



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

JULIANA OLÉA CISNERO FERNANDES

**O NASCITURO E A GESTANTE – UM ESTUDO DA TUTELA
ALIMENTAR DO NASCITURO E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA
GESTANTE SOB A ÓTICA DA LEI Nº 11804 DE 2008**

ASSIS
2010

Av. Getúlio Vargas, 1200 – Vila Nova Santana – Assis – SP – 19807-634
Fone/Fax: (0XX18) 3302 1055 homepage: www.fema.edu.br

JULIANA OLÉA CISNERO FERNANDES

O nascituro e a gestante – Um estudo da tutela alimentar do nascituro e responsabilização civil da gestante sob a ótica da Lei nº 11804 de 2008

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso, sob a Orientação específica do Professor Mestre Jesualdo Eduardo de Almeida Junior e orientação geral do Professor Doutor Rubens Galdino da Silva.

**FEMA - FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

FERNANDES, Juliana Oléa Cisnero

O nascituro e a gestante – Um estudo da tutela alimentar do nascituro e responsabilização civil da gestante sob a ótica da Lei nº 11804 de 2008 / Juliana Oléa Cisnero Fernandes. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2010.

102p.

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior.

Monografia de conclusão de curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Nascituro. 2. Alimentos gravídicos

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

O NASCITURO E A GESTANTE – UM ESTUDO DA TUTELA
ALIMENTAR DO NASCITURO E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA
GESTANTE SOB A ÓTICA DA LEI 11804 DE 2008

JULIANA OLÉA CISNERO FERNANDES

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como
requisito do Curso de Graduação em Direito analisada
pela seguinte comissão examinadora

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Analizador: _____

Assis
2010

Dedicatória

Aos meus pais, Ana Eliza e Rogério, demonstrações vivas de justiça e honratez, dedico este trabalho, pelo apoio diário em minha vida.

Agradecimentos

Ao professor, Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, pela orientação e pelo constante estímulo transmitido durante o trabalho.

Aos meus amigos, por serem fonte infindável de alegria em minha vida.

Aos meus familiares, pelo amor constante.

À Deus, pela vida que me abençoou.

Epígrafe

“A liberdade de um homem de reproduzir não pode acarretar a miséria, o abandono, o sofrimento e a morte de outra pessoa – no caso, de seu próprio filho. O pai irresponsável é culpado do crime do pixote, do trombadinha e do assaltante juvenil. A questão fundamental de ética e de justiça, neste país, é da paternidade responsável”.

(Autor Desconhecido)

RESUMO

Este trabalho estuda a tutela alimentar do nascituro sob o rito da Lei n° 11804 de 2008, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos. Ademais, analisa a responsabilização civil da gestante na hipótese de recebimento indevido dos alimentos gravídicos.

Palavras-chave: Nascituro; Alimentos gravídicos; Responsabilização civil.

ABSTRACT

This study embraces the alimony to the *fetus* by the Law n. 11804 of 2008, known as Pregnancy Alimony Law. Moreover, analyzes the pregnant civil responsibility in the cases which the pregnancy alimony were wrongly received.

Keywords: *Fetus*; Alimony *fetus*; Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
Capítulo I. DO NASCITURO	14
1.1 Conceito	14
1.2 Personalidade Civil do Homem: Teorias	17
1.2.1 Teoria Natalista	18
1.2.2 Teorias Concepcionista e Verdadeiramente Concepcionista	21
1.2.2.1 Teoria Concepcionista da Personalidade Condicional	24
1.3 Nascituro – Pessoa, Personalidade e Capacidade	25
1.4 Direitos do nascituro	29
Capítulo II. DOS ALIMENTOS	36
2.1 Conceito e classificação	36
2.2 O nascituro e a necessidade de reivindicar alimentos	41
2.3 Lei nº 11804/08 – Lei de Alimentos Gravídicos	44
2.3.1 Vetos opostos à Lei nº 11804/08	48
Capítulo III. DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS	52
3.1 Foro competente	53
3.2 Legitimidade ativa	54
3.3 Citação e Termo inicial dos alimentos	58
3.4 <i>Quantum</i>	59
3.5 Ônus probatório	61
3.6 Execução	64
Capítulo IV. DA PATERNIDADE NEGATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	66
4.1 Noções gerais da responsabilidade civil	67
4.1.1 Pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos causal	69
4.1.2 Modalidades de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva	72

4.2 Paternidade negativa e o direito de reparação-----	76
4.2.1 Repetibilidade dos alimentos-----	79
4.2.2 Danos sujeitos à reparação civil-----	82
Conclusão -----	86
Notas-----	89
Referências-----	94
Anexo-----	100

INTRODUÇÃO

Em face da evolução social e, por conseqüência, das novas exigências sócio-culturais, nossa sociedade, atualmente, computa o elevado número de registros de crianças cuja paternidade é desconhecida.

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Este último, por sua vez, só tem se consolidado após o nascimento da criança. Contudo, a obrigação paterna, seja ela moral ou financeira, é devida desde a gestação.

Já no artigo 227 de nossa Carta Magna, tem-se:

Artigo 227, caput. 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.

À análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º, garante à criança, inserido neste conceito o nascituro (artigo 2º do ECA), proteção à vida e à saúde, garantindo-lhe o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Nessa senda está, ainda, o artigo 8º do mesmo diploma legal, vez que tutela o nascituro por meio da garantia de atendimento médico pré e perinatal à gestante, e somente por meio deste atendimento que se poderia atingir ao desenvolvimento saudável do feto.

Neste sentido, evoca-se um dos mais nobres direitos: o direito à vida. Entretanto, à vida digna, assegurada as condições de desenvolvimento saudável e profícuo. Para tanto, necessário se faz que o inimputável seja tutelado ainda *in utero*.

Foi promulgada no dia cinco de novembro de 2008 a Lei nº 11804, a qual concede à gestante o direito de demandar ação de alimentos durante a gravidez. Trata-se, pois, da Lei de alimentos gravídicos.

Neste diapasão, o objetivo maior da lei ora promulgada é o da tutela ao nascituro, exigindo do indicioso pai a responsabilidade ao pagamento de alimentos ao supostamente futuro filho, atentando-se para as necessidades da gestante, para que, conseqüentemente, a criança possa se desenvolver e tornar-se um adulto sem qualquer restrição.

Este estudo, para sua melhor caracterização, está dividido em quatro partes distintas, pelas quais, na primeira, aborda-se a figura do nascituro, conceituando-se e distinguindo-o de termos análogos. Identifica-se as principais teorias do início da personalidade civil do homem, e, ainda, explicita os direitos do nascituro.

Na segunda parte, põe-se em evidência o instituto dos alimentos, abordando suas classificações doutrinárias. Fala-se da necessidade do nascituro em reivindicar alimentos e, por fim, abrange o disposto pela Lei de Alimentos Gravídicos.

Ato contínuo, na terceira parte, discorre sobre o rito da ação de alimentos gravídicos, elucidando seus principais aspectos processuais.

Para finalizar, na quarta parte do estudo, distingue-se a responsabilização civil da gestante em casos de aplicação dos alimentos gravídicos sobrevindo paternidade negativa do indigitado pai.

Capítulo I – DO NASCITURO

O tema do nascituro é de grande relevância, dada, em especial, à evolução de caráter sócio cultural da humanidade que, ante novos costumes, inicia cada vez mais cedo a vida sexual e, por conseguinte, a gestação. Tal fato, por óbvio, dentre outros, trouxe ao judiciário a figura do nascituro, que necessitando de prestação jurisdicional, evoluiu da figura de mero expectador de direitos, tendo assumido-os como titular destes.

Para se abordar o nascituro necessário se faz a distinção dos termos mais utilizados no assunto, bem como a compreensão da norma jurídica adotada pelo Código Civil para definir “pessoas” e, assim, elucidar as teorias acerca do início da personalidade civil dos homens e, ademais, identificar os direitos resguardados ao nascituro.

1.1 Conceito

De início faz-se primordial a conceituação do que é o nascituro. Atualmente, devido ao avanço da engenharia genética, o conceito de nascituro tornou-se muito mais técnico, englobando o embrião, o feto e, a depender da posição adotada, o zigoto (ALMEIDA). Cumpre distingui-los.

Zigoto ou ovo é o produto da reprodução sexuada. Resulta da junção de dois gametas – óvulo e espermatozóide, sendo uma célula totipotente, isto é, capaz de guardar características genéticas dos progenitores e prover todas as linhagens celulares do organismo adulto. Por meio de várias divisões mitóticas, dá origem a um novo indivíduo, o *embrião*¹.

Embrião é o termo utilizado para designar as primeiras modificações do óvulo fecundado, que, após, dará origem a um novo indivíduo². Tal designação é utilizada até a oitava semana de gestação. Ao término desta, o conceito passa a ser denominado de *feto*. Assim, diz-se *feto* quando do estágio de desenvolvimento intra-uterino, que perdurará até o fim da gestação³.

Nascituro é a designação jurídica para o ente que já foi concebido, porém ainda não nasceu, confundindo-se, pois, com o *feto*.

O termo *nascituro* é derivado da palavra latina *nasciturus* e denota, segundo o dicionário Houaiss (2009, p. 1343) “o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo”.

Para Silvio Rodrigues (2001, p. 36) nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000) define o nascituro como pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com a sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter dado à luz.

Paulo Carneiro Maia (1980, p. 30) conceitua:

O que há de vir ao mundo: está concebido (*conceptus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou continuando “pars ventris” ou das entranhas maternas: aquele que deverá nascer, “nascere”, de étimo latino. Quer designar, com expressividade, o embrião (“venter”, “embrião”, “foets”) que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (“vitalis”), na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (“pars viscerum matris), no ventre materno (“no uterus”), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por parto natural ou artificial [...].

Conforme cotado, nascituro é o ser não nascido, em desenvolvimento intra uterino, enquanto já tenha ocorrido a formação do embrião nidado, isto é, implementado no endométrio, revestimento interno do útero.

A expressão *no ventre materno* é tão importante quanto repetida, pois, ao considerarmos a fecundação *in vitro*, poderá haver, antes mesmo da gestação, início de vida.

A controvérsia jurídica reside justamente neste ponto - iniciar-se-ia quando o nascituro e, por conseqüência, os direitos a ele tutelados?

Silmara Chinelato e Almeida (2000, p. 11) afirma que o conceito de nascituro se dá apenas enquanto haja gravidez, seja ela natural ou artificial, sendo que esta, segundo a autora, inicia-se com a nidadação.

Desta forma, não há que se falar em nascituro enquanto o ovo não estiver implantado no ventre materno, o qual é condição vital para o regular desenvolvimento fetal.

Por outro lado, defende Maria Helena Diniz (1998, p. 7) que o início do nascituro se dá desde a penetração do espermatozóide no óvulo, podendo, portanto, ser fora do corpo materno.

Erickson Gavazza Marques, especialista em biodireito, acerca do tema, assevera:

A Constituição garante o direito à vida, mas não diz o que é vida e nem quando ela começa. As leis tratam das conseqüências da vida. A partir do momento em que o ser humano nasce, está sujeito a direitos e obrigações [...] Não cabe à Justiça decidir isso, e sim à medicina, à ciência. E nem a ciência já definiu quando começa a vida.

Assim, no presente trabalho, não se considera o termo concepção no sentido estrito, como sinônimo de fecundação, mas, sim, o de gravidez (binômio “ovo-mãe”) (ALMEIDA, 2000, p. 12). Admitiu-se, portanto, a corrente no sentido de definir nascituro como o ser não nascido, concebido no útero materno sendo, pois, titular de direitos e amparado por Lei.

Por fim, resta dizer que nascituro não se confunde com o conceito de prole eventual, que será abordado em tópico mais adiante, eis que se refere à pessoa ainda não concebida, enquanto nascituro, conforme elucidado, é o já concebido.

1.2 Personalidade civil do homem: Teorias

O nascituro existe da gestação até o momento do parto. No entanto, em que ponto se dá o início da consideração do ser humano e, em decorrência, de sua personalidade civil? A resposta a essa pergunta está intimamente ligada ao direito do nascituro em pleitear alimentos.

Atualmente evidenciam-se diversas posições de diferentes autores acerca do início da personalidade civil do homem, o que dificulta sua análise. Contudo, tradicionalmente destacam-se duas correntes doutrinárias no ordenamento jurídico pátrio: natalista e concepcionista; esta última se desdobra em outras duas vertentes: verdadeiramente concepcionista e da personalidade condicional.

À primeira vista a redação dada ao artigo 2º do diploma civil é contraditória, resultando em conflito de hermenêutica. Assim, o Código Civil brasileiro parece adotar as diferentes correntes a depender do momento de sua aplicação. Nesse sentido, por exemplo, a teoria natalista, fundamenta a definição de personalidade no Código Civil de 2002. De outra sorte, na busca de alimentos gravídicos, aplica-se a teoria concepcionista.

1.2.1 Teoria Natalista

Considerada conservadora, a Teoria Natalista é defendida por Eduardo Espínola, Cario Mário da Silva Pereira, dentre outros. Adotada pelos códigos civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, dentre outros. Esta teoria se baseia na primeira parte do artigo 2º do Código Civil, que rege que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Assim o sendo, evidencia-se a necessidade do nascimento com vida, tendo o nascituro, conforme ensina Venosa (2005), mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito.

Nessa senda de ideias, doutrina Fiúza (2004, p.114):

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

Assim, além da separação do corpo materno, exige-se que se tenha vida extra uterina. Existem métodos científicos, Estudo Histológico do Pulmão e Docimasia Hidrostática de Galeno, que auxiliam para que não haja dúvidas acerca do nascimento com vida.

A Organização Mundial da Saúde define:

[...] nascimento com vida se dá com a expulsão ou extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez, de um produto de concepção que, depois da separação, respire ou apresente qualquer outro sinal de vida, tal como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária, estando ou não desprendida a placenta. Cada produto de um nascimento que reúna essas condições se considera como uma criança viva.

