitucionais e do vigente código civil, tendo em vista que a LAG dispõe sobre a fixação de

alimentos pressupondo um vínculo de filiação baseado apenas em indícios da paternidade, havendo o risco de dano irreparável ao suposto pai em razão da irrepetibilidade dos alimentos (TOMASI; MARIN, 2011, p.95).

Assim, a intenção deste trabalho é fazer ecoar na comunidade jurídica a importância do tema, sendo imprescindível o aprofundamento dos estudos acerca de um ponto peculiar que é a possibilidade da relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos nos casos em que, após o nascimento, seja realizado o exame de paternidade e este resulte negativo. Pertinente, no caso, é se indagar a respeito de uma possível responsabilização da mãe gestante que ingressou com a ação de alimentos gravídicos indicando um falso pai, de forma maliciosa ou não.

4.3 CONCEITO

Os alimentos gravídicos são aqueles requeridos durante a gravidez com o objetivo de viabilizar o desenvolvimento saudável do nascituro e o seu nascimento com vida. São os alimentos que a gestante impescinde para proporcionar um pleno desenvolvimento saudável ao bebê que está gerando.

Podem ser traduzidos como o direito que a mulher grávida possui de buscar o ressarcimento e o auxílio financeiro do suposto pai, na parte que lhe cabe, mediante propositura de ação antes mesmo do nascimento da prole, respeitando a proporção dos recursos de ambos no custo das despesas com a gravidez e outras dela decorrentes, realizadas da concepção ao parto, sendo convertido este benefício em pensão alimentícia com o nascimento da criança; não sendo necessário, todavia, declaração ou imputação de paternidade (FREITAS, 2011, p.73).

Segundo Leandro Soares Lomeu (2009, p.01):

Compreende-se como alimentos gravídicos aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez, sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Assim, entende-se que o rol não é exaustivo, pois, pode o juiz considerar outras despesas pertinentes.

Yussef Said Cahali ensina que este auxílio à mulher grávida, sob a forma legal de pensão alimentar, mesmo que com similar eficácia e exigibilidade, nada tem a ver com o preceito genérico dos artigos 1.694 e 1695 do Código Civil de 2002 (2013, p.343).

Aduz ainda o autor que:

[...] a Lei 11.804/2008 procura proporcionar à mulher grávida um autêntico auxílio-maternidade, sob a denominação *lato sensu* de alimentos, representado por uma contribuição proporcional a ser imposta ao suposto pai, sob forma de participação nas despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Cabe ser transcrita também a definição exposta por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.808). Conforme os referidos autores, os alimentos gravídicos dizem respeito a:

[...] pensão fixada judicialmente, em favor do nascituro, destinada à manutenção da gestante durante o período de gravidez, cobrindo o natural aumento de despesas. Vale atentar para o fato e que os alimentos gravídicos levam em conta as despesas da gestante, mas se destinam, em última análise, à manutenção digna do próprio nascituro. Afinal, ele depende da integridade física e psíquica dela.

Já Rolf Madaleno (2013, p.921) conceitua os alimentos em estudo como uma pensão alimentícia reclamada pela gestante para cobrir as despesas adicionais com a gravidez, e que dela decorram, no período compreendido entre a concepção e o parto, englobando as despesas referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, e demais prescrições indispensáveis conforme orientação médica.

O referido encargo deverá ser prestado por aquele contra quem os indícios apontam como pai, sendo que, de acordo com as normas subsidiárias invocadas por esta lei, os valores pagos são irrepetíveis e exequíveis, como ocorre na pensão alimentícia. Sendo assim, consciente dos riscos que podem advir de uma decisão baseada em cognição superficial, as cautelares em um caso concreto devem ser concedidas com zelo e acuidade pelo magistrado.

4.4 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA

Conforme visto alhures, alimentos, em termos jurídicos, têm sentido amplo, podendo ser entendidos como prestações designadas à manutenção da vida de quem não pode

prover por si a satisfação de suas necessidades mínimas. Têm como finalidade fornecer a um parente, um cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

Portanto, destaca-se nitidamente o caráter assistencial dos alimentos, haja vista que compreendem o que for imprescindível à vida, tendo especial importância os alimentos ao nascituro, pois podem ser considerados como a ferramenta primordial para a materialização deste direito.

Deve-se ressaltar de início que os alimentos são devidos em parte pelo pai e também pela mãe, pois ambos são responsáveis pelo bem-estar do nascituro, que já possui, como visto, o fundamental e personalíssimo direito à vida. Assim, devem os custos gestacionais ser rateados por ambos os genitores, por conta do princípio da paternidade responsável, levando-se em consideração todas as despesas relacionadas à gravidez e o poder de contribuição de cada um dos genitores.

Neste mesmo sentido doutrina Douglas Phillips Freitas (2011, p.86):

Há uma inevitabilidade de despesas na gravidez que devem ser realizadas e arcadas por alguém, que, nos termos da lei, será o suposto pai e a mãe, cada qual na proporção de seus recursos, sendo, contudo, tais despesas realizadas na proporção do padrão financeiro das partes envolvidas, pois marca de roupas, tipos de fraldas, entre outras variáveis, alteram o valor de tais despesas mencionadas.

Destarte, a lei de alimentos gravídicos, segundo o entendimento de Icaro Almeida Matos (2011, p.191), vem reafirmar o reconhecimento do não nascido como um ser humano em formação, consagrando-o como pessoa humana, que tem vida com características próprias, sendo destinatário de direitos, principalmente os de cunho fundamental. Consoante o autor, esta, portanto, é a real finalidade dos alimentos gravídicos:

[...] a proteção da pessoa humana e dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, em especial, o direito à vida, consagrando o viés do direito civil constitucional, na medida em que garante ao nascituro o aparato necessário para que a sua vida traspasse os limites do útero materno.

Com o escopo de atender a estes objetivos, o texto legal em estudo estatui que (art. 2º, Lei 11.804/08):

Os alimentos de que trata esta Lei 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 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.

No ponto é conveniente lembrar a lição de Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.171),

que esclarece o fundamento do direito a alimentos para o nascituro afirmando ser simples consequência da consagração da garantia à vida pré-nascimento, pois objetiva conferir meios de subsistência alimentar e de assistência pré-natal à gestante, de modo a garantir ao feto uma tutela adequada e eficaz do seu direito à vida intrauterina, propiciando o seu nascimento.

Em síntese, nas palavras de Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.209), a finalidade precípua dos alimentos gravídicos é:

[...] atingir um nascimento com dignidade à criança, com vistas a uma procriação responsável, com o comprometimento integrado e solidário dos genitores; é, pois, salvaguardar o direito à vida do nascituro, daquele ser que está para nascer, assegurando-lhe a saúde e a segurança desde a sua concepção, e não somente à criança que nasceu com vida, a fim de que a sua dignidade enquanto ser humano em potencial seja resguardada.

Desta feita, o direito a alimentos para nascituro tem por finalidade cobrir as despesas adicionais relacionadas à gravidez, devendo o magistrado, na análise do caso concreto, levar em consideração as necessidades da gestante referentes às despesas surgidas com a gravidez, bem como avaliar as possibilidades econômicas do suposto pai na fixação dos alimentos, tendo em vista o que dispõe a lei nº 11.804 em seu art. 2º parágrafo único: “Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.” Visa, deste modo, tornar o encargo exequível.

É curial ressaltar, em se tratando de alimentos gravídicos, que podem ser diversas as formas de satisfação, pois o período gestacional é um dos períodos em que a mulher fica mais vulnerável e necessita de cuidados especiais para o seu próprio bem e para o bem do bebê que está gerando. Em assim considerando, os alimentos gravídicos abrangem, alternativa ou cumulativamente, uma alimentação diferenciada e qualitativa por meio de suplementos vitamínicos; assistência médica; assistência psicológica; os exames complementares; as internações; o próprio parto; os medicamentos e outras prescrições preventivas e terapêuticas essenciais para o correto desenvolvimento do concepto, além de outras medidas que o juiz considere pertinentes e necessárias à gestante e ao nascituro (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.210).

Portanto, da mesma forma que os alimentos civis em geral não abrangem somente a alimentação, os alimentos gravídicos correspondem à obrigação estabelecida

judicialmente para custear todas as despesas referentes ao período gestacional. Neste diapasão, vale frisar que o rol constante do caput do artigo 2º da Lei dos alimentos gravídicos não é taxativo, sendo que a própria norma, de caráter aberto, estabelece que, além das necessidades destacadas, os alimentos gravídicos podem ser concedidos para cobrir “outras que o juiz considerar pertinentes” (MATOS, 2011, p.190).

Neste sentido, acertada foi a previsão do legislador ordinário quando não esgotou todas as despesas que devem ser atendidas pela prestação de alimentos durante a fase gestacional, concedendo ao magistrado a possibilidade de considerar outras despesas cabíveis. Assim, as despesas da gestante enumeradas pela Lei são meramente exemplificativas, podendo o juiz, no caso concreto, estimar outras que sejam pertinentes a cada gestante.

4.5 ASPECTOS RELEVANTES DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Cabe agora apresentar outras peculiaridades da Lei nº 11.804/2008 visto que, embora com poucos artigos em seu projeto original (Projeto de Lei 7.376/2009) e menos ainda após o veto de mais da metade de seus artigos por conterem disposições que iam de encontro aos próprios objetivos da lei, continuou esta envolta a muitas polêmicas. Portanto, serão analisados agora aspectos relevantes da Lei de Alimentos Gravídicos, discutindo a base legal e doutrinária dos seus dispositivos com o fim de contribuir com esclarecimentos que favoreçam a uma melhor aplicação da Lei e o alcance de suas finalidades.

4.5.1 Propositura da ação e foro competente

A propositura da ação de alimentos gravídicos se dá, evidentemente, com uma petição inicial narrativa dos fatos, sendo que não é necessário haver prova constituída da paternidade, pois esta será avaliada pelo juiz por meio da análise dos “indícios de paternidade”. Trata-se, portanto, de um juízo de cognição superficial, que não denota prova inequívoca (ALMEIDA JUNIOR, 2009, p.37).

A ação possui tempo determinado para propositura, pois tem de ser proposta após a concepção e antes do parto. O ingresso até o momento anterior ao parto concede à gestante o direito de pleitear todas as despesas já realizadas desde a concepção e a conversão da tutela após o nascimento em pensão de alimentos.

Previa a Lei nº 11.804/08 no seu art. 3º que o foro competente para o ajuizamento da ação seria o do domicílio do réu, por conta da regra geral de que as ações fundadas em direito pessoal serão propostas naquele foro, conforme o artigo 94 do Código de Processo Civil. Felizmente o artigo foi vetado, pois ia de encontro com a regra já estabelecida no Código de Processo Civil de que o foro competente para a ação de alimentos é o do domicílio do alimentando, como determina o CPC no seu art. 100, II (VALADARES; ALMEIDA, 2011, p.98).

Referido artigo 3º da Lei nº 11.804 foi vetado pelo Presidente da República sob as razões de que não está associado à sistemática prevista no Código de Processo Civil, que estabelece o domicílio do alimentando como o foro competente para a ação de alimentos. Foi afirmado que o artigo desconsiderou a especial condição da gestante ao atribuir-lhe o ônus de ajuizar a ação de alimentos gravídicos no foro de domicílio do réu, já que este prescinde de condições especiais, contrariando diversos diplomas normativos que dispõem sobre a fixação de competência (Mensagem Nº 853, 2008).

Quanto ao assunto, ensina Douglas Phillips Freitas que o domicílio para propositura da ação é o da gestante por duas razões pertinentes (2011, p.73-74):

[...] por ser ela a alimentada beneficiada pela lei e por deter, de regra, a posse em nome do nascituro, que, ao nascer, por disposição expressa da Lei dos Alimentos Gravídicos, será o novo alimentando, já que o nascimento põe termo ao direito da gestante e passa o benefício à criança, já que deixa de ser Alimentos Gravídicos e torna-se Pensão de Alimentos, nos termos do parágrafo único do art. 6º da referida Lei.

Deve-se ressaltar que, embora não seja a regra nos alimentos, não há óbice legal para que a ação seja proposta no domicílio do réu, podendo ser utilizado caso a autora decline do seu privilégio por melhor atender aos seus interesses, como a maior agilidade em sua ação, por exemplo.

Também vale sublinhar que, pelo fato de a futura guarda ser exercida pela detentora da posse em nome do nascituro, deve-se ressaltar a incidência da súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça aplicável ao caso: “a competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

Assim, continua também a regra prevista na súmula nº1 do STJ: “O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”. Correto, pois, o veto, já que a gestante, na condição de alimentanda, encontra-se em condição especial, esperando um filho e em busca do apoio do pai. Portanto, não pode a gestante ter o ônus de propor a ação no domicílio do réu, que nenhuma condição especial vivencia, sendo justo que ela tenha o foro privilegiado.

4.5.2 Legitimidade

A lei tem início dispondo, em seu art. 1º, sobre o direito aos alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido. Este artigo causa polêmica por atribuir os alimentos à mulher grávida, e não ao nascituro. Torna-se ainda mais confuso pela análise do art. 6º parágrafo único que discorre que “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Ou seja, este artigo demonstra que os alimentos gravídicos são devidos ao nascituro, pois visam proteger o seu nascimento com vida e o posterior desenvolvimento da criança. Assim pensa Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (2009, p.36):

[...] os alimentos são devidos ao nascituro, e não à mulher, que tem interesse autônomo de pleiteá-los por direito próprio, em que pese o argumento de que a proteção é da atividade gestacional. São, pois, direitos distintos que a lei os confunde.

De fato, uma interpretação literal do art. 1º da Lei nº 11.804/08 conduz a uma falsa constatação de que o direito aos alimentos gravídicos seria da mulher gestante, entendimento este absolutamente equivocado. Com efeito, como já foi demonstrado neste trabalho monográfico, a teoria concepcionista do início da vida é a que melhor se amolda aos valores constitucionalmente consagrados, em especial por considerar o nascituro como um ser humano autônomo. Sendo que, a garantia dos alimentos desde a concepção consagra esta teoria.

Deve-se considerar que o principal fundamento para a concessão dos alimentos gravídicos é a proteção à vida do nascituro. Ainda mais porque para a sua fixação levam-se em conta as despesas adicionais necessárias para cobrir as despesas com

a gravidez, e não as despesas ordinárias da mulher, ainda que supletivamente haja a proteção ao estado peculiar da gestante, que tem suas funções orgânicas e psíquicas completamente alteradas pela gravidez (MATOS, 2011, p.190-191).

Entretanto, não corroboram com esse entendimento Maria Goreth Valadares e Fabiane Cristina de Almeida (2011, p.107) quando dispõem que a redação da lei não deixa a menor dúvida de que quem deve figurar no polo ativo é a gestante, facilitando a proteção da mulher grávida e, por consequência, do nascituro. Ensinam ainda que:

Em que pese muitos entenderem que os alimentos gravídicos são para o nascituro, a lei deixa claro em seu art. 1º que os alimentos são voltados para a mulher gestante. Essa seria uma interpretação literal da lei. Por óbvio que ela só passa a ser titular desse direito em virtude de sua condição de gestante, o que nos faz concluir que o feto não deixa de ser também o foco de proteção da lei.

Este parece ser também o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p.536-538) quando diz que a lei de alimentos gravídicos assegura alimentos à gestante, que se transformam em alimentos ao filho no momento do nascimento. Ensina ainda que o nascituro somente pode pleitear alimentos por meio de ação investigatória de paternidade. Complementa o ensinamento afirmando que a gestante promove a ação em nome próprio, sendo dela a legitimidade ativa.

