

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
AMANDA LUÍZA DE SOUSA

ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
A POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS ALIMENTOS PAGOS
INDEVIDAMENTE.

FORMIGA – MG
2012

AMANDA LUÍZA DE SOUSA

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
A POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS ALIMENTOS PAGOS
INDEVIDAMENTE.**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do orientador: Dr. Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA – MG
2012

Amanda Luíza de Sousa

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
A POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS ALIMENTOS PAGOS
INDEVIDAMENTE.**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do orientador: Doutorando Altair Resende de Alvarenga

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Examinador 2

Examinador 3

Formiga, 21 de novembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me conceder a vida e por ter me proporcionado saúde e tranquilidade para a conclusão deste desafio tão marcante;

À minha mãe, por ser meu porto seguro, meu exemplo, pelo seu amor incondicional, sua compreensão e seu incentivo nas horas mais difíceis, me proporcionando as maiores alegrias no dia-a-dia;

Ao meu padrasto, pelo apoio, e pelo papel de pai que sempre cumpriu em minha vida; por sempre acreditar em mim e dispensar cuidados tão necessários ao meu dia-a-dia;

As minhas irmãs, pela confiança e lealdade;

Agradeço a todos os meus mestres pelos conhecimentos transmitidos durante esta caminhada, em especial ao meu orientador, Prof^o. Altair Resende de Alvarenga pela atenção, disponibilidade e que colaborou de forma intensa e zelosa para a conquista deste objetivo;

Aos meus amigos de curso que tornaram esta jornada mais solidária e agradável;

Enfim, agradeço a todos que contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

O acesso à alimentação é um direito humano em si mesmo, na medida em que a alimentação constitui-se no próprio direito à vida. Negar este direito, é antes de mais nada, negar a primeira condição para a cidadania, que é a própria vida. (Josué de Castro)

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a lei de alimentos gravídicos, em favor do nascituro. Inicialmente, serão analisadas as garantias e os direitos do nascituro, bem como as discussões sobre a personalidade jurídica. Como será demonstrada, a obrigação alimentar que trata os alimentos, é a mesma aplicada aos alimentos gravídicos. A Lei 11.804/08, que trata sobre os alimentos durante a gestação - Alimentos Gravídicos - será completamente analisada, de forma que se explicará cada um de seus artigos, seus vetos e sua importância no atual ordenamento jurídico. Devido as grandes dificuldades do legislador sobre a concessão de alimentos ao nascituro é que foi criada e sancionada a presente lei. Um de seus principais objetivos é disciplinar o direito a alimentos durante a gestação e a forma como será exercido, com o intuito de preencher uma lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico. Devido à grande importância na sociedade atual serão apreciadas algumas decisões que abordam o tema em questão à luz dos dispositivos legais desta lei, que tem como principal finalidade buscar os direitos civis e constitucionais concedidos ao nascituro, frente ao princípio da proteção integral, visando acima de tudo proteger o seu direito a vida, bem como os de sua genitora.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos. Nascituro. Lei nº11.804/08.

ABSTRACT

This study aims to analyze the law of food gravidic in favor of the unborn. Initially, we analyzed the guarantees and rights of the unborn, as well as discussions of legal personality. As will be demonstrated, the maintenance that comes food, it is applied to food gravidic. Law 11.804/08, which comes on foods during pregnancy-Food gravidic be fully examined, so that will explain each of his articles, his vetoes and its importance in today's legal system. Because of the great difficulties of the legislature on the provision of food to the unborn child that is was created and enacted this law. One of his main goals is to discipline the right foods during pregnancy and how it will be exercised, in order to fill a gap hitherto existing in our legal system. Due to the great importance in today's society will be assessed some decisions that address the topic in question in light of the legal provisions of this law that has as main purpose to seek civil and constitutional rights granted to the unborn, against the principle of full protection, aiming above all protect their right to life, as well as those of his mother.

Keywords: Food gravidic. Unborn. Law No. 11.804/08.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	13
2.1 Alimentos no Direito Canônico	14
2.2 Alimentos no Direito Romano	15
3 DO NASCITURO	17
3.1 Considerações Iniciais sobre o Nascituro	18
3.2 Natureza Jurídica do Nascituro	19
3.3 Teorias a Respeito da Vida	20
3.3.1 Teoria Natalista	20
3.4 Teoria Concepcionista	22
4 ASPECTOS GERAIS DOS ALIMENTOS	24
4.1 Pressupostos	24
4.2 Pessoas Envolvidas na Relação Alimentícia	25
4.3 Princípio da Proteção Integral	26
4.4 Características da Obrigação Alimentar	26
4.5 Natureza dos Alimentos	28
4.5.1 Alimentos Naturais	28
4.5.2 Alimentos Cíveis	29
4.6 Causa Jurídica: Alimentos legítimos, voluntários e ressarcitórios	29
4.7 Finalidade do Instituto: Alimentos Provisionais, Provisórios e Regulares.....	30
5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS	31
5.1 Como eram concedidos os alimentos ao nascituro antes do advento da Lei 11.804/ 2008	31
5.2 Amparo Constitucional à lei 11.804/2008	32
5.1.1 Vetos Presidenciais	35
5.3 Principais Aspectos da lei 11.804/2008	38
5.4 Índícios de Paternidade	39
5.5 Alimentos Gravídicos Avoengos	42
5.6 Antecipação de Tutela	44

5.7 Do Quantum dos Alimentos Gravídicos	46
5.8 Da Conversão em Pensão Alimentícia	46
5.9 Irrepetibilidade dos Alimentos	47
6 A viabilidade de indenização do réu	50
7 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55
ANEXOS	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo apresentar uma análise clara e objetiva sobre o moderno instituto de prestação alimentar, os alimentos gravídicos, que foram instituídos tendo como foco a proteção e a vida do nascituro, criando meios de diminuir as dificuldades e as necessidades que existam durante o período de gestação.

O principal objetivo é apresentar a possibilidade legal da genitora, representando o nascituro, pleitear alimentos junto ao possível genitor, seja para garantir o direito à vida do nascituro, o direito de nascer, ou até mesmo para proteger a própria dignidade da gestante, bem como a possibilidade de indenização em favor do suposto pai, caso venha a ser demonstrado ao final, o equívoco apontado pela mãe, no sentido de não ser verdadeira a paternidade.

Em vigor desde novembro de 2008 a Lei 11. 804/ 2008 introduziu os chamados “alimentos gravídicos” no ordenamento jurídico brasileiro e veio garantir os direitos do nascituro desde a sua concepção, a referida lei trata sobre o direito da mulher gestante de receber alimentos, do suposto pai da criança, desde a concepção até o parto. Cuidando então do direito da saúde da mulher e zelando pelo direito do filho, que ainda é nascituro.

Esse instituto surgiu para que a gestante possa compartilhar com o genitor suas responsabilidades de pai, para garantir à vida que está sendo gerada.

A aplicação da Lei de Alimentos Gravídicos não está condicionada a declaração imediata de paternidade e nem a mercê da realização do exame de DNA, visto que, ensejaria formas de manobras do suposto pai no sentido de evitar a concretização do ato, como por exemplo, fugir do oficial de justiça e ser encontrado somente após o nascimento da criança, desta forma a Lei perderia sua principal finalidade, que é a de proteção ao nascituro desde sua concepção.

Caso fique comprovado ao final que a mãe agiu com má fé ou no exercício abusivo de seu direito, poderá o réu da ação de alimentos, através de ação própria pleitear indenização.

O referido tema deixa diversos questionamentos doutrinários e polêmicas questões a serem resolvidas nos tribunais e com os mais diversos doutrinadores da área, visando solucionar o problema, que surge para o direito de família, dentro do âmbito dos alimentos.

Este trabalho visa promover algumas considerações, a fim de evidenciar pontos relevantes e polêmicos; que serão desenvolvidos em quatro capítulos, sendo observada em primeiro plano, a evolução histórica do instituto da obrigação alimentar, que destacou como foi realizada a construção histórica, sendo de grande valia a observação da enorme evolução sofrida pelo instituto dos alimentos; noções prévias e conceitos necessários.

O trabalho faz uma abordagem á cerca do Nascituro, apontando os mais variados conceitos, com ênfase nas várias teorias a respeito do início da personalidade jurídica sob o prisma da ciência e medicina com o intuito de proporcionar uma melhor compreensão sobre tais teorias, bem como as consequências jurídicas aplicadas a cada uma delas;

O terceiro capítulo trata sobre os aspectos gerais dos Alimentos, com o objetivo de analisar de forma específica tal instituto, como também as diversas formas de prestações alimentares, os modos em que podem acontecer bem como suas características e pressupostos;

E por fim, no quarto capítulo, se busca entender os alimentos gravídicos e a forma como ele será instituído no ordenamento jurídico brasileiro; será estudada ainda, de forma detalhada a Lei nº 11.804/08, seus vetos e suas problemáticas; como eram instituídos os alimentos ao nascituro antes do advento da referida lei, apresentando julgados sobre a grande discussão doutrinária que gira em torno do início da personalidade jurídica do nascituro.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Conforme afirma Cahali (2009), no direito Romano, a evolução histórica da obrigação alimentícia esta fundada em várias causas, entre as quais vale destacar: a) no testamento; b) na relação familiar; c) na tutela; d) na convenção. As obrigações alimentares se dilataram de forma muito significativa principalmente nos primeiros tempos do direito canônico, inclusive nas relações extras familiares esta obrigação esteve presente de forma expressiva.

O texto, mais expressivo, citado pela maioria dos doutrinadores, sobre a obrigação alimentar no direito brasileiro pré-codificado, encontra-se no Livro 1, Tit. LXXXVIII, 15, uma vez que este dispositivo traz a indicação dos elementos necessários que devem compor a obrigação.

Como o homem era considerado a cabeça do casal, o chefe da sociedade conjugal o poder familiar era exercido por ele, assim sendo, cabia a este, prover o sustento da família e caso ocorresse o rompimento do casamento este dever se converteria em obrigação alimentar. Com o principal objetivo de proteger a família o Código Civil de 1916, não permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, aqueles filhos que foram havidos fora do casamento, o que acabou criando uma situação impugnant contra as crianças e os adolescentes, visto que, estes não podiam buscar meios para manter o próprio sustento e nem requerer a própria identidade.

Conforme afirma Dias (2009), somente depois de transcorrido um período de 30 (trinta) anos é que foi permitido ao filho ilegítimo requerer alimentos, desde que, promova em segredo de justiça ação de investigação de paternidade. Mesmo que fosse comprovada ao final a paternidade o vínculo de parentesco não era declarado, este, somente podia torna-se publico caso o casamento do genitor fosse dissolvido.

Neste sentido vale citar o ensinamento de Beviláqua (1971, p. 332): “A falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas”.