Desta forma, após o nascimento e comprovado este com vida, tem-se um ser com personalidade civil, já que o nascimento com vida é o fato gerador desta personalidade.

Os adeptos desta teoria sustentam, ademais, que a segunda parte do artigo 2º do Código Civil - “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” – trata-se da expectativa de direitos do nascituro, que os adquirirá a partir do nascimento com vida. Assim sendo, não se trata de salvaguardar os direitos reais, mas de legítima expectativa de direitos, que se transformará em direitos subjetivos após o nascimento com vida do nascituro.

Além disso, os adeptos desta teoria afirmam que apenas em casos expressamente previstos na Lei existirá a proteção dos interesses do nascituro, sendo, pois, taxativos (SEMIÃO, 2000). No mesmo sentido está a posição de Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 218):

[...] pelo nosso direito, antes do nascimento, não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os direitos do nascituro.

Assim, taxativamente estariam os direitos do nascituro elencados, por exemplo, nas situações previstas nos artigos 542, 1609 parágrafo único, 1779 e 1798 do Diploma Civil de seguinte teor:

Artigo 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Artigo 1609. O reconhecimento dos filhos havido fora do casamento é irrevogável e será feito:

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Artigo 1779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Artigo 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Acerca desta teoria abordada, Pontes de Miranda (1954, p. 162) assinala:

[...] 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 foi 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 obter algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

O nascituro, em seu estado intra uterino, não é pessoa, mas sim faz parte da mãe, de forma que nesta fase, mantém entre si um órgão em comum: a placenta (SEMIÃO, 2000, p. 42). Nesse sentido, o nascituro, não tem vida independente. Não obstante, à ele serão reservados os direitos dos quais será titular após o nascimento com vida, fazendo retroagir a sua existência. Vicente Ráo (1999, p. 655) aduz:

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa reconhecimento ou 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 qual certas ações podem ser propostas, ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros.

Neste sentido, a jurisprudência já decidiu:

EMENTA: Acidente de veículo. Liquidação de sentença por arbitramento. Indenização, filho nascituro. Com o nascimento, com vida, adquirindo-se a personalidade, ocorre a aquisição de direitos da pessoa. Possibilidade, porém, de retroação da indenização à data da morte da vítima, pondo a lei a salvo os direitos do nascituro, já concebido quando da ocasião do evento. Critério adequado de cálculo, incorrendo erros. Recurso improvido⁴.

Ademais, segundo a teoria natalista, ainda que o aborto seja considerado crime pelo ordenamento penal – artigos 124 a 128 do Código Penal – e, além, seja tido como crime contra a pessoa, a proteção dada ao nascituro se distingue da dada à pessoa nascida, já que a pena para o crime de qualquer tipo de aborto é inferior à prevista para o crime de homicídio (SEMIÃO, 2000).

Igualmente, o aborto terapêutico e o aborto sentimental ou humanitário, previstos no artigo 128 do Código Penal⁵, conforme a corrente natalista, asseguram que o ordenamento pátrio se posiciona afirmando a desigualdade de direitos entre o nascituro e o nascido.

Para concluir, portanto, para os natalistas, o nascituro possuirá personalidade somente após o nascimento, quando, então, será pessoa e, pois, possuidor de todos os direitos à esta vinculados.

1.2.2 Teorias Concepcionista e Verdadeiramente Concepcionista

Defendida por Teixeira de Freitas, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, dentre outros, dispõe, conforme já sugere sua denominação, que há vida desde o momento da concepção. Portanto, o concepto adquire capacidade de direitos. Adotada pelos códigos civis da Argentina, Áustria, México, Paraguai e Peru.

Adepta desta corrente teórica, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000), enfatiza o posicionamento explicitado pelo biólogo Botelha Lluzia afirmando que o “feto representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Por isso, não é exato ou certo afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe”.

Fernando Mantovani (2002, p. 187-8), posiciona-se que o início da vida humana ocorre na concepção, dizendo:

[...] “racionalidade biológica”, porque a fusão dos gametas representa o verdadeiro e único “salto de qualidade”, que não se repete. Essa fusão gera uma nova e autônoma individualidade humana, que se desenvolve sem solução de continuidade e sem necessidade de sucessivos estímulos externos até o nascimento. Com uma imagem arquitetônica, o zigoto é, ao mesmo tempo, projetista, encarregado e construtor do novo ser humano. A mãe provê o ambiente de trabalho e o material necessário para a construção. [...] Conclui-se que zigoto, blastocisto, pré-embrião e embrião indicam, convencional e descritivamente, somente fases diferentes do novo ser humano antes do nascimento; tal como recém-nascido, criança, menino, adolescente, adulto e velho indicam somente as diferentes fases da vida do homem depois do nascimento, sem nada acrescentar e nada deixar faltando à sua “humanidade”.

Assim, a segunda parte do artigo 2º do Código Civil que diz que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, trata-se, em verdade, da teoria concepcionista.

Para tanto, o nascituro é titular de direitos, por exemplo, à vida, à curatela e à representação, os quais sequer dependem de nascimento com vida. Segundo ensinamentos de Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro (1953, p. 29) a condição de nascimento com vida relaciona-se apenas com os direitos patrimoniais, porém o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro existe em sua plenitude. Assim, sendo o nascituro pessoa e, portanto, titular de direitos, estes personalíssimos estão garantidos. Contudo, alguns efeitos de certos direitos, como, por exemplo, os patrimoniais, são dependentes do nascimento com vida. Desta forma, não haveria discussão acerca da titularidade dos direitos, apenas incapacidade em relação à estes. De outra sorte, quanto aos direitos patrimoniais, o nascimento sem vida funcionaria como condição resolutiva (ALMEIDA). Nesse sentido, Maria Helena Diniz (1994, p. 205) dispõe:

[...] tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo os direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida. Portanto, se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Outrossim, a previsão em nosso diploma penal do crime de aborto dentre os crimes contra a pessoa, evidencia verdadeiro reconhecimento do nascituro e manifestação legal a serviço da personalidade anterior ao nascimento. Nessa senda, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 163) aponta:

Juridicamente, o testemunho dos povos cultos, notadamente na Antiga Grécia, o do Direito Romano, o das legislações estrangeiras e o do próprio direito positivo pátrio confirmam que sempre se atribuíram direitos ao nascituro. O direito à vida tem sua tutela pública no Direito Penal, por excelência, por meio da incriminação do aborto [...].

Além disso, os concepcionistas encontram base na Consolidação das Leis do Trabalho, que pelos artigos 392 a 394⁶ protegem a maternidade e, por consequência, o nascituro.

Por fim, referindo-se à não-taxatividade dos direitos do nascituro, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (1998, p. 186), exprime:

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que afastam na espécie, a regra de hermenêutica “*excepciones sunt strictissimae interpretationis*”.

Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do art. 4º, que, ao contrário, refere-se genericamente a “direitos do nascituro”.

Ademais, doutrinariamente a Teoria Conceptionista se subdivide em duas vertentes: verdadeiramente conceptionista, pela qual a personalidade é atribuída a partir da concepção, e da personalidade condicional, pela qual a personalidade é atribuída no momento do nascimento com vida, que será abordada adiante. Nada obstante, insta salientar que, na realidade, as Teorias Conceptionista e Verdadeiramente Conceptionista se confundem em suas conceituações, sendo, pois, idênticas.

A denominada Teoria Verdadeiramente Conceptionista ou Conceptionista Plena defende que a personalidade começa desde o momento da concepção, sendo, já neste ponto, considerado como nascituro e, ademais, pessoa. Consagra, assim, o início da personalidade desde a concepção, isto é, na vida intra uterina, não dependendo de qualquer condição para ser titular de direitos.

O nascituro possui direitos outros que não os expressos na Lei, e, além disso, direitos que independem do nascimento com vida, como, por exemplo, os direitos da personalidade, o direito de ser adotado, o direito de ser reconhecido, dentre outros. Assim, afirma-se que os direitos do nascituro não estão elencados taxativamente em nosso Código Civil, de forma que ao nascituro cabem direitos além dos previstos, como, por exemplo o direito aos alimentos. Nesse diapasão:

EMENTA: Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito a percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento⁷.

Por fim, resta dizer que, dentre as teorias a respeito do início da personalidade civil do homem, há a nomeada de Teoria Pré-Concepcionista. Sendo extremamente inovadora, esta teoria atribui personalidade desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, seja *in vitro* ou *in utero*. No entanto, não é aplicada em nosso ordenamento pátrio, vez que há grande dificuldade em se estabelecer o momento da fecundação *in vitro*, o que inviabilizaria a atribuição da personalidade.

1.2.2.1 Teoria Concepcionista da Personalidade Condicional

Esta corrente afirma que a personalidade do homem se inicia desde a concepção, contudo os direitos do nascituro estão condicionados a uma condição suspensiva: nascimento com vida. Assim define Washington de Barros Monteiro (2007, p. 66):

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos.

Mas, para que estes direitos se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

É adotada por Camara Leal, J. M. de Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, dentre outros; consagra, portanto, que a personalidade começa desde a concepção, importando, pois, a condição de nascimento com vida. Caso o nascimento não ocorra com vida, a condição não terá sido cumprida, e a personalidade não será desde a concepção. Nessa senda está as linhas de Arnaldo Wald (2002, p. 118):

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.

Miguel Maria de Serpa Lopes (1988, p. 254), adepto desta teoria, aduz:

Antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa de uma *spes hominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria ao ventre [...] A aquisição de todos os direitos surgidos *medio tempore* da concepção subordina-se à condição de que o feto venha a ter existência.

Durante a gestação, o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos a uma condição suspensiva – nascimento com vida. Em nascendo com vida, a personalidade do nascituro retroage à data de sua concepção. O curador ou o representante legal representará o nascituro, a fim de garantir-lhe os direitos assegurados eventualmente.

Portanto, para a corrente da personalidade condicional, o nascituro teria direitos que estariam subordinados a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida (Monteiro, 1987-1989). Assim, desde que constatado o nascimento com vida, a pessoa é considerada como tal desde sua concepção.

1.3 Nascituro – Pessoa, Personalidade e Capacidade

Clóvis Bevilácqua conceitua que "o conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis das faculdades jurídicas atribuídas a um ser, constitui a personalidade". Pessoa, por seu turno, "é o ser a que se atribuem direitos e obrigações", enquanto que a personalidade é a "aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações".

Maria Helena Diniz (2006, p. 118), conceitua que pessoa:

[...] é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Existem duas espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a pessoa natural (ou física), que “é aquele ente provido de estrutura biopsicológica, que traz consigo uma complexa estrutura de corpo, alma e intelecto. É, enfim, o ser humano” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 103). E a pessoa jurídica, também denominada de pessoa moral ou coletiva, que é o ente formado de esforços de pessoas naturais ou por um acervo patrimonial, visando à consecução de uma finalidade específica (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 103-104).

Atrela-se à pessoa a ideia de personalidade, que corresponde à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, para exercer ou praticar os atos da vida civil ou negócios jurídicos, por si ou por outrem (RIZZARDO, 2008, p. 139). Nesse diapasão está o artigo 1º do Código Civil ao dispor que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Não obstante, há que se ressaltar que ser possuidor de personalidade não é meramente ser sujeito de direitos e obrigações, vez que a personalidade é anterior às relações de sujeito. A professora Maria Helena Diniz (2006, p. 121), leciona:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é.

E afirma Gustavo Tepedino (2001, p. 47):

[...] parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

Por conseguinte, necessário se faz a distinção de personalidade e capacidade, pois apesar de se completarem, não são termos análogos. Personalidade e capacidade, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 263), completam-se: “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”. Para a doutrinadora Maria Helena Diniz, capacidade é a medida jurídica da personalidade. Em outras

palavras, é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, os atos da vida civil ou negócios jurídicos (MONTEIRO, 2007).

A capacidade é declinada em duas conceituações: de fato ou exercício e de gozo ou de direito.

A primeira, capacidade de fato ou exercício, definida por Maria Helena Diniz, diz-se da aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento. Trata-se, assim, da capacidade de uma pessoa em distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial. Nem toda pessoa possuiria aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, devido a limitações orgânicas ou psicológicas. Contudo, se puderem utilizá-los e exercê-los por si mesmo, possuem capacidade de fato ou de exercício (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007).

A segunda, capacidade de gozo ou de direito, relaciona-se à aptidão da personalidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, que não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade (DINIZ, 2006). Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 263), à respeito, aduz:

A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a conseqüência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos.

Ademais, a incapacidade de fato ou de exercício não suprime a capacidade de gozo ou de direito. Isto é, não sendo juridicamente capaz de exercer sua qualidade como sujeito de direito, acerca da capacidade de gozo, será o incapaz representado (MONTEIRO, 2007). Neste sentido, a capacidade da pessoa natural é limitada, pois poderá ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz, logo, seu representante legal é quem o exerce em seu nome.

Ao considerarmos um ser possuidor de personalidade, irrefutável que esta pessoa pode defender seus direitos subjetivos, quais sejam, à integridade física, intelectual e moral.

Face ao nascituro, a dúvida subsiste quanto ao momento de definição de sua condição jurídica como pessoa.

Pessoa, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito. Assim, para Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro (1953) falar-se em direitos do nascituro é o mesmo que reconhecer-lhe como pessoa, vez que, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. Desta forma, sustentam que não há outra explicação para os direitos previstos expressamente ao nascituro no ordenamento jurídico, que não seja a consideração deste como pessoa.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 168) assevera que certos direitos e determinados estados, atributos da personalidade, independem do nascimento com vida, refuta-se a ideia de que aquela sempre dependa deste. Mesmo que ao nascituro fosse concedido apenas um direito ou um *status*, seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, pois não há direito ou *status* sem sujeito.

Ante as diferentes teorias abordadas, este trabalho posiciona-se em prol da Teoria Concepcionista pela qual, conforme visto, concede personalidade ao homem desde sua concepção, considerando, pois, o nascituro quando já implantado no ventre materno.