Neste contexto, Ana Cecília Rosário Ribeiro (2011, p.129) considera que a lei dos alimentos gravídicos em seu artigo 1º disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e não o direito a alimentos do nascituro. Afirma ter a lei deixado escapar a oportunidade de conferir direito alimentar ao nascituro, passando ao largo da problemática acerca da sua titularidade de direitos e omitindo-se no enfrentamento da questão de o mesmo ser portador de personalidade jurídica. Verifica que, apesar de os alimentos previstos na lei prestarem-se diretamente à gestante, o nascituro será indiretamente beneficiado.

Para solucionar o questionamento sobre quem é o real destinatário dos alimentos gravídicos, Eduardo Gesse e Matheus Pereira Franco (2011, p.28-29) discorrem que é preciso desvendar qual é a fonte geradora desse direito. Demonstram os autores que a fonte geradora do direito aos alimentos é o parentesco entre o nascituro e o suposto pai, pois para a fixação é necessário que existam indícios de que a parte requerida é pai do nascituro. Portanto, concluem acertadamente que ele é o destinatário dos alimentos gravídicos, que visam proteger a pessoa do nascituro, sendo este o legitimado ativo.

Corroborar com este entendimento Fernando Gaburri (2009, p. 61) quando diz que, sendo a possibilidade de nascimento com vida e de maneira saudável direitos da personalidade, deve-se entender que os alimentos gravídicos destinam-se ao nascituro, que seria o seu destinatário direto ou imediato, e não a mãe, embora prestado diretamente a ela, que seria destinatária indireta ou mediata.

Aduz o autor que existem duas principais razões para que o titular desses alimentos seja o nascituro: “primeiramente porque se tratam de alimentos necessários à própria manutenção do saudável estado de gravidez da mulher, sem o qual o feto estaria inviabilizado de se tornar pessoa”. O segundo motivo, na visão do autor, é que a partir do nascimento com vida: “os alimentos gravídicos automaticamente convertem-se em pensão alimentícia, agora diretamente ao neonato, na forma do parágrafo único do artigo 6º. Nesse caso, caberá ao interessado requerer a revisão da prestação”.

Também advogam a tese de ser o nascituro o real destinatário dos alimentos gravídicos Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.206), ao ressaltarem que, embora a legitimidade ativa para se ajuizar a ação correspondente seja da gestante, os alimentos pertencem ao nascituro, e não à gestante. Justificam pelo fato de o nascituro ter o direito constitucional à vida, consoante se verifica pela proibição da prática do aborto, preservado e resguardado, com fincas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo rumo, seguindo o entendimento perfilhado neste trabalho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.807) enfatizam que: “[...] reconhecidos diversos direitos ao nascituro percebe-se, sem dificuldade, que disso resulta a sua capacidade de ser parte, possuindo, destarte, legitimidade ativa para reclamar alimentos”.

Diante do exposto, conclui-se que a legitimidade ativa para a propositura da ação de alimentos gravídicos é do próprio nascituro, pois ele é o titular desse direito, devendo ser representado pela sua genitora. Quanto à legitimidade passiva, foi atribuída ao suposto pai, aquele que na referida ação fora indicado como sendo o possível pai por conta dos indícios de paternidade, não se exigindo, portanto, prova inequívoca. É possível, ainda, haver o pleito em relação a outros parentes, podendo a ação recair sobre os supostos avós paternos, quando provada a incapacidade contributiva do suposto pai, questão que será abordada posteriormente.

4.5.3 Termo inicial da obrigação

Questão controvertida diz respeito ao termo inicial da prestação dos alimentos gravídicos. Existem doutrinadores que defendem ter a decisão que fixa os alimentos efeito retrooperante à data de concepção da criança; já para outros, o termo inicial deve ser a citação do requerido.

O artigo 9º da Lei 11.804/08 faria referência à citação do réu como termo inicial dos alimentos gravídicos. Entretanto, felizmente, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República (MENSAGEM Nº 853, de 5 de novembro de 2008), sob o fundamento de que o ato citatório nem sempre é realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Além do que, a determinação de que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu tornaria o dispositivo carente de efetividade, seria o mesmo que condená-lo, desde já, à não existência, tendo em vista que o réu teria a possibilidade de provocar a demora por meio de manobras ardilosas para impedir o ato citatório.

Correto foi o veto, levando ao entendimento de que os alimentos gravídicos são devidos desde a concepção, afastando-se da regra geral disposta no artigo 13 § 2º da Lei de Alimentos de que seriam devidos desde a citação. Evitou-se, com isso, manobras astuciosas do devedor para obstar ou atrasar a sua citação em detrimento da genitora que sofreria sérios prejuízos (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.811).

Teoricamente, apesar de vetado o artigo que previa que os alimentos seriam devidos desde a data da citação, pelo fato de esta ser a regra no nosso ordenamento de acordo com o disposto pelo código de processo civil, tal data deveria ser mantida no caso das ações de alimentos gravídicos. Entretanto, numa interpretação sistemática, por tratar-se de uma norma específica e mais recente, que estabelece o período “da concepção ao parto”, e apregoa integral proteção à mãe e ao menor, deve haver a possibilidade de requerimento do termo inicial na concepção (FREITAS, 2008, p.02).

Douglas Phillips Freitas fundamenta o seu posicionamento de que o termo inicial se dá na concepção fazendo uma analogia com a regra do pensionamento ou mesmo da indenização da responsabilidade civil (considerando o escopo indenizatório dos alimentos gravídicos), na qual o marco inicial é o do sinistro, ou seja, do fato originador da responsabilidade civil, conforme o artigo 398 do Código Civil de 2002, que dispõe

que: “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou” (FREITAS, 2008, p.02)

Conclui seu pensamento afirmando:

A lei informa que tal regra é aplicada ao ato ilícito, porém, o que é o desamparo alimentar e das despesas de gravidez do pai em relação à mãe se não o conceito de ato ilícito trazido no amplo art. 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A visão do autor se torna lógica considerando a natureza híbrida do instituto, tendo por objeto “uma composição de verbas indenizatórias elevadas ao *status* de alimentos”. Deste modo, nas indenizatórias prevalece a regra do reembolso ou reparação integral, mesma regra imposta pela lei dos alimentos gravídicos, em que a gestante poderá pedir o que fora e o que será gasto entre a concepção e o parto (FREITAS, 2011, p.87).

Maria Berenice Dias (2008, p.01) é outra adepta dessa visão, dispondo que, com o nome de gravídicos, os alimentos são garantidos desde a concepção. Quanto ao termo inicial da obrigação, acolhe a doutrina que sempre reclamou a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro, ou seja, a partir da concepção.

Os membros do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família -, capitaneados por Maria Berenice Dias, defendem a ideia de que os alimentos seriam devidos desde a concepção pelo fato de ser uma obrigação imposta a ambos os pais cuidar da vida dos filhos desde que são concebidos. Por este motivo, haveria ofensa ao Princípio da Igualdade caso não fossem obrigados a pagar alimentos desde a concepção do nascituro. Para esses doutrinadores a sentença deve ter efeito retrooperante à data da concepção. Acrescentam ainda, para apoiar essa tese, a morosidade da justiça e a possibilidade de o requerido dificultar a citação (GESSE; FRANCO, 2011, p. 34).

Também comunga deste posicionamento Rolf Madaleno (2013, p.921), enfatizando que os alimentos gravídicos: “são devidos a partir da concepção e não após a citação do réu, como chegou a ensaiar o texto vigente que neste ponto mereceu veto presidencial, para obviar manobras que evitassem a citação do devedor de alimentos”.

Fernando Gaburri (2009, p. 63) considera que: “o veto veio em boa hora, uma vez que é de todos nós sabido que a citação geralmente não é realizada com a celeridade que

se espera, tampouco com a urgência que o pedido de alimentos requer”.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina majoritária considera que o termo inicial da obrigação de prestar os referidos alimentos ocorre a partir da concepção, existindo ainda outros autores, além dos já citados, que compreendem no mesmo sentido, a exemplo de Leandro Soares Lomeu (2009) e Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (2009), Caio Mario da Silva Pereira (2010) além de Fernanda Martins Simões e Carlos Mauricio Ferreira (2013).

Em resumo, os alimentos gravídicos compreendem ao período da concepção ao parto, consoante o artigo 2º da lei. Evidentemente, a demora em seu pagamento determinará a exigência da execução retroativa à data da concepção, porque as despesas que são de ambos os pais foram adiantadas pela gestante. A partir da prova pré-constituída do estado gravídico, independentemente de atestado sobre a viabilidade da gravidez, a biologia e a medicina determinarão o rumo da atuação judicial a respeito do deferimento dos alimentos gravídicos, de modo que, mesmo que deferidos posteriormente, serão devidos desde a data em que foi identificado o estado gravídico. Portanto, considerando que a medicina firmará a data da concepção, pois é na medicina que o direito vai buscar subsídio para saber se a pessoa nasceu viva, haverá largo espaço para a discussão pericial, mas isso ocorrerá desde que assegurados provisoriamente os alimentos à futura criança (FONSECA, 2009, p. 11-12).

Por outro lado, existem doutrinadores sustentando que os alimentos gravídicos não são devidos antes do ajuizamento da demanda, pois que são fundados no binômio necessidade/possibilidade e a inércia da gestante é a maior prova de ausência de necessidade.

Acrescentam ainda, para fundamentar sua tese, a hipótese da gestante que maliciosamente aguarda o transcurso de oito meses de gravidez para somente depois entrar com a ação, provocando uma dívida enorme e a provável prisão civil do devedor, porque este, na maioria das vezes, não teria condição de pagar oito meses de prestações acumuladas.

Este é o pensamento de Eduardo Gesse e Matheus pereira Franco (2011, p.34/35) que citam o princípio da igualdade entre os filhos, consagrado no art. 227, parágrafo 6º, CF/88, e fazem o seguinte questionamento:

Como conciliar o entendimento de que os efeitos da sentença que impõe a obrigação de pagar alimentos gravídicos retroajam até a data da concepção e os efeitos da sentença proferida na ação de alimentos, movida pelo filho nascido e reconhecido, retroajam à data da citação (art. 13, parágrafo 2º, da Lei 5.478/68)? Em suma, é inviável reconhecer que o nascituro tenha mais direitos que o filho nascido e reconhecido.

Aduzem os autores que não se deve impressionar com as justificativas de que o devedor poderia dificultar a citação e retardar o início da obrigação, pois caso isto ocorra, poderá ser feita a citação por hora certa. Outrossim, afirmam que, se o judiciário é moroso, não se pode atribuir a responsabilidade dessa morosidade ao suposto pai ou à parte requerida na ação de alimentos gravídicos (GESSE; FRANCO, 2011, p.35).

Compartilham do mesmo entendimento Maria Goreth Valadares e Fabiane de Almeida (2011, p.104), sustentando que os alimentos gravídicos são devidos desde a data da citação do réu. Afirmam que defender o termo inicial a serem devidos os alimentos em estudo na data da concepção do feto seria contrário a tudo aquilo já consolidado em doutrina e legislação pátrias. Continuam lecionando que:

Defender tal posicionamento implica premiar aquelas gestantes que deixam para provocar a jurisdição já em gestação bastante avançada, já sabedoras de que, independente do momento em que postularem em juízo a prestação dos alimentos, eles serão devidos retroativamente e independentemente da citação do réu, o qual, quando tiver ciência de que contra ele foi instaurada a demanda, já será devedor de considerável parcela pecuniária.

No mesmo sentido é a visão de Denis Donoso (2009, p.106-107). Reconhece o autor que a finalidade do legislador com o veto do artigo 9º da Lei 11.804/08 foi a de fazer os alimentos devidos desde o ajuizamento da ação. Entretanto, aduz ser melhor compreender que o termo da “concepção ao parto” disposto no artigo 2º da LAG significa o intervalo de tempo em que se pode ir a juízo pleitear os alimentos gravídicos. Desta forma, sustenta que os alimentos gravídicos são devidos desde a citação do devedor. Primeiro porque só a citação é que o constitui em mora (art. 219, caput, do CPC); segundo porque à LAG se aplicam supletivamente as disposições da Lei de alimentos (conforme previsto no art. 11 da LAG), e esta prevê que os alimentos fixados retroagem à data da citação (art. 13, §2º).

Concluem os autores contrários ao encargo desde a concepção ser inviável reconhecer que o nascituro tenha mais direitos que o filho nascido e reconhecido, pois haveria flagrante ofensa ao Princípio da Isonomia plasmado no art. 5º da Constituição Federal. Além de ser um atentado contra princípios basilares do processo civil, como o da proporcionalidade e o do devido processo legal.

Entretanto, parece mais acertada a corrente que pugna pelo termo inicial da prestação dos alimentos gravídicos desde a data da concepção, pois, conforme as razões do veto ao art. 9º já expostas, caso fossem os alimentos devidos a partir da citação, a realidade é que se correria o risco de o auxílio à gestante ter início apenas no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, tornando o dispositivo carente de efetividade. Além do que, o próprio veto evidencia a intenção do legislador em consagrar a concepção como o marco inicial, pois se assim não fosse, não haveria sentido.

Por fim, incontroversa é a ideia de que a Lei de alimentos gravídicos tem como finalidade precípua efetivar os Princípios da Igualdade e da Paternidade Responsável, trazendo importante tutela satisfativa aos direitos da mãe, tanto na viabilização da futura prole quanto no rateio das despesas com o futuro pai. Sendo certo ainda que o conceito tem assegurado o direito alimentar, posto que ostenta personalidade desde a concepção. Assim, vislumbra-se pelo esposado que o mais correto é considerar o termo inicial da obrigação da ação de alimentos gravídicos a partir da concepção.

4.5.4 Ônus probatório e indícios de paternidade

Questão emblemática diz respeito à possibilidade de fixação dos alimentos gravídicos, que são irrepetíveis, baseando-se o julgador tão somente em indícios de paternidade, consoante disposição expressa no artigo 6º da Lei 11.804/08. Uma vez convencido da existência de tais indícios, o juiz poderá fixar os alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, quando serão convertidos em pensão alimentícia para o filho, até que uma das partes peça a sua revisão (art.6º parágrafo único).

Assim, podem ser deferidos os alimentos gravídicos independentemente de prova pré-constituída da paternidade, nos casos em que existam os indícios da paternidade, tratando-se de juízo de cognição superficial, que não exige prova inequívoca. Desta forma, salvo os casos de presunção de paternidade, o ônus probatório é da mãe, que terá a incumbência de provar os fatos constitutivos do seu direito, de acordo com a regra contida no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Embora não se exija prova pré-constituída da paternidade, é fundamental que se faça prova da gravidez, pois não há como demonstrar ao juiz indícios sobre a gravidez sem a comprovação desta. Apesar de vetado o artigo 4º da lei de alimentos gravídicos, que dispunha a exigência de a peça inicial ser instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade, deve-se considerar o veto apenas quanto à comprovação da viabilidade, consoante as razões do veto (Mensagem Nº 583, 2008):

O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à peça inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. No entanto, a gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. [...] Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança.

Há de ser salientado que, de forma acertada, o veto se deu por conta deste laudo que dificilmente seria dado pelos médicos sob pena de colocar em risco a vida do feto. Além do mais, sendo viável ou não, despesas decorrentes da gravidez surgiriam e, certamente, seriam majoradas quando o feto não fosse viável.