Em face do principio da igualdade protegido na Constituição da República de 1988, é que foi admitido o reconhecimento dos filhos ilegítimos.

Conforme afirma Dias (2009), o perfil conservador da família era o mesmo aplicado em relação à obrigação alimentar decorrente do casamento; mesmo que o dever de mútua assistência fosse atribuído a ambos os cônjuges, conforme prevê o Código a obrigação alimentar era dever do marido em benefício da mulher que era considerada a parte mais frágil da relação. O casamento extinguia-se apenas por morte e anulação; porém o matrimônio poderia se dissolver através do desquite, desta forma, haveria a separação de fato, o rompimento do regime de bens e a dispensa do dever de fidelidade; mas permanecia inalterado o vínculo matrimonial. Desta forma mantinha-se o dever assistencial do homem em relação à mulher desde que, seja reconhecida na ação de desquite sua necessidade e inocência. A principal condição para a obtenção da pensão alimentícia era a conduta moral da mulher.

Com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6. 515/77), passou a ser recíproco entre os cônjuges o dever alimentar; porém os alimentos deveriam ser pagos pela parte responsável pela separação em favor àquele que não teve culpa pelo rompimento do vínculo conjugal.

Dias (2009), destaca que o culpado pela separação não possuía direito de pleitear alimentos, benefício que cabia apenas a quem não havia dado causa ao fim do matrimônio; fazia jus aos alimentos somente o inocente. Para ser contemplado com a assistência o autor da ação deveria comprovar sua inocência, sua necessidade e a culpa do acusado.

Desta forma pode se observar que o fundamento da obrigação alimentícia esta ligado ao dever natural existente nas relações humanas, ou seja, os efeitos naturais decorrentes do surgimento do poder familiar e o dever em relação à prole.

A dependência alimentar é colocada como uma condição de vida e é tão antiga quanto à própria existência humana.

2.1 Alimentos no Direito Canônico

Em seus primeiros tempos o Direito Canônico se dilatou de forma expressiva principalmente no âmbito das obrigações alimentares, atingindo inclusive a esfera das relações extrafamiliares.

Em um estudo da obra de Orestano, Cahali (2007) ensina que o ponto de partida para o reconhecimento do direito aos alimentos também aos filhos havidos

fora do casamento, decorreu das interpretações do *liberi naturales* do direito de *justinianeus*.

A obrigação alimentar poderia originar-se ainda, para além do vínculo de sangue, de outras relações quase religiosas, impondo a Igreja a obrigação de alimentar suas asilados.

Outra questão também discutida pelos canonistas era em relação ao vínculo espiritual que existia entre tios e sobrinhos, padrinhos e afilhados, em relação a obrigatoriedade de se prestar alimentos entre estes.

Conforme afirma Cahali (2007), o Direito Canônico se omitiu e não disciplinou de forma específica o instituto dos alimentos, trazendo apenas alguns dispositivos pertinentes à obrigação alimentar, mantendo assim seu caráter eclesiástico¹.

O reconhecimento do filho advindo de uma relação diversa da família e a extensão das obrigações aos ascendentes e descendentes, foram uma das principais inovações trazidas por este momento histórico.

2.2 Alimentos no Direito Romano

Conforme ressalta Cahali (2007), a obrigação alimentar no Direito Romano se fundamentou em várias causas:

- a) Na convenção;
- b) No testamento;
- c) Na relação familiar;
- d) Na relação de patronato;
- e) Na tutela.

Os alimentos limitavam-se as relações de clientela e patronato, sendo que a obrigação alimentar fundada na relação *ex iure sanguini*, pautada na relação familiar, não era citada nos primeiros anos da legislação romana.

O termo alimentos somente existiu em razão dos efeitos da ideia do poder familiar, que havia na época, este poder ficava concentrado nas mãos do chefe da família, não cabendo a este qualquer tipo de obrigação. Conforme previsão dada

¹ Eclesiástico significa defesa de uma crença religiosa por seus representantes, independente da religião ou crença religiosa. Os eclesiásticos são os fieis de uma determinada denominação religiosa. Essas pessoas devem ter seu direito religioso respeitado, devendo ser reconhecido também pela Constituição e interpretado de forma a não fazer acepção de religião (AZEVEDO, 2009).

pela Lei da XII tábuas, o chefe de família poderia inclusive dispor da vida de sua prole.

A palavra família para Pontes de Miranda (2001) se referia a uma designação diversa de que possui hoje, somente era utilizado para conceituar uma reunião de pessoas unidas pelo parentesco civil.

Cahali (2007) afirma que o reconhecimento da obrigação alimentar derivada da família somente ganhou força a partir do momento em que se começou a dar uma importância maior ao vínculo de sangue que interliga os entes de uma mesma família.

Neste sentido Cahali (2007), observa ainda que neste período histórico se reconhecia a obrigação alimentar entre descendentes e ascendentes em linha reta até o infinito; se reconheceu ainda neste período a extensão da obrigação alimentar na linha colateral.

Foi do Direito Romano que os alimentos aos entes familiares, passaram a sofrer as mais diversas influências, criando aqui, o seu caráter obrigacional, sendo este um dos momentos mais importantes para o Direito de Família.

3 DO NASCITURO

Antes de adentrar-se ao tema em questão se faz necessário citar o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil², de 1988, visto que este dispositivo faz menção ao nascituro.

A Constituição Federal visa à proteção do direito à vida, principalmente daquele que ainda não nasceu, ou seja, ao nascituro.

Sob a ótica etimológica, nascituro vem do latim *nasciturus* que significa o que há de nascer; já o dicionário Silveira Bueno (1996), dispõe que, nascituro seria aquele que há de nascer. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.

Sob o ponto de vista jurídico observam-se algumas divergências; segundo Pontes de Miranda (2000, p. 27), nascituro é “o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida.”.

Já Pussi (2005), define nascituro como aquele que está para vir ao mundo, é o ser que já foi concebido, mas que ainda o seu nascimento não se consumou, é aquele que continua nas entranhas maternas. Neste sentido vale citar o ensinamento do professor Silvio Rodrigues (2001, p. 36) que define nascituro como “aquele que se encontra no ventre materno, o ser já concebido.”.

Já para De Plácido e Silva (2002) nascituro é derivado do latim *nasciturus*, participio passado de nasci, que precisamente indica aquele que há de nascer.

Devido à evolução da medicina poderá haver a fecundação *in vitro* ocasionando desta forma o início da vida, mas não a gravidez, o que é de suma importância para evolução natural do concebido, sendo, o desenvolvimento impossível senão dentro do ventre materno.

Conforme afirma Cahali (2007), nascituro é aquele que irá nascer; em outras palavras o feto que ainda se encontra no período gestacional; não é ele ser humano-

² Art. 5º 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: [...].

ainda não preenche o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem, isto é o nascimento; mas desde a concepção já é protegido.

Desta forma, nascituro, seria aquele ser que ainda se encontra no ventre materno, prestes a nascer, mas que, já possui uma proteção constitucional.

3.1 Considerações Iniciais sobre o Nascituro

O nascituro para o Direito Civil é aquele que já está concebido, mas que seu nascimento ainda não foi consumado, ou seja, tornou-se verdadeiro.

Fernando de Paula Gomes (2009) mostra que o nascituro é uma pessoa que ainda está sobre algumas condições para possuir este título, ou seja, para atingir a personalidade fica estabelecida a condição imposta de nascer com vida. A vida intrauterina, segundo o autor, concede apenas a personalidade.

A discussão sobre a posição jurídica do nascituro, citada acima, traz grandes discussões, também no que se refere ao direito de pleitear alimentos. Uma das discussões dos doutrinadores gira em torno de que, se é o nascituro que possui o direito aos alimentos ou se esse direito pertence a gestante, diante disso são diversos posicionamentos que podem ser aceitos.

Para Chinelato (2000, p. 27), “o nascituro tem o direito próprio aos alimentos em sentido *latu*, ou seja, alimentos civis para que possa crescer e desenvolver-se com normalidade, tendo o objetivo que é o nascimento com vida.”.

O artigo 2^o do Código Civil protege o nascituro, conferindo a ele, seus direitos, entre os quais, se encontra o direito a receber os alimentos necessários para proteger o direito à vida, à saúde e outros.

Conforme afirma Júnior (2009), embora o nascituro não seja considerado uma pessoa, este ser possui desde sua concepção uma proteção legal de todos os seus direitos, entre os quais, a proteção à vida, ao ponto de punir o crime de aborto com severas penas; essa vida é protegida constitucionalmente desde que o óvulo fecundado esteja nidado no útero materno.

Importante ressaltar que a Constituição da República de 1988, protege de forma geral a vida, inclusive a uterina, desta forma, vale citar o seu artigo 1^o, III⁴, que

³ Art.2^o: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

protege a dignidade da pessoa humana impedindo que a integridade física e saúde de todos, inclusive do nascituro, sejam ameaçadas.

Desta forma, o ordenamento jurídico protege o nascituro, lhe garantido a vida mediante a possibilidade de receber alimentos, neste conceito é incluído todas as despesas necessárias ao seu nascimento.

Conforme prescreve Venosa (2007), é possível a prestação alimentícia ao nascituro, sob o fundamento de que a lei ampara a concepção. Tal afirmação se confirma com os artigos 7º e 8º da Lei 8.069/90⁵ que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com surgimento da Lei que dispõe sobre os alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008), o nascituro passa a pleitear alimentos, que poderão ser fixados com base em indícios de paternidade, mesmo antes do nascimento a fim de custear todas as despesas decorrentes de sua concepção até o seu nascimento.

3.2 Natureza Jurídica do Nascituro

Em relação à natureza jurídica da obrigação alimentar não existe uma uniformidade na doutrina, devido aos vários posicionamentos divergentes existentes na atualidade.

Para garantir a personalidade jurídica, é necessário que seja pessoa, sendo ela, natural ou jurídica.

Diante disso, Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 254) afirma que, “a categorização criada pela doutrina do direito privado aponta a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeito de direito do sistema jurídico”.

Conforme afirma Cahali (2007) o maior problema de se definir o instante do início da personalidade jurídica do nascituro existe desde o Direito Romano. Para que possa se impor a obrigação alimentícia ao seu genitor é de suma importância a identificação do momento em que o nascituro passa a ter o direito a alimentos, protegido constitucionalmente.

⁴ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

III- a dignidade da pessoa humana;

⁵ Art. 7º: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais e públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

Bevilaqua (1999, p. 81), diz que a personalidade “é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.”.

Para tentar explicar a situação do nascituro em relação à sua natureza jurídica, a doutrina se divide em dois entendimentos, estudadas a seguir.