Rubens Limongi França (1980, p. 143), ao afirmar a personalidade do nascituro, aduz que este:

Já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa.

A professora Maria Helena Diniz classifica a personalidade jurídica em formal e material. Personalidade jurídica, em Direito Civil, é a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações, isto é, ser sujeito de direito. A personalidade jurídica formal relaciona-se aos direitos de personalidade, de forma que o nascituro os detém desde a concepção. Já a

personalidade jurídica material, relaciona-se aos direitos patrimoniais, sendo que o nascituro somente os adquire após o nascimento com vida.

Desta forma, o presente trabalho buscou afirmar a corrente no sentido de que o nascituro é pessoa, sendo, portanto, possuidor de personalidade e, por consequência, sujeito de direito, amparado pelo ordenamento jurídico, podendo, ademais, ser titular, em especial, de tutela alimentícia.

1.4 Direitos do nascituro

Pelo o ora exposto, deflui-se que o ordenamento pátrio define o início da personalidade e, por consequência, a proteção ao nascituro, segundo a teoria adotada. Contudo, é consenso dentre os doutrinadores que o nascituro tem direitos desde sua concepção, seja na forma de expectativa, pela teoria natalista, seja na forma suspensiva, pela teoria da personalidade condicional ou, ainda, seja na forma plena, pela teoria (verdadeiramente) concepcionista.

Sergio Abdala Semião (2000, p. 63) afirma que:

Não há dúvidas de que, no primeiro momento da fecundação, já há biologicamente uma vida humana, dotada de todo um patrimônio genético. Outrossim, a Igreja sempre o considerou pessoa, desde os tempos mais remotos.

Pelo próprio teor da teoria concepcionista, adotada neste trabalho, tem-se que o nascituro, sendo sujeito de direitos, possui personalidade e, portanto, à ele são inerentes os direitos resguardados a qualquer outro ser já nascido, essencialmente os personalíssimos.

Leciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 142):

Não há a menor dúvida de que o ser humano é o titular por excelência da tutela dos direitos da personalidade.

Todavia, vale destacar que o instituto alcança também os nascituros, que embora não tenham personalidade jurídica, têm seus direitos ressalvados pela lei, desde a concepção, o que inclui, obviamente, os direitos da personalidade.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito à indenização do nascituro por dano moral, confirmando a tese neste trabalho adotada, no sentido de que o nascituro é titular dos direitos da personalidade;

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum⁸.

Assim, conforme anteriormente abordado, Maria Helena Diniz atribui ao nascituro a “*personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção”, passando a ter “*personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” (2006, p. 197, grifo da autora).

De tal modo, os direitos apreciáveis economicamente, ditos patrimoniais, como, por exemplo, a doação ou a herança, conquanto seus efeitos sejam condicionados ao nascimento com vida, o nascituro somente os adquirirá após plenitude de tal condição.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, garantindo a ele uma série de direitos, sendo estes além dos expressos em Lei.

Colecionado dentre os mais nobres direitos, o direito à vida é também assegurado ao nascituro, até mesmo porque dele derivam e dependem os demais direitos. A vida, preexistente a qualquer direito, antecede o próprio ordenamento jurídico e é basilar a qualquer tutela do ser humano. Com base nesta assertiva é que o nascituro tem o direito ao desenvolvimento sadio no útero materno, para que possa nascer e viver dignamente. Do

direito à vida e, ademais, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, emergem a proteção do nascituro em relação aos possíveis danos à sua integridade, seja física ou moral. Nos ensinamentos de Fernando Capez (2006, p. 60), o direito à vida:

[...] *consiste no direito* de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. É considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos [...].

O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado (*grifo meu*).

Desta forma, tendo o nascituro direitos, não pode deixar de ter antes, o direito à vida, pressuposto necessário de todos os demais direitos. Recusar ao nascituro o direito à vida, a rigor, importa recusar-lhe qualquer direito, contrariando frontalmente o disposto na legislação (MOREIRA, 1983).

O constitucionalista José Renato Nalini (1999, p. 268-8), ao dissertar acerca do direito à vida desde a concepção, explica:

[...] a vida perante a atual Constituição do Brasil, seja biológica, seja moral ou juridicamente, começa desde a concepção [...]. Como se pode concluir que a Constituição do Brasil proteja a vida desde a concepção. Ou, mais diretamente, qual a vida protegida pela Constituição do Brasil? O constituinte não formula soluções desvinculadas da realidade das coisas. Não pode ele, ao seu alvedrio, inventar conceitos írritos à ciência. Existe toda uma teoria das limitações implícitas ao Poder Constituinte. Dentre estas, aquelas postas como dogmas já consagrados por outras ciências. O elaborador do pacto fundante precisa contemplar os dados sociológicos, antropológicos, culturais, tudo aquilo que vem chamado supraconstitucionalidade autogerativa [...]. Biologicamente, a vida tem início no momento da concepção.

A própria tipificação do crime de aborto implica na tutela do direito à vida do nascituro.

Insta salientar que os direitos do nascituro foram além, sendo reconhecidos em âmbito internacional pela Convenção Americana de Direitos Humanos⁹, amplamente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Em seu Capítulo II - Direitos Civis e Políticos -, artigo 4º, inciso I, que dispõe:

Artigo 4º.

I. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente¹⁰.

De outra sorte, quanto aos direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, segue sua colação.

O parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente rege:

Artigo 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Portanto, evidente o direito do nascituro ao reconhecimento da filiação. A mãe ou o pai, mesmo ainda não nascida a criança, poderão pleitear em nome do nascituro o reconhecimento da paternidade ou da maternidade e, por conseqüência, os direitos inerentes ao reconhecimento, como, por exemplo, os alimentos. À respeito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu:

Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos arts. 5º da Constituição da República e 7º e 8º da Lei 8.069/90. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, uma vez que neste há vida¹¹.

Há a hipótese, ainda, de direito à adoção do nascituro. Para os adeptos da doutrina concepcionista, da qual este estudo se filia, o conceito de criança estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como a de “pessoa até doze anos de idade incompletos”, abrange o nascituro. Assim, poderá a criança e, neste conceito, o nascituro, serem adotados, nos termos dos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como dos artigos 1618 e 1619 do Código Civil. Admitida a adoção do nascituro, esta lhe assegurará tanto alimentos quanto integridade física, até seu nascimento, possibilitando uma gestação segura e posterior nascimento sadio.

De outra sorte, cristalino o direito do nascituro de curatela e representação. Senão, vejamos o teor do artigo 1779 do código Civil:

Artigo 1779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Na hipótese de falecer o pai do nascituro e, não tendo a mãe o poder familiar, ao nascituro será nomeado curador que deverá zelar por seus interesses até seu nascimento. Em este sendo com vida, então, ao nascituro será nomeado tutor. No mesmo sentido está o parágrafo único do artigo 878¹² do Código de Processo Civil.

O nascituro tem, ademais, direito a receber doações, conforme estabelecido pelo artigo 542 do Código Civil – “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Acerca do direito sucessório, o nascituro terá direito à herança se no momento da abertura da sucessão já estiver concebido (Inteligência do artigo 1798¹³ do Código Civil). Além disso, poderão até mesmo os não concebidos ao tempo da morte do autor da herança herdar no teor do inciso I do artigo 1799 do Diploma Civil:

Artigo 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Trata-se, pois, da prole eventual. Se o testador contemplar, em seu testamento, eventuais filhos – prole eventual – que puderem ser gerados por pessoas designadas na cédula testamentária e que estejam vivas quando de sua morte, poderão estes ser herdeiros.

De diferente raciocínio lógico-sistemático, tem-se o direito do nascituro em pleitear alimentos. Vejamos.

Prescreve o artigo 2º do Código Civil:

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

Assim, conforme anteriormente elucidado, o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, não obstante nossa legislação resguarde os direitos do nascituro desde sua concepção. Disto, pois, que se pressupõe a condição suspensiva, direito eventual, do nascituro, vez que aguardam o nascimento com vida para ter eficácia.

Nessa seara, é válido trazer a baila o disposto no artigo 130 do Código Civil:

Artigo 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

De tal modo, sendo o nascituro titular de direito eventual, tal qual narrado, não há como afastar dos atos de conservação, o direito aos alimentos. Pode, portanto, o nascituro vir a juízo pleiteá-los. Neste sentido:

UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes¹⁴.

Observe-se que tal decisão fora proferida antes mesmo da promulgação da Lei nº 11804/2008 – Lei de Alimentos Grávidos – pois, evidente, o direito do nascituro à posterior vida digna.

Ademais, aos adeptos da teoria concepcionista, considerando o nascituro titular de direitos dissociáveis dos de sua genitora, poderá este, mediante representação, pleitear alimentos em juízo, evocando, pois, a Lei de Alimentos Grávidos, devendo, neste caso, o indigitado pai prover a assistência necessária ao sadio desenvolvimento fetal. Nesse sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a

pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte¹⁵.

Cumprido esclarecer que o direito do nascituro aos alimentos será abordado adiante em tópico próprio¹⁶.

Assim, de todo o exposto, evidencia-se que, cada vez mais, há decisões reconhecendo o nascituro como pessoa civil, concedendo-lhe titularidade dos direitos de personalidade.

Capítulo II. DOS ALIMENTOS

2.1 Conceito e classificação

Os princípios basilares da obrigação alimentar são o da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e o da solidariedade familiar.

O ser humano, por vezes, não é capaz de prover, por si só, o necessário à sua própria subsistência. Nesse contexto, surge a obrigação alimentar, de forma que o Estado, como assistente social, impõe esta assistência aos parentes dos necessitados. Neste diapasão está a ideia de Yussef Said Cahali (2006, p. 15):

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal – mais ou menos prolongada -, a sua dependência de alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

À mesma sorte encontra-se o disposto no artigo 1694 do Código Civil:

Artigo 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.

Nosso Código Civil não definiu o que são os alimentos, porém, ao se referir ao legado, em seu artigo 1920, que é transcrito *in verbis*, o legislador acabou por abranger o conteúdo dos alimentos.

Artigo 1920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Grosso modo, alimento é tudo aquilo necessário para a subsistência do ser humano (VENOSA, 2006). Na acepção jurídica, alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende, pois, o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação¹⁷. Nesse sentido leciona Cahali (2006, p. 16):

Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Silvio Rodrigues (2000, p. 366) define os alimentos da forma seguinte:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também de habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

O princípio da solidariedade familiar é o fundamento basal da obrigação de prestar alimentos, pois é um dever personalíssimo, devido em razão de parentesco ligado ao alimentado. O laço familiar implica, subjetivamente, no dever moral e, objetivamente, no dever jurídico de política assistencial dos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver. Sílvio Rodrigues (1978, p. 375) doutrinava que “desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir o socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter

estritamente jurídico, e não apenas moral”. Desta forma, a obrigação alimentar, mais do que um dever moral aos que necessitam de alimentos, transformou-se, ao longo do tempo, em obrigação jurídica de assistência.

A obrigação alimentar possui intenso caráter social, vez que contribuem diretamente para a formação, sobrevivência e integridade da pessoa humana, revelando verdadeira materialidade dos princípios fundamentais constitucionais.

Sem embargo, nossa Carta Maior em seu artigo 229 já tutelava os alimentos, senão vejamos:

Artigo 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.

Não obstante, os alimentos vão além da manutenção física do indivíduo, denominados alimentos naturais, abrangendo suas condições educacionais, considerando, neste ponto, os doutrinariamente titulados de alimentos cômputos ou civis. Assim, os alimentos naturais são os destinados à assistência vital do alimentado, incluindo, neste ponto, alimentos, remédios, vestuário, habitação, dentre outros. Por seu turno, os alimentos cômputos, abrangem as necessidades intelectuais e morais, tais como, educação, instrução, lazer, dentre outros.

Instrui Ênio Santarelli Zuliani (1976, p. 438-9):

Cômputo significa adequado ou suficiente, termo que é utilizado para enaltecer o sentido de equivalência da necessidade com a possibilidade patrimonial do provedor, como esclareceu Pietro Perlingieri ao comentar as obrigações no interesse da família: No interesse da família é aquela obrigação contraída para satisfazer as necessidades dos componentes do grupo em atuação, consciente ou inconsciente, da direção acordada e isso em forma cômputa à capacidade patrimonial do grupo, com espírito de lealdade (*lealtà*) e probidade (*correttezza*) em relação a este último.

Além, nosso próprio Diploma Civil já institui aos alimentos o atendimento às necessidades educacionais, conforme conteúdo final do *caput* do artigo 1694 do Código Civil que dispõe que os alimentos devem “atender às necessidades de sua (*do alimentado*) educação”.

Existem diversos tipos de prestações alimentícias, como, por exemplo, os alimentos que decorrem de declaração de vontade – *inter vivos* (obrigacionais) e *causa mortis* (testamentários – artigo 1920 do Código Civil) –, outros tem origem delitiva, denominados de ressarcitórios ou indenizatórios (artigos 948¹⁸, inciso II e 950¹⁹ do Código Civil), ainda, há os alimentos legítimos, impostos por lei e que decorrem de parentesco (artigo 1694 do Código Civil), do casamento (artigo 19 da Lei de Divórcio²⁰) ou do companheirismo (Leis n° 8971/94²¹ e 9278/96²²). Contudo, insta salientar que apenas os legítimos se inserem na esfera do Direito de Família. Os indenizatórios e *inter vivos* pertencem ao Direito das Obrigações, enquanto o *causa mortis* ao Direito das Sucessões. Nessa senda está o ensinamento de Pontes de Miranda:

Só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos “ex dispositione iuris”, constituem capítulo de direito de família; os convencionais ou obrigacionais ou prometidos e os legados pertencem ao direito das obrigações e ao das sucessões, pelo qual se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.