Embora não esteja em vigor o artigo 4º, as exigências deste artigo, com exceção do atestado de viabilidade, encontram-se patentes, tendo em vista que os requisitos de indicação das “circunstâncias em que a concepção ocorreu, as provas do alegado, indicação do suposto pai, sua qualificação, quanto ganha aproximadamente, os recursos de que dispõe e a exposição das necessidades da autora”, são requisitos mínimos para fundamentar e propor a ação de alimentos gravídicos e obter a concessão desta tutela (FREITAS, 2011, p.93).

Portanto, no que tange a exigência de prova médica quanto à viabilidade da gestação, esta transgrediria os direitos da personalidade da gestante, cujo direito subjetivo lhe é assegurado pela Lei ora em comento. Nem tampouco se poderia impor a realização de exame pericial para a comprovação da paternidade, mediante a retirada do líquido amniótico. Esta indubitavelmente não deve ser condição para a concessão dos alimentos, posto que se trata de intervenção cirúrgica que colocaria em risco a gestante e a própria vida do nascituro (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.214).

Quanto à realização de exame pericial, enfatizou Maria Berenice Dias que (2013, p.02):

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela

gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

Ocorre que o exame genético, durante o período de gestação, sem dúvidas, representa uma ameaça para a genitora e para o nascituro. Deste modo ensinam César Tomasi e Jeferson Marin (2011, p.102-107), ao concluírem que o exame genético por meio de amniocentese e de vilo corial durante o período de gestação é de extremo risco para o nascituro e para a mãe, uma vez que se trata de procedimento invasivo, por ser necessário administrar medicamentos como a anestesia bem como realizar procedimento cirúrgico. Assim, deve ser extremamente proibido, haja vista que não deve ser considerado de grande importância nesse período, já que se pode aguardar até o nascimento do feto para sua realização.

Não por outro motivo é que o artigo 8º da LAG foi vetado. Segundo sua redação, caso houvesse oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependeria da realização de exame pericial pertinente. Correto, portanto, o veto, sob as razões de que (Mensagem Nº 583, 2008):

O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento de prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.

Conclui-se, portanto, que a genitora do nascituro não está compelida à realização do exame de DNA, mesmo que haja requerimento do suposto pai (réu da ação). Ocorre que o juiz pode conceder os alimentos gravídicos com base em um juízo de probabilidade, baseando-se meros indícios de paternidade, não havendo necessidade de uma prova efetiva, nesse momento (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.811).

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída, portanto, com a comprovação da gravidez e dos indícios de paternidade do réu. A concessão dos alimentos depende da chamada fumaça do bom direito, consubstanciada nestes indícios da paternidade, que devem ser colacionados aos autos da ação em curso. Nestes termos, todas as provas em direito são admitidas para que os referidos indícios sejam comprovados.

Ante a ausência de probatória, Douglas Phillips Freitas (2011, p.77) endossa a tese de que, em sede de alimentos gravídicos:

[...] as outras provas da possível paternidade ficam eivadas de dúvidas, pois não são concludentes como aquela, por isto, a lei permite a concessão da

tutela com o simples “indício”, ou seja, para a concessão, basta a verossimilhança entre as alegações e os documentos (ou de ouvida pessoal, ou de testemunhas em um possível pedido de audiência de justificação) serão os subsídios utilizados pelo magistrado.

Não há como esperar, considerando o atual sistema dos alimentos gravídicos, em um conjunto probatório de maior complexidade [...].

Outrossim, fundamental inserir o entendimento esposado por Antônio Cézar Lima da Fonseca (2009, p.12) sobre a utilização das presunções em matéria civilista, referindo-se aos indícios esposados pelo artigo 6º da LAG, fazendo árdua crítica ao legislador que editou a Lei 11.804/08:

Com a palavra “indícios”, o legislador não foi muito técnico, porque os civilistas preferem “presunções”, enquanto os criminalistas é que usam a expressão “indício”. De qualquer sorte, “indícios, presunções e circunstâncias têm o mesmo significado, a mesma natureza jurídica, representam o mesmo tipo de prova, apenas usados em campos diversos”. O indício, dizia Câmara Leal citado por Moacyr Amaral Santos, “é o fato conhecido do qual, em virtude do princípio da causalidade, se induz o fato desconhecido, ao qual se atribui a função de causa ou efeito em relação ao fato conhecido”. [...] Evidentemente, os indícios devem ser apreendidos pelo juiz de forma prudente e responsável, porque, por meios de provas indiciárias (presunções), a lei possibilita até a imposição de prejuízos irreparáveis para uma pessoa, seja sob o plano moral, seja pelo material ou econômico”.

Mas o que são indícios da paternidade? Tais indícios devem ser considerados como indicativos, sinais, vestígios do relacionamento entre a gestante e aquele que aponta como pai do filho que espera. São circunstâncias que levam à conclusão da existência de uma relação entre a demandante e o suposto pai que permitem induzir que este é o pai do ser concebido.

Salvo as presunções de paternidade que dispensam qualquer outra prova, deve a parte autora trazer provas do seu relacionamento com o réu, tais como: cartas, *e-mails*, mensagens de celular, recados ou fotos em sistemas de relacionamento pela internet (como Facebook, Orkut, twitter, MSN, entre outros), além de outros documentos em que o suposto pai admite a paternidade; comprovação da hospedagem do casal em hotel, pousada ou motel, no período da concepção; fotografias que comprovem o relacionamento amoroso do casal no período da concepção, dentre outros. É possível ainda a designação de audiência de justificação, para oitiva de testemunhas acerca do relacionamento mantido pelas partes.

Nesse passo vem decidindo o Tribunal de Justiça mineiro consoante decisão abaixo (TJ/MG, Agravo de Instrumento nº 0612222-51.2009.8.13.0210, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 15.06.10):

FAMÍLIA – ALIMENTOS GRAVÍDICOS – LEI Nº 11.804/2008 – PROVA DO RELACIONAMENTO AMOROSO E DA CONSEQUENTE GRAVIDEZ – VALOR DOS ALIMENTOS – EXORBITÂNCIA CARACTERIZADA – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – A fixação dos alimentos gravídicos deve ser feita de forma prudente e mediante a apresentação de prova idônea da existência de relacionamento afetivo que permita formular juízo de valor sobre o nexos de correção temporal lógica entre este e o estado de gravidez. Hipótese na qual a autora apresentou fotografias, diversas mensagens eletrônicas e conversas travadas por MSN que traduzem ser verossímil a alegação de que o réu é passível de ser o pai biológico do nascituro. Os alimentos gravídicos não podem ser fixados de forma exorbitante sem que se faça uma avaliação mais ponderada das necessidades da gestante e das possibilidades do suposto pai, e, assim, podem ser reduzidos quando o valor fixado não encontra amparo em prova idônea.

Os indícios de paternidade não devem ser analisados com muito rigor pelo juiz ao julgar pela concessão ou não dos alimentos gravídicos, consoante determinação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em julgado analisado por Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.581). Neste ponto, frisou o relator da decisão que, caso contrário, não se atenderá à finalidade da lei que é proporcionar ao nascituro um desenvolvimento seguro, por conta da dificuldade na comprovação do vínculo de parentesco. Com esse entendimento, a aludida corte considerou procedente o pedido de uma gestante em ação de alimentos gravídicos movida contra seu ex-companheiro, suposto pai do bebê. Como indício de paternidade, os desembargadores aceitaram uma nota fiscal da compra de um carrinho de bebê, em nome do suposto pai.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma questão extremamente delicada. Tais provas se mostram frágeis para determinar uma paternidade, ainda mais levando-se em consideração o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. A questão emblemática que se põe é a imensa subjetividade do juiz quando da análise das provas carreadas no processo.

A título de exemplo, exposto por Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.217), o Tribunal de Justiça de São Paulo não concedeu os alimentos gravídicos em caso onde o pedido foi embasado tão somente em fotografias e Boletim de Ocorrência em virtude de violência doméstica:

Alimentos gravídicos – Lei 11.804/08 – Pedido de Liminar – Indeferimento – Inconformismo – Ausência de indícios suficientes da paternidade – Possibilidade de reapreciação após a formação do contraditório – Decisão mantida – Recurso desprovido. No presente caso, a liminar foi indeferida em razão da insuficiência dos indícios de paternidade trazidos pela agravante. A decisão deve ser confirmada. Com efeito, embora a petição inicial afirme que o agravado residiu em companhia da agravante por mais de um ano e meio, as únicas provas do relacionamento que instruíram a inicial foram fotografias do casal (fls. 46), que pouco podem dizer a respeito do direito a se comprovar, bem como o Boletim de Ocorrência de fls. 44.

Em contrapartida, Sivanildo Torres Ferreira, no Tribunal de Justiça da Paraíba, considerou suficiente para o deferimento dos gravídicos a simples troca de mensagens via internet, por meio do correio eletrônico, o que certamente denota o grande subjetivismo quando da análise desses indícios (RODRIGUES, 2013, p.01):

O juiz Sivanildo Torres Ferreira, em recente decisão, fixou alimentos gravídicos com base na comprovação do estado de gravidez e pelos indícios de que o alimentante seja genitor do nascituro. Quanto ao valor dos alimentos, o magistrado levou em consideração a necessidade da requerente/gestante. [...]

Ao conceder a liminar, o juiz observou a existência de provas documentais, tais como: o exame de gravidez e a troca de e-mail entre as partes envolvidas. Um outro ponto analisado, foi o fato de o alimentante não ter apresentado contestação as provas apresentadas pela autora da ação.

Sob esse liame, mostra-se acertada a decisão exposta acima considerando a dificuldade, em muitos casos, de se comprovar o relacionamento entre os genitores, pois as vezes pode se tratar de uma relação que durou pouquíssimo tempo, ou que nem chegou a ser do conhecimento de pessoas do convívio social de ambos, o que não deve ser motivo para que seja desconsiderado como prova uma simples troca de mensagens pela internet. O cerne da questão é que o meio de prova utilizado, qualquer que seja, seja suficiente para formar o convencimento do juiz, devendo este agir com o máximo de diligência possível. Afinal, sendo maior a probabilidade pela paternidade, justificada estará a obrigação de prestar alimentos ao suposto filho.

Nesse diapasão, é evidente que o juiz deve se ater a indícios fortes, capazes de levá-lo à presunção da paternidade. Portanto, embora o legislador deixe transparecer certa liberalidade ao determinar que para a fixação dos alimentos gravídicos bastará que o juiz esteja convencido da existência dos indícios de paternidade, recomenda a prudência que tais indícios tenham alguma consistência, sejam seguros e veementes, principalmente por conta do fato de que o encargo atribuído a parte ré será considerado não repetível ou reembolsável. Pretender que o juiz deva se satisfazer com uma cognição superficial seria leviandade, embora se afirme não ser exigível prova pré-constituída da obrigação alimentar (CAHALI, 2013, p.345).

Daí decidir-se que (CAHALI, 2013, p.345):

[...] não havendo indícios da paternidade, tampouco comprovação do nexo causal entre a gravidez e o ato sexual entre as partes, não se mostra viável a condenação do suposto pai a alimentos provisórios; caso contrário, pode vir este a sofrer danos irreparáveis, quando na ação principal não restar comprovado o grau de parentesco, em razão do princípio da irrepetibilidade das prestações alimentícias.

Por outro lado, situação mais cômoda reside na concessão dos Alimentos Gravídicos nos casos de paternidade presumida que, por si só, autoriza a fixação dos alimentos contra o suposto pai. Este pode ser alegado como o mais forte indício de paternidade para o convencimento do juízo. Informa o Código Civil em seu artigo 1.597 que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. [...].

Nessas hipóteses, quando houver a paternidade presumida, o magistrado deverá conceder a tutela antecipada *inaudita altera parte* com a simples juntada da certidão de casamento, contrato de convivência nos casos de união estável, ou documento que comprove a separação de fato no período disposto naquele artigo (FREITAS, 2011, p.95).

De fato, havendo prova documental da existência do casamento e da união estável, ou mesmo prova circunstancial desta, bem como a comprovação da gravidez, existem mais do que indícios e, em princípio, será possível a concessão dos alimentos gravídicos. Da mesma maneira, o namoro prolongado e o noivado, somado à prova da gravidez e de que a concepção se deu no período dessa convivência; e até mesmo a existência de concubinato adulterino serve como prova circunstancial para se concluir pela probabilidade do parentesco paterno filial e autorizar a fixação dos alimentos gravídicos em favor do nascituro (GESSE; FRANCO, 2011, p.33).

Frente a todo o exposto, vislumbra-se um importante campo de cognição para o magistrado, que fixará o valor da pensão alimentícia quando restarem provados meros indícios de paternidade, não se exigindo uma comprovação definitiva da perfilhação. Sob o ponto de vista prático, considera-se desnecessário realizar o exame de DNA no ácido amniótico, sendo suficiente a demonstração da existência de indícios de paternidade, através da produção de outras provas. Trata-se de um momento processual bastante singular, pois os alimentos gravídicos serão deferidos pelo magistrado com base em um juízo perfunctório, sem depender de uma efetiva prova da paternidade, bastando a existência de meros indícios (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p.809-810).

Por fim, mas não menos importante, vale lembrar que toda atividade probatória deve ser regida pelo princípio do contraditório, sendo fundamental que o réu não só tenha

conhecimento das provas produzidas, mas também possa produzir outras, formando um processo dialético. Estas provas devem ser analisadas e sopesadas pelo juiz com cautela e atenção, por conta da fragilidade e insegurança inerentes à conjuntura, de forma a pautar sua convicção em indícios claros e veementes.

No impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, correto considerar que o primeiro deve prevalecer em relação ao segundo, sendo mais razoável reconhecer contra o alegado pai um dever provisório e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento para o filho, do que o contrário. Nessas circunstâncias, apesar da fragilidade da prova acerca da paternidade, devem ser fixados os alimentos gravídicos (PORTANOVA *apud* FREITAS, 2011, p.94).

4.5.5 Resposta do requerido

A lei em estudo estabelece o prazo de cinco dias para que o réu, após citado, apresente contestação (Lei nº 11.804/08, art. 7º), afastando a regra geral da ação de alimentos de que o juiz fixará o prazo para defesa (Lei nº 5.478/68, art. 5º, § 1º).

Dessa forma, a lei deferindo o prazo de cinco dias para a resposta do indigitado pai (assim como ocorre nas ações cautelares), haverá necessidade de rapidez por parte deste caso pretenda negar a paternidade. Ocorre que os alimentos podem ser deferidos liminarmente e o demandado ter de assumi-los mesmo sem a prova de DNA que, caso solicitada pelo réu, não será concedida devido ao risco para a gestante e para o feto.

A contestação da paternidade restou extremamente fragilizada. Em sua defesa, poderá o indigitado pai, se for o caso, apresentar laudos médicos ou documentos que provem ter feito vasectomia ou sofrer de impotência sexual grave ou ser estéril. Em qualquer caso, a sua resposta a ser dada no prazo de cinco dias não será muito convincente (CALDEIRA, 2013, p.15).

Outra tese de defesa consiste em provar, por meio de testemunhas, que a gestante manteve relações sexuais com outro ou outros homens no período da concepção, o que se chama de *exceptio plurium concunbentio* (exceção do concubinato plúrimo). Esta medida pode ser eficiente porque gerará dúvida para o juiz sobre quem é o pai

biológico. É possível ainda ao suposto pai afirmar que a relação sexual que manteve com a demandante ocorreu em período anterior à concepção. O contestante pode ainda negar que conhece a gestante ou que teve com ela conjunção carnal, mesmo eventual (CALDEIRA, 2013, p.15).

Portanto, poucos são os recursos do réu para contestar a paternidade no exíguo prazo de cinco dias. Em qualquer caso, por força do estatuído no artigo 333, II, do Código de processo civil, que tem aplicação subsidiária expressa na própria lei de alimentos gravídicos, o ônus da prova desses fatos que ilidem a probabilidade do parentesco que fundamenta os alimentos em questão é do alimentante.