3.3 Teorias a Respeito da Vida

3.3.1 Teoria Natalista:

É adotada por grande parte dos doutrinadores, como Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espinola, entre outros; atualmente é a teoria que possui a maior aceitação além de ser a mais defendida.

Para autores que defendem esta teoria, a sua justificativa se encontra no artigo 2º do Código Civil de 2002⁶.

De acordo com Arcoverde (2007), a teoria natalista diz que:

“nascituro tem personalidade a partir do seu nascimento com vida, antes disso ele é considerado apenas parte das vísceras maternas. O nascituro deixa de ser feto apenas para se transformar em pessoa, no momento do nascimento, tendo, na vida intrauterina, apenas expectativas de ser considerada pessoa.”(ARCOVERDE, 2007. p. 23).

Sobre este tema Miranda (1954), diz que:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º). No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= nunca fio pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção, lhe deveria ter ido. “Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. (MIRANDA, 1954. p. 162-163).

Ligados à teoria natalista, Ráo (1999) diz que:

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mais ainda não nascido, não importa em reconhecimento nem atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa, de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do quais certas ações podem ser propostas, ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros. (RÁO, 1999, p. 655).

⁶Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Para a teoria natalista a personalidade jurídica somente se concretiza após o nascimento podendo este ser natural ou artificial, desde que também esteja presente o elemento vida, que pode ser definido pela respiração pulmonar.

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AUTORA COM 35 (TRINTA E CINCO) SEMANAS DE GESTAÇÃO. **NASCITURO** QUE SOMENTE COM O NASCIMENTO COM VIDA IRÁ ADQUIRIR PERSONALIDADE JURÍDICA E TITULARIDADE DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES, EM TERMOS DE LEI SUCESSÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. PREQUESTIONAMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ALTERAÇÃO EX OFFÍCIO DA SENTENÇA A QUO QUE CONDENOU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO DA OBRIGAÇÃO PELO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12 DA LEI N. 1.060/50. RECURSO DESPROVIDO.

"O **NASCITURO** passa a ter personalidade jurídica material com seu nascimento com vida, a partir de quando será sujeito de direitos cuja aquisição até então ficara sob condição suspensiva. Conseqüentemente, não tem a mulher que sofre aborto em decorrência de acidente de trânsito o direito à percepção da indenização por morte prevista no artigo 3º da Lei n. 6.194/74 (seguro obrigatório para o benefício da vítima fatal)" "Deferido o pedido de assistência judiciária, dada a presumida insuficiência de recursos do beneficiário, a condenação deste aos ônus de sucumbência fica suspensa enquanto perdurar sua incapacidade financeira, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, conforme preceitua o artigo 12 da Lei n. 1.060/50" (TJSC; Apelação Cível n. 2006.028342-0, de Chapecó. Rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 28/11/2006). (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de outubro de 2012).

Para os defensores desta teoria o nascituro é considerado apenas um ser possuidor de expectativa de direitos, que apenas serão plenos após o devido nascimento com vida.

Conforme ensina Semião (2000), embora o nascituro não possua personalidade jurídica a lei confere a este alguns direitos como: doação, herança, representação, entre outros.

Um dos principais argumentos utilizados pelos adeptos desta teoria é a não inclusão do nascituro no rol dos artigos 3º ou 4º do Código Civil⁷, que se referem ao instituto da capacidade.

⁷ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

3.3.2 Teoria concepcionista:

Esta teoria é defendida de forma minoritária, entre os doutrinadores adeptos a ela podemos citar Silmara Chinelato e Guaraci de Campos Vianna.

A teoria concepcionista é dividida em outras duas teorias, que partem do mesmo entendimento, o marco inicial da vida. Tanto a teoria concepcionista pura quanto a teoria da personalidade condicional defendem que a personalidade jurídica se inicia a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide.

A teoria concepcionista pura sustenta que o início da personalidade jurídica, se inicia a partir da concepção, bem como a vida; não se exige mais nenhum requisito.

Neste sentido vale citar os ensinamentos do professor Vianna (1998):

A expressão todo homem é capaz de direitos, contida no art. 2º do Código Civil compreende indistintamente a unanimidade dos seres componentes da espécie humana, sem distinção de idade, sexo, raça, cor, estado de saúde, como consta no art. 5º da Constituição Federal (VIANNA, 1998, p. 292).

Já a teoria concepcionista da personalidade condicional defende que a personalidade jurídica surge a partir do momento em que houve a concepção, entretanto exige que, o ser nasça com vida, desta forma a personalidade irá retroagir desde o momento da sua concepção.

A definição desta teoria é amplamente criticada pelos doutrinadores que adotam a teoria concepcionista pura, pois conforme observa Vianna (1998), a vida e a personalidade são um privilégio desde a concepção.

O nascituro para os defensores da teoria concepcionista deve ser visto como um ser humano, visto que o primeiro e principal estágio da vida é marcado pela concepção. Aqui, a vida é iniciada a partir do momento da concepção e não somente após o nascimento com vida.

Segundo Arcoverde (2007), essa teoria também pode ser chamada de teoria afirmativa ou conceptualista, esta diz que, desde a concepção o nascituro é reconhecido como possuidor de personalidade, ou seja, desde a concepção ele é considerado pessoa. Porém, em relação a alguns de seus direitos ele estaria

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

pendente da condição do nascimento com vida do nascituro, sendo estes, no caso dos direitos patrimoniais e obrigacionais, que só são adquiridos desta forma.

4 ALIMENTOS: ASPECTOS GERAIS

Os alimentos, nessa questão, são justificados pelo inciso III, do art. 1º da Constituição da República⁸, onde se encontram os fundamentos da República Brasileira.

Conforme destacam, Junior e Nerry (2009):

Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado de do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever jurídico fundamental do Estado Constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a premissa fundamental do Estado, porém, é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. (JUNIOR; NERRY, 2009. p. 89).

O instituto dos Alimentos deve abranger as necessidades referentes à satisfação das necessidades de todo ser humano. Vários são os autores civilistas que procuram conceituar o instituto, entre eles pode-se citar.

Yussef Said Cahali (2002, p. 121), diz que, os “alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física como intelectual e moral”.

Importante citar Gonçalves (2007):

O vocábulo alimentos tem conotação ampla, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. 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. (GONÇALVES, 2007, p. 135).

4.1 Pressupostos

Os pressupostos estão previstos no Código Civil em seus artigos 1694⁹ e 1695¹⁰.

⁸ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
III- a dignidade da pessoa humana;

⁹ Art.1694: 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 sua educação.

No que se refere à possibilidade do companheiro de solicitar ao outro a obrigação alimentar, deve ser feito em acordo com as reais, necessidades, Possibilidade e Razoabilidade de cada parte; observando o princípio da proporcionalidade entre as necessidades do alimentando e a situação financeira do alimentante, visto que, o critério do *quantum* dos alimentos depende da conciliação do referido binômio.

Desde que se constate a existência dos elementos citados, o magistrado fixará os alimentos acatando à situação econômica- financeira do alimentante e as necessidades essenciais do alimentando, como moradia, alimentação, vestuário, saúde, educação, etc.

4.2 Pessoas Envolvidas na Relação Alimentícia

O Código Civil demonstra que o instituto abrange os parentes, cônjuges ou companheiros (artigo 1694 CC/02), envolvendo ascendentes e descendentes (artigo 1697 CC/02).

Conforme afirma Patinõ (2006) os pais, que são considerados ascendentes de primeiro grau pelo C.C, tem o dever de sustentar os filhos. Assim, o dever de sustento dos filhos, que não mais vivam em companhia dos pais, se dá por meio do pagamento de pensão alimentícia. Nos casos de separação judicial ou dissolução de união estável, devem além do pagamento de pensão, devem estes, contribuir na proporção de seus recursos, para manutenção dos filhos como previsto no artigo 1703 CC/02.

No que diz o artigo 1.698¹¹, pode ser chamado mais um alimentante, com a finalidade de completar o valor da pensão a ser recebida pelo alimentando.

Os alimentos envolvem pessoas ligadas pelo casamento, união estável, filiação e parentesco, podendo ter ligação até mesmo ao nascituro que pode ganhar alimentos com finalidade de arcar com despesas como de assistência médica por intermédio de acompanhamento médico pré-natal de sua mãe.

¹⁰ Art.1695: São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

¹¹ Art. 1698- 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.

Neste sentido observa Veloso (2009):

A obrigação alimentar existe, a meu ver, desde a concepção, e não só por princípios humanitários. O nascituro tem direito à vida, e direito próprio a alimentos, entendendo-se, aqui, remédios, despesas médicas, e, em geral, necessidades pré-natais, além de hospitalização e parto. (VELOSO, 2009, p. 132)

4.3 Princípio da Proteção Integral

A legislação brasileira, competente á doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, conforme preceitua o artigo 3º, do Estatuto da criança e Adolescente¹² (ECA) que:

O princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente vem de característica de pessoas em desenvolvimento e a guarda de todos os direitos e interesses necessários para que aconteça o desenvolvimento de suas personalidades.

O mesmo estatuto assegura a proteção integral ao nascituro, previsto no artigo 7º¹³.

Sob o foco da Constituição Federal, apesar de que esta não trata especificamente dos direitos do nascituro, este é assegurado pelo Código Civil, pois ela impõe princípios que apóiam e preservam os direitos aplicados ao nascituro, como o próprio princípio de proteção integral (*caput* do artigo 5º), o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável (artigo 227), entre outros.

4.4 Características da Obrigação de Alimentar

Segundo Patinõ (2006) as principais características da obrigação alimentar são:

¹² Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹³ Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

a) Direito Personalíssimo: é considerada obrigação e direito de natureza pessoal, podendo ser exercido apenas pelo titular, mesmo que este seja assistido ou representado.

b) Intransmissibilidade: o direito a alimentos tem por objetivo o cuidado com a vida e a sobrevivência das pessoas, e não de seus sucessores, que também poderão pleitear alimentos, mas em seu nome próprio e pela razão da sua necessidade, ou seja, o direito não se transfere a outro. Existe uma exceção no artigo 1700 do CC¹⁴, onde diz que a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros do devedor.

c) Incessibilidade: previsto na parte final do artigo 1707 do CC¹⁵, que diz que o crédito de alimentos é insuscetível de cessão, compensação ou penhora. Assim, o direito a alimentos que é personalíssimo, diz respeito apenas ao necessitado, sendo incompatível seu exercício por outro.

d) Irrenunciabilidade: O recebedor de alimentos pode deixar de exercer tal direito, conforme o artigo 1707 do Código Civil, porém este é impossível de ser renunciado ao próprio direito, assim, o direito de pleitear alimentos não pode ser renunciável. Existe uma posição diversa por alguns doutrinadores, de que a irrenunciabilidade dos alimentos vem apenas das relações de parentesco, sendo então renunciáveis os alimentos decorrentes do casamento e união estável (súmula 379 STF).

e) Incompensabilidade: o artigo 1707 do CC proíbe a possibilidade de compensação entre créditos alimentares. Ou seja, a hipótese do alimentante ser credor do alimentando não autoriza a compensação das suas dívidas, isso ocorre também pela própria preservação da natureza desse instituto.

f) Impenhorabilidade: o crédito alimentar é insuscetível de penhora, não levando em consideração o valor da dívida do alimentando, pois, o direito à vida merece mais consideração que o direito de créditos.

g) Intransacionabilidade: o artigo 841 do CC¹⁶ deve ser interpretado como a proibição de transações no que envolve o direito de personalidade, por estes serem

¹⁴ Art. 1700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1694.