Quanto à finalidade os alimentos podem ser provisórios, provisionais e definitivos. Os alimentos provisórios são os fixados liminarmente no despacho inicial proferido sob o rito da Lei de Alimentos (artigo 4^o²³ da Lei n° 5478/68). Os provisionais, também denominados *ad item*, são aqueles determinados em medida cautelar, preparatórios ou incidental, nas ações de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento e ação de alimentos. Estão dispostos nos artigos 852 a 854²⁴ do Código de Processo civil. Os alimentos definitivos, também nomeados de regulares, por sua vez, são os fixados pelo magistrado em sentença ou mediante acordo entre as partes homologado judicialmente, tendo prestações periódicas de caráter permanente, as quais, todavia, podem ser revistas a qualquer tempo, a teor do artigo 1699²⁵ do Código Civil.

Ademais, os alimentos são tutelados por nosso Código Civil nos artigos 1694 a 1710²⁶, sendo, pois, direito personalíssimo, transmissível (artigos 1696-1700), irrenunciável (artigo 1707), incessível (artigo 1707), impenhorável (artigo 1707), incomensável (artigo 1707), imprescritível quanto ao direito de ação e, por fim, atual, quando postulados a partir do ajuizamento da ação, ou futuros, quando devidos a partir da sentença ou acordo entre as partes, mas jamais serão pretéritos.

A obrigação de prestar alimentos, por sua vez, é condicional aos pressupostos legais, quais sejam, vínculo familiar, condição do alimentado e possibilidade do alimentante, conforme disposto no artigo 1695 do Código Civil, e mutável, quanto ao *quantum* da pensão alimentícia, podendo ser além de majorada ou diminuída, extinta, a teor do artigo 1699 do Código Civil.

Para concluir, há que se considerar a extensão subjetiva da obrigação alimentícia.

A obrigação legal de pagar alimentos deriva de parentesco, casamento e da união estável, sendo recíproca entre pais e filhos e extensiva a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (Inteligência do artigo 1696 do Código Civil).

Na falta dos ascendentes a obrigação caberá aos descendentes e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (artigo 1697 do Código Civil).

Vê-se, portanto, que a lei cria preferências no pagamento da obrigação alimentícia. Em primeiro, os pais, após, ascendentes e, então, os descendentes e irmãos. Contudo, tanto a obrigação dos parentes, quanto a dos avós, será subsidiária e não solidária.

O artigo 1698 do Diploma Civil, dispõe:

Artigo 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.

Surge, pois, os alimentos avoengos. Desta forma, os avós poderão ser chamados a suportar a prestação alimentícia do neto, na hipótese de o encargo não ser integralmente satisfeito pelo obrigado.

Nesse diapasão:

Alimentos. Incapacidade financeira dos pais para suprir as necessidades dos menores. Obrigação subsidiária do avô, que tem condições de auxílio. Obrigação alimentar reconhecida. 1 - O avô possui legitimidade para a ação de alimentos cuja causa de pedir está assentada na insuficiência dos alimentos prestados pelos pais. 2 - De acordo com os arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil, o avô pode ser convocado a suplementar os alimentos devidos aos netos quando o encargo não é integralmente satisfeito pelos parentes diretamente obrigados. 3 - O fato de o pai dos menores pagar alimentos não inibe nem exclui a responsabilidade subsidiária do avô, desde que vislumbrada a presença dos requisitos emoldurados nos arts. 1.694, § 2º, 1.696 e 1.698 da Lei Civil. 4 - Comprovado o exaurimento da capacidade financeira dos pais e a persistência da necessidade alimentar dos menores, ao avô que ostenta condições econômicas pode ser imposta obrigação complementar. 5 - Recurso conhecido e desprovido.²⁷

Tem-se, assim, que, à exceção dos pais do alimentado, são os avós os parentes mais próximos a quem a lei impõe a obrigação alimentícia.

2.2 O nascituro e a necessidade de reivindicar alimentos

Atualmente existe um elevado número de mulheres grávidas fadadas ao abandono, não tendo, por diversas vezes, o mínimo para sustentarem a elas próprias, que dirá prover ao sustento do indivíduo em formação em seu ventre. De tal modo, não podem, por si só, fornecer ao concepto condições suficientes de um desenvolvimento sadio e digno.

É sabido que desde o início da gestação a grávida necessita de cuidados especiais, tais quais, acompanhamentos periódicos médicos e exames pré-natais. No decorrer dos, em regra, nove meses de gestação, a mulher ainda precisará de vestimentas especiais. No entanto, a máxima se estende à sua nutrição, vez que a alimentação influencia diretamente na qualidade de saúde do feto. Assim, a “obrigação alimentar pode começar antes mesmo do nascimento com vida, na fase da gestação. Emanada, nesse caso, da proteção jurídica concedida ao nascituro” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 625). Cumpre ressaltar que embora exista a figura materna, a alimentação mencionada é imprescindível ao feto, sendo, pois, este, seu destinatário final. Nesse diapasão está o ensinamento de Pontes de Miranda (2001, p. 260):

A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

Imperativa a necessidade de aquisição de vestuário para o recém-nascido, inclusive, o que se faz no período anterior ao nascimento. Igualmente, despesas com remédios e o próprio parto. A autora Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000) afirma que além dos alimentos civis, ao nascituro são devidos também assistência médico-cirúrgica pré-natal que ser fizerem necessárias, como, por exemplo, em casos de necessidade de transfusão sanguínea por conta de eritroblastose fetal ou então amniocentese, alcançando, ademais, as despesas com o parto.

A ressalva maior que se opõe à concessão dos alimentos ao nascituro, diz-se quanto à presunção da paternidade, pois implica no pagamento efetivado por um suposto pai a um futuro ser que, ao menos em hipótese, pode não ter parentesco consigo. A respeito do vínculo familiar, pressuposto condicional da prestação alimentar, válido trazer à baila o posicionamento de André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Farias (1953, p. 37), que afirmam que as relações de parentesco se fixam desde a concepção e não somente após o nascimento:

Desse fato de ordem fisiológica que determinou a geração de um novo ser, surge também o elo jurídico que permanecerá por toda a vida unindo os pais ao filho. Em relação ao que acabamos de afirmar, duas considerações se impõe: 1 – O nascituro deve ser considerado como filho desde o momento da concepção. 2 – Como consequência, deve ter o nascituro todos os direitos normalmente concedidos aos filhos.

Em que pese toda a valoração atual acerca dos direitos patrimoniais, o fato é que o direito à vida se sobrepõe aos demais. Não há que se falar em direito patrimonial do suposto pai em detrimento do direito à vida do nascituro. Ora, o pai é presumível, isto significa a existência de forte indício de que seja o real gerador daquele feto ora desamparado. Ainda que a expressão *suposto* seja amplamente utilizada como sinônimo do vocábulo *presumível*, a questão é que, no tema abordado, melhor se enquadra o termo *presumível*, tendo em vista que a gestante não aponta o pai ao dar, mas sim ante o que provável o seja, apresentando, ademais, provas constitutivas do vínculo entre o pai e o nascituro.

É certo que o pai pode, a qualquer tempo, reconhecer voluntariamente o nascituro. No entanto, ao se falar em prestação judicial alimentícia gravídica, subentende-se, por óbvio, a recusa paterna para tanto. Assim, não havendo o reconhecimento voluntário do nascituro, surgem duas situações: ou os genitores viviam em matrimônio, ou não.

Na primeira situação, sendo os pais casados, aplica-se a presunção *pater is est* (CHINELATO, 2000), conforme preceitua o artigo 1597 do Código Civil:

Artigo 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Para José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 41):

É pai aquele que as núpcias legítimas indicam e firma a certeza para o estabelecimento da condição de filho como uma consequência natural e espontânea do casamento. Portanto, a filiação está dentro das consequências naturais que advêm da instituição do casamento.

Ademais, ainda que esta presunção de paternidade seja exclusiva do casamento, não há dúvidas da possibilidade de concessão de alimentos gravídicos ao nascituro concebido em decorrência de relação por união estável. Da mesma maneira insurge-se o nascituro advindo de separação judicial. Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 243) aduz:

Quando o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável – inclusive por inseminação artificial homóloga ou por fertilização *in vitro* –, aplicando-se a regra *vero pater is est* [...], basta a prova da gravidez para a propositura da ação, que em nosso entender, pode fundar-se na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, que exige prova do parentesco ou prova pré-constituída da obrigação alimentar.

Na segunda situação, tratando-se de nascituro não matrimonial, cabível é a ação de investigação de paternidade, que poderá ser cumulada a de alimentos gravídicos, a qual consoante Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000) não encontra óbice na legislação ordinária, “pois a Constituição Federal – no art. 227, § 6º - iguala, para todos os fins, os

filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção”. Assim, deverá a genitora apresentar provas outras do vínculo familiar existente entre o presumível pai e o nascituro. De fato, a incerteza perdurará até realização do exame de DNA, contudo, conforme bem assevera Willian Artur Pussi (2008, p. 425):

Os princípios devem responder à questão e, obviamente, entendo, é mais razoável garantir o sustento do nascituro e seu desenvolvimento completo e serem fixados alimentos provisionais do que, eventualmente, permitir que apenas as dúvidas venham a prevalecer sobre a sobrevivência.

É fato incontroverso a necessidade do nascituro aos alimentos. A negatória de tal direito, indubitavelmente acarretaria no desamparo de sua dignidade e, acima disto, cercearia seu direito à vida, pois, conforme amplamente demonstrado, os alimentos, em toda sua abrangência, naturais e cômputos, são indispensáveis ao desenvolvimento saudável do indivíduo. Negar-lhe um bom desenvolvimento *in utero* é o mesmo que negar-lhe a vida. Portanto, é fundamental que o nascituro seja reconhecido, respeitado e tutelado pelo Estado desde o útero materno.

Por outro lado, a proteção ao nascituro, proporcionando-lhe um nascimento saudável acarretará, mais tarde, na prevenção de um indivíduo físico, social e moralmente restrito, vez que o amparo do ser humano desde seu estágio fetal, implica em segurança de vida sadia.

2.3 Lei nº 11804/08 – Lei de Alimentos Gravídicos

A Lei nº 5478/68, Lei de alimentos, disciplina em seu artigo 2º, a necessidade de comprovação de parentesco ou da obrigação alimentar, o que, por si só, impediria a concessão de alimentos ao nascituro.

Contudo, em que pese a dificuldade gerada pela comprovação de parentesco, a Justiça, em casos ímpares, pode reconhecer a obrigação alimentar ao nascituro, consagrando a Teoria Concepcionista, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

A ilustre desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vice-presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Maria Berenice Dias (2008) em seu artigo sobre os alimentos gravídicos explana:

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da obrigação. O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA. Graças à Súmula do STJ também a resistência em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio já caminhava rumo ao reconhecimento da personalidade do nascituro. A Lei de alimentos gravídicos, que neste trabalho se aborda, trata-se de avanço no deferimento, por alguns magistrados, de direitos do nascituro, que, dantes, não claramente expressos.

Na voz do mestre Paulo Nader (2009, p. 469), orienta-nos para o real sentido e alcance da expressão "alimentos gravídicos", vejamos:

A Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, reconheceu, a favor da mulher gestante, o direito a alimentos em face do futuro pai. O fato gerador do direito subjetivo é a gravidez, enquanto a verba alimentar deve cobrir as despesas necessárias à gestação saudável e ao parto. Caso a mulher grávida possua meios, deverá participar do custeio geral, hipótese em que ambos contribuirão e na proporção de seus recursos.

A chamada Lei de Alimentos Gravídicos, em vigor desde a sua publicação, disciplina os alimentos a serem pagos para a mulher gestante e a forma como será exercido este direito (artigo 1º da citada Lei). Visa a assegurar à gestante ajuda financeira do presumível pai, garantido-lhe o mínimo necessário durante a gestação, proporcionando-lhe uma gravidez saudável e, por conseguinte, o nascimento de um indivíduo sem restrição. Assim sendo, a finalidade imediata da Lei é evitar que a mulher grávida fique abandonada, sem qualquer auxílio material durante a gestação.

Os alimentos gravídicos compreendem, conforme redação do artigo 2º da Lei em tela, “*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*”.

O encargo deve atender ao critério da proporcionalidade, segundo os recursos de ambos os genitores (parágrafo único do artigo 2º da Lei em evidência), obedecendo assim, ao clássico binômio possibilidade x necessidade.

A inovação se dá, em especial, na concessão de alimentos ante indícios de paternidade (artigo 6º), de forma que a verba fixada, após o nascimento, transforma-se em pensão alimentícia em favor do menor (parágrafo único do referente artigo). Para comprovação de paternidade, neste estágio de desenvolvimento, seria possível mediante exame pericial de DNA através do recolhimento do líquido amniótico. No entanto, tal procedimento durante o processo de gestação pode ser lesivo ao feto e à mulher, além de ser de alto custo, não sendo, portanto, recomendado. Assim, a Lei se satisfaz com a prova do indício de tal parentesco. Muito embora a cognição plena e exauriente seja a regra para o deferimento da tutela jurisdicional pretendida (DIDIER JÚNIOR, 2006), a novel Lei expressamente a afastou, privilegiando, assim, o manejo da cognição sumária para o deferimento dos alimentos gravídicos. Acerca da matéria Douglas Phillips Freitas (2009) afirma:

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1.597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar ‘indícios da paternidade’ informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.

Nesse sentido nossos Tribunais já decidiram:

EMENTA: ALIMENTOS GRAVÍDICOS - Concessão - Necessidade - Oitiva das partes em audiência de justificação confirmando o relacionamento amoroso - Idade gestacional compatível com o início do namoro - Fortes indícios de paternidade - Redução dos alimentos - Descabimento - Observância do binômio necessidade e possibilidade - Incidência do percentual sobre férias, 13º salário, horas extras e verbas rescisórias - Impossibilidade - Rendimentos que possuem caráter indenizatório ou de prêmio ao esforço empreendido pelo trabalhador - Decisão parcialmente reformada - Recurso provido em parte²⁸.

EMENTA: ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido²⁹.