Maria Berenice Dias considera injustificável a lei conceder o prazo de resposta de cinco dias (art. 7º). Citando José Carlos Teixeira Giorgis, afirma que, “diante de inadequada intromissão processual, certamente os dissabores na prática serão tamanhos que ofuscarão algum crédito que se possa dar à lei” (2011, p.539). Continua a doutrinadora nos seguintes termos:

Pelo jeito esqueceu-se, o Presidente da República, de vetar também este dispositivo, como fez com um punhado de outros artigos que criavam um procedimento para lá de desastroso. De qualquer modo, nada impede que o juiz fixe outro prazo para resposta, quer determine a citação do réu para contestar, quer designe a audiência, quando começa a fluir o prazo de resposta.

Percebe-se que o suposto pai na ação de alimentos gravídicos enfrenta uma situação em que se eximir do ônus da prova é algo muito difícil ou impossível de se conseguir. É o que a doutrina chama de prova diabólica (DIDIER JUNIOR. *et al.*, 2011, p. 92-93), expressão utilizada para fazer referência a casos em que a prova da veracidade de determinado fato é extremamente difícil de ser demonstrada. “A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo”, situação que ocorrerá com o réu que não manteve relações sexuais com a demandante ou sempre usou preservativos; como irá provar tais fatos?

Yussef Said Cahali também critica esse prazo especial para a contestação. Afirma ser uma inovação da Lei quanto ao rito processual a ser adotado que cria um procedimento próprio de defesa sem esclarecer como transcorrerá o processo a partir de então, concluindo que melhor teria sido manter o rito processual da Lei de Alimentos. Aduz o autor ser ilusório imaginar que esta redução do prazo de defesa assegura a celeridade de um processo com tamanha complexidade (2013, p.344).

Como se observou, o prazo de cinco dias para a resposta do pai estipulado pelo artigo 7º da Lei 11.804/08 é bem menor do que em um processo ordinário, cujo prazo para contestação é de 15 dias. Esse prazo de cinco dias é utilizado nas ações cautelares, o que leva a supor que o Projeto de Lei se baseou no procedimento cautelar que inclui a audiência de justificação. Esta espécie de audiência era prevista pelo artigo 5º da lei que fora vetado sob a justificativa de que, por conta da morosidade do judiciário, levaria ao atraso na fixação dos alimentos. O veto diz que (MENSAGEM Nº 853, 2008):

O art. 5º ao estabelecer o procedimento a ser adotado, determina que será obrigatória a designação de audiência de justificação, procedimento que não é obrigatório para nenhuma outra ação de alimentos e que causará retardamento, por vezes, desnecessário para o processo.

Entretanto, embora tenha sido vetado tal artigo, não se exclui a possibilidade deste tipo de audiência “se for do interesse das partes ou de necessidade do juiz para seu convencimento”, pois o diploma processual subsidiário (CPC) disciplina tal instituto no artigo nº. 803 parágrafo único como regra opcional (FREITAS, 2011, p.91). Neste sentido:

Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.

Portanto, pode-se considerar como Cahali e Dias que melhor teria sido manter o prazo geral para contestação, diante da complexidade do processo, e por não implicar necessariamente em celeridade, além de ser mais um prejuízo ao réu que terá minorada sua possibilidade já diminuta de defesa. No entanto, essa redução do prazo de defesa para 5 dias também não pode ser vista como irrazoável, na medida em que a proposta da lei é garantir a segurança da gestante e do bebê durante a fase gestacional. Além do mais, como visto, ainda existe a possibilidade de ser designada audiência de justificação, com a produção de provas.

Enfim, nas palavras de Cesar Caldeira (2013, p.16), o prognóstico é que: “ao ponderar o direito de saúde da gestante e do nascituro, com os direitos patrimoniais do suposto pai, o juiz tenderá a favorecer o direito à assistência alimentar e à vida”, decisão que parece ser a mais acertada, desde que forme um convencimento seguro considerando a oportunidade de defesa do réu e a razoável celeridade do processo.

4.5.6 Tutela antecipada

Havia dispositivo na Lei n.º 11.804 (art. 5º) que disciplinava o uso da tutela antecipada. Impunha ao juiz que, recebida a petição inicial, designasse audiência de justificação prévia, em cognição sumária, momento em que ouviria a demandante e apreciaria as provas da paternidade, podendo tomar o depoimento do demandado e de testemunhas, além de requisitar documentos. Tal dispositivo, entretanto, foi vetado, o que não pode significar obstáculo a pedidos antecipatórios sob pena de se vulnerar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada; além de, embora vetado, demonstrar a intenção do legislador de instituir previsão expressa na lei acerca da tutela de urgência (DELFINO, 2013, p.09)

Donoso (2009, p.108) destaca em seu texto a possibilidade de se pedir, na ação de alimentos gravídicos, a antecipação dos efeitos da tutela, sendo desnecessário recorrer-se à Lei de Alimentos, pois o Código de Processo Civil, em seu artigo 273, regula a matéria de forma genérica e bastante satisfatória:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório de réu. [...]

Percebe-se que o artigo condiciona a concessão da medida à existência de seus pressupostos legais, quais sejam: a existência de prova inequívoca da qual resulte verossimilhança da alegação, bem como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Ensina Donoso (2009, p.108) que “a prova inequívoca é aquela segura, contundente ou convincente. A verossimilhança significa uma aproximação da verdade ou, então, que daquela prova inequívoca resulta uma aparência de verdade.”

É possível ainda que se peça a antecipação da tutela nos casos de incontrovérsia do pedido (art. 273, *caput*, c/c o art. 273, §6º). A lei dos alimentos gravídicos, no *caput* do seu artigo 6º, determina que o juiz os fixará somente quando “convencido da existência de indícios de paternidade”, o que leva a conclusão de que não serão concedidos sem a ouvida da parte contrária, salvo quando haja prova robusta ou

necessidade premente. Portanto, não sendo caso de paternidade presumida, e nem demonstrado argumento que justifique a tutela *inaudita altera parte*, deve o magistrado, por questão de cautela, manifestar a fixação depois de ouvido o demandado (FREITAS, 2011, p.101).

Importante destacar que o manejo da tutela antecipada se revela como um instrumento de suma importância à LAG, solucionando inúmeros problemas apontados a ela pela doutrina. Com efeito, possibilita ao litigante que obtenha, já antes da decisão de mérito, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, evitando assim que sofra os prejuízos decorrentes do longo lapso temporal existente entre o ajuizamento da ação e a concretização da prestação jurisdicional; garantindo assim à Lei sua pretendida eficácia.

Portanto, o caráter emergencial que caracteriza os alimentos gravídicos possibilita que sejam concedidos antecipadamente pelo juiz, através de cognição sumária. Aplica-se supletivamente a regra geral do artigo 273 do CPC, mesmo antes de instaurado o contraditório, desde que presentes indícios da paternidade e da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. Caso o magistrado não se convença de forma satisfatória, deverá designar audiência de justificação prévia com a finalidade de formar o seu convencimento, sendo que a decisão que defere ou não o pedido de tutela antecipada pode ser questionada por agravo de instrumento, que em regra é recebido sem efeito suspensivo.

4.5.7 Valor da prestação alimentícia

Como já visto em linhas anteriores deste trabalho monográfico, a vida existe desde a concepção. Sendo assim, antes mesmo do nascimento já existe a obrigação alimentar, advinda da proteção jurídica que o ordenamento pátrio concede ao nascituro, como garantia do próprio direito fundamental à vida consagrado na Constituição Federal de 1988. A Lei dos Alimentos Gravídicos, portanto, pode ser considerada como uma das ferramentas para a materialização deste direito.

Posto isto, resta claro a razão da lei dos alimentos gravídicos, que veio suprir lacuna há muito conhecida pelas gestantes que buscavam o poder judiciário visando a garantir uma gestação segura e tranquila. Mesmo sem a prova da relação filial, a Lei nº 11.804/2008, em seu art. 2º, reafirma o princípio constitucional da paternidade

responsável ao obrigar que o suposto pai arque com sua parte nas despesas com a gravidez, já que a obrigação cabe a ambos os genitores.

A leitura do texto legal informa claramente que os valores dos alimentos gravídicos compreendem aqueles “adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes”, “a juízo do médico”. Ou seja, os alimentos gravídicos se destinam a fazer frente às despesas adicionais derivadas da gravidez, seja com alimentação especial, assistência médica, exames (como ultrassonografia), despesas hospitalares, medicamentos, sugerindo a lei até mesmo o pagamento de tratamento psicológico. Vale lembrar que a genitora deve provar não possuir condições de autossustento e instruir a exordial com documentos médicos que determinem “alimentação especial” ou “demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis”.

Sobre o assunto, vale transcrever as ponderações de Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.807):

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

Deste modo os valores decorrentes dos alimentos gravídicos devem traduzir especificamente as despesas realizadas ou a serem promovidas decorrentes da gravidez, como se pode notar de sua regra legal, embora o rol disposto no caput do art. 2º da Lei 11.804/2008 seja meramente exemplificativo, permitindo outras despesas não arroladas, o que se percebe pela permissão que deu ao magistrado de fixar outras despesas que considere pertinentes.

Neste sentido, entendem Maria Goreth Valadares e Fabiane Cristina de Almeida (2011, p.109-110) que andou muito bem o legislador ordinário quando não esgotou todas as despesas que devem ser atendidas pela prestação de alimentos durante a gestação e concedeu ao magistrado o poder de considerar outras despesas necessárias. Afirmam ainda as autoras que:

[...] não poderia ser de outra forma, visto que é o juiz quem estabelece o contato visceral entre aquilo estabelecido ou previsto em lei e a realidade social daquele que reclama a prestação jurisdicional. E na seara do Direito de Família e, principalmente, no campo específico dos alimentos, sejam eles gravídicos ou não, não só o magistrado, bem como todos os profissionais do

direito envolvidos, devem voltar seus olhos para o contexto em que está inserido o credor dos alimentos.

Desta feita, complementa Douglas Phillips Freitas (2009, p.19) que o raciocínio para a fixação dos alimentos gravídicos é o mesmo dos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil de 2002, ou seja, deve-se levar em consideração todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), de forma a fixar um valor proporcional aos rendimentos de ambos, pois a contribuição não é somente de um ou de outro.

Como se pode notar, a LAG em momento algum se refere aos alimentos na forma em que vêm dispostos no Código Civil. Ainda assim, é “claro como a luz do meio-dia” que o binômio necessidade/possibilidade continua intocado, além de não se questionar que a condição social também deva servir de parâmetro ao julgador (DONOSO, 2009, p.105).

De igual maneira vem consolidando a jurisprudência sobre o tema, a exemplo de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS. Agravo de Instrumento nº 70051875292. Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sandra Brisolará Medeiros. J. 07.11.12):

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS PROVISÓRIOS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. OUTRA PROLE. PEDIDO DE REDUÇÃO. DECISÃO MANTIDA POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). PRECEDENTES. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos da pessoa obrigada. A mera comprovação de união estável com outra mulher e de outra prole havida de relação ainda anterior à atual união estável não faz prova da incapacidade financeira do alimentante, na medida em que não comprova despesas relacionadas a esses fatos. Deve ser mantida a decisão agravada por ausência de elementos comprobatórios das alegações do recorrente, mormente considerando que a obrigação de alimentos foi fixada em quantum razoável, adequado à satisfação das presumíveis necessidades da alimentanda. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70051875292, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 07/11/2012).

Neste diapasão, da mesma forma que nos alimentos comuns, o *quantum* a ser fixado para os alimentos gravídicos também deve respeitar o binômio necessidade *versus* possibilidade, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a não comprometer o equilíbrio econômico-social das partes. Deste modo, o tema abordado mostra-se de extrema complexidade, devendo ser analisado pelo juiz com a máxima cautela para que os alimentos gravídicos não

sejam fixados com exagero ou irrazoabilidade, evitando assim que uma parte saia lesada em favorecimento da outra.

Ainda dentro desse contexto, Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.124) destacam que não existe nenhuma fórmula matemática que balize a fixação alimentar, a não ser uma análise pormenorizada de cada caso em concreto, devendo sempre ser analisada a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, dois parâmetros que afirmam encontrar base de sustentação em um terceiro integrante, qual seja, a proporcionalidade. Continuam os autores ressaltando que (2013, p.127):

[...] Os alimentos a serem fixados a título de gravídicos deverão ser aqueles condizentes com o trinômio: necessidade *versus* possibilidade *versus* proporcionalidade (e/ou razoabilidade), de maneira a propiciar uma vida digna àquela criança que está por vir. [...] Outrossim, a questão de mérito que versa acerca da necessidade de quem pleiteia e a possibilidade de quem presta os alimentos não admite parâmetros hermeticamente fechados, mas sim, um exame casuístico, singular, sempre em obediência ao juízo da proporcionalidade e com fincas na razoabilidade. A atribuição de sentido a ser realizada caso a caso, quando da fixação dos alimentos, deve passar, necessariamente, por uma visão garantista do direito de família contemporâneo.

Em todo caso, os alimentos gravídicos devem ser fixados tendo como base as necessidades da gestante para assegurar o desenvolvimento sadio do nascituro, considerando-se a contribuição na proporção dos recursos de ambos os pais. A lei deixou ao encargo do médico definir o que deve ser considerado necessário para a manutenção de uma gestação saudável, já deixando expresso alguns exemplos. Vale lembrar que o magistrado também pode acrescentar outras despesas que considere pertinentes e que o médico não julgou relevantes, ponderando-as de forma a fixar um valor satisfatório dentro das possibilidades do genitor.

4.5.8 Da Conversão, Revisão e Extinção dos alimentos gravídicos

Importante aspecto a ser ressaltado da Lei de Alimentos Gravídicos é que o pagamento dos referidos alimentos se restringe ao período da gravidez, convertendo-se em pensão alimentícia após o nascimento com vida. Assim dispõe o parágrafo único do artigo 6º da Lei nº. 11.804/2008: “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

Desta forma, a análise de tal dispositivo permite concluir que a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia ocorre de forma automática, sem a manifestação de vontade de qualquer das partes, com a única exigência de nascimento com vida do bebê. Portanto, os alimentos continuam sendo pagos sem interrupção quando do nascimento, de forma a assegurar ao recém-nascido a mesma proteção que tinha antes de vir ao mundo.

Vale pontuar que a conversão ocorre de forma instantânea pois o valor já foi decidido na Ação de Alimentos Gravídicos, sendo que o legislador condicionou a modificação ou extinção do valor fixado a um requerimento da parte interessada. Assim, se houver mudança no binômio necessidade/possibilidade a revisão dos valores pagos pode ser requerida por qualquer das partes, almejando tanto a sua majoração quanto redução, embasando-se no artigo nº 1.699 do Código Civil: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá ao interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

Ensina Maria Berenice Dias (2011, 538) que após o nascimento, quando a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho, a obrigação muda de natureza. A partir desse momento, a depender das condições econômicas do genitor, passa a ser necessário o atendimento do critério da proporcionalidade. Isso ocorre porque o encargo decorrente do poder familiar tem parâmetro diverso, pois deve garantir ao credor o direito de desfrutar da mesma condição social do devedor (CC art. 1.694). Deste modo, é possível o estabelecimento de valores diferenciados, vigorando um montante para o período gestacional e outros valores a partir do nascimento a título de alimentos ao filho.