¹⁵ Art. 1707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

¹⁶ Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

indisponíveis e não direitos patrimoniais privados, não podem ser objeto de transações.

h) Imprescritibilidade: Mais uma vez deve-se atentar para a diferença entre o direito aos alimentos e o direito aos créditos alimentares já constituídos que são atingidos pela prescrição do parágrafo 2^a do artigo 206 do Código Civil¹⁷.

i) Atualidade: O direito a alimentos é sempre imediato, este, está ligado às necessidades do dia-a-dia, justamente por isso, não se admite pedir ao alimentante, alimentos do passado. Sendo que estes alimentos estão destinados à sobrevivência do alimentando, ou seja, não há razão para ser prestados para quem já passou dificuldades de sobreviver, e já conseguiu superá-las.

j) Irrepetibilidade: não há que se falar em restituição dos alimentos já pagos. O princípio da irrepetibilidade dos alimentos é usado, visando impedir o enriquecimento ilícito.

4.5 Natureza dos Alimentos

4.5.1 Alimentos Naturais

Segundo Madaleno (2008) os alimentos naturais, são aqueles destinados às necessidades básicas do necessitado, na qual englobam as despesas com alimentação, saúde, vestuário e moradia, são aqueles considerados indispensáveis para a sobrevivência do alimentando, devendo ser fixados pelo juiz de acordo com as necessidades de cada caso.

São consideradas segundo Madaleno (2008) como necessidades do alimentado:

Alimentação – compreende o necessário para subsistência do alimentando, levando em consideração que seja uma alimentação capaz de dar condições saudáveis ao desenvolvimento do alimentando.

Habitação – trata-se da moradia, no aspecto da manutenção e conservação da habitação ou pagamento de aluguel, levando-se em consideração os gastos com impostos e taxa da administração pública.

¹⁷ Art. 206 §2º. Em dois anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

Educação – representa os gastos com educação. No sentido de, gastos com livros, uniformes e transportes escolares, etc. A maioria civil não é razão suficiente para extinção do direito aos alimentos, justamente para garantir uma educação adequada.

Saúde – aqui se trata da preservação da saúde, a inclusão do alimentando dentro de um plano de saúde ou a convênio com empresa privada de assistência médica, além de gastos com médicos e dentistas, remédios e tratamentos ortodônticos e internação hospitalar.

4.5.2 Alimentos Cíveis

Segundo Madaleno (2008) dizem respeito à realização social do alimentando, na qual entra suas necessidades intelectuais e morais, incluindo as despesas com educação e lazer.

Os alimentos cíveis devem proporcionar uma quantidade que atinja às necessidades gerais do alimentando, considerando estas, de forma ampla e procurando dentro do possível e das possibilidades financeiras manter a qualidade de vida.

A finalidade desta natureza de alimentos, além de incluir a subsistência da pessoa, deve incidir de forma a preservar sua realização social.

4.6 Causa Jurídica: Alimentos Legítimos, Voluntários e Ressarcitórios

O Direito Civil considera como fontes de obrigação alimentar a Lei, a vontade do alimentante e ao ato ilícito.

Os alimentos legítimos são estabelecidos em lei, pela causa do vínculo de parentesco, matrimônio ou ainda decorrente de união estável entre alimentante e alimentado, como prescreve o artigo 1694, §1º e §2º¹⁸:

¹⁸ Art. 1.694. 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 sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Já os alimentos voluntários, são aqueles nos quais são fixados por meio de declaração de vontade do alimentando, este, são obrigatórios ser declarado por negócios jurídicos ou testamento.

Os alimentos ressarcitórios, são prestados em função de ato ilícito causados pelo alimentante, e ainda, este possui caráter obrigacional.

4.7 Finalidades do Instituto: Alimentos Provisionais, Provisórios e Regulares.

O instituto alimentar possui três classificações, são eles, provisórios, provisionais e regulares.

Os alimentos provisionais segundo Patinõ (2006) destinam-se a estabilidade dos requerentes, ajustando as custas e despesas processuais, na pendência de ações como as de natureza cautelar, separação judicial, divórcio, investigação de paternidade e na própria ação de alimentos, são denominados *ad litem*.

Assim, os alimentos provisionais visam garantir a aqueles que tenham dificuldades para prover sua própria subsistência, meios para que possam pleitear judicialmente seus direitos. Os alimentos provisionais são fixados pelo juiz nos termos da lei, levando em consideração o Código de Processo Civil e a Lei de Alimentos.

Para os alimentos provisórios serem fixados é necessário que a relação entre alimentante e alimentando seja demonstrada satisfatoriamente, estes destinam-se a manutenção do requerente enquanto não fixado os alimentos definitivos.

Os alimentos definitivos ou regulares são fixados pelo juiz em sentença final, porém podem estar sujeitos a modificação, em razão da alteração da necessidade ou possibilidade das partes. Retroagem à data da citação do demandado ou então à data da fixação dos alimentos provisórios ou provisionais, substituindo-os.

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Os alimentos gravídicos são espécie dos alimentos convencionais; são os anteriormente denominados alimentos provisórios em face do nascituro (BARROS, 2009). Neste caso, constatado que são alimentos e averiguado a obrigação do suposto pai, deve se utilizar o instituto da obrigação alimentar da nossa legislação.

Devido ao fato de ser uma lei nova, ainda não se atingiu um conjunto de conclusões sobre o tema, levando em consideração que este foi um projeto de lei com bastantes alterações.

5.1 Como eram concedidos os alimentos ao nascituro antes do advento da Lei 11. 804/ 2008.

Atualmente o abandono de mulheres que se encontram no período gestacional é cada vez maior, desta forma na fase em que há um maior grau de necessidade, elas acabam ficando em situações de miséria.

O nascituro necessita de uma série de cuidados das mais diversas naturezas, como pré-natal, medicamentos, cuidados médicos, entre outros. Desse modo os alimentos gravídicos servem para os cuidados básicos indispensáveis e ainda para todos os cuidados relativos ao seu desenvolvimento.

Neste sentido Chinelato (1998) afirma que:

Ao nascituro são devidos os alimentos em sentido lato- alimentos civis- para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Inclui aos alimentos a adequada assistência médica cirúrgica, pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue nos casos de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais freqüência, alcançando ainda, as despesas com o parto. (CHINELATO, 1998, p. 57).

Na concessão dos alimentos o juiz deverá levar em consideração todas as despesas para o desenvolvimento saudável do nascituro.

Neste sentido é o que entendeu o desembargador Sérgio Gischkow Pereira-Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; ao admitir o direito de alimentos ao nascituro:

ALIMENTOS PROVISIONAIS. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. IGUALDADE DOS CONJUGÊS E ENTRE HOMENS E MULHERES. UNIÃO ESTÁVEL. NASCITURO. Hipótese se em que não é exigível o prazo de cinco anos para postulação alimentar em união estável, conforme a Lei nº 8.971/94,

pois que surgiu prole, podendo-se entender como tal também o nascituro. Mulher jovem e em condições de trabalhar não pode reclamar alimentos, que esteja casada, quer esteja em união estável (art. 5º, inc. I, e art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal). A proteção dos companheiros ou conviventes não pode se transformar em monetarização das relações amorosas. Caso em que há peculiaridade de estar grávida a mulher, com o que deve pelo menos auferir alimentos TRANSITÓRIOS. A verba alimentar pode ser fixada em salários mínimos. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, AI nº 596018879, Rel.: Des. Sérgio Gischkow Pereira; 20/06/1996). (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de out. de 2012).

Importante observar que tal decisão foi proferida a mais de quinze anos atrás antes mesmo do surgimento da Lei de Alimento Gravídicos; compartilhou deste entendimento o Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIMENTOS FIXAÇÃO. Pleiteado pela mulher e filhos, sendo um deles o nascituro. Procedência apenas quanto aos alimentos dos descendentes. Redução pretendida de um e meio salário mínimo para apenas um. Indeferimento. Provas que induzem não ser pequeno o faturamento do apelante. Recurso não provido. (SÃO PAULO, TJ, Ap. 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida; 10/04/1991). (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2012).

Existem também antes da entrada em vigor da Lei 11.804/2008, algumas decisões que se opõem as jurisprudências citadas acima, como exemplo podemos citar a decisão proferida Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Responsabilidade Civil. Atropelamento fatal. Mulher grávida. Pretensão a seguro obrigatório referente ao nascituro. Processo extinto. **A pretensão do apelante implica teoria doutrinária que não é acolhida em nosso direito.** É assim que todo homem é realmente capaz de direitos e obrigações na ordem civil e a todo direito correspondente uma ação, que o assegura. No entanto, a **personalidade civil do homem começa do nascimento com vida.** Logo, **o ser que foi gerado no ventre de M.T.A não foi capaz de direitos e obrigações na ordem civil; e não chegou porque não teve nascimento com vida.** Não se tornou pessoa, que é a palavra com a qual se indica, no sistema jurídico, quem pode ser sujeito de direito. Em consequência, nem é pessoa a que se referem os textos legais do seguro obrigatório, nem pode ter tido bens e deixado herança, o que vale dizer que o autor não se pode ter na qualidade de herdeiro legal, exigida pelos mesmos textos legais. Argumenta o apelante coma 2.^a parte do Art. 4.º do CC (atual Art. 2º CC/2002): “ a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Tal salvaguarda dos direitos do nascituro não significa que o legislador tenha adotado a teoria dos ficcionistas no sentido de que o feto já é pessoa, devendo ser considerado nascido apenas formado no ventre materno. Ao contrário, os direitos pelos *conceptus nondumnatus* „tiene lugar para el caso de que nazca vivo de igual modo que si hibiese sido yasujeto de derecho al tiempo de laadquisición” (Enneccerus, Derecho civil, Parte Geral, I, § 77, p. 321). Como preleciona Washington de Barros Monteiro, „se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos” (Curso de direito civil, Parte Geral, p. 62). (2ª. Câ. Cív., 19.12.1978, RT 525/70). (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2012).