O artigo 7º da Lei institui uma regra processual, estabelecendo ao réu o prazo de cinco dias para apresentar resposta à demanda. Por fim, o artigo 11 expõe aplicarem-se supletivamente à novel Lei as Leis nº 5478/68 – Lei de Alimentos – e Lei nº 5869/73 – Código de Processo Civil. Derradeiramente, o artigo 12 disciplina que a Lei entra em vigor quando de sua publicação, isto é, 06 de novembro de 2008.

Importante ressaltar que embora no texto legal os alimentos sejam concedidos à gestante, a Lei de Alimentos Gravídicos tutela os direitos do nascituro. Assim, seu desígnio maior é a proteção ao indivíduo que, no estágio fetal de vida, não possui condições suficientes para reivindicar seus direitos. Outrossim, cuida-se da gestante que, neste estado, é a responsável pelo bom desenvolvimento do nascituro.

Pontes de Miranda (1976), acerca dos alimentos, já assinalava que durante a gestação, pode ser preciso à vida do feto e à vida do ente humano, após o nascimento, outra alimentação ou medicação. Tais cuidados não interessam à mãe; interessam ao concebido.

De outra sorte, a Lei dá, pois, efetividade ao instituto da paternidade responsável que, em face do novo formato das famílias, tem gerado mudanças comportamentais. Por óbvio que a Lei, por si só, não conscientiza o genitor de seu dever paternal, porém cria responsabilidades, quais amparam o futuro ser, fruto de uma relação desfeita, garantindo à este sua dignidade como pessoa humana.

A esperança maior é a de que a Lei de Alimentos Gravídicos preencha a lacuna que existia em nosso ordenamento jurídico, no tocante à tutela do nascituro, e garanta o melhor interesse no menor e na gestante.

2.3.1 Vetos opostos à Lei n° 11804/08

A Lei de Alimentos Gravídicos, em seu bojo, continha doze artigos, dos quais seis, artigos 3°, 4°, 5°, 8°, 9° e 10, foram vetados. A saber³⁰:

Artigo 3°. 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 n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo 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.

Por óbvio que sendo o nascituro, menor, o maior prejudicado e, portanto, maior interessado no ajuizamento da ação de alimentos gravídicos, somado a isto a previsão da Lei de Alimentos que estabelece o foro competente o do domicílio do alimentado, razão outra não existiria que o foro competente para a propositura da ação de alimentos gravídicos fosse, igualmente, a do domicílio do alimentado e não a do réu, como era previsto no projeto. Maria Berenice Dias (2009), a respeito comentou:

O primeiro grande pecado é fixar a competência no domicílio do réu, quando de forma expressa o estatuto processual concede foro privilegiado ao credor de alimentos. De qualquer modo a referência há que ser interpretada da forma que melhor atenda ao interesse da gestante, a quem não se pode exigir que promova a ação no local da residência do devedor de alimentos.

O seguinte artigo vetado, 4°, dispunha:

Artigo 4°. 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.

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 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.

Novamente vê-se a sensatez ao artigo vetado, vez que a gestante, ainda que de uma gravidez inviável, terá, da mesma forma, dispêndio financeiro e necessitará de cuidados especiais.

A propósito do artigo 5º, tem-se:

Artigo 5º. Recebida a 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 e de testemunhas e requisitar 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.

O Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União manifestaram-se pelo veto do dispositivo, fundamentando justamente a desobrigatoriedade na legislação brasileira de designação de audiência de justificação, em qualquer procedimento processual. Desta forma, sua imposição resultaria em atraso dispensável.

O artigo 8º regia:

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

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

A procedência da demanda não pode estar condicionada ao exame pericial, haja vista que tal é tido apenas como elemento de caráter probatório.

Quanto ao artigo 9º:

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

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 sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam a 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.

Ao determinar o pagamento dos alimentos gravídicos somente após a citação do réu, este poderia tentar manobras no sentido de retardar sua citação e, por conseguinte, o pagamento da obrigação alimentar, o que descaracterizaria a efetividade da norma. A desembargadora Maria Berenice Dias (2009) acerca de referido artigo aludiu:

Ninguém duvida que isso vai gerar toda a sorte de manobras do réu para esquivar-se do oficial de justiça. Ao depois, o dispositivo afronta a jurisprudência já consolidada dos tribunais e se choca com a Lei de Alimentos.

Elegeu-se, assim, a já pacificada posição e disciplinada pela Lei de Alimentos, pela qual o magistrado deve fixar os alimentos quando do despacho inicial.

Por fim, o artigo 10 disciplinava:

Artigo 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.

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.

A responsabilização da autora, objetivamente, por danos materiais e morais causados ao réu, atentaria o exercício regular de seu direito de ação. E, além disso, evidente afronta ao princípio constitucional de acesso à justiça, pois o acolhimento do pedido de dano moral, ensejaria que toda demanda desacolhida, rejeitada ou extinta, conferisse direito indenizatório ao réu, intimidando a autora em seu exercício regular de direito. Ademais, ao estabelecer a responsabilidade objetiva, ou seja, ante a ausência de dolo ou culpa da genitora, demonstrou-se clara atitude protecionista ao réu, ocasionando real retrocesso ao objetivo legal. Sobre o artigo mencionado, Cleber Affonso Angeluci (2009, p. 68) manifestou-se:

Este dispositivo do Projeto deixa patente o conflito axiológico do legislador brasileiro, pressionado pelos rumos da realidade parental contemporânea, buscando alterações necessárias, porém, ainda preso a valores individuais e patrimonialistas, ou seja, deixando claro seu exagerado protecionismo ao demandado.

Insta salientar que os dispositivos afastados traziam um novo procedimento moroso, o qual não se justifica em face da existência da Lei de Alimentos, permanecendo, pois, apenas uma regra processual, sendo esta a definição do prazo de contestação do réu, cinco dias (artigo 7º), pois o contrário significaria amplo poder discricionário do magistrado, que poderia fixá-lo livremente, conforme estabelece a Lei nº 5478/68, artigo 5º, § 1º³¹.

Capítulo III. DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Pautada na Lei nº 11804/08, Lei de Alimentos Gravídicos, a ação destes alimentos é por diversos autores questionada, tal qual o é a própria lei que a instituiu. Nas palavras de Angeluci (2009, p. 70):

Deve ser dada especial atenção ao processo de inflação legislativa, que atravessa o estado brasileiro, preocupado em regular situações e despreocupado com a qualidade das regras, pois não parece justificável uma lei com metade dos dispositivos vetados.

Apesar disso, bem como de a aplicação da lei enfrentar a subjetividade dos magistrados, é absolutamente válida a inovação legislativa, vez que, após sua instituição, confere garantia positiva do direito do nascituro à vida digna, concretizando realidades sociais que antes sofriam perante a interpretação dos julgadores, por vezes conservadores. Assim, o objetivo maior da Lei de Alimentos Gravídicos é a proteção aos alimentos do nascituro, que deles necessita, visto que para que tenha um desenvolvimento normal, digno e saudável, necessita ter garantido um pré-natal com acompanhamentos específicos à gestante, pois depende desta para nascer. Negar tal direito ao nascituro é negar o próprio direito fundamental à vida (ANGELUCI, 2009).

Assim, a ação de alimentos gravídicos assume o papel de materializar o direito à vida do nascituro, consagrado em nossa legislação.

Por óbvio que tal ação se inicia com a petição inicial, trazendo aos autos a narrativa dos fatos, bem como provas do indício da paternidade, conforme estabelece a Lei. Estando presente indício suficiente de ser presumível o pai apontado, o juiz fixará os alimentos provisórios, a teor do artigo 6º da Lei nº 11804/08, considerando a necessidade da autora/gestante e a possibilidade do réu/presumível pai. Após, o réu será citado para apresentar defesa no prazo de cinco dias; invocando, neste ponto, regra processual própria, pois distinta do procedimento adotado pelo Código de Processo Civil e da Lei de Alimentos. Por fim, fixado os alimentos e advindo o nascituro com vida, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia a favor da criança, podendo ser revistos a qualquer tempo, a pedido de quaisquer das partes.

Na negativa de paternidade comprovada por exame DNA, caberá ao prejudicado ingressar com a medida cabível para ver-se ressarcido dos danos sofridos, matéria que será abordada adiante³². Por ora, cabe analisar os aspectos processuais da ação de alimentos gravídicos, qual segue.

3.1 Foro competente

A competência para processo e julgamento da ação de alimentos gravídicos será a do domicílio da genitora.

Conforme explanado, o artigo 3º da Lei nº 11804/08, que indicava o foro competente como o do domicílio do réu, foi vetado. Assim, o ajuizamento da ação de alimentos gravídicos deverá ser no domicílio do alimentado, qual será, logicamente, a mesma da genitora.

3.2 Legitimidade ativa

Após a entrada em vigor da Lei 11804/08 não há mais espaço para dúvidas no ordenamento jurídico brasileiro. O nascituro pode pleitear em juízo pensão alimentícia.

Não obstante, o artigo 1º da Lei de Alimentos Gravídicos parece causar restrição ao pleito pelo nascituro da tutela alimentar, pois em seu texto menciona o direito da mulher gestante aos alimentos. Neste contexto, insurge-se a controvérsia, quem seria o legitimado ativo na ação de alimentos gravídicos – nascituro ou gestante?

Alguns autores afirmam que inicialmente a titularidade e, por consequência, a legitimidade ativa, é da gestante, sendo que, após o nascimento com vida haveria a conversão da titularidade em pensão alimentícia para o menor (DONOSO, 2009). Baseiam-se, ademais, no disposto no artigo 2º da Lei de Alimentos Gravídicos:

Artigo 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.

Conforme se depreende da redação dada ao artigo citado, os valores destinados aos alimentos gravídicos estão expressa e objetivamente elencados, assim sendo, para os adeptos da legitimidade postulatória da gestante, são à esta destinados. Nesse sentido, destaca-se a posição de Sérgio Abdala Semião (2000, p. 110):

De sobejo, o artigo 7º do Código de processo Civil diz que toda *pessoa* que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo. O artigo 8º do mesmo diploma determina que os incapazes (também pessoas) serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. Assim, tem capacidade de ser parte toda pessoa natural, não importando a idade, estado mental, sexo, nacionalidade, estado civil, além das pessoas jurídicas. Outras figuras declinadas expressamente em lei também têm essa capacidade, como o espólio, a massa falida e o condomínio. No entanto, essas figuras que obviamente não são pessoas, para terem capacidade processual, devem estar expressamente elencadas em lei. Nosso Código de Processo Civil enumera expressamente no art. 12 o espólio, a massa falida e o condomínio, mas se omite quanto à figura do nascituro.

Desta forma, os adeptos desta corrente não admitem a possibilidade de o nascituro ser parte em qualquer demanda, e sequer ser representado por sua genitora, já que não possui legitimidade ativa *ad causam* (ALBERTON, 2001). Nessa seara estão os seguidores da Teoria Natalista.

Outros autores defendem a ideia de que a capacidade está dissociada da personalidade, de forma que é possível possuir a primeira estando ausente a segunda. Contudo, para Bevilacqua (1975) "a capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade".

De outro ponto partem os concepcionistas, já que consideram o nascituro como pessoa e, portanto, capaz de demandar em juízo, devidamente representado, ação de alimentos gravídicos. À respeito, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 280) expõe:

Quanto à legitimidade do nascituro para ser parte em ações de seu interesse – como autor, no mais das vezes, mas também como réu, principalmente quando se refiram ao patrimônio do qual é titular, como donatário ou herdeiro, bem assim como alimentante -, é importante enfatizar que decorre ela da personalidade, ponto central de nossa obra. O nascituro tem capacidade para ser parte e será representado pela mãe, ou pai ou curador, conforme o caso.

Nessa senda, Anacleto de Oliveira Faria (1975, p. 125) afiança que “se o Código alude aos ‘direitos’ do nascituro, é porque lhe reconhece capacidade”.

Nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz (1998, p. 486) capacidade constitui a “capacidade de exercer atividade processual através de pessoa legalmente habilitada a procurar em juízo”. Freire (2005, p. 136) diferencia capacidade de legitimidade, expondo:

Capacidade processual é uma aptidão genérica para agir em juízo, conferida, em princípio, aos que não forem absolutamente incapazes ou relativamente incapazes e às pessoas jurídicas regularmente constituídas, na forma da lei substantiva, bem como, segundo a lei instrumental, a determinados entes despersonalizados. Por sua vez, a legitimidade é uma atribuição específica para agir concretamente, conferida exclusivamente pelo direito objetivo aos titulares da lide, podendo, também, por razões diversas, ser conferida a outras pessoas que não integram diretamente a relação jurídica afirmada em juízo (*grifo meu*).

Acerca das diferentes posições existentes a respeito da capacidade e/ou legitimidade do nascituro, este trabalho adota a corrente no sentido de conceder ao nascituro a capacidade

postulatória, contudo não sendo este capaz de exercer os atos da vida civil, deverá, quando em juízo, ser representado.

Silvio de Salvo Venosa (2003) ensina que a representação legal ocorre no caso dos incapazes, na tutela, na curatela, dentre outros. Nesta situação, o legislador conferiu aos pais a representação legal do nascituro, decorrente do poder familiar, a teor do artigo 1630³³ do Código Civil. Porém, sendo a mulher solteira, o poder familiar recairá sobre esta (artigo 1633³⁴ do Código Civil). Se o pai falecer, estando grávida a mulher, e esta não tendo o poder familiar, ao nascituro será nomeado curador (artigos 1779 do Código Civil e 878³⁵, parágrafo único do Código de Processo Civil).

Quanto à legitimidade ativa do nascituro, nossos Tribunais já decidiram:

Ação de Indenização – Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, têm os pais, mesmos tratando-se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro, que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue de sua mãe, e diretamente após seu nascimento, pois já que o Código Civil coloca a salvo os direitos do nascituro, e não dispõe este ainda de personalidade civil, os legitimados para representá-lo desde a gestação seriam os pais. Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso – Alimento – Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro³⁶.

Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência. Ação de investigação de paternidade. Ajuizamento pela mãe do nascituro. Legitimidade do filho para propor a ação investigatória à vida. Somente o filho tem legitimidade para propor a ação contra o indigitado pai, adquirindo essa legitimidade com a aquisição da personalidade, o que ocorre a partir do nascimento com vida³⁷.

Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência – Investigatória de paternidade ajuizada por futura mãe do nascituro – Inad. – Ausente a personalidade, ao nascituro falta a capacidade de ser parte e de se fazer representar em juízo – Aplicabilidade do art. 7º, do CPC – RNP. Embora a lei ponha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (art. 2º CC)³⁸.

EMENTA: Investigação de paternidade. Nascituro. Capacidade para ser parte. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1852 do Código Civil³⁹.

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante⁴⁰.

Para concluir, há a corrente que defende a legitimidade extraordinária ativa da gestante. A lei nº 11804/08 ao dispor acerca dos “alimentos da mulher gestante”, trouxe a hipótese de substituição processual, legitimando extraordinariamente a genitora a propor ação de alimentos no interesse do nascituro, que, como visto, é o titular dos alimentos gravídicos. À respeito da legitimidade, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 80) instrui que:

A legitimidade deflui da afirmação de titularidade de uma situação jurídica (que vem a ser, justamente, a situação legitimante), aferível conforme a lide trazida a juízo, quer seja real ou virtual, pondo-se dessa forma como condição ao exame do mérito: admitindo-se a conjuntura retratada na inicial, há correspondência entre a demanda e os sujeitos presentes no processo.

A legitimação ordinária existe quando “coincidem as figuras das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial” (ARMELIN, 1979, p. 117).

Não obstante, de forma extraordinária, o direito atribui legitimidade a outras pessoas que não são titulares da relação jurídica de direito material, sem, contudo, excluir a legitimidade destes titulares (FREIRE, 2005). Denomina-se extraordinária essa legitimidade.

O legitimado extraordinário atua em nome próprio, defendendo direito alheio, sendo, pois, considerado como parte principal no processo e não representante do titular do direito controvertido (DIDIER JUNIOR, 2007), de forma que também é denominado de substituto processual (DINAMARCO, 2004). Giuseppe Chiovenda (1988, p. 303) acerca do instituto leciona que:

[...] conquanto se produzam, aí, alguns efeitos análogos ao da representação, não é de representação que se trata, de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado; ao passo que o substituto processual age em nome próprio e é parte na causa [...].

Ademais, há quem vislumbre a possibilidade de o Ministério Público figurar ativamente no pólo da ação de alimentos gravídicos, bem como, de outra sorte, que se forme um litisconsórcio entre gestante e nascituro (FONSECA, 2009).

Conforme visto, a matéria é bastante controvertida, contudo, seja qual for a legitimidade eleita para pleitear a ação de alimentos gravídicos, o fato é que o beneficiário será, sempre, o nascituro, exatamente por ser o destinatário da Lei.

3.3 Citação e Termo inicial dos alimentos

Ajuizada a ação, o réu será citado a apresentar sua defesa no prazo de cinco dias (artigo 7º da Lei de Alimentos Gravídicos).

O termo inicial da obrigação de pagar os alimentos gravídicos não vem expresso na Lei, já que o artigo que o previa após a data da citação do réu foi vetado. Portanto, aplicando-se subsidiariamente à Lei, o Código de Processo Civil e a Lei de Alimentos (artigo 11 da Lei nº 11804/08), a regra permanece a mesma da Ação de Alimentos: os alimentos serão fixados no despacho inicial do juiz.

Os alimentos durarão pelo período da gravidez, sendo que após o nascimento do menor com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia, de forma que caso o alimentante queira se insurgir contra essa regra, deverá ingressar com ação negatória de paternidade, na hipótese de não haver a investigatória do mesmo teor. Neste caso, descobrindo-se o ora alimentante não ser o genitor do alimentado, caberá responsabilização da genitora, matéria que será abordada no próximo capítulo deste trabalho.

Ademais, insta salientar que a ação de alimentos gravídicos tem efeitos somente em relação aos alimentos e não à paternidade, não atingindo, portanto, questões hereditárias.

3.4 *Quantum*

João Claudino de Oliveira e Cruz (1961, p. 85), ao discorrer sobre os direitos do nascituro, reconhece que “o maior desses direitos é, sem duvida, o de ser alimentado e tratado para poder viver”. Assim, “pode a mãe pedir alimentos para o nascituro, hipótese em que, na fixação, o juiz levará em conta as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, incluindo despesas médicas e de medicamentos”.

Do texto legal (artigo 2º, *caput*, da Lei de Alimentos Gravídicos) depreende-se claramente o que compreenderá os alimentos gravídicos, sendo estes 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”.

O rol legal, portanto, não é taxativo, podendo incluir outras despesas não enumeradas que o juiz ache pertinente, contudo, deverão, sempre, ser avaliadas ou por médico ou pelo magistrado. Necessário se faz, assim, a instrução da exordial com documento médico que determine expressamente a situação peculiar da gestante, como, por exemplo, em casos de gravidez de risco ou diabetes gestacional. Quanto às despesas outras que “o juiz considerar pertinentes”, deverão ser discriminadas para que não haja julgamento *extra* ou *ultra petita* (FREITAS, 2009).

Incontroverso não estarem inseridos no conceito de alimentos gravídicos, por exemplo, exames de ultrassonografia 3D, que permitem definir com precisão a aparência do feto, já que se trata de exame supérfluo e não imprescindível ao bom desenvolvimento intra uterino. Da mesma forma, há que se considerar que diversas despesas, como, por exemplo, o parto, podem ser arcadas pelo Sistema Único de Saúde, sendo temerário impor-las ao indigoso pai este ônus. Os alimentos têm natureza assistencial, fundados na solidariedade familiar, e, por isso, não devem representar um fator de estímulo à manutenção de privilégios.

Para fixação do *quantum* deve-se levar em consideração todas as despesas relativas à gravidez conjuntamente ao poder de contribuição de ambos os genitores: pai e mãe, respeitando aos binômios disponibilidade-proporcionalidade e necessidade-possibilidade, já que o subsídio não é apenas de um ou de outro, mas sim de ambos, a teor do disposto no artigo 1703⁴¹ do Código Civil. Ademais, inquestionável que a condição social também deva servir de parâmetro ao julgador. Yussef Said Cahali⁴² dissertando sobre “Divórcio e Separação” já assinalava que:

As necessidades da esposa e eventualmente dos filhos deixados em sua companhia devem ser auferidas de acordo com o padrão de vida e com os hábitos condizentes com a sua condição social, quando ainda existir a sociedade conjugal.

Observa-se, pois, que o padrão de vida do alimentado, doutrinariamente denominado de condição do alimentado, deve ser considerado como orientador na fixação da pensão alimentícia. Contudo, não se pode olvidar que a maioria da população brasileira possui recurso limitado e origem humilde, de forma que a condição do alimentado deve ser tida apenas como parâmetro orientador na fixação do *quantum*.

Sobre o tema, já se decidiu:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte⁴³.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) vão além, sustentando a tese de que os alimentos em favor do nascituro devem ter percentual mais elevado, sob a justificativa de que a manutenção adequada do nascituro dependerá da integridade física e psíquica da sua genitora, a quem está, inexoravelmente, atrelado durante o período gestacional. "É a gestante a primeira garantidora do nascimento com vida" (FONSECA, 2009, p. 10).

Em suma, tem-se que se aplicam aos alimentos resultantes da gravidez critério semelhante ao utilizado nos alimentos convencionais: necessidade do autor da ação, possibilidade de

contribuição do réu e também da mãe, resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, diante da responsabilidade mútua.

3.5 Ônus probatório

Dispõe o artigo 6º, da Lei de Alimentos Gravídicos que “convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos [...]”.

Assim, distinguindo-se da Lei de Alimentos (Lei nº 5478/68), para fixação dos alimentos gravídicos não há necessidade de prova pré-constituída da paternidade, satisfazendo-se a Lei, com indícios desta.

Válido trazer à baila o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A situação posta ao amparo da lei que garante os alimentos gravídicos, por si só, já traz circunstâncias de difícil comprovação, quando se está em sede de provimento liminar. É patente a dificuldade que existe na produção da prova da paternidade enquanto a criança ainda não é nascida. Fica difícil para a mãe, de plano, mostrar que tem um bom direito. Mostrar que o filho que ela carrega é do homem que está sendo demandado. Por isso, em casos nos quais se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se certas exigências, as quais seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoa já nascida. Não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Por outro lado, não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico da criança, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do filho e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um “dever provisório” e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da completa ausência de provas acerca da paternidade os alimentos vão fixados em 30% do salário mínimo. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA⁴⁴.

Reside neste ponto uma das delicadezas da questão, pois nem sempre será fácil demonstrar a relação de filiação de um nascituro. Os problemas são mais de ordem prática do que jurídica, haja vista que todos os meios de prova devem ser admitidos, conforme dispõe o artigo 332 do Código de Processo Civil:

Artigo 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O exame de DNA é considerado um dos grandes avanços científicos e amplamente empregado na seara jurídica, tendo se tornado imprescindível para solução de ações de investigação de paternidade. Nesse sentido está a decisão que segue:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROVA – EXAME DE DNA – CREDIBILIDADE – ALIMENTOS PROVISIONAIS – ART.7º DA LEI Nº8.560/1992 – SENTENÇA MANTIDA. 1. O exame genético – DNA- é uma prova científica incontestável, fruto do avanço da ciência e capaz de determinar com precisão e absoluta certeza a paternidade, sendo que repercute diretamente no convencimento do julgador.2. A sentença de procedência da ação de investigação de paternidade pode condenar o réu em alimentos provisionais ou definitivos. Independente de pedido expresso na inicial. Art.7º da Lei nº 8.560/1992. Recurso improvido⁴⁵.

Há diversas metodologias para o estudo da identificação humana, sendo a mais utilizada atualmente, a análise de marcadores de DNA. É possível a realização de exame de DNA antes do nascimento da criança, mediante algumas técnicas da medicina, tais como Biópsia do Vilo Corial e Amniocentese.

A primeira diz-se na extração de células da placenta, as quais têm as mesmas informações genéticas das do bebê, daí ser possível a realização de teste de paternidade, podendo ser realizado a partir da décima semana de gestação. Em linhas gerais o procedimento consiste na retirada com uma agulha do material para a biópsia, pela barriga, ou pela vagina, dependendo da posição da placenta ou da preferência do especialista. Com a agulha, o médico extrai um fragmento dos vilos coriais, também denominados de vilosidades coriônicas, pequenas projeções da placenta, que serão analisadas para obtenção do resultado a que o procedimento se destina. Para algumas mulheres tal procedimento é desconfortável, enquanto que para outras é doloroso. A Biópsia do vilo corial é um procedimento invasivo, sendo utilizado para diagnosticar anormalidades cromossômicas como a síndrome de Down. Há risco de abortamento, bem como de lesão aos membros do feto⁴⁶.

A segunda técnica ou exame, amniocentese, refere-se à coleta de uma amostra do líquido amniótico de dentro do útero e examinada em laboratório, obtendo-se o resultado para qual

fora realizado. O procedimento consiste na inserção de uma agulha na barriga da gestante para retirar o líquido, o qual contém células do bebê, substâncias e microorganismos, que podem ser utilizados para a realização do exame de paternidade, não sendo, contudo, recomendado o procedimento somente para este fim. Trata-se de um procedimento invasivo, podendo ser realizado entre a 15ª e 18ª semana de gestação, de forma que muitas mulheres contraem algum tipo de infecção ou algum outro tipo de complicação em consequência da amniocentese, que levam à perda do feto. Em outros casos, mais raros, a agulha pode atingir o feto, o que leva a outras complicações⁴⁷.

O custo aproximado da Biópsia do Vilo Corial é de R\$ 2000,00 (dois mil reais), enquanto que a da Amniocentese é de R\$ 800,00 (oitocentos reais)⁴⁸.

Conforme explanado, os procedimentos para realização de exames de paternidade intra uterino, além de serem lesivos à mulher e ao feto, são de alto custo, não sendo, portanto, recomendados. É premissa, portanto, a inexistência de prova inequívoca.

Não obstante, caberá à gestante o ônus probatório do indício de paternidade, evocando-se o disposto no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil:

Artigo 333. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Assim, de início, essencial que a gestante faça prova da gravidez. O artigo 4º da Lei de Alimentos Gravídicos, vetado, dispunha que a petição inicial deveria ser instruída com laudo médico atestando a gravidez e sua viabilidade; no entanto, seu veto se fez em razão da “viabilidade” da gravidez e não quanto à comprovação desta, até mesmo porque não há como haver indício de paternidade sem a comprovação da gravidez.

Caberá à autora/mãe buscar de todos os meios possíveis para demonstrar o alegado. Ainda que não se possa provar diretamente a paternidade, provar-se-ão fatos subjacentes à esta, que induzam à sua presunção; como exemplo, válido citar as hipóteses de presunção de paternidade previstas em Lei, a teor do artigo 1597 do Código Civil⁴⁹. Igualmente, útil seria levar aos autos não só testemunhas da relação afetiva das partes, mas também mensagens

eletrônicas, cartas, fotografias, conta-corrente conjunta, dentre tantas outras provas lícitas que se fizerem possíveis, como explana Flavio Monteiro de Barros⁵⁰:

[...] cartas ou e-mails em que o suposto pai admite a paternidade, comprovação de hospedagem do casal em hotel ou pousada no período da concepção, inseminação artificial consentida, fotografias que comprovem o relacionamento amoroso no período da concepção etc. Se, porém, a autora não juntar, com a petição inicial, indícios consubstanciados em papel, o magistrado, para apreciar a liminar, não terá outro caminho senão a designação de audiência de justificação, onde poderá ouvir as partes e testemunhas arroladas, requisitando, se o caso, documentos que estejam em poder de terceiros.

Insta salientar que o mero pedido da autora, ainda que se vislumbre a real necessidade, não goza de presunção de veracidade, sendo, pois, de importância máxima a boa instrução processual, já na inicial, para o posterior sucesso da demanda.