No que tange ao tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam (2012, p.812):

Após a sua fixação, vindo o nascituro a nascer com vida, os alimentos gravídicos ficam, automaticamente, convertidos em pensão alimentícia definitiva, caso não haja pedido de revisão ou exoneração pelo alimentante. O pedido de revisão de alimentos pode ser manejado pelo devedor ou pelo credor e, nesse particular, independe da alteração na premissa necessidade de quem recebe X capacidade contributiva de quem paga. Seria o exemplo de ampliação das necessidades do credor, após o seu nascimento, exigindo-se a aquisição de determinado medicamento ou de uma alimentação especial. A outro giro, o pedido exoneratório será formulado pelo devedor, cumprindo-lhe fazer prova efetiva de que não é o genitor.

Ensina Douglas Phillips Freitas (2009, p.21) que, caso a paternidade não seja reconhecida, quando ocorrer o nascimento com vida o pedido de revisão dos alimentos deverá ser feito cumulado com o de investigação da paternidade e com o exame de DNA, verificando assim se são devidos ou não os alimentos. Aduz ainda o doutrinador que esta revisão poderá ser realizada, também, durante a fase gestacional, embora dificilmente terá fim a demanda antes do nascimento do menor por conta da morosidade processual.

Cabe transcrever julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que ilustra bem o assunto exposto, em que a ementa cita a observância do binômio necessidade *versus* possibilidade, bem como do princípio da razoabilidade, e nega provimento ao recurso de agravo de instrumento pela ausência de provas a justificar a redução do quantum arbitrado (TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº. 0044833-89.2009.8.19.0000, Des. Sidney Hartung, j. 11.03.10, Quarta Câmara Cível):

Agravo De Instrumento - Ação De Alimentos Mulher Gestante - Decisão Que Fixou Alimentos Gravídicos Em 01 Salário Mínimo - Arguição De Perda De Objeto Que Se Rejeita - Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão. - Observância do binômio necessidade-possibilidade, bem como do princípio da razoabilidade, na atual fase dos autos. - Ausência de provas a justificar a reforma da decisão - Possibilidade de o agravante demonstrar, ao longo da demanda, situação diversa da atualmente apontada, o que ensejará a redução do quantum arbitrado. - Manifesta improcedência do recurso de agravo de instrumento. - Aplicação do disposto no art. 557, caput, do CPC. - NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

Assim sendo, a disposição legal (art. 6º, parágrafo único), embora polêmica, é de salutar importância, pois com a fixação de alimentos gravídicos terá o nascituro um título executivo judicial, passível de execução, mesmo sem ainda ter nascido com vida. Além do mais, evitará desgaste da futura (mãe da) criança com idas ao judiciário para postular alimentos definitivos (FONSECA, 2009, p.15).

Nesse viés, tem-se que as partes é que devem manifestar-se pela modificação ou manutenção daqueles alimentos gravídicos, de acordo com o binômio alimentar que deve ser aferido no momento da exigência. Deste modo, a conversão dos alimentos gravídicos ocorre de maneira automática e espontânea, entretanto, nada impede que o juiz fixe duplamente os alimentos, ou seja, um para vigorar durante o estado gravídico e outro percentual para vigorar após o nascimento. Mas é preciso que haja cautela, tendo em mente que os alimentos devem ser fixados considerando o binômio alimentar atualizado, sendo que não se sabe e nem se pode prever as necessidades

da criança após o nascimento e nem as possibilidades do obrigado (FONSECA, 2009, p.15-16).

No que tange à extinção dos alimentos gravídicos é evidente que, sendo hipótese de natimorto, os alimentos serão extintos ou, nas palavras de Douglas Phillips Freitas (2009, p.21) “a extinção se dará automaticamente em caso de aborto e, também, após o nascimento, comprovando-se que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos gravídicos”.

É oportuno lembrar, para uma melhor compreensão do momento da extinção da obrigação alimentar, que o início da personalidade jurídica do nascituro ocorre no momento da concepção, como mencionado anteriormente neste trabalho, consoante o posicionamento concepcionista que prevalece no ordenamento em vigor. Sendo assim, o direito à vida e, por consequência, o direito à percepção dos alimentos pelo nascituro iniciam-se desde a sua concepção no útero materno. Por outro lado, tem-se a extinção da personalidade e do direito à obrigação prestacional alimentícia quando há a interrupção da gravidez, como no caso de um aborto espontâneo, por exemplo.

Diante do exposto, os alimentos gravídicos se extinguem com a morte do nascituro, bem como com a procedência da ação de exoneração proposta após o nascimento, com base na ausência de parentesco; ou seja, negatória de paternidade combinada com exoneração de alimentos. Entretanto, nos casos de resultado negativo do exame pericial de paternidade, a Lei 11.804/2008 não dispõe sobre o direito do réu de ser ressarcido pelos danos materiais e morais sofridos com a falsa imputação de paternidade, pois o dispositivo da lei que trataria sobre o assunto fora vetado. Este tema será objeto de análise pormenorizada em tópico seguinte.

4.6 SUCESSIVIDADE DE OBRIGADOS

Nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Alimentos Gravídicos, cujo conteúdo já foi analisado neste trabalho, os referidos alimentos “referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida”. Consoante o disposto, surge a dúvida que consiste em saber se poderão os avós e demais parentes serem chamados a custear suplementarmente os alimentos devidos ao nascituro. A lei

estudada nada dispõe sobre a questão, entretanto, permite de forma expressa em seu artigo 11 a aplicação supletiva do Código Civil de 2002.

Sendo assim, no tocante a ampliação do rol de devedores de alimentos, cabe a aplicação dos artigos 1.696 ao 1698 do Código Civil de 2002. Com efeito, o artigo 1.696 determina que a obrigação de prestar alimentos é recíproca entre pais e filhos e se estende a todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Já o artigo 1698 insculpe a regra de que:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Sobre o assunto, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.814-815) que a responsabilidade alimentar, por certo, é primeiro dos pais, sendo a responsabilidade alimentícia dos avós e demais parentes em linha reta subsidiária e complementar. Somente será possível cobrar deles quando os devedores primários (pais e filhos) não tiverem condição de prestar os alimentos integralmente.

Frente ao exposto, concluem os autores que (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.815):

[...] é fácil perceber que a obrigação alimentar avoenga é excepcional, somente se justificando quando, efetivamente, as necessidades de quem recebe os alimentos não puderem ser atendidas, em sua inteireza, pelo devedor vestibular. Logo, a melhor condição econômica dos avós não justifica a condenação avoenga, estando submetida, efetivamente, à prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor.

Desse modo, se o pai não puder pagar os alimentos devidos aos filhos, os avós serão chamados a suportar os encargos e, na falta ou no impedimento destes, os demais parentes até o segundo grau. Nestas hipóteses a responsabilidade será subsidiária, pois apenas serão convocados no caso de o pai, devedor principal, não tiver condição de cumprir a obrigação. Caberá aos avós apenas suplementar a pensão devida, de forma subsidiária e não solidária, sendo ainda divisível a todos os avós nas proporções de suas condições (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p.42-43).

Da leitura percuciente do aludido artigo 1.698 do Código Civil, Fernanda Martins Simões e Carlos Mauricio Ferreira (2013, p.94-95) vislumbram que, no que tange a obrigação alimentar, o diploma legal adotou o princípio da complementaridade, pois, no caso de o primeiro acionado não puder suportar o encargo em sua totalidade, poderão ser chamados a concorrer os parentes de grau imediato, na proporção dos respectivos recursos. Questão considerada instigante segundo os autores é a da

impossibilidade de o pretense pai arcar sozinho com os gastos da gestação. Cogitam assim da viabilidade de os pretensos avós serem responsabilizados de maneira a complementar os alimentos gravídicos fixados em desfavor do suposto pai, com fundamento no princípio da proteção integral e no princípio da solidariedade familiar.

De fato, se os alimentos gravídicos têm como fonte geradora o parentesco, as regras de sucessividade da obrigação alimentar dispostas nos artigos 1.696 a 1.698 do Código Civil deverão servir de fundamento para o nascituro poder manejar a ação contra os supostos parentes mais distantes. Exatamente por isso o credor dos alimentos gravídicos deverá demonstrar a incapacidade financeira do pai. Sendo assim, os avós poderão ser chamados a custear suplementarmente os alimentos devidos ao nascituro.

Nessa ótica de raciocínio, afirma Maria Berenice Dias (2011, p.539) que:

Apesar de a lei (2º. parágrafo único) consagrar que os alimentos são custeados pelo pai, tal não afasta a aplicação supletiva da lei civil, que impõe a obrigação complementar a outros obrigados em caráter subsidiário. Logo, possível exigir alimentos gravídicos dos avós, com base no Código Civil (1.696 e 1.698) e em toda a construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até agora desenvolvida.

Fernando Gaburri (2009, p.62-63) corrobora esse entendimento aduzindo que, com recurso à analogia, acredita que os demais parentes, potenciais obrigados em caráter sucessivo por força de lei, podem ser chamados a prestar ao nascituro os alimentos gravídicos e, depois de seu nascimento, poderão continuar lhes prestando, agora a título de pensão alimentícia, conforme o já analisado parágrafo único do art. 6º da Lei de Alimentos Gravídicos.

Também favorável à extensão subjetiva da obrigação de pagar alimentos gravídicos, Denis Donoso (2009, p.110) explica que, numa leitura mais constitucional, é possível afirmar que todas as regras de extensão e complementação dos alimentos em geral se ajustam ao pedido de alimentos gravídicos, respeitadas apenas as exigências processuais. Não há, pelo que sente o autor, nada que afaste esta conclusão, justamente porque tais medidas se enquadram perfeitamente no escopo do instituto.

No polo diametralmente oposto, existem doutrinadores que entendem, de forma minoritária, pela impossibilidade da sucessividade da obrigação. Entre estes, Antonio Cezar Lima da Fonseca (2009, p.16) aduz que não pode a ação de alimentos gravídicos ser movida em face dos avós ou do espólio, pois o réu deverá ser sempre o indigitado pai. Isso porque, não sendo a paternidade do nascituro firmada, não se

constitui uma ligação de parentesco que justifique os alimentos avoengos ou pretensão de transmissibilidade alimentar em sede de direito das sucessões.

Yussef Said Cahali (2013, p.345) é outro adepto desse posicionamento minoritário expondo o seguinte pensamento:

Adverte, com acerto, o TJSP, que, se para a concessão dos alimentos gravídicos, a lei se satisfaz com indício da paternidade, o que não seria suficiente para a convocação subsidiária desde logo dos avós, em relação aos quais, 'diferentemente dos indícios da paternidade, depende da comprovação da relação de parentesco, além da demonstração de impossibilidade efetiva do pai de arcar com a obrigação'.

Não obstante, diante de todo o exposto, deve-se adotar o posicionamento de Leandro Soares Lomeu (2013, p.04) para quem, assim como a maioria da doutrina, "Dúvida não há acerca da possibilidade de se requerer dos avós o pagamento de pensão alimentícia". Tal circunstância, continua o autor, "decorre da relação de parentesco e não do dever de sustento que tem sua causa no poder familiar".

Vale transcrever ainda trecho de Leandro Soares Lomeu (2013, p.04) em que este aduz:

Com objetivo de resguardar um momento primordial do ser humano onde a eventual deficiência alimentícia pode significar o estágio limítrofe entre a vida e a morte, julga-se pela possibilidade da vida e a extensão da obrigação alimentar aos parentes em condições de fazê-la.

No mesmo sentido, Douglas Phillips Freitas (2011, p.81-83) deixa claro que a falta de previsão legal quanto a extensão da constituição dos alimentos em relação aos avós e outros parentes não pode afastar tal possibilidade. Julga pertinente o autor observar a possibilidade de chamamento à lide dos avós maternos quando proposta a ação apenas contra os avós paternos, conforme decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ressalta ainda que não se deve confundir essa possibilidade de chamamento a lide com o chamamento ao processo do CPC, que exige solidariedade, e nos alimentos, salvo os decorrentes do Estatuto do Idoso, não há que se falar em solidariedade.

Assim sendo, as decisões dos tribunais corroboram desse entendimento no sentido de que os avós também têm obrigação de colaborar com o sustento dos netos, de forma sucessiva e complementar às obrigações dos pais, desde que comprovada a incapacidade financeira destes. Neste sentido, convém destacar decisão da lavra do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ/DF. Apelação Cível nº.0009805-21.2008.8.07.0003. Rel. Des. Nídia Corrêa Lima. J. 11.03.2009):

Civil e processo civil. Ação de alimentos. Responsabilidade dos avós. Artigos 1696 e 1698 do código civil. Caráter subsidiário e sucessivo. Valor fixado com base no binômio capacidade/necessidade. Redução. Não cabimento.

1.o código civil de 2002 indica com clareza, nos artigos 1696 e 1698, a possibilidade de se requerer pensão dos avós, quando demonstrada a necessidade do alimentando.

2.a obrigação alimentar dos avós é sucessiva e complementar à dos genitores, devendo arcar com os alimentos na falta ou na incapacidade destes em prover o essencial à sobrevivência digna de seus descendentes.

3.a inadimplência contumaz do genitor em prover aos filhos o essencial à sobrevivência constitui motivo suficiente para justificar a propositura de ação de alimentos em face dos seus avós.

4. incabível a redução do valor fixado a título de alimentos, quando observados a necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante para suportar obrigação.

5. recurso conhecido e não provido.

Mais uma jurisprudência sobre o tema que endossa o entendimento aqui exarado diz respeito a um Agravo de Instrumento proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº. 0332008-45.2009.8.26.0000. Rel. Des. Piva Rodrigues. j. 26.01.2010):

ALIMENTOS GRAVIDICOS - A inexistência de comprovação ab initio de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda - Legitimidade passiva dos avós - Recurso provido.

Em linhas conclusivas, considerando o nascituro como titular da ação de alimentos gravídicos, entende-se pela extensão da obrigação aos avós e demais parentes, nos termos dos artigos 1.696 a 1.698 do Código Civil, que podem ser aplicados supletivamente à Lei 11.804/2008. Portanto, as premissas analisadas não predizem outro entendimento senão o de proteger a necessidade imediata de alimentos do nascituro.

4.7 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A execução dos alimentos gravídicos ocorrerá de acordo com as regras dispostas nos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil, podendo ser aplicada a sanção de prisão pelo descumprimento da obrigação. Assim ocorre por conta da previsão expressa no artigo 11 da Lei, artigo este analisado no tópico anterior, que permite a aplicação supletiva do Código de Processo Civil e da Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/1968) nos procedimentos regulados pela Lei nº. 11.804/2008.

Deste modo, aduz Daniel Hertel que (2013, p.03), a fim de se tutelar o direito aos alimentos e de dar maior efetividade à execução na dimensão que a sua magnitude impõe, o correto entendimento é aquele que admite que os alimentos provisórios, os definitivos e os provisionais sejam executados pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil. Conclui o seu pensamento afirmando ainda que:

Da mesma forma, os alimentos gravídicos, cujo suporte encontra-se na recente lei n. 11.804/08, também permitem a utilização da execução sob pena de prisão do art. 733 do CPC. Tal se dá até mesmo em decorrência do que está previsto no art. 11 da referida lei, que esclarece serem aplicáveis aos alimentos gravídicos, supletivamente, as disposições da Lei de Alimentos e do Código de Processo Civil.