Observa-se com a decisão citada acima a aplicação da teoria natalista.

O fator primordial para as decisões supracitadas estão relacionados à qual corrente adotada em relação ao início da personalidade jurídica do nascituro.

5.2 Amparo Constitucional à Lei 11.804/2008

Conforme afirma Tartuce (2009) a Lei nº 11.804/08 se junta com a realidade social bem como junto aos preceitos da Constituição Federal, pois ao garantir direito a alimentos na fase da gestante, concretiza o princípio da dignidade humana, lançando, com isso, uma premissa de que a dignidade do nascituro é direito indisponível e como tal deve ser preservado.

A Constituição da República se junta com a valorização da vida, tanto da criança como do adolescente, das famílias, dos idosos, criando fundamentos para que o Estado efetive uma atitude protetiva, de acordo com as necessidades de cada um.

No artigo 226 da Constituição Federal¹⁹ fica declarada a preocupação com a família, que deve ter proteção especial e diferenciada do Estado, como previsto em lei. Levando em consideração a evolução da família no caráter social, é garantida a proteção à união estável, a entidade familiar à prestação de alimentos, entre outros conforme é previsto pela constituição.

O artigo 227 da Constituição Federal²⁰ assegura às crianças e aos adolescentes, o direito a vida, a saúde, a alimentação, entre outros pilares de proteção e dignidade.

Tartuce (2009) afirma ainda que não há dúvidas que o titular do direito aos alimentos seja o nascituro, conforme o parágrafo único do artigo 6º da lei 11.804/08: “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”.

¹⁹ Art. 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁰ Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Entende-se que os alimentos gravídicos são convertidos após o nascimento em pensão alimentícia porque antes seu titular era o nascituro, depois passa ao nascido.

Ainda falando sobre a proteção aos filhos, o artigo 229 da Constituição da República²¹ enfatiza que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Levando-se em consideração a interpretação final e lógica do dispositivo, o dever dos pais começa antes do nascimento, a partir da concepção, sendo que, o maior dever deles é o de garantir o nascimento do ser concebido.

A obrigação alimentar começa mesmo antes do nascimento, desde que haja necessidade de garantir ao nascituro os direitos que estão previstos na lei, como remédios, despesas médicas e em geral, necessidades pré-natais.

Segundo Rosenvald :

Havendo gestação, existem grandes possibilidades de que o bebê venha nascer com vida, por isso, para que a gravidez seja levada a termo, ocorrendo o nascimento com vida do bebê, faz-se necessária uma série de cuidados que vão desde a alimentação da mãe, até o acompanhamento médico através de consultas e da realização de exames. (ROSENVALD, 2008. p. 626).

A Lei nº 11.804/08 foi criada para garantir os alimentos desde a concepção, pois no período de gravidez, são várias as situações que exigem a participação e ajuda do pai, entre elas, nos gastos com assistência médica e psicológica, exames complementares, alimentação especial, medicamentos, despesas hospitalares com a maternidade, de enxoval do bebê, entre outras que o médico considerar indispensáveis.

Conforme afirma Tartuce (2009) a sociedade brasileira, não conta, com a participação ativa do Estado no período de gravidez da mulher, como ocorre em países desenvolvidos, o que reforça ainda mais a obrigação dos pais em fornecer tudo que se faz necessário para garantir o direito à vida.

A validade para que o nascituro possa disputar os alimentos acontece do próprio direito da personalidade, como também dos princípios constitucionais que garantem a vida digna e o direito à saúde.

O projeto de Lei inicial, aprovado pelo Poder Legislativo possuía doze artigos, e destes, seis foram vetados pelo Presidente da República, para vetar, foram ouvidos outros membros expondo suas razões de vetos.

²¹ Art. 229- Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

5.2.1 Vetos Presidenciais:

Sem dúvida alguma, a Lei de Alimentos Gravídicos preencheu uma grande vacância que existia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que dificultava a concessão de alimentos desde a concepção. No entanto, no seu texto original, havia muitos equívocos, os quais alteravam a intenção de assegurar o direito à vida do nascituro e da sua genitora, e protegiam claramente a figura do réu.

O artigo 3º foi vetado²², pois previa nele, como foro competente para julgamento da ação o domicílio do réu, em acordo com o disposto no artigo 94 do Código Processual Civil.

Razões do veto:

O dispositivo está dissociado da sistemática prevista no Código de Processo Civil, que estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos o do domicílio do alimentando. O artigo em questão desconsiderou a especial condição da gestante e atribuiu a ela o ônus de ajuizar a ação de alimentos gravídicos na sede do domicílio do réu, que nenhuma condição especial vivencia o que contraria diversos diplomas normativos que dispõem sobre a fixação da competência. (CARVALHO, 2009. p. 134)

A informação sobre a qual contém no veto do artigo acima rejeitava a condição da gestante, pois seria necessário ajuizar a ação no domicílio do réu, contrariando dessa forma, a lei brasileira que concede foro privilegiado ao alimentado.

Também foi vetado o artigo 4º²³, no qual estabelecia que a petição inicial, obrigatoriamente, devia ser feita junto com laudo médico que atestasse a gravidez.

Razões do veto:

O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à petição 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. O próprio art. 2º do Projeto de Lei dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: 'valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis (...)'. Esses gastos ocorrerão de qualquer

²² Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973- Código de Processo Civil.

²³ Art. 4º Na petição inicial, necessariamente instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade, a parte autora indicará as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas de que dispõe para provar o alegado, apontando, ainda, o suposto pai, sua qualificação e quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe e exporá suas necessidades.

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. (CARVALHO, 2009. p. 135)

Para Carvalho (2009) a fundamentação para o veto foi de que, independentemente da gravidez ser viável ou não, a gestante necessita de cuidados especiais, e para tanto necessita de gastos financeiro. Os gastos que são previstos no artigo 2º²⁴ da quais sejam, as despesas adicionais do período de gravidez, alimentação especial da gestante, assistência médica e psicológica, exames complementares, parto, entre outros como estão previstos na lei, não devem ser arcados somente pela gestante, deve possuir também a ajuda do pai.

Também vetado o artigo 5º²⁵, que previa a designação de audiência de justificação pelo juiz, nesta, seria ouvido à parte autora e também seriam apreciadas as provas de paternidade, como também os depoimentos do réu e de testemunhas e requisitados documentos.

Razões do veto:

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. (CARVALHO, 2009. p. 134)

O artigo 8º²⁶ também foi vetado, pois previa que no caso de oposição à paternidade, a concessão de alimentos dependeria de exame pericial.

Razões do veto:

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 prova necessário sempre que ausentes outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia. (CARVALHO, 2009. p. 134-135)

²⁴ Art. 2º 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 à 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.

²⁵ Art. 5º Recebida à petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré de testemunhas e requisitar documentos.

²⁶ Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente.

Caso este artigo não fosse vetado, colocaria em risco a vida do nascituro e a saúde da gestante, visto que é bastante perigoso o exame por meio do líquido amniótico. De acordo com a mensagem que foi atribuída ao veto, o exame de perícia não pode se imposto como condição para a procedência da ação, mas sim como elemento de prova necessário sempre que estiverem faltosos os outros elementos que compravam. Após o veto, o homem será obrigado a pagar alimentos gravídicos por indícios de paternidade e depois poderá comprovar a negatividade da paternidade.

O artigo 9º²⁷ previa que os alimentos seriam devidos no momento da citação do réu. Em parecer, diversos órgãos, manifestaram pelo veto do artigo, baseando no fato que ao determinar que os alimentos gravídicos fossem devidos somente a partir da citação do réu, este provocaria pendências que impediriam a citação.

Razões do veto:

O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos fossem devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, a não existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade. (CARVALHO, 2009. p. 135).

Este veto fala que o auxílio financeiro devido à gestante somente teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.

Por fim foi vetado o artigo 10º²⁸, pois previa a responsabilização da gestante por danos materiais e morais causados ao réu, caso o resultado do exame fosse negativo.

Razões do veto:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. (CARVALHO, 2009. p. 135).

²⁷ Art. 9º Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu.

²⁸ Art. 10 Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.

Conclui-se que, sobre os vetos, pode-se resumir que: o foro competente é o do domicílio do alimentado, ou seja, da gestante; o pressuposto utilizado é apenas indícios de paternidade apresentados pela autora da ação, desde que convencido o juiz; os alimentos serão fixados pelo juiz ao despachar a inicial; e, ainda, se com o nascimento da criança ficar provado que o réu da ação não é o verdadeiro pai, este não poderá pedir ressarcimento dos valores pagos, exceto se a autora tiver agido de má-fé.

Os dispositivos vetados visaram tornar o procedimento mais rápido e assegurar que a gestante fosse ajudada pelo suposto pai durante todo o período de sua gravidez.

Sobre a indenização por danos morais e materiais, a lei não quer dizer que não poderá existir. A intenção do legislador foi não impor a obrigatoriedade da autora indenizar o réu somente pelo fato de ser julgada improcedente a ação. Se verificada a má-fé da mãe, por exemplo, ou se durante o curso da ação, o réu pagou alguma quantia para o sustento daquele que afirmavam ser seu suposto filho e ao final, o juiz dá uma sentença improcedente, poderá sim o réu interpor uma ação de indenização.

5.3 Principais Aspectos da Lei 11.804/2008

A Lei 11.804/08 encontra seus antecedentes próximos na emenda apresentada pelo Senador Nelson Carneiro ao projeto do atual Código Civil, acrescentando ao artigo 2º, que trata do nascituro, um artigo dispendo “A mulher grávida, sem meios de prover seu sustento, poderá requerer ao pai do nascituro, concebido fora do casamento, o necessário a própria subsistência, durante os seis meses anteriores e posteriores ao parto”.

A emenda recebeu parecer pela não aprovação nos seguintes termos:

Alega a justificação que dispositivo semelhante figurava na legislação portuguesa de 1910, e que a prestação no caso, não é devida ao filho, mas à sua genitora. É temerário estabelecer obrigação desta índole, na incerteza dos fatos e da responsabilidade pretendida.(CAHALI, 2009. p. 352)

É visto dentro da lei dos alimentos gravídicos, que o direito tutelado é do próprio nascituro, pois é dele o direito resguardado, qual seja o direito à vida.

Conforme Cahali (2009) o direito do nascituro aos alimentos não depende da mãe ser casada ou não. Para propor à ação de alimentos a mãe, poderá pleitear em liminar, alimentos provisórios, seja fruto de uma relação matrimonial ou mesmo de uma união estável.

No que se refere aos valores em que devem ser fixados os alimentos gravídicos o artigo 2º²⁹ da referida lei esclarece esta questão.