De outro lado, caberá ao réu/pai a comprovação, propriamente em sua defesa, caso tenha realizado, por exemplo, vasectomia, ou se for sexualmente impotente⁵¹, dentre outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora (artigo 333, inciso II⁵², do Código de Processo Civil).

3.6 Execução

A execução dos alimentos gravídicos recairá sob o rito previsto nos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil, que disciplinam:

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

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

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

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

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

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

Artigo 734. Quando o devedor foi funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Artigo 735. Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título.

A equiparação do instituto dos alimentos gravídicos ao da pensão alimentícia permitiu a execução daqueles nos termos do Código de Processo Civil. Por sua natureza alimentar, o que se pressupõe, urgente, a prisão se justifica para constranger o devedor ao pagamento.

Capítulo IV. DA NEGATIVA DE PATERNIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Cotado por todo o exposto no decorrer do presente estudo, como forma de pôr a salvo o direito dos nascituros, o legislador pátrio editou a Lei nº 11804/2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos. Para tanto, na ação destes alimentos, o juiz fixará os alimentos gravídicos ao nascituro ante indícios de paternidade, somente podendo esta ser confirmada após o nascimento do menor, mediante análises laboratoriais que atestem o genitor do recém-nascido.

A problemática se insurge na hipótese de o indivíduo, que foi apontado como pai do nascituro na ação de alimentos gravídicos, não ser o genitor do ora nascido, de forma que aquele terá auxiliado na gravidez de um filho que não era seu, incorrendo, portanto, danos patrimoniais e, possivelmente, morais, ensejando o dever de responsabilidade da gestante. Contudo, há que se considerar o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, vigente nas obrigações de natureza alimentícia. Haverá, portanto, um conflito de direitos; de um lado, a vida do nascituro, de outro, o patrimônio do indigitado pai, indevidamente diminuído.

Considerando esta hipótese anotada, o legislador inovou o sistema dispondo no artigo 10 da Lei de Alimentos Gravídicos a responsabilização objetiva da mãe em indenizar o falso pai em danos materiais e morais à ele causados. No entanto, tal dispositivo foi vetado, pois, segundo as razões do veto, o dispositivo pressupunha que o simples exercício do direito de ação possa causar dano a terceiros, impondo à autora o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

De outra sorte, o veto ao dispositivo não constituiu a isenção completa da genitora nos casos de paternidade negativa, apenas impediu que adviesse a responsabilidade objetiva. Mantêm-se, assim, as regras gerais de responsabilidade civil de nossa legislação, aplicando-se o instituto da responsabilidade subjetiva, conforme recomenda Silvio de Salvo Venosa (p. 361) “nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto a pessoa, é evidente que o solvens terá direito a restituição”. É o que aduz Natália Pimenta (2009):

Não ficará desamparado aquele que for demandado em uma ação de alimentos gravídicos, no caso de não ser ele o pai, estando amparado pelo direito à reparação de danos morais e materiais com embasamento na regra geral da responsabilidade civil.

Assim, seguir-se-á uma análise sistemática da responsabilidade civil da gestante que pede alimentos gravídicos para um presumível pai e que logo depois se atesta, através de exames, que a imputação da paternidade foi errônea.

4.1 Noções gerais da responsabilidade civil

Em tempos passados, não existia a nítida distinção que se tem hoje no instituto da responsabilidade, distinguindo-se a penal da civil. No direito romano, por exemplo, havia apenas uma pena imposta ao causador do dano, fosse penal, fosse civil. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 10) aduzem que:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

A ideia de responsabilidade para Heron José Santana (1997, p. 04):

[...] ingressa na órbita jurídica após ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria

e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.

A concepção de pena foi, deste modo, no decorrer do tempo, sendo incorporada como a ideia de reparação do dano. Infere-se, neste ponto, um princípio que orienta para a preservação tanto do patrimônio do outro como de seu próprio, o *neminem laedere*, isto é, não prejudicar a ninguém (CAVALIERI FILHO, 2000). Sobre esta orientação fundamenta-se o instituto da responsabilidade civil.

Carlos Roberto Saraiva (2003, p. 07) doutrina que “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

De acordo com a doutrina brasileira (Sílvio Rodrigues, Serpa Lopes, José de Aguiar Dias), a responsabilidade civil é, grosso modo, o dever obrigacional de reparar o prejuízo causado. Trata-se de uma forma de restabelecer, isto, se possível, o *status quo antem*. Impossibilitada a restauração do *status quo*, a indenização terá caráter reparatório ou até mesmo compensatório, no caso de dano moral.

A teoria da responsabilidade civil se distingue entre a obrigação estipulada em contratos e a obrigação de reparar dano causado por ação ou omissão, que decorre um delito. Ao primeiro caso, dá-se o nome de responsabilidade contratual, derivada da inadimplência em acordo de vontades. Ao segundo, dá-se o nome de responsabilidade delitual, também conhecida como aquiliana ou extracontratual. No presente estudo analisar-se-á os aspectos da responsabilidade aquiliana apenas, haja vista ser o instituto que dará origem ao dever de reparação nos casos de paternidade negativa em alimentos gravídicos, tema deste capítulo.

Maria Helena Diniz (2001, p. 34) define a responsabilidade como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Logo, os pressupostos da responsabilidade civil, em ambas as modalidades, objetiva e subjetiva, são a conduta humana, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Tais pressupostos advêm da interpretação do artigo 186 do Código Civil que rege que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Não obstante, somente na responsabilidade subjetiva, considerar-se-á, ademais, como pressuposto desta, a culpa ou dolo do agente. É incontroverso que a responsabilidade não estará sempre interligada à culpa. Nos ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 29):

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexos de causalidade [...].

Caio Mário da Silva Pereira adverte (2001, p. 391) aduzindo que:

A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei, quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.

Para se abordar a responsabilidade civil necessário se faz a elucidação dos institutos que a compõem, destacando-se as modalidades de responsabilidade, objetiva e subjetiva, bem como seus pressupostos, conduta humana, nexos de causalidade, dano e, quando subjetiva, culpa.

4.1.1 Pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos causal

A conduta humana, pressuposto da responsabilidade civil, é o “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (DINIZ, 2001, p. 37). Assim, a responsabilidade decorrente

de ato ilícito, baseia-se na culpa, enquanto que a responsabilidade sem culpa, objetiva, fundamenta-se no risco. Essa conduta, positiva ou negativa, ensejadora de responsabilidade, pode ser provocada pelo próprio agente causador do dano, por terceiros (artigo 932, incisos I e II⁵³ do Código Civil), empregados (Artigo 932, inciso III⁵⁴ do Código Civil), hóspedes e educandos (artigo 932, inciso IV⁵⁵ do Código Civil) e por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente (artigo 936⁵⁶ do Diploma Civil).

Para que a conduta humana incorra no dever de reparação civil, faz-se imprescindível a comprovação do dano dela decorrente. Sergio Cavalieri Filho, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 40), frisa que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Assim, sem a ocorrência do dano, não se haverá de falar em responsabilidade civil do agente. O vocábulo dano, prece do latim, *damnu*, sendo a ofensa material ou moral causada por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente tutelado. O dano ocorre quando esse bem é diminuído ou deteriorado, por ato nocivo e prejudicial, produzido pelo delito civil ou penal. Abordaremos apenas o dano civil, já que o penal não se insere no tema do presente estudo.

Doutrinariamente o dano é classificado em patrimoniais e extrapatrimoniais.

O primeiro, patrimonial, usualmente denominado de material, consiste na lesão concreta ao patrimônio da vítima, tendo valor definível, acarretando sua perda ou, ao menos, deterioração. Via de regra, o dano material é reparado por meio de prestação pecuniária. Este dano abrange os danos emergentes, quais efetivamente se tenham perdido, e o lucro cessante, aquilo que se tenha deixado de perceber em razão da conduta do agente. Quando ocorre o dano emergente há diminuição imediata no patrimônio da vítima. O *quantum* neste caso é facilmente avaliado, já que corresponderá ao valor econômico aferido ao bem ou então ao necessário para repará-lo. De outra sorte, os lucros cessantes tratam-se da frustração da expectativa de ganhos futuros da vítima. A fixação do *quantum* será feita utilizando-se parâmetros apresentados pela

vítima como, por exemplo, seu salário, faturamento diário, dentre outros, que orientarão o arbitramento do magistrado.

No tocante aos alimentos gravídicos, o dano material corresponde aos valores efetivamente pagos à gestante, sejam para a alimentação do nascituro ou para exames pré-natais e demais despesas que se fizerem necessárias no período gestacional.

O segundo, dano extrapatrimonial, também nomeado de moral, diz-se da lesão subjetiva ao indivíduo ou à pessoa jurídica. Trata-se da ofensa à honra, subjetiva ou objetiva, a depender da vítima. Não há estimação pecuniária neste tipo de dano, já que o bem jurídico violado, valores fundamentais, não é passível de apreciação econômica. Assim, a indenização, neste caso, não será reparatória, mas sim compensatória, visando a compensar a dor moral causada, punir o ofensor e intimidar ou desestimular não só o ofensor como também a sociedade a cometer atos que tais⁵⁷.

Pela natureza da matéria abordada neste estudo, a análise do dano moral seguirá apenas no tocante à pessoa física. Assim, para a caracterização do dano extrapatrimonial necessário se faz a violação da moral do indivíduo. Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 559) assim aduz a respeito do dano moral:

[...] a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, a imagem, ao nome, à intimidade, à vida, privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade – todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Nesse diapasão, nossa Carta Maior reconhece, no artigo 5º, incisos V e X o direito à indenização por danos morais, expondo:

Artigo 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:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Quanto à matéria gravídica, o dano moral incorreria na hipótese de paternidade negativa, conforme se verá adiante.

Por fim, o nexo causal, ação ou omissão do agente, pressuposto para responsabilização civil, será imprescindível, já que se a causa do dano não estiver relacionada ao comportamento do agente, não haverá responsabilização. Assim, ausente o nexo causal, não há possibilidade de reparação de dano. Por outro lado, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, excluem a relação de causa e efeito; e, ademais, se o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não haverá o dever de indenizar, pois o nexo causal estará rompido. Nexos de causalidade é, portanto, o liame entre a conduta e o dano.

4.1.2 Modalidades de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva

O Direito Civil, no tocante à responsabilidade, anteriormente somente admitia a denominada Teoria da Culpa, tendo, posteriormente, acolhido a Teoria do Risco. Assim, consagram-se duas teorias, tendo uma delas, subjetiva, a culpa como base para a responsabilização aquiliana e outra, objetiva, assume a responsabilidade por risco, criando-se, assim, um sistema misto de responsabilidade.

A principal diferença dentre as teorias anotadas está nos pressupostos que a compõem, sendo estes, em ambas, o ato ilícito, dano e nexo causal e, ademais, na subjetiva, a culpa. Tratando da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, José de Aguiar Dias (1944, p. 94-5) escreveu:

No sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar.

A teoria clássica e tradicional da culpa, também chamada de teoria da responsabilidade subjetiva, “pressupõe sempre a existência de culpa (*lato sensu*), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar) e a culpa (*stricto sensu*), violação de um dever que o agente podia conhecer e atacar” (MONTEIRO, 1985, p. 392).

Esta responsabilidade, portanto, baseia-se na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. Carlos Roberto Saraiva (2003, p. 07) aduz:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

De difícil definição é o instituto da culpa. Para Rui Stocco, culpa é o fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. É incontroverso, contudo, que nela, culpa, coexistam dois elementos: o objetivo, traduzido na ilicitude, e o subjetivo, denotando mau procedimento imputável. A culpabilidade cível abrange tanto o dolo como a culpa.

Na culpa, o ensejador da indenização é o fato de o agente prever o possível dano e, assim, sendo-lhe possível, não agir diversamente, configurando este. Insta narrar que a aceção atual de dano superou a antiga ideia enraizada no abatimento patrimonial somente, atingindo, atualmente, qualquer lesão de direito ainda que potencial ou futura. Daí a decorrência de danos aos direitos de personalidade, perfazendo os danos morais.

A teoria subjetiva aborda diferentes aceções acerca da natureza e extensão da culpa, vejamos.

Mazeaud et Mazeaud construíram uma noção de culpa que tanto pode ser intencional como decorrer de outros elementos, tais como, imprudência, negligência ou imperícia do responsável. Define-se, assim, a culpa *in abstracto*, quando o agente se afasta do zelo e diligência que costuma empregar no trato de seus negócios (MONTEIRO, 1985). A culpa *lata* ou grave é a falta imprópria ao comum dos homens, sendo a modalidade que mais se

aproxima do dolo. A falta evitável com atenção ordinária é a culpa leve; já a evitável com atenção extraordinária ou especial habilidade ou conhecimento singular é a culpa levíssima (Teixeira de Freitas *apud* MONTEIRO, 1985, p. 393).

A culpa contratual diz-se da violação de determinado dever referente à um contrato. Em contrapartida, a culpa extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de dever fundado num princípio geral de direito como, por exemplo, de respeito à dignidade da pessoa humana.

As modalidades de culpa por fato de terceiros chamam-se culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. A primeira decorre da má eleição do representante ou do preposto; já a segunda, oriunda da ausência de fiscalização pelo patrão, de seus empregados ou da própria coisa. De outra sorte, a culpa *in committendo* promana de um ato positivo; a *in omittendo* de uma omissão ou abstenção e a *in custodiendo* da falta de cautela na guarda de alguma pessoa, animal ou objeto, a cuidados do agente.

Em verdade, as diferentes espécies de culpa se entrelaçam. Negligência comporta tonalidades de imprevisão, assim como a imprudência envolve o desprezo pela diligência, e a imperícia, em muitos casos, confunde-se com a negligência. À vista do Código Civil não há distinção entre os diferentes graus de culpa para a reparação do dano, de forma que, seja qual for, se evidenciada a culpa, subsistirá a obrigação de indenizar, devendo esta, no entanto, ser medida pela extensão do dano causado. Em havendo concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização será reduzida. “A jurisprudência consagra, com efeito, a solução do pagamento pela metade, no caso de culpa de ambas as partes” (MONTEIRO, 1985, p. 394).