Douglas Phillips Freitas (2009, p.37), do mesmo modo que Hertel, entende que não foi por acaso que a Lei dos Alimentos Gravídicos apontou como norma supletiva a Lei de Alimentos, e sim para garantir a execução deles, nos termos dos artigos 732 ou 733 do Código de Processo Civil. Tais dispositivos assim disciplinam:

Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Assim, na hipótese de inadimplemento das parcelas devidas, caberá a gestante ou a criança, se já nascidas, ou a ambas, promoverem o respectivo cumprimento da sentença por meio da execução específica prevista nos artigos 732 e 733, do Código de Processo Civil, e em outras disposições efetivadoras vinculadas (FREITAS, 2011, p.108).

Explicando o seu posicionamento, Douglas Phillips Freitas (2011, p.110) ressalta necessário diferenciar as duas modalidades de alimentos gravídicos que considera existir. Afirma o autor que, quando o pleito refere-se ao pagamento de necessidades básicas da gestante, como alimentação, os alimentos gravídicos são da modalidade vital; já quando o pedido é o pagamento de despesas indispensáveis decorrentes da

gravidez, como roupas, berço e outras coisas para a criança, os alimentos gravídicos são indenizatórios.

Continua o autor esclarecendo que quando os alimentos tiverem natureza vital, sua execução será pelo rito do artigo 733 do CPC, que prescreve a prisão do alimentante de forma coercitiva; e quando o caso for de alimentos gravídicos de natureza indenizatória, sua execução deverá ocorrer pelo rito do artigo 732 do CPC, que prevê a expropriação. Portanto, estabelece Freitas uma relação gradativa entre a natureza dos alimentos e a sanção imposta.

No tocante ao pedido de prisão nos termos do artigo 733 do CPC, deve ser analisado em conjunto com a súmula 309 do STJ que assim dispõe: “Súmula 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Douglas Phillips Freitas ainda discorre sobre o assunto expondo que (2009, p.37):

Considerando-se que o crédito a título de alimentos gravídicos se refere às despesas realizadas da concepção ao parto, logo, também gastos anteriores ao protocolo da ação, a execução pelo rito do art. 733 do CPC somente será possível no tocante aos valores vincendos a partir da citação, sujeitando-se os anteriores ao rito do art. 732 do CPC.

Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais exige a tramitação pelo rito do artigo 733 do CPC para decretar a prisão civil do devedor (TJ/MG, Agravo de Instrumento nº 1.0210.09.061222-2/003, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 16.03.2009):

FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. TUTELA LIMINAR CONCEDIDA. PROVA DO ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. AMEAÇA DE PRISÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Os alimentos gravídicos são concedidos no âmbito de processo de conhecimento, e, desta forma, obtida a tutela liminar, não pode a autoridade judiciária ameaçar o devedor com futuro decreto de prisão civil caso não justifique as razões pelas quais deixou de adimplir a obrigação.

- A prisão civil somente pode ser decretada no processo de execução que tramita sob o rito do art. 733, CPC.

Quanto ao procedimento do artigo 732 do CPC, é importante ressaltar que o seu titular deve observar o prazo prescricional previsto no artigo 206 do CC, que estabelece prescrever: “Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”. Entretanto, cabe lembrar que, sendo menor o titular do direito, tal prazo ficará suspenso nos termos do artigo 197 do Código Civil.

Diante do exposto, a Lei 11.804/2008 não trouxe nenhuma novidade quanto ao procedimento de execução da medida. Entretanto informa claramente quais são os diplomas de aplicação supletiva ao instituto: a Lei de Alimentos e o Código de Processo Civil. Portanto serão utilizadas as normas de execução específica previstas no CPC para o respectivo cumprimento da sentença

4.8 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE

Como já ressaltado ao longo deste trabalho, a lei em análise apresenta um nobre caráter social, servindo como garantia de assistência ao nascituro, regulamentando uma situação de desamparo das gestantes onde o fato gerador do direito tem início com a gravidez, apresentando como fim precípua proteger os direitos do nascituro desde a concepção.

Entretanto, conforme o demonstrado, a Lei nº 11.804/2008 já nasceu frágil em diversos aspectos, tendo metade dos artigos de seu projeto original vetados (PL 7376/2006), trazendo uma série de controvérsias por conta da atecnia do legislador, restando aos juristas a tarefa de resolvê-las da forma mais eficaz possível. Neste tópico será apresentada a questão que pode ser considerada como a mais polêmica da lei, que é a da responsabilidade civil da gestante.

Neste sentido, aduzem Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira que (2013, p.222), desde a entrada em vigor da lei de Alimentos Gravídicos, uma questão de alta indagação que se faz é referente a possível responsabilização da mãe gestante que ingressa com a ação sabendo que o réu não é o verdadeiro pai, seja porque achou mais vantajoso a ação contra aquela pessoa por ser mais bem abastada, seja porque maliciosamente quer prejudicar a relação daquele homem com sua família já constituída.

A Lei nº 11.804 teve vetado seu art. 10 que tratava justamente sobre este ponto. Dispunha o artigo que o autor teria responsabilidade objetiva pelos danos materiais e morais causados ao réu, no caso de posterior negativa de paternidade por exame pericial. O artigo foi vetado à razão de que seria uma norma intimidadora atentando contra o livre exercício do direito de ação, pelo fato de criar hipótese de

responsabilidade objetiva simplesmente por se ingressar em juízo e não obter êxito, impondo ao autor o dever de indenizar independente da existência de culpa (MENSAGEM Nº 853, de 5 de novembro de 2008).

Razão assiste ao veto que proporcionou inegável eficácia levando à concretização dos objetivos traçados pela LAG, uma vez que seria irrazoável responsabilizar a autora objetivamente, e ainda afastaria as gestantes de provocar o judiciário tornando a lei inócua. Entretanto, a questão torna-se complexa ao se analisar a possibilidade da concretização de injustiça na condenação do réu ao pagamento de alimentos a um filho que, posteriormente, percebe-se não ser seu.

A comprovação da paternidade só ocorrerá após o nascimento por ter sido vetado o art. 8º da lei que disporia sobre a realização de exame pericial em caso de haver oposição à paternidade. O veto ocorreu à justificativa de que a imposição de exame pericial como condição para a sentença de procedência estaria ferindo o princípio do livre convencimento motivado do magistrado (MENSAGEM Nº 853, de 5 de novembro de 2008).

Portanto, para a procedência do pedido, sem a ocorrência do exame de DNA, o juiz deve se basear nos indícios de paternidade, provas que comprovem o relacionamento entre as partes, como e-mails, mensagens, fotos, cartões, prova testemunhal, provas estas consideradas frágeis para determinar uma paternidade.

Cumprе ressaltar que, em muitos casos, o apontado como pai se trata de um indivíduo com poucos recursos, e esse dispêndio com o pagamento de alimentos a um filho que sequer nasceu e não tem sua paternidade comprovada pode estar privando-o do seu próprio sustento digno, e causando a redução de recursos utilizados para manter uma família com outros filhos que porventura tenha. Além da questão material existe também a moral, pois o erro na indicação de um pai pode afetar a sua honra e reputação causando diversos prejuízos à sua vida.

Torna-se mais complexa ainda a questão pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos, segundo o qual descabe a restituição dos alimentos pagos mesmo no caso de haver posterior negatória de paternidade. Entretanto, como já visto, tal postulado vem sendo relativizado, gerando a possibilidade de responsabilização da demandante que agiu com culpa ou má-fé imputando conscientemente falso pai.

Assim, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm se mostrando contrárias à

tese da impossibilidade absoluta de devolução dos alimentos. Conforme o pensamento de Débora Rezende Cardoso (2009, p.34/35), realizando-se uma ponderação entre o princípio fundamental do direito à vida, do qual decorre a regra da irrepetibilidade, e o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que a regra da irrepetibilidade não deve prevalecer. Para a autora, a dignidade do alimentando não é superior, nem inferior, à dignidade da pessoa do alimentante, ambos os direitos estão no mesmo patamar, “já que os dois polos da relação jurídica têm assegurado o direito à igualdade e merecem ser respeitados.”

Portanto, apesar de não ser possível a responsabilidade objetiva da gestante pelo veto ao art. 10 da lei de alimentos gravídicos, a questão poderá ser discutida de acordo com a culpa da autora pela via da responsabilidade subjetiva. Conseguindo o réu provar que houve uma conduta culposa por parte da gestante que lhe trouxe uma série de prejuízos, ela poderá, sim, responder pelos danos materiais ou morais causados ao réu (VALADARES; ALMEIDA, 2011, p.102).

Reconhece Maria Berenice Dias (2011, p.539) que o ponto mais questionado em sede de alimentos gravídicos é o ora discutido, referente a possibilidade de a paternidade ser afastada. Considera a autora que mesmo sendo os alimentos irrepetíveis, em caso de improcedência da ação cabe identificar a postura da postulante. Restando comprovado que a autora agiu com má-fé na imputação ao réu da paternidade, tal fato gera o dever de indenizar, inclusive cabendo a imposição de pagamento por danos morais. Ressalta ainda que o eventual pedido indenizatório deve ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha nascido.

Com efeito, no caso de a gestante maliciosamente ingressar com a ação indicando pai que sabe não o ser verdadeiramente e, sendo comprovada a má-fé desse ato, o prejudicado terá a oportunidade de buscar ressarcimento, por meio da aplicação da regra prevista no artigo 187 do Código Civil, ou seja, estará configurado o abuso do direito de ação, sendo caso de aplicação do artigo 186 do mesmo diploma para o fim de responsabilização da gestante (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.222-223).

O atual Código Civil consagra a regra de que todo aquele que comete ato ilícito causando um dano a outrem é obrigado a repará-lo, fundamentando assim a responsabilidade civil nos artigos 186 e 187, que destacam:

Artigo 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 927 do mesmo diploma complementa a regra geral da responsabilidade subjetiva, afirmando que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Tais artigos fundamentam, portanto, os pedidos de indenização por dano moral e material.

Por outro lado, o artigo 876, primeira parte, do Código Civil elucida que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”, portanto, cabe a ação de repetição de indébito para se pleitear a cobrança de valores pagos quando estes não eram devidos

Nesse diapasão, correto se mostra considerar que, mesmo com o veto do artigo que disporia sobre a responsabilidade objetiva da autora, persiste a responsabilidade subjetiva, que depende da culpa do agente para ser caracterizada. Sendo assim, nas palavras de Regina Beatriz Tavares da Silva (2008, pag.02):

Permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução.

A respeito das considerações acima transcritas, Flávio Monteiro de Barros (2009, p.5-6) afirma discordar parcialmente das orientações da autora, explicando que a invocação do art. 186 do Código Civil tornaria indenizável praticamente todas as hipóteses de improcedência da ação pois, no mínimo, culpa tem a mulher que atribui prole a quem não é o verdadeiro pai. Sustenta o autor o cabimento da responsabilidade subjetiva da demandante unicamente se houver dolo, e não culpa:

A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização.

Analisando as ponderações de ambos os doutrinadores, parece mais correto considerar, como Regina Beatriz Tavares da Silva, que a demandante deverá ser

responsabilizada de forma subjetiva tanto em relação à conduta culposa quanto dolosa, pela invocação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Referidos dispositivos preveem a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva da mulher, que responderia de acordo com seu grau de culpa e consciência do fato, eliminando assim a responsabilidade objetiva extirpada pelo veto ao mencionado artigo 10º da LAG, em respeito ao livre exercício do direito de ação da genitora.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.582) comunga do mesmo entendimento, defendendo que, para o fim de responsabilizar a gestante, embora afastada a responsabilidade objetiva, resta a possibilidade de aplicação do artigo 186 do código civil que, para tanto, exige a prova de dolo ou culpa em sentido estrito do causador do dano como regra geral. Entretanto, admite o autor que, neste caso, existe o problema de o julgador considerar qualquer grau de culpa, mesmo a levíssima, o que poderia levar ao desencorajamento da grávida de propor a ação de alimentos gravídicos pelo risco de, no caso de insucesso, vir a ser condenada a indenizar o suposto pai.

Percebe-se que o autor compartilha do mesmo receio que Flávio Monteiro de Barros quanto a consideração de simples culpa para fundamentar a ação indenizatória. Como solução a celeuma, afigura-se mais razoável a orientação de Carlos Roberto Gonçalves que não desconsidera a culpa, orientando que (2013, p.582):

[...] não se pode ser rigoroso na apreciação da conduta da mulher gestante, sob pena de se criar uma excessiva restrição ao direito de postular em juízo, que constituiria um perigoso risco para quem se dispusesse a exercê-lo. Deve-se aplicar o mesmo critério recomendado para o caso de oposição, de má-fé, de impedimentos ao casamento [...], qual seja: somente a culpa que revele uma total ausência de cautelas mínimas por parte da mulher pode justificar a sua responsabilização, afastando-se as hipóteses de culpa levíssima e até mesmo de culpa leve. Somente o dolo ou culpa grave serviriam de fundamento para a sentença condenatória.

Dessa forma, correto o entendimento de que, além da conduta dolosa, a conduta culposa da gestante também deverá ser coibida, pois da mesma forma se trata do exercício irregular de um direito fundamentando a responsabilidade civil. Entretanto, a análise da conduta culposa deve ser feita de forma moderada pelo magistrado sob pena de coibir o direito de ação da autora, que o diploma mostrou prevalecer pelo veto ao artigo 10, sendo clara a intenção de favorecer a gestante. Com muita razão, sendo caso de culpa levíssima ou mesmo de culpa leve, a princípio, não devem ser consideradas, e sim as hipóteses de culpa grave ou dolo conforme a orientação acima de Carlos Roberto Gonçalves.

Assim, corroborando a tese aqui esposada, cabe transcrever o ensinamento de Marcelo Truzzi Otero (2013, p.05):

O Código não compadece com a má-fé (art. 110), reprime o exercício abusivo de um direito (art. 187), pune a postura desleal (art. 422), mesmo que o negócio jurídico, em seu aspecto formal, esteja revestido das formalidades legais. Se uma das partes celebrou um contrato com reserva mental, este ato, mais que uma violação ao artigo 110 do Código, contraria o princípio ético norteador das condutas humanas imposto pela nova lei. Essa mudança de postura principiológica do Código de 2002 é que nos conduz a repensar a irrepetibilidade dos alimentos quando o alimentado houver agido com dolo, má-fé ou abuso de direito.

Complicado é o fato de que, em caso de condenação da gestante, a execução da sentença não poderá retirar do nascituro ou do infante o necessário à sua sobrevivência. Neste caso, ensina Fernando Gaburri (2009, 68-69) que deve-se aplicar por analogia o art. 871 do CC que dispõe “quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato”.

Desse modo, se aquele que pagou por força judicial sem ser o pai deve ter o direito de recobrar do verdadeiro pai, pois, consoante o referido artigo, aquele que paga voluntariamente tem o direito de reaver, então mais direito ainda deve ter aquele que foi forçado judicialmente a pagar, devendo este receber a proteção da lei. Consoante o autor, aplica-se o brocardo “quem pode o mais, pode o menos” (GABURRI, 2009, p.68-69).

Outro questionamento trazido a lume por Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.222) é o caso de o verdadeiro pai que, sabendo de sua paternidade, se omite do dever de reconhecer o filho que sabe ser seu e deixa que a gestante ingresse com a ação contra outrem com quem nunca se relacionou, mas que consegue a fixação dos gravídicos em seu favor por possuir provas contundentes. O deslinde da questão parte de se comprovar a omissão maliciosa do verdadeiro pai, ou seja, que o fez intencionalmente, devendo-se evidenciar por todos os meios de prova a sua má-fé, e assim poderá ser compelido a pagar a indenização por permitir que um inocente arcasse com os gastos da gestação, ciente de que era o verdadeiro devedor.