De acordo com Cahali (2009) o artigo citado acima tenta proporcionar à mulher grávida um verdadeiro auxílio-maternidade, representado por uma contribuição proporcional que foi imposta ao suposto pai, devido à forma de participação das despesas adicionais do período de gravidez.

De acordo com Cahali (2009) é necessário mencionar que para fixação dos alimentos gravídicos se faz indispensável à existência de pelo menos indícios de paternidade. Ou seja, é necessário provar que existe relação entre o alimentante e genitora do nascituro.

A Lei nº 11.804/08 trouxe melhorias nas jurisprudências que mesmo antes, já garantiam ao nascituro o direito aos alimentos, mas, não tratava de forma correta o nascituro, deixando esses direitos jogados pelo mundo.

Depois do nascimento, segundo a lei, os alimentos gravídicos transformam-se automaticamente em pensão alimentícia, podendo ser alterado o valor por meio de manifestação de uma das partes, isto, será analisado pelo juiz, segundo critérios dos princípios da necessidade, possibilidade e razoabilidade e pela lei de alimentos.

Cahali (2009) diz que deve-se dizer também, que essa nova legislação efetiva a tão sonhada paternidade, pois ao fixar a responsabilidade do pai em relação à gravidez e ao nascituro, certamente acarretará a uma maior conscientização das responsabilidades.

5.4 Indícios de Paternidade

De acordo com Barros (2009) a lei permite à mãe buscar todos os meios possíveis para demonstrar o que foi alegado, ou seja, que o réu é o suposto pai da

²⁹ Art. 2º 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.

criança e, para tanto, deverá ajudar nas despesas da gestante. Pela lei, não se provará abertamente a paternidade, mas os fatos que possam gerar a presunção de paternidade. Daí então o motivo da previsão de indícios de paternidade para concessão dos alimentos gravídicos.

Diferente, da ação de alimentos (na qual é preciso demonstrar o vínculo de parentesco, junto com a obrigação de prestar alimentos), a ação de alimentos gravídicos, basta que a autora apresente indícios de paternidade. A prova de paternidade não precisa ser tão forte, como na ação de investigação de paternidade e entre outras ações.

Neste sentido, leciona o professor Barros (2009):

Enquanto a ação de alimentos movida pelo nascituro é baseada na relação de parentesco, razão pela qual a jurisprudência exige a demonstração do vínculo de paternidade, dificultando, destarte, o êxito desta ação, nos alimentos gravídicos, a legitimidade ativa é da própria gestante, independentemente de existir entre ela e o suposto pai do nascituro casamento ou união estável, bastando apenas à existência de indícios de paternidade, não se exigindo que a relação de filiação seja demonstrada cabalmente. (BARROS, 2009, p.133)

O artigo 239, do Código de Processo Penal, define indícios, como a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias.

Barros (2009) afirma que indícios são fatos conhecidos pelos quais se demonstram fatos desconhecidos.

Sobre indícios e sua importância na ação, Mirabete (2004) diz que:

Na prova direta (confissão, testemunho, perícia, etc.) o fato é revelado sem a necessidade de qualquer processo lógico construtivo: a prova é a demonstração do fato ou circunstâncias. Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz através da circunstância lógica: esta é a que revela o fato ou circunstância. Provas indiretas são os indícios e presunções. (MIRABETE, 2004. p. 343).

Pelo dicionário, a palavra Indício significa indicar, apontar, demonstrar, revelar, entre outros. No caso da lei, a autora da ação, que é a mãe, precisa demonstrar mostrar de alguma maneira, que o réu é o pai da criança, ou tem grandes possibilidades de ser. Alguns Juízes aceitam como indícios até como meio de provas um simples e-mail.

Cahali (2009) diz que nesta lei, não se presume que o réu é o pai, apenas são apresentados indícios que indicam que ele é o suposto pai, nos quais será

necessários convencer o juiz para aceitar os indícios. Do contrário, faltando indícios, o juiz não terá alternativa a não ser optar pela improcedência da ação.

A lei dos alimentos gravídicos veio para suprir uma necessidade até então existente, ou seja, trouxe o direito às mulheres de receber alimentos durante o período de gestação, o que já era admitida em algumas jurisprudências. Com essa nova idéia, a lei deixou um vazio, pois não é preciso que se comprove a paternidade, a lei não exige esta, fala apenas em indícios de paternidade.

Carvalho (2009) diz que, convencido dos indícios de paternidade apresentados poderá pedir a antecipação da tutela, conferindo desde já a concessão de alimentos gravídicos à mãe. Existe então grande risco que do magistrado deferir o pedido com base apenas em indícios. Entende-se que esta lei confere ao juiz mais poderes, a partir do momento em que este julga com fundamento em meros indícios.

Por outro lado, de acordo com Carvalho (2009), diante do risco do erro judicial, há de se observar o juízo de proporcionalidade. O dano será menor se punir o réu, caso haja erro dos indícios, do que se no futuro se mostrar que o réu é mesmo o pai, penalizando a mãe, com o indeferimento dos alimentos gravídicos, pois esta suportara sozinha os custos durante toda a gravidez. Nesta situação, não causará prejuízo só a mãe, mas também ao nascituro.

Abaixo temos alguns posicionamentos do Tribunal do Rio Grande do Sul (TJRS), em julgados que deram provimento ao agravo interposto contra decisão que indeferiu alimentos gravídicos em primeira instância:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. LEI Nº 11.848/08. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. agravo de instrumento. Alimentos gravídicos. Indícios de paternidade. Cabimento. A lei 11.804/08 regulou o direito de alimentos da mulher gestante. Para a fixação dos alimentos gravídicos basta que existam indícios de paternidade suficientes para o convencimento do juiz. (...)
Por fim não se pode perder de vista, que duas ordens de provisoriedade podem ser levadas em conta para ensejar o risco. Ao primeiro, uma provisoriedade dentro desse mesmo procedimento. Por evidente, até o nascimento da criança o réu poderá se defender, ou mostrar indícios contrários e excesso na fixação do pensionamento. Ao segundo, o risco de eventual erro judicial, tem prazo certo para terminar. Quando do nascimento da criança. Se for interesse de todos, após o nascimento, em muito breve tempo, se poderá confirmar ou não a paternidade. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de out. de 2012).

Portanto, como se pode notar, os indícios apresentados não convencerem o magistrado, este poderá julgar improcedente a tutela da autora quando não convencido. Deste modo se posicionam os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, respectivamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. Ausência de verossimilhança de união estável e inexistência de indícios sobre binômio alimentar. Inoportuno contraditório e produção de outras provas. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS - LEI N.º 11.804/08 - PEDIDO DE LIMINAR - INDEFERIMENTO - INCONFORMISMO - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA PATERNIDADE - POSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO APÓS A FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. [...] Desse modo, nessa fase preambular, ainda são poucos os elementos que possam indicar a paternidade, inviabilizando, assim, a concessão da liminar buscada pela agravante. (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 de out. de 2012).

Carvalho (2009) conclui que os indícios são considerados provas indiretas de alegação. É importante lembrar que por ser considerado por meio de provas, este, é necessário que o réu tenha conhecimento das provas produzidas, assim como possa vir a produzir outras provas para se defender.

5.5 Alimentos Avoengos

É certo que os pais devem pagar alimentos aos seus filhos. Mas de acordo com o que diz o artigo 1.696 do Código Civil, pode-se destacar que a prestação de alimentos estende a todos os ascendentes, atingindo também, os próximos em grau, suprimindo a falta um dos outros.

De acordo com Carvalho (2009) não existem dúvidas no ordenamento jurídico, sobre a possibilidade de se requerer alimentos dos avós (por isso são chamados alimentos avoengos).

De se ver o que o artigo 1.698, do Código Civil, dispõe que: “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; (...)”.

Inicialmente, cabe aos pais o encargo da prestação alimentar. Vê-se, porém, que a lei segue uma ordem preferencial para o cumprimento desta prestação, qual seja, primeiro os pais, depois os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Neste sentido, surge o instituto que convencionalmente é chamado de alimentos avoengos.

De acordo com Lomeu (2009), em consonância com os artigos 1.696 e 1.698, ambos do Código Civil, os avós ficam responsáveis pela suplementação dos alimentos prestados aos netos, quando ocorrer de o encargo não ser satisfeito parcial ou totalmente pelo parente obrigado diretamente, ou seja, pelos pais.

Para Lomeu (2009) há tempos, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que os avós somente tenham obrigação de pagar pensão alimentícia se restar comprovado que os pais não têm possibilidades de arcar com tal encargo, sendo dos autores da ação o ônus de provar tal situação.

Portanto, resta claro que a ação deverá ser movida primeiramente contra o pai e, sendo este impossibilitado de pagar os alimentos, serão chamados os avós. Os avós só poderão ser demandados se, ao final da ação de alimentos movida contra o pai, esta não obtiver êxito, pela não localização do pai, pela constatação de sua incapacidade financeira, ou pela apuração de capacidade insuficiente para suprir as necessidades do alimentando.

Assim, para a procedência do pedido de alimentos dirigido diretamente contra os avós, necessária a ausência do genitor ou mesmo insuficiência de recursos deste para suportar o pensionamento.

Destaca-se, neste sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA. REGIMENTAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AVÔ PATERNO. COMPLEMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. - Os avós podem ser chamados a complementar os alimentos dos netos, na ausência ou impossibilidade de o pai fazê-lo. A obrigação não é solidária.
CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS. Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de out. de 2012).

Desta forma, deve-se entender que são deferidos os alimentos gravídicos avoengos, desde que esteja sendo respeitada a ordem do Código Civil, ou seja, primeiramente ao pai e, na falta dos pais, segue a obrigação aos avós. Essa

consideração vale tanto para os alimentos tradicionais como também para os alimentos gravídicos.

Como bem assevera Lomeu (2009):

A obrigação alimentar gravídica avoenga também detém característica subsidiária ou complementar, justificando-se tão-somente quando comprovada a incapacidade financeira dos genitores para prover o sustento dos filhos, ou, esgotadas as possibilidades de prestação alimentar pelo pai. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 18 de out. de 2012).

Por fim, conclui-se que, por se tratar de uma necessidade imediata que o nascituro possui em receber alimentos, não se importa se os alimentos serão pagos pelo pai ou pelos avós, importando somente o fim que eles se destinam.

5.6 Antecipação de Tutela

Tendo em vista a longa espera do tempo no judiciário, devido a diversas causas, foi criada e introduzida a tutela antecipada. Ou seja, antes mesmo que saia a sentença final, poderá o autor receber uma resposta do seu pedido, através do instituto de antecipação da tutela, conforme demonstra o artigo 273, do Código de Processo Civil³⁰.

É necessário distinguir a antecipação de tutela da liminar de medida cautelar, embora ambos os institutos permitam que o autor receba resposta anterior antes da sentença final.