A teoria subjetiva foi demasiadamente questionada, pois, nos dizeres de Washington de Barros Monteiro (1985, p. 394), “traduz o acolhimento do individualismo jurídico, fonte de tantos males, pelo egoísmo que encera, pela desmesurada exaltação do indivíduo”. Surgiu, assim, uma insatisfação com a teoria subjetiva, vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de danos, já que nem sempre o lesado consegue provar a culpa do agente, seja por desigualdade econômica, seja por cautela excessiva do juiz ao aferi-la, e como resultado muitas vezes a vítima não é indenizada, apesar de haver sido lesada (PEREIRA, 1998). Rui Stocco (1999, p. 76), à respeito, sintetiza que:

A insatisfação com a teoria subjetiva, magistralmente posta à calva por Caio Mário, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

Desta forma, surgiu a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, que considera que toda pessoa que exerce uma atividade, assume o risco de dano a outrem, sendo obrigada a repará-lo, ainda que isenta de culpa. Nessa senda está o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 29):

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*).

E enriqueceu Silvio Rodrigues (2002, p. 10):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Imposta por lei, a teoria objetiva obriga, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, bastando, para tanto, a ocorrência do dano e a comprovação do nexo de causalidade. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Artigo 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.

A teoria da responsabilidade objetiva se apresenta sob duas faces no direito: teoria do risco e teoria do dano objetivo (MONTEIRO, 1985).

Pela teoria do risco, por sua vez, são destacadas outras teorias: do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral. Na primeira, incorre a responsabilidade sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. A segunda sustenta que o dever de indenizar decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado. A seguinte, risco excepcional, diz-se daquele que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A quarta, refere-se ao perigo criado em razão de sua atividade ou profissão. A última, risco integral, trata-se de uma modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexos causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 146-7).

Pela segunda face, dano objetivo, desde que exista um dano, independentemente da ideia de culpa, haverá seu ressarcimento correspondente. Ripert citado por Washington de Barros Monteiro (1985, p. 397) observa que a tendência atual do direito se manifesta no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação. A ideia da culpa pela do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva. Assim, “o agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua, como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato; uma vez que, no exercício de sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”.

Para concluir, tem-se que a variação dos sistemas da obrigação indenizatória civil se prende, principalmente, à questão da prova da culpa, ao problema da distribuição do ônus probatório, sendo este o centro em que tem existido a distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

4.2 A paternidade negativa e o direito de reparação

A gestante, conforme visto, pode, representando o nascituro, pleitear alimentos para este em juízo. Ingressada a ação de alimentos gravídicos e convencendo-se o juiz da paternidade, os alimentos já são devidos, o que, futuramente, poderá causar problemas. Se ao nascer a criança

constatar-se que esta não é filha do alimentante, a mãe poderá ter cometido um ilícito civil, a depender de seu estado de ânimo, se doloso ou culposo, se no exercício regular de direito.

A ação de alimentos gravídicos movida contra quem não era o verdadeiro pai do nascituro poderá implicar em uma possível situação de reparação. Caber-se-iam indenização por danos materiais e morais suportados pelo réu da ação, isto se restar evidenciado o dolo e má-fé da gestante, parte ativa na ação.

Assim, a verificação da culpa ou da falta dela, será fundamental para a existência do direito de reparação dos danos materiais e/ou morais causados. Aduz Flavio Monteiro de Barros:

[...] age, no mínimo com culpa, a mulher que atribui prole a quem não é o verdadeiro pai. A responsabilidade civil por imputação de falsidade em processo judicial não pode escorar-se apenas na culpa, sob pena de violação do princípio do acesso à justiça. Temerárias com esta conseqüência as pessoas certamente não se animariam à propositura de ações judiciais. A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização.

Assim, se tinha a autora fundado motivo para atribuir a paternidade ao pai apontado, não há como falar-se em ato ilícito. Desta forma, constituir-se-ia o exercício regular de direito de ação que afasta a incidência de ato ilícito (artigo 188, inciso I⁵⁸ do Código Civil) e, por consequência, o dever de reparação. Nesse sentido, manifesta-se Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 323):

O exercício regular de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico.

Desta forma, ao sentir deste estudo, a reparação civil pelos danos materiais e morais seria cabível somente quando inconcussa a culpa da gestante. Ainda que o pai apontado não seja o verdadeiro, se tinha a genitora razões plausíveis para crê-lo como tal e, por óbvio, tendo estas razões sido comprovadas, não caberá a indenização do pai inverídico. Vislumbra-se, no entanto, a possibilidade deste último ingressar com ação regressiva, *in rem verso*, contra o

verdadeiro pai, para cobrar deste os danos suportados, ainda mais se este houver silenciado intencionalmente quanto à sua paternidade (BARROS).

De outra sorte, poderá a autora pleitear os alimentos gravídicos tendo a plena consciência de que aquele homem apontado por ela, não é o pai do nascituro. Eis aí abuso do direito de ação, consubstanciando um ato ilícito, a teor do artigo 187 do Código Civil, que reza:

Artigo 187. [...] 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.

Manifesta-se nesse sentido Louis Josserand citado por Silvio Rodrigues (2003, p. 51):

Haverá abuso do direito quando o seu titular o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos subjetivos foram concedidos, pois, os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

E completa Silvio Rodrigues (2003, p. 49) que:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício do seu direito causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que norteia.

Destarte, tem-se que a mãe que comete abuso do direito de ação, pratica o ato ilícito. Douglas Phillips Freitas (2009) aduz à respeito:

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 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.

Desta feita, evidenciada a má-fé, haverá um ato ilícito e, por conseguinte, o dever de reparação. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação - Indenização por danos morais sem decorrência de imputação de falsa paternidade - Pelo exame do conjunto probatório, evidencia-se que a ré não agiu corretamente no que se refere à atribuição da paternidade ao autor, posto que, após a separação de fato do casal, não nega que teve relações sexuais com outro homem e, portanto, no mínimo, existia dúvida - Inegavelmente, todos esses acontecimentos, notadamente ter seu nome lançado como pai de uma criança que não era sua, filha de outro homem desconhecido e demais fatos ocorridos (ajuizamento de ação de alimentos, com o pagamento de elevado montante, anotação de seu nome como avô, conhecimento do fato por seus amigos no clube), causaram extremo sofrimento, constrangimentos e tristeza ao apelante - O dano moral não pode ser recomposto, já que é imensurável em termos de equivalência econômica - A indenização a ser concedida é apenas uma justa e necessária reparação em pecúnia, como forma de atenuar o padecimento sofrido - Atento a estes requisitos, por equidade, entende-se que o montante arbitrado não é compatível, devendo ser elevado para cem salários mínimos, a fim de proporcionar satisfação ao ofendido em razão do abalo sofrido e para que a apelada tenha consciência da sua conduta ilícita - Apelação parcialmente provida e recurso adesivo desprovido⁵⁹.

A questão será vista, contudo, sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva. É pertinente afirmar que a responsabilidade nasce fundamentalmente da culpa. Em tese, toda obrigação se origina da culpa, o que traz a prevalência da responsabilidade subjetiva. O ato ilícito, por exemplo, nasce da culpa, incluída nesta o dolo, o que é irrelevante para reparação do dano. Assim sendo, terá o ofendido que provar que a gestante agiu com culpa para que, então, possa ser responsabilizada. Assim, inconcussa a conduta ilícita da gestante, restará, ademais, que se façam presentes os requisitos para a responsabilização civil subjetiva, quais sejam, conduta, dano, nexo causal e, conforme aludido, culpa – dolo, negligência ou imprudência.

Nessa senda, por primeiro haverá que se ter a comprovação negativa de paternidade por exame laboratorial, então, caberá ao indigitado pai, sentindo-se lesado em seu direito, ingressar com ação de reparação cabível, seja para os danos materiais, seja para os morais.

Antes, todavia, de adentrar na questão dos danos a serem ressarcidos, necessário se faz a elucidação do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, vigente nas obrigações de caráter alimentar.

4.2.1 Repetibilidade dos alimentos

O princípio da irrepetibilidade ou irrestituibilidade dos alimentos dispõe que estes, em virtude de sua natureza, uma vez pagos, não podem ser ressarcidos. Não admite, portanto, a hipótese

do credor dos alimentos ser constrangido a devolver as parcelas recebidas por força de decisão judicial. Áurea Pimentel Pereira (1998, p. 04) leciona:

Há de se considerar que, em sendo, como são, os alimentos concedidos para o sustento do alimentante, devem ser os mesmos havidos como presumidamente consumidos, o que afasta, naturalmente, toda e qualquer possibilidade de sua restituição.

Na mesma ideia, a ilustre Maria Berenice Dias aduz:

Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepitibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Anderson Schreiber (2002, p. 03) a “história das codificações mostra que um código consiste menos nas suas palavras, e mais no que sobre elas se constrói. De fato, o conteúdo de um código é sempre dinâmico, no sentido de que suas normas não são nunca dadas, mas construídas e reconstruídas dia-a-dia pelos seus intérpretes”.

É nesse sentido que o delineamento atual do direito implicou no redimensionamento do princípio da irrepitibilidade dos alimentos, predicado da obrigação alimentar, pressupondo que os alimentos, se pagos equivocadamente, obrigam, sim, o alimentado a restituir o que lhe fora pago indevidamente.

O Código Civil, instituidor de verdadeiros modelos de conduta, não compadece com a má-fé, reprime o exercício abusivo de um direito e pune a postura desleal (OTERO). É a partir dessa postura que se permite a mudança principiológica da irrepitibilidade dos alimentos em hipóteses em que houver incorrido dolo, má-fé ou abuso de direito. Humberto Theodoro Junior (2003, p. 12) em referência ao Código Civil de 2002 instrui:

O ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, como adverte Miguel Reale, não em função de individualidades concebidas in abstracto, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiaridades circunstanciais. Fugindo da antiga perspectiva hostil à equidade e da submissão aos princípios éticos, o novo Código confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, pois o que há, na verdade, na nova ótica normativa, é sim, 'a plenitude ético-jurídica do ordenamento'. Dessa maneira, o Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios como esse da equidade, de boa-fé, de correção.

E ao direito de família não seria diferente. Devem, pois, os titulares da relação alimentícia agir segundo os parâmetros éticos consagrados na sociedade e de boa-fé. Nesse contexto é que se repensa o direcionamento do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, mormente nas causas exoneratórias do dever alimentar (artigo 1708⁶⁰ do Código Civil), bem como na ocorrência de dolo da gestante, quando da aplicação de alimentos gravídicos.

É justamente o caso da gestante que consciente da paternidade negativa de um homem, o aponta na ação de alimentos gravídicos como pai do nascituro em seu ventre. Esta situação cria evidente enriquecimento sem causa da mulher, o que é vedado por nosso Diploma Civil. Válido citar o comentário de José Roberto de Castro Neves (2006, p. 186):

[...] ninguém pode obter uma vantagem alijada de uma razão reconhecida e aceita pelo direito. Em outras palavras, o incremento patrimonial deve vir acompanhado de uma causa.

Esse princípio, antes, advém de valores morais, inculcados e incorporados à nossa cultura. O homem de bem não aceita receber algo sem justificação lícita. Preza-se a vantagem patrimonial decorrente de uma causa lícita, reconhecida no universo jurídico, ao passo que se condena o benefício injustificável, ilícito, sem uma causa jurídica tolerada.

Certamente no ideal de justiça, na busca pela sua concretização, o princípio que veda o enriquecimento tem sua gênese e justificativa.

Assim, a gestante que, representando ou substituindo o nascituro, pleiteia para este, alimentos de um suposto pai que, sabidamente, não o era, deverá indenizar a vítima lesada, não se aplicando, pois, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Nesse sentido já foi decidido:

Alimentos - Pedido de devolução do que foi pago indevidamente, nos próprios autos da ação de exoneração - Decisão que o rejeitou, de cunho interlocutório, que não fez coisa julgada - Recurso improvido - Alimentos - Repetição de indébito - Varão exonerado de pagar pensão à filha, por decisão transitada em julgado em agosto de 2001, visto contar ela com 26 anos de idade e ser formada em Direito - Descontos cessados somente em abril de 2002 - Princípio da irrepetibilidade que não é absoluto - Direito a repetição reconhecido para que não haja enriquecimento sem causa - Sentença mantida - Recurso improvido⁶¹.

Ademais, cabe salientar que no caso dos alimentos gravídicos, a probabilidade de homens cuja paternidade é errônea serem obrigados a pagar alimentos é maior que nos outros casos, já que a Lei de Alimentos Gravídicos exige tão somente indícios de paternidade.

4.2.2 Danos sujeitos à reparação civil

Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 15) pontua que:

Na responsabilidade civil está presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo de pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar.

Superadas as questões do cabimento da reparação civil no tocante aos alimentos gravídicos, vislumbre-se a hipótese de ter a gestante agido com má-fé, apontado um homem como o pai de seu filho, consciente de sua inocência para tanto, sendo a este aplicada a Lei de Alimentos Gravídicos. Sobrevindo o nascimento da criança, poderá o pai promover a negatória de paternidade, com vistas à exoneração do encargo alimentar. Resultando o exame de paternidade em negativo, deverá o pai errôneo, por meio de ação própria, pleitear a indenização cabível para ser ressarcido, pela mãe que lhe promoveu o pedido de alimentos gravídicos, do que entende devido, devendo, contudo, comprovar a má-fé ou o exercício abusivo de direito com que agiu a gestante.

Os danos materiais são de fácil identificação e, por conseguinte, mensuração. Estão relacionados ao que a vítima, suposto pai, despendeu com o arbitramento dos alimentos gravídicos até a descoberta da paternidade negativa. Multiplicam-se, assim, os valores pagos a título dos alimentos desta natureza e seu resultado