Do mesmo modo, segundo Flávio Monteiro de Barros (2013, p.05), quanto à questão da repetição da quantia paga injustamente pelo falso pai, entende ser cabível a ação *in rem verso* contra o verdadeiro pai, mas desde que este tenha silenciado intencionalmente sobre a paternidade, agindo portanto com dolo, de modo a se

beneficiar indiretamente com o pagamento dos alimentos feito por quem não era o real genitor.

Entretanto, afigura-se mais coerente a orientação no sentido de que, mesmo que não haja dolo, deve o verdadeiro pai arcar com o ônus de restituir aquele que pagou indevidamente. Assim deve ser pois, o réu da ação de alimentos gravídicos pagou as prestações alimentares sem um fundamento jurídico, pois não havia relação de parentesco, e o verdadeiro devedor foi beneficiado indevidamente com os custos arcados pelo réu, ocorrendo um desequilíbrio patrimonial com o enriquecimento sem causa do real obrigado.

Portanto, a ação *in rem verso* não pode ser dirigida contra a gestante, devendo ter como único réu o verdadeiro pai, de forma que não provoca prejuízos à mãe estando de acordo ao princípio da irrepetibilidade. Assim, “quem fornecer alimentos na crença de que os devia, poderá exigir a devolução de seu valor ao terceiro, que era o verdadeiro devedor da prestação” (DINIZ, 2011, p.628).

Consoante as considerações anteriores já se sabe que, em regra, na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, não cabe nenhum dos dois, primeiro, por ter sido excluído o dispositivo da LAG que previa tais indenizações, e segundo, por conta da natureza alimentar do instituto. Entretanto, essas possibilidades, de acordo com o entendimento que vem demonstrando ser o dominante, não devem ser afastadas em determinados casos quando se confirma, posteriormente, a negativa da paternidade (FREITAS, 2013, p.05). Deste modo, mostra-se correto considerar que:

Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil (FREITAS, 2013, p.05).

Sendo assim, o suposto pai que foi lesado por realizar o pagamento dos alimentos gravídicos sem o ser verdadeiramente não ficará desamparado. Além da indenização por dano moral e material, entende-se caber também o pedido de multa por litigância de má-fé, sendo outra alternativa a ação *in rem verso* contra o verdadeiro pai.

Diante de todo o exposto, quanto à possibilidade e formas de restituição ao falso pai das prestações injustamente obrigado a pagar, cumpre destacar três posicionamentos distintos que podem ser adotados para solucionar a questão. Uma primeira vertente seria considerar o caráter absoluto do postulado da irrepetibilidade dos alimentos, alegando que o ressarcimento pela gestante ao indivíduo que falsamente indicou como pai iria ferir o direito de ação por se tratar de uma norma intimidadora. Um segundo posicionamento consiste em defender a possibilidade de ressarcimento com base nos supracitados artigos 196 e 927 do Código Civil, cabendo ainda eventualmente dano moral em sendo comprovada a má-fé da gestante. Como terceira opção, tem-se a defesa da possibilidade de o suposto pai enganado ajuizar uma ação pleiteando o ressarcimento do verdadeiro pai que se omitiu da obrigação que lhe cabia.

A primeira opção exposta, pelo que já fora visto, não é a mais correta, devendo-se admitir o caráter não absoluto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos que “encontra limites no dolo em sua obtenção” (GONÇALVES, 2013, p.527). Ademais, toda afirmação peremptória em direito é sempre perigosa: “nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, por exemplo, é evidente que o *solvens* terá direito à restituição” (VENOSA, 2003, p.379).

Assim também pensa Fernanda Tartuce (2013, p.16) ao afirmar que “[...] a premissa generalizada da vedação de restituição poderia ensejar o enriquecimento sem causa e contemplar eventual má-fé do postulante que sabiamente induz em erro a parte contrária e o magistrado”.

O segundo posicionamento, ante o aqui já exposto, vem sendo cada vez mais aceito pela doutrina que considera, como Douglas Phillips Freitas (2011, p.112-113), que o veto ao artigo 10 da Lei de Alimentos Gravídicos “não excluiu a possibilidade de ingresso de ação de indenização quando comprovado o abuso de direito da gestante, autora da ação”. Afirma ainda o autor que o artigo 10 vetado previa a responsabilidade objetiva, que independe de culpa, concluindo que, mesmo após o veto, a possibilidade de indenização pela responsabilidade subjetiva, que exige a comprovação da culpa, torna-se patente.

Da mesma forma sustentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.812-813):

De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral, somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. Ou seja, trata-se, a toda lógica, de hipótese de responsabilidade subjetiva, com o ônus de prova recaindo sobre o suposto pai.

Já o terceiro entendimento, que destaca a possibilidade de que seja postulado o reembolso das prestações pagas ao verdadeiro devedor, parece bastante razoável. Assim também pensa Yussef Said Cahali (2013, p.109) ao admitir que, “quanto à pretendida sub-rogação do terceiro prestante em erro, no direito do alimentário contra o obrigado, a tese apresenta-se discutível”.

Desse modo, havendo imputação judicial da obrigação em desfavor de quem não seja parte na relação jurídica de parentalidade, será possível postular o ressarcimento do valor pago junto àquele que deveria responder pelos alimentos, pois, deixou de ser compelido ou de assumir voluntariamente seu dever jurídico, sendo inegável o enriquecimento sem causa (CERUTTI; CATALAN, 2010, p.44-45).

Recente decisão da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou pela procedência de uma ação de repetição de indébito e indenização por danos morais, concedendo indenização no valor de R\$ 10 mil para um homem que pagou pensão alimentícia por longo período a um menino do qual, após exame de DNA, constatou não ser o pai (TJ/SP. Apelação n.º 0319593-30.2009.8.26.0000, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 21.08.2013):

Ementa: Ação de repetição de indébito e indenização por danos morais. Autor que reconhece a paternidade do filho da ré, pagando pensão mensal durante longo período. Posteriormente, houve a exclusão de paternidade, constatada por perícia pelo sistema DNA, em ação judicial. Em primeiro grau, sentença de improcedência das pretensões. Recurso apresentado limitado à revisão do pedido de indenização por danos morais. **Alimentos** irrepetíveis. Decisão reformada. Dano moral configurado. Conduta da ré que atinge a honra subjetiva do autor, justificando a reparação pretendida. Questão que extrapola o aspecto jurídico, atingindo aspectos morais e éticos, os quais devem reinar nas relações familiares. Montante da indenização fixado em R\$ 10.000,00, respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido.

O caso julgado fundamenta perfeitamente a tese sustentada no presente trabalho monográfico pois, apesar de tratar de alimentos comuns, deverá servir de parâmetro para futuras decisões acerca da restituição nos alimentos gravídicos.

Tamanha a importância da decisão que desencadeou uma entrevista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) ao juiz Danniel Gustavo Bomfim Araújo da Silva para comentar a decisão. Questionado este sobre a possibilidade de a boa-fé

poder relativizar o princípio da irrepitibilidade dos alimentos, respondeu que não podem os alimentos serem simplesmente irrepitíveis, devendo “haver uma flexibilização sobre esse entendimento, analisando caso a caso, evitando que injustiças terríveis sejam deflagradas, pois não sendo dessa forma, a função da justiça de promover a paz social não seria alcançada” (2013, p.02). Continuou o mesmo afirmando entender que:

[...] na hipótese de pagamento de verba alimentar por quem não deveria surge, para quem forneceu erradamente, a pretensão de ressarcimento que deve ser deduzida contra a mãe ou contra os responsáveis pela manutenção do alimentado.

A relativização da irrepitibilidade dos alimentos na Lei 11.804/08 é necessária devendo ser analisada caso a caso e não como um dogma, uma vez que as relações jurídicas devem ser norteadas pelos princípios constitucionais e diante da repetida aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como das cláusulas gerais do direito como a boa-fé, e tornar essa regra inflexível, seria desafiar esses princípios (grifo nosso).

Com propriedade, ressalta Débora Rezende Cardoso (2009, p.34) que o fato de se tratar de uma relação de família não a coloca em patamar superior, pelo contrário, com mais força ainda impõe-se a orientação no sentido de que, mesmo se tratando de relações familiares, devem ser aplicadas as regras gerais que regem o ordenamento jurídico de forma a preservar a igualdade de direito entre as partes. Aquele que teve injusta violação em seu patrimônio não pode ser vítima de uma desigualdade tão grande “em nome de princípios outros – de menor relevância -, como a regra da irrepitibilidade dos alimentos no direito de família”, tendo em vista que também incide o princípio da dignidade da pessoa humana no que tange à parte que sofreu o prejuízo patrimonial.

Por outro lado, insta salientar o problema que circunda em torno da dificuldade de se fazer prova da malícia da gestante ou do verdadeiro pai que se omitiu e, mais complicado ainda, a discussão no que tange às reais possibilidades financeiras da mãe e do verdadeiro pai em ressarcir o prejudicado com o valor da indenização, sendo que terão um filho a sustentar.

A partir de todo o exposto, vislumbra-se que deve haver uma ponderação de valores, respeitando a individualidade de cada caso concreto, com o fim de não causar injustiças a nenhum dos lados. Resta evidente que o entendimento no sentido de não se admitir a possibilidade de restituição ao sujeito lesado pela falsa imputação de paternidade seria assegurar a conduta ilegal da mulher grávida, propiciando inegável insegurança jurídica em relação à obrigação de reparação e danos.

Assim, consideram Fernanda Martins Simões e Carlos Maurício Ferreira (2013, p.226) nos seguintes termos:

[...] aquele réu que teve de despender valores a título de gravídicos indevidamente, terá direito de ingressar com a respectiva ação de indenização pelos danos materiais contra o pai que se omitiu (pedindo os valores que pagou indevidamente) e danos morais contra ambos (gestante e pai verdadeiro), a fim de que sua dor na alma seja amenizada e o valor pecuniário da indenização tenha uma finalidade pedagógica de desencorajar outras demandas com o mesmo intento maléfico.

De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o direito à vida é elevado à categoria de direito fundamental, mais isso não legitima que a gestante, para garantir a vida do filho que espera, busque o auxílio financeiro de um homem que sabe não ser o verdadeiro pai do filho que espera, agindo com má-fé, pois caracterizado estará o abuso do direito e o enriquecimento sem causa, tornando devida a restituição por força do disposto no artigo 884 do Código Civil.

Aliás, o próprio artigo 5º da CF/88 em seu inciso V prescreve que “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Importante também à legitimação do direito do réu é o disposto no inciso X - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O argumento de que impor à gestante a obrigação de indenizar o réu em uma ação de alimentos gravídicos fere o direito de acesso à justiça deve ser visto com ressalvas, pois a realidade é que tal fato irá conferir maior cautela e responsabilidade por parte da gestante na indicação do pai. Além do mais, em verdade, o que viola o direito de acesso à justiça é impor ao réu uma obrigação que não lhe cabe e não oportunizar que possa buscar a justiça para ser ressarcido dos prejuízos que sofreu injustamente.

O que se pretende é que a gestante exerça seu direito aos alimentos gravídicos ciente de quem é o verdadeiro pai do filho que espera, ou seja, agindo com responsabilidade. Além de estar ciente de que a improcedência do pedido em virtude de erro quanto à paternidade pode sim levá-la a indenizar àquele que apontou injustamente como pai (VALADARES; ALMEIDA, 2011, p.103).

Portanto, conclui-se que deve ser admitida a possibilidade de ressarcimento dos danos causados ao sujeito falsamente imputado como pai, relativizando, assim, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, permitindo o acesso à justiça daquele que

foi prejudicado, de modo a conferir maior segurança jurídica ao novo instituto por implicar na indicação do suposto pai com maior convicção e decoro por parte da gestante.

5 CONCLUSÃO:

O presente trabalho monográfico teve por objetivo abordar a temática referente à Lei nº. 11.804/2008, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos, que surgiu representando um inegável avanço social e jurídico ao instituto dos alimentos no direito de família. Pautada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e em outros como o da Solidariedade Familiar e o da Paternidade Responsável, o dispositivo foi criado com o intuito de conceder integral proteção à vida do nascituro. Ressalte-se, entretanto, que essa pesquisa em nenhum momento teve a intenção de esgotar o assunto ou impor qualquer entendimento como absoluto.

Diante do que foi estudado, pôde-se notar que desde a concepção até o nascimento tem o nascituro seus direitos resguardados pelo diploma civil. Vale lembrar que antes mesmo da vigência da Lei nº. 11.804/2008 o direito do nascituro a alimentos já era concedido nos tribunais; contudo, havia certa resistência por parte de magistrados que ficavam receosos em concedê-los, pois não havia uma lei específica disciplinando a matéria, existindo até mesmo conflitos sobre o cabimento de alimentos ao nascituro.

Portanto, procurou o legislador regulamentar a questão pondo um ponto final à celeuma criada em torno da concessão de alimentos ao nascituro, pacificando o que a doutrina e jurisprudência já resguardavam. Desse modo, a Lei de Alimentos Gravídicos consiste em um mecanismo que possibilita à gestante acionar o judiciário para pleitear o auxílio financeiro do pai do concepto nas despesas com a fase gestacional, bastando apenas a comprovação de indícios da paternidade para o deferimento.

A respeito do tema, buscou-se primeiramente discorrer sobre a situação do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, analisando as teorias que tratam do início da personalidade civil, perpassando pelas correntes natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

Foi possível observar a contradição existente no artigo 2º do Código Civil que, na primeira parte do seu texto, afirma ter início a personalidade a partir do nascimento com vida. Entretanto, na segunda parte assegura expressamente os direitos do nascituro desde a concepção. Assim, diante da obscuridade do dispositivo, percebeu-se que a melhor teoria a ser adotada no que tange ao início da personalidade jurídica

é a concepcionista, pelo motivo de ser a que melhor assegura o direito à vida e, por corolário, o direito aos alimentos que o conceito necessita para nascer com vida.

Analisou-se ainda os direitos reconhecidos ao nascituro, dentre eles o direito aos alimentos, destinados a sua manutenção e sobrevivência, que se fundamentam no primordial e fundamental direito à vida.

Posteriormente, no segundo capítulo, estudou-se o instituto da obrigação alimentar no direito de família, sendo visto que os alimentos, em linguagem jurídica, têm amplo sentido, englobando, além da alimentação, o que for necessário para habitação, vestuário, tratamento médico e outros. Compreendem, portanto, o que for imprescindível a uma vida digna.

Também foram vistas as espécies e abordadas as características da obrigação alimentar, com destaque ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, em face do qual a quantia paga a título de alimentos não pode ser restituída pelo alimentado, pois serviu para garantir a sua sobrevivência. Logo após tratou-se acerca da possibilidade de sua relativização, questão intrinsecamente relacionada à discussão posteriormente travada sobre a possibilidade de responsabilização da genitora e ressarcimento das prestações pagas indevidamente pelo falso pai.

Percebeu-se então que respeitável parcela da doutrina vem propondo a relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, advogando a possibilidade de restituição judicial dos valores indevidamente pagos, em respeito ao princípio geral da vedação ao enriquecimento ilícito.

O último capítulo tratou do ponto central objeto deste trabalho, adentrando no estudo específico dos alimentos gravídicos, positivados pela Lei n. 11.804/2008, que representa consequência e garantia do direito à vida do nascituro, assegurando a sua própria existência e nascimento com dignidade.

Inicialmente verificou-se a trajetória do Projeto de Lei 7.376/2006 visando disciplinar o direito aos alimentos gravídicos, contendo flagrantes incongruências em seu texto, sendo seus dispositivos alvo de inúmeras críticas por parte da comunidade jurídica especializada. Afirmou-se na ocasião que a norma nasceria inócua caso aprovada em sua redação original.