Neste seguimento, Filho explica:

A medida conferida no âmbito da ação cautelar objetiva assegurar o resultado útil da ação principal, sem a pretensão de oferecer ao autor parte ou totalidade da resposta judicial a ser oferecida por ocasião da sentença final. Num outro dizer, percebemos que a medida cautelar opera no campo da prevenção, incidindo sobre o objeto da ação principal, para garantir que a coisa ou o direito disputados pelas partes não venha a perecer pelo decurso do tempo, ou por atos praticados pelo opositor do autor. (FILHO, 2008 p. 121).

Filho (2008, p. 121), afirma, ainda, que “a finalidade da ação cautelar, e da medida liminar pleiteada no seu âmbito, refere-se à mera proteção do direito a ser

³⁰ 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 convençam 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 do réu. (BRASIL, 1976)

disputado na ação principal, não tendo natureza satisfativa, mas apenas acautelatória”.

Para Filho (2008) os pressupostos para que se torne necessário à tutela cautelar é o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. O primeiro se trata das possibilidades de que as alegações feitas pelo autor sejam verdadeiras, ou seja, é uma prova superficial, a fumaça do bom direito, no segundo pressuposto, o autor deve demonstrar que se o juiz não intervier de forma imediata, acontecerá a decadência do direito que será disputado na ação, a demora do processo põem em risco o resultado do processo.

Ainda sobre tutela antecipada, Misael Montenegro Filho, diz que:

Transpondo nossas colocações para a antecipação da tutela, percebemos que a finalidade da pretensão do autor no citado instrumento jurídico-processual é a de obter no início ou no curso do processo resposta jurisdicional que apenas lhe seria conferida por ocasião da sentença final, trabalhando-se em regime de *antecipação da satisfação do autor*. Confere-se a ele não apenas um alento de proteção, uma resposta acautelatória, mas parte ou a totalidade do que lhe seria apenas conferido após a prática de todos os atos processuais. (MONTENEGRO FILHO, 2008. p. 130).

Entende por antecipação da tutela, como uma medida liminar, que esta não poderá se submeter à longa espera do processo para obter a sentença final.

Diferenciam-se no momento em que a tutela cautelar objetiva proteger o objeto da demanda principal, ou seja, tem natureza protetiva, e já a tutela antecipatória é visa que o resultado que só seria conferido na sentença tenha seus efeitos antecipados.

A antecipação de tutela é apenas um pedido feito pelo autor que necessita de uma resposta rápida do juiz. Este pedido pode ser feito na petição inicial, se não for feito, nada impede que seja feito a qualquer hora do processo.

De acordo com Montenegro Filho (2008, p. 21), “o pedido feito deve ter relação com algum ou alguns dos pedidos que constam na petição inicial, não podendo o magistrado deferir à parte providência jurisdicional não contemplada na petição inicial”.

A tutela antecipada é o meio mais adequado para concessão de alimentos gravídicos e não a liminar de medida cautelar, haja vista que os alimentos visam satisfazer de imediato, parcial ou totalmente, a vontade do autor, e não apenas proteger seu direito para a futura ação.

Apresentado pela autora os indícios, exigidos pela lei, e também comprovando sua necessidade atual pelos alimentos no processo, sendo ao final requerida a medida antecipatória, nada impede que o juiz, defira antecipadamente a tutela. Essa decisão tem por fim satisfazer o requerimento apresentado pela autora, a fim de que não venha acabar parte do direito material envolvido no processo.

Observa-se, que é cabível na ação de alimentos gravídicos, a antecipação da tutela, sem que haja prejuízo ao contraditório.

5.7 Do Quantum dos Alimentos Gravídicos

Conforme prescreve o artigo 2º da lei³¹ em destaque; os alimentos gravídicos surgem no momento em que nasce às necessidades da mulher gestante, ou seja, os alimentos compreendem todas as despesas durante a gestação que se fazem necessárias para o desenvolvimento do nascituro.

O critério utilizado por esta lei não é o mesmo dos alimentos disposto no Código Civil (artigos. 1694 a 1710).

Neste sentido, Douglas Phillips Freitas aduz:

Embora os critérios norteadores para fixação do *quantum* sejam diferentes dos alimentos previstos no art. 1694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, ou seja, são levadas em consideração todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=498>>. Acesso em: 18 de out. 2012).

5.8 Da Conversão em Pensão Alimentícia

³¹ Art. 2º - 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 à 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.

Segundo o artigo 6º da Lei de Alimentos Gravídicos, os alimentos gravídicos serão convertidos, automaticamente, em pensão alimentícia em favor do menor. Estes valores poderão ter revisão, se por vontade de um das partes, os valores podem ser alterados do período de gravidez para a pensão que será dada ao filho, no momento do nascimento.

É o que esclarece Maria Berenice Dias:

Bastam indícios da paternidade para a concessão dos alimentos que irão perdurar mesmo após o nascimento, oportunidade em que a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho. Como o encargo deve atender ao critério da proporcionalidade, segundo os recursos de ambos os genitores, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados vigorando um montante para o período da gravidez e valores outros a título de alimentos ao filho a partir do seu nascimento. (Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,3>>. Acesso em: 18 de out. de 2012).

E diz ainda:

Quando do nascimento, os alimentos mudam de natureza, se convertem em favor do filho, apesar do encargo decorrente do poder familiar ter parâmetro diverso, pois deve garantir ao credor o direito de desfrutar da mesma condição social do devedor. De qualquer forma, nada impede que o juiz estabeleça um valor para a gestante, até o nascimento e atendendo ao critério da proporcionalidade, fixe alimentos para o filho, a partir do seu nascimento. (Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,3>>. Acesso em: 18 de out. de 2012).

Nos alimentos gravídicos, após o nascimento com vida do nascituro, o pedido de revisão dos alimentos poderá ser feito junto com o pedido de investigação de paternidade, caso tenha dúvidas sobre a paternidade. Depois da realização do exame de DNA, será verificado se os alimentos continuaram a serem prestados, e pela lei, não há possibilidade de restituição dos valores já pagos.

A extinção dos alimentos gravídicos acontecerá automaticamente quando ocorrer aborto e com o nascimento da criança, pois será alterado, e transformado em alimentos gerais. Quando houver aborto não existirá razão para proteger o direito do nascituro, visto que este morreu.

5. 9 Irrepetibilidade dos Alimentos

Segundo lei do Código Civil, os alimentos uma vez prestados, são irrepetíveis e irrestituíveis.

Os alimentos podem ter o valor aumentado ou reduzido, mas o que foi pago anterior a sentença que os reduziu ou cancelou não pode ser restituído.

Para Washington de Barros Monteiro “a extinção da necessidade não autoriza repetir o despendido com alimentos, pois, quem satisfaz a obrigação não desembolsa soma suscetível de reembolso” (MONTEIRO, 1973, p. 281).

Parte da idéia de que o alimentado não teve enriquecimento ilícito com os alimentos, não necessitando restituir aquilo que foi aproveitado em benefício de sua sobrevivência.

Confirmado que aquele que pagou os alimentos não era o responsável que deveria pagar os alimentos, este poderá cobrar a restituição do terceiro que é realmente o devedor.

Cahali entende que:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar, pois o alimentado utilizando-se dos alimentos não teve nenhum enriquecimento ilícito. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los. (CAHALI, 2002. p. 107).

No entendimento de Pontes de Miranda “os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha a decair da ação da mesma instância, ou em grau de recurso” (MIRANDA, 1983, p. 240).

Deve entender que, os alimentos são fixados para o sustento do alimentado, tirando a idéia da possibilidade de restituição.

O suposto pai após o nascimento da criança, caso fique comprovado que ele não é realmente o pai, não poderá pedir a restituição dos valores já pagos à mãe, que foi a autora da ação, conforme previsto na lei dos alimentos gravídicos, pois ela não teve enriquecimento ilícito. Podendo este então, cobrar a restituição do verdadeiro pai da criança, que é o real devedor dos alimentos gravídicos.

Não cabe a restituição pelo alimentado, uma vez que não houve o enriquecimento sem causa, mas cabe o pedido de restituição contra aquele que é o verdadeiro obrigado a prestar alimentos. Então, não é lícito ao suposto pai mover uma ação para cobrar da mãe do nascituro os alimentos já pagos, pois os alimentos têm como objetivo garantir a sobrevivência da pessoa (neste caso, do nascituro), então, não se

pode falar em enriquecimento sem causa, finalizando então, a possibilidade de aplicar o art. 884 do Código Civil³².

³² Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido

6 A viabilidade de indenização do réu

Para a concessão dos alimentos gravídicos é necessário que a decisão seja embasada apenas em indícios de paternidade, somente após o nascimento com vida do nascituro é que o suposto pai poderá requerer a realização do exame de DNA, para a indagação de tais indícios. Caso fique, comprovado ao final da realização do exame comprobatório que o suposto pai não era aquele que estava provendo os alimentos; poderá ele neste caso ingressar com ação de indenização por danos morais e materiais, a fim de buscar a reparação de todo o constrangimento sofrido?

Em relação a esta indagação a Lei de Alimentos Gravídicos, não supriu uma lacuna causada pelo veto do artigo 10³³. A simples existência deste artigo fere o direito protegido constitucionalmente de acesso à justiça e do direito de ação, não podendo a autora ser responsabilizada pelo simples exercício de uma garantia constitucional.

Neste caso, como poderia ser solucionado o problema deixado pelo artigo 10 da Lei 11.804/ 2008? A corrente majoritária defende que, mesmo com o veto do artigo 10 da referida Lei a responsabilidade subjetiva e não a objetiva conforme previa o texto do artigo vetado, pode ser aplicada, pois existindo a confirmação da culpa, a responsabilidade subsiste.

Vale citar o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva:

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. (Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/static/caops/mulher/files/files/alimentosgravidicos.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2012).

Independente do veto observa-se que a autora ainda permanece com o dever de indenizar o réu, pela observância dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil³⁴.

³³ Art. 10 Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu

³⁴ 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.

Os artigos citados a cima dispõem sobre a responsabilidade subjetiva, eliminando a responsabilidade objetiva que feria o direito constitucional do livre exercício do direito de ação e impunha o dever de indenizar independente da apuração de culpa.

Douglas Phillips Freitas entende que:

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. 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 (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=498>> Acesso em: 18 de out. 2012)

Importante salientar que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, também denominado de princípio da não-devolução dos alimentos. Por outro lado pode-se dizer que, se confirmada posteriormente a negativa da paternidade através do exame de DNA, não se afasta em determinados casos a possibilidade de ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai.

Portanto conforme afirma Silva (2008), não fica desamparado o suposto pai numa ação de alimentos gravídicos caso se apure não ser o pai, sendo a ele assegurado o direito à reparação de danos morais e materiais com fundamento na regra geral da responsabilidade civil.

Poderá o suposto pai ingressar com ação de indenização por danos morais, quando ao final for comprovado através de prova pericial que ele não é o verdadeiro

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

pai biológico. Esta ação de indenização tem como fundamento legal o artigo 186 do Código Civil ³⁵.

Neste item, surgem duas questões polêmicas, uma vez que os alimentos gravídicos são concedidos apenas com a comprovação dos indícios da paternidade.

Conforme afirma Melo Filho (2009):

A responsabilidade civil pelos danos materiais e morais na hipótese de improcedência da ação; 2) a repetição do indébito quando, não obstante a concessão da liminar de alimentos provisionais, a ação, ao final, acaba sendo julgada improcedente, ou, ainda, a despeito da procedência, o devedor posteriormente propõe uma ação de exoneração de alimentos e comprova, mediante exame de DNA ou outras provas, a ausência do vínculo de paternidade (Disponível em <http://esma.tjpb.jus.br/>. Acesso em 19 de nov. de 2012)

De acordo com a Lei 11.804/08, o suposto pai que pagou indevidamente estaria desamparado não podendo haver nesses casos a reparação do dano, uma vez que o artigo 10, que previa a responsabilidade da gestante, fora vetado.

Ainda nessa mesma linha de considerações Douglas Phillips Freitas discorre:

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. 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 exercer 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 (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=498>>. Acesso em: 18 de out. 2012).

A doutrina diverge em relação à reparação civil do dano supostamente causado, quando verificado posteriormente ao nascimento da criança que o suposto pai não o era. Uma parte da doutrina defende que a mãe (autora) possui o dever de indenizar o suposto pai (réu). Outra corrente doutrinária acredita que, não tendo a autora litigado a ação com má-fé, não cabe a reparação de danos ao suposto pai, uma vez que devido a existência do princípio da irrepetibilidade, os alimentos não são passíveis de restituição

³⁵ 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.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia destinou-se a uma verificação do conteúdo da Lei de Alimentos Gravídicos, especialmente em relação à atual importância que exerce hoje para a sociedade brasileira. Somente após o advento da Lei 11.804/ 2008 é que o nascituro passou a ter o direito a alimentos; estes alimentos foram instituídos visando atender às suas principais necessidades vitais, tendo como escopo o direito à vida e da dignidade da pessoa humana, mesmo antes de nascer e de ter a paternidade reconhecida através de exame comprobatório.

Diante das teorias natalista ou concepcionista, questiona-se durante todo o trabalho, desde quando um pai pode se considerar pai? Este poderá ser considerado pai desde a concepção, pois baseado no princípio da proteção integral, junto com o direito de preservação da dignidade humana, o nascituro tem suas necessidades, e a este, é conferindo-lhe o direito de reivindicar a responsabilidade do pai.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, junto aos princípios constitucionais fundamentais, e o artigo 227 da CRFB, garantem a criança, o adolescente e a família uma condição de grande valor, sendo de responsabilidade de todos os poderes garantirem os direitos essenciais a estas pessoas.

É necessário dar ao nascituro as melhores condições para o seu desenvolvimento, garantindo-lhe o direito à vida, e também o direito do suposto pai da certeza da paternidade. Vivemos em uma sociedade cheia de desacordos familiares, como também sociais e étnicas, então, conservar o direito dos mais fracos em uma relação passa a ser uma obrigação para a justiça.

Os alimentos gravídicos são alimentos que pertencem ao ramo do direito de família, como os outros alimentos, assim, estes devem seguir as mesmas regras da obrigação de prestar alimentos e sempre observar o binômio, necessidade que possui o alimentado e precisões certas das possibilidades do alimentante, pois pode haver alterações no valor fixado, se houver alguma mudança financeira de alguma das partes envolvidas.

Por se tratar de uma lei curta e omissa, no que se refere ao procedimento processual, é necessário utilizar da Lei de Alimentos e seus ritos.

Ao nascituro, é assegurado o direito a uma boa evolução gestacional, observando-se desta forma, a possibilidade de reivindicação dos alimentos; este é

um ponto já pacífico na doutrina e jurisprudência, porém a Lei de Alimentos Gravídicos criou em seu artigo 10, que acabou sendo vetado, uma lacuna; que tinha como principal objetivo tratar sobre a responsabilidade objetiva da genitora, impondo-a em caso de negativa de paternidade o dever de indenizar independente da aferição da culpa. Por se tratar de uma norma intimidadora, observado o livre exercício do direito da ação, é que este artigo foi vetado.

Com a existência deste veto surge o seguinte questionamento: o suposto pai poderá pleitear a reparação dos danos morais e materiais em caso de negatória de paternidade?

Os alimentos são em regra geral irrepetíveis e, sendo estes pagos indevidamente, não caberá exigir da mãe a sua restituição, visto que não houve enriquecimento ilícito. Outra parte da doutrina defende a aplicação do art. 186 do Código Civil de 2002 no que se refere ao dano moral, caso fique comprovado que a mãe ao invés de exercer apenas o seu direito, agiu de má-fé para pleitear os alimentos, há portanto a possibilidade de sua responsabilização subjetiva. Atualmente esta corrente é a majoritária, uma vez que, o ato ilícito somente se configura no abuso e no exercício irregular do direito.

Já em relação ao dano material, caso exista algum equívoco em relação ao suposto pai, esse, não ficará totalmente desamparado, apesar da irrepetibilidade de alimentos, poderá cobrar do verdadeiro pai os valores pagos a mãe durante toda a gestação.

Caso seja comprovada a conduta dolosa da gestante e conseqüentemente a violação da principal finalidade da Lei de alimentos gravídicos, que é a de proteção ao nascituro, caberá neste caso o dever de indenização aos prejuízos causados ao suposto pai.

A Lei de Alimentos Gravídicos é de grande importância para o direito de família dentro do âmbito do direito aos alimentos, visto que esta garante ao nascituro, direitos constitucionais, que até então não existiam dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANGHER, A. J. (org). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8. ed. São Paulo: Ridel, 2011.

ARCOVERDE, S. H. de F. **Reparação do Dano Causado ao Nascituro**. Centro Universitário de João Pessoa. 2007;

AZEVEDO, R. **Íntegra do acordo entre o Brasil e o Vaticano**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/acordo-brasil-vaticano>>. Acesso em: 19 de novembro de 2012;

BARROS, F. M. de. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <<http://www.cursofmb.com.br>>. Acesso em: 16 de outubro de 2012;

BARROS, W. M. de. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973;

BEVILAQUA, C. **Direito da família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimental. **Pensão Alimentícia**. Avô Paterno. Complementação. Possibilidade. Julgamento extra petita. Inocorrência AgRg no REsp nº 514356/SP. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Acórdão em 18 de dezembro de 2006. Portal STJ. Disponível em: <<http://www.stj.br>>. Acesso em: 16 de outubro 2012;

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2012;

_____. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 12 de outubro. 2012;

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 de outubro. 2012;

_____. **Lei n. 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: 16 de outubro de 2012;

_____. **Lei n.º 11.804/2008, de 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em 17 abr. 2012;

BUENO, F. da S. **A formação histórica da língua portuguesa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1967;

CAHALI, Y. S. **Dos Alimentos**. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007;

CARVALHO, L. P. V. de. **Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009;

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

DIAS, M. B. **Alimentos para a vida**. Disponível em
<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,3>>. Acesso em: 18 de outubro de 2012;

DONOSO, D. **Alimentos Gravídicos: Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008**. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219>>. Acesso em: 18 de outubro de 2012;

FREITAS, D. P. **Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=498>>. Acesso em: 18 de outubro. 2012;

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

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, v. VI;

LOMEU, L. S. **Alimentos Gravídicos Avoengos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 18 de out. de 2012;

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

MELO, L. G. P. de. **Alimentos gravídicos: danos materiais, danos morais e repetição do indébito**. Disponível em <http://esma.tjpb.jus.br/>. Acesso em 19 de novembro de 2012;

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado- Introdução- Pessoas Físicas e Jurídicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Bossoi, 1954;

MONTENEGRO FILHO, M. M. **Curso de Direito Processual Civil**. Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009;

PAMPLONA FILHO, R.; ARAÚJO, A. T. M. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Revista de Direito Privado. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 8, n. 30. abr – jun. 2007;

PATINÕ, A. P. C. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2006, v. 8;

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Forense, 2004, v. 2;

PUSSI, W. A. **Personalidade jurídica do Nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005;

SILVA, R. B. T. da. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em:

<<http://www.mp.to.gov.br/static/caops/mulher/files/files/alimentosgravidicos.pdf>>.

Acesso em 20 de novembro de 2012.

Superior Tribunal de Justiça Quarta Turma. Civil. Família. **Alimentos**.

Responsabilidade Complementar dos Avós. Recurso Especial nº 366.837/RJ.

Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Acórdão em 19 de dezembro de 2002. Portal

STJ. Disponível em: <<http://www.stj.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2012;

TARTUCE, F. **Como se preparar para o exame da Ordem**: Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2009;

Tribunal de Justiça Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento. **Fixação de**

Alimentos Gravídicos. Possibilidade, no caso concreto. Lei nº 11.848/08. Agravo

de Instrumento nº 70028667988. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Acórdão em 06 de

março de 2009. Portal TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2012;

_____. Agravo de Instrumento. **Fixação de Alimentos Gravídicos**. Possibilidade, no caso concreto. Lei nº 11.848/08. Agravo de Instrumento nº 70028667988. Relator Claudir Fidelis Faccenda, Acórdão em 06 de março de 2009. Portal TJRS.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de outubro de 2012;

_____. Apelação Cível. Nascituro que somente nasce com vida. **Personalidade Jurídica**. Apelação Cível nº 2006.028342-0. Relator Fernando Carioni, Acórdão em

28 de novembro de 2006. Portal TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

Acesso em: 18 de outubro de 2012;

_____. Agravo de Instrumento. **Alimentos Gravídicos**. Indícios de Paternidade.

Cabimento. Agravo de Instrumento nº 70029315488. Relator Rui Portanoya, Acórdão

em 31 de março de 2009. Portal TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

Acesso em: 16 de outubro de 2012;

_____. **Alimentos Gravídicos. Lei nº 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. Agravo de Instrumento nº 633.573-4/0-00. Relator Grava Brazil, Acórdão em 31 de março de 2009. Portal TJSP. Disponível em:<<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2012;

ROSENVALD, N. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005;

VAZ, V. A. (coord.) **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. Formiga: UNIFOR- MG, 2012.

ANEXO- A**LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.**

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

Mensagem de Veto

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º 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.

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.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. 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.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Dilma Rousseff

Este texto não substitui o publicado no DOU de 6.11.2008