Felizmente, o Presidente da República realizou o veto presidencial a diversos artigos do referido projeto antes de publicá-lo como lei, atendendo às reivindicações de

juristas e sobretudo do IBDFAM, que teve papel fundamental na culminação do texto final da Lei nº 11.804/2008.

Entretanto, como visto, a Lei nº. 11.804/2008 já nasceu com metade dos seus artigos vetados e cercada de omissões e incongruências que carecem ainda de maior debate por parte da doutrina, com o intuito de tornar sua aplicação mais coerente e eficaz.

Assim sendo, diversos aspectos de substancial relevância foram abordados, como a questão do foro competente para a propositura da ação, quando foi visto que este deve ser o do domicílio da autora, e não o de réu como previa o artigo 3º da lei. Tal artigo acertadamente foi vetado, e não poderia deixar de ser, pois seria totalmente desarrazoado a gestante que se encontra em condição especial ter o ônus de ajuizar a ação no foro do domicílio do réu.

Posteriormente, quanto à legitimidade, viu-se que é um dos pontos mais polêmicos, tendo em vista que a LAG em seu primeiro artigo dispõe disciplinar “o direito de alimentos da mulher gestante”. Logo após, no artigo 6º, parágrafo único, afirma que os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor após o nascimento com vida. Restando a dúvida, portanto, de quem é o real titular do direito.

Como solução à celeuma, considerou-se que por ser a fonte geradora do direito aos alimentos a relação de parentesco entre o nascituro e o suposto pai, que se comprova por indícios desta paternidade, concluiu-se que os alimentos visam proteger a pessoa do nascituro, sendo ele, portanto, o destinatário dos alimentos gravídicos. Por outro lado, o pai será o legitimado passivo.

Assim sendo, deve-se considerar que o nascituro é o legitimado ativo, sendo o titular do direito e representado pela genitora. Pode-se visualizar também o nascituro como sendo o destinatário direto ou imediato, e a mãe como destinatária indireta ou mediata. Este posicionamento é o que melhor se coaduna à finalidade de preservar e resguardar a criança que está a nascer, garantindo que venha ao mundo com dignidade.

Outra importante e controversa questão é a que aborda qual o termo inicial da obrigação. Percebeu-se que a posição correta e dominante é a que considera que os alimentos são devidos desde a concepção, e não da citação, pois se este fosse o

termo, correr-se-ia o risco de que manobras ardilosas do réu atrasassem a citação e, conseqüentemente, a prestação do auxílio.

Por este motivo foi vetado o artigo 9º da LAG que considerava a citação como termo inicial, garantindo a eficácia do diploma. Ademais, se assim não fosse, haveria violação ao princípio da igualdade se o encargo houvesse de ser suportado apenas por um dos genitores desde a concepção, no caso, obviamente, pela mãe.

Quanto ao ônus probatório, cabe à mãe fazer prova da gravidez, não sendo necessário, entretanto, prova da viabilidade da gravidez, diante do acertado veto ao artigo 4º da LAG. Destarte, deverá instruir a inicial com provas que demonstrem os indícios da paternidade, que consistem em indicativos da relação que houve entre a autora e o homem que indica como pai, sendo amplos os meios de prova que poderão ser utilizados, como cartas, fotos e até mensagens via internet.

Tais provas se mostram frágeis e subjetivas, exigindo o máximo de cautela do magistrado para formar sua convicção com segurança, ainda mais por conta do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, de modo que um homem não seja erroneamente considerado como pai. Além do mais, como visto, não é possível a realização do exame de DNA.

O indigitado pai terá o exíguo prazo de 5 dias para contestar a ação, se tornando difícil, na prática, que consiga se eximir do ônus da prova. Pôde-se perceber a intenção do legislador de tornar o processo mais célere. Entretanto, como visto, não necessariamente esse objetivo será alcançado pela redução do prazo de defesa do réu, por tratar-se de um processo de alta complexidade.

Tratou-se ainda a respeito da conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor após o nascimento com vida, consoante disposição expressa na lei, ocorrendo até que uma das partes solicite a sua revisão. Resta evidente que tais alimentos são devidos apenas durante o período gestacional, havendo a conversão automática, sem a vontade das partes, com a única exigência de nascimento com vida da criança. Percebeu-se a importância do referido dispositivo tendo em vista que o nascituro terá garantido um título executivo judicial antes mesmo de nascer, favorecendo a continuidade do recebimento da prestação.

Vale ressaltar que quando a prestação fixada se transforma em pensão a favor do filho a obrigação muda de natureza, devendo atender ao critério da proporcionalidade,

considerando a necessidade de quem recebe e a capacidade contributiva de quem paga, cabendo o pedido de revisão ao interessado.

No tocante a extinção da obrigação, esta poderá ocorrer em dois casos: com a morte do nascituro ou por meio de uma ação exoneratória, quando constatado, posteriormente, por meio de exame pericial, não ser o réu o verdadeiro pai. Deste segundo caso se origina um dos pontos mais polêmicos no estudo da Lei nº. 11804/2008, referente a possibilidade de restituição das parcelas pagas em caso de negativa de paternidade, pois não existe uma disposição expressa que discipline a questão da responsabilidade civil da genitora.

Sob esse liame, abordou-se a questão do veto ao artigo 10 da LAG que previa a responsabilização objetiva da genitora pelos danos causados ao réu, sendo observado o acerto desse veto pois, se assim não fosse, haveria receio por parte das gestantes em provocar o judiciário por se sentirem intimidadas com tal disposição, e a lei perderia sua eficácia.

Destarte, além do veto abordado acima, a questão do ressarcimento dos alimentos pagos pela falsa imputação de paternidade torna-se mais complicada por conta do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Entretanto, percebeu-se que o mesmo vem sendo relativizado, permitindo a possibilidade de responsabilização da demandante que agiu com culpa ou má-fé; sendo considerada, portanto, a responsabilidade subjetiva da gestante. Assim deve ser pois não se pode coadunar com a conduta maliciosa da mulher que, com o intento de obter proveito, induziu em erro o falso pai e o magistrado, evitando assim o enriquecimento ilícito da mesma.

Desta forma, a flexibilização da irrepetibilidade dos alimentos deve ser analisada diante de cada caso, não podendo esta característica ser vista como absoluta. Não restam dúvidas que deve ser admitida a possibilidade de ressarcimento dos danos, pois implicará na maior responsabilidade da gestante na indicação do demandado. Nesse sentido, não admitir a possibilidade de restituição seria assegurar a conduta ilegal da mulher grávida, propiciando inegável insegurança jurídica em relação a aplicação da Lei 11.804/2008.

Por fim, cumpre destacar a notória função social que exerce a Lei de Alimentos Gravídicos. Sem dúvida, garantiu melhor tutela às mulheres em gestação e à futura prole, vencendo a antes injustificável barreira que dificultava o acesso aos alimentos,

reafirmando a necessidade de se proteger a vida humana desde a concepção. Pôde-se perceber que a LAG consagrou princípios de fundamental importância, como o da solidariedade familiar e o da paternidade responsável, por impor a ambos os genitores a obrigação de garantir um desenvolvimento digno ao filho que esperam. Nesse sentido, mostra-se em completa sintonia com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo um verdadeiro marco evolutivo no contexto familiarista.

REFERÊNCIAS:

ACESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Entrevista: a irrepitibilidade da verba alimentar X boa fé.** 06 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5138/Entrevista%3A+a+irrepetibilidade+da+verba+alimentar+X+boa+f%C3%A9#.UnUS-vn2aHa>>. Acesso em: 25 out. 2013.

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O Direito Do Nascituro a Alimentos.** Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALMEIDA, Fabiane Cristina de; VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Revista IOB de Direito de Família.** n.64. Porto Alegre: Editora Síntese, v.12, fev./mar. 2011. p.97-113.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos Gravídicos. **Revista IOB de Direito de Família.** n. 51. Porto Alegre: Editora Síntese, v.9, jan./fev. 2009, p. 30-44.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROS. Flávio Monteiro de. **Alimentos Gravídicos.** FMB Curso Jurídico. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h6KXOKcX6GAJ:www.cursosofmb.com.br/informativos/download.php%3Ffile%3DInformativo%252003%252009.pdf+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Código de Processo Civil. **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Constituição Federal 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. **Projeto de Lei 7376/2006**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=411882&file=PL+7376/2006>. Acesso em: 31 mar. 2013.

_____. **Lei 11.804**, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. **Mensagem Nº 853**, de 5 de novembro de 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

CALDEIRA, Cesar. **Alimentos Gravídicos: Análise Crítica Da Lei Nº 11.804**.

Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/131/134>. Acesso em: 06 set. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATALAN, Marcos; CERUTTI, Eliza. Alimentos, irrepitibilidade e enriquecimento sem causa: Uma proposta de convergência de figuras aparentemente excludentes. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.42, abr./jun. 2010, p. 25-47.

CARDOSO, Débora Rezende. O Direito Alimentar E O Enriquecimento Sem Causa No Direito De Família. **Revista Jurídica Consulex**. Nº 298. Jun/2009, p. 34-35.

CHAVES, Benedita Inês Lopes. **A Tutela Jurídica do Nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela civil do nascituro**. Disponível em:

<<http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=100>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

DELFINO, Lucio. A Tutela Jurisdicional do Direito a Alimentos Gravídicos. *In*: HUMBERTO, Teodoro Júnior; LAUAR, Maira Terra. (coord.) **Tutelas Diferenciadas**

Como Meio De Incrementar A Efetividade Da Prestação Jurisdicional. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 527-564.

_____. **A Tutela Jurisdicional do Direito a Alimentos Gravídicos:** Análise às Técnicas Processuais Diferenciadas Instituídas Pela Lei nº. 11.804/08. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8013>. Acesso em: 18 ser. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/27_-_alimentos_grav%EDdicos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. **Alimentos para a vida.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/466>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. **Manual de Direito Das Famílias.** 8. ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso De Direito Processual civil.** 6. ed. Salvador: JusPODVM, 2011, v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

_____. **Dicionário Jurídico Universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais da Lei 11.804. **Revista IOB de Direito de Família.** n. 56, Porto Alegre: Editora Síntese, v.11, out./nov. 2009. p. 100-110.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível Nº.0009805-21.2008.8.07.0003.** Rel. Nídia Corrêa Lima. Julgado em 11 mar. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistjt>>. Acesso em: 02 out. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podvm, 2013, v.1.

_____; _____. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 4. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora Jus Podvm, 2012, v.6.

_____; _____. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos: Lei nº 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**. n. 51, Porto Alegre: Editora Síntese, v. 9, 2009, p. 7-17.

FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos Gravídicos e a Lei Nº 11.804/08. **Revista Jurídica Consulex**. Nº 298. Jun/2009, p. 36-37.

_____. **Alimentos Gravídicos: Comentários À Lei 11.804**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 - Primeiros Reflexos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/468>>. Acesso em: 31 de mar. 2013.

GABURRI, Fernando. Análise Crítica da Lei de Alimentos Gravídicos. **Revista IOB de Direito de Família**. n.54. Porto Alegre: Editora Síntese, v.12, jun./jul. 2009. p.56-71.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GESSE, Eduardo; FRANCO, Matheus Pereira. Dos Alimentos Gravídicos: Questões Materiais e Processuais. **Revista Dialética De Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha-Comércio e Serviços Ltda, n. 100. Jul/2011, p. 15-39.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A adoção do nascituro**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_1er.php?id=8143>. Acesso em: 22 jul. 2013.

GOMES, Orlando. **Direito De Família**. 14. ed. rev. atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Sucessões**. 15. ed. rev. atual. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

_____; _____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.6.

HERTEL, Daniel Roberto. **A execução da prestação de alimentos e a prisão civil do alimentante**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8010>. Acesso em: 04 out. 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos Avoengos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/505>>.

Acesso em: 30 mar. 2013

MADALENO, Rolf. **Curso De Direito De Família**. 5. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATOS, Icaro Almeida Matos. A Tutela Jurídica Do Nascituro E Os Alimentos Gravídicos: A Vida Por Um Direito De Nascer. *In*: SCHMITT, Ricardo Augusto (Pres.). **Entre aspas: revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. ano.1, n.1. Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011, p. 175-196.

MEIRELLES, Ana Thereza; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8 n.30, abr./jun. 2007, p.251-264.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0024.04.377309-2/001**. Rel. Duarte de Paula. Julgado em 10 mar. 2005.

Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.377309-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0210.09.061222-2/003**. Rel. Alberto Vilas Boas. Julgado em 16 mar. 2009.

Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?nu>

meroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0210.09.061222-2%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo nº. 0612222-51.2009.8.13.0210**. Rel. Alberto Vilas Boas. Julgado em 15 de set. de 2010.

Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0612222-51.2009.8.13.0210&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 05 set. 2013.

MIRANDA, Pontes De. **Tratado De direito Privado**: Parte Especial. Tomo IX. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Tratado De Direito Privado**: Parte Geral. Tomo I. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.1.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Alimentos no Novo Código Civil**. Disponível em:

<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Marcelo_Truzzi_Otero/Alimentos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5.

_____. **Introdução ao Direito civil**: Teoria Geral de Direito Civil. 26. ed. rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.1.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento Nº 0044833-89.2009.8.19.0000**. Quarta Câmara Cível. Rel. Sidney Hartung. Julgado em 11 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 25 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70017520479**. Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70017520479&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1t>>

ica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 18 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento **Nº 70051875292**. Sétima Câmara Cível. Rel. Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 07 nov. 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70051875292.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=TipoProcesso%3AAgravo%2520de%2520Instrumento.Relator%3ASandra%2520Brisolara%2520Medeiros>. Acesso em: 19 set. 2013.

RODRIGUES, Cristiane. **Lei dos Alimentos Gravídicos em Pleno Vigor**.

Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/lei-dos-alimentos-gravidicos-em-pleno-vigor/>>. Acesso em: 15 de set. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 34. ed. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento Nº. 0332008-45.2009.8.26.0000**. Rel. Piva Rodrigues. Julgado em 26 jan. 2010.

Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=01775575E6F5367B0F17A4F12B9283B4.cjsg1>>. Acesso em: 02 out. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n.º 0319593-30.2009.8.26.0000**. Rel. Edson Luiz de Queiroz. Julgado em 21 ago. 2013.

Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=41859861E8EC34AD852107AEC50F1DFB>>. Acesso em: 22 out. 2013.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Alimentos Gravídicos**. Publicado em: 13 nov. 2008. Disponível em:

<<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=171>>. Acesso em: 16 out. 2013.

SIMÕES, Fernanda Martins; FERREIRA, Carlos Mauricio. **Alimentos Gravídicos: A Evolução do Direito à Alimentos em Respeito à Vida e ao Princípio da Dignidade Humana**. Curitiba: Juruá, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Alimentos Indevidos: Exoneração e Repetição**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?limitstart=0>. Acesso em: 21 out. 2013.

TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica Do Nascituro: Uma Página a Ser Virada No Direito Brasileiro. *In*: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas Parte Geral do Código Civil: Série Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, v.6, 2007, p. 83-103.

_____. **Os Direitos Da Personalidade No Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 23 maio 2013.b.

TOMASI, César; MARIN, Jeferson. Aspectos Controvertidos da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008). **Revista IOB de Direito de Família**. n.68. Porto Alegre: Editora Síntese, v.13, out./nov. 2011, p. 93-109.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana De Direitos Humanos (1969)**: Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. **Convenção Sobre Os Direitos Da Criança (1989)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6.

_____. **Direito Civil: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa Da. **Direito Civil: Direito De Família**. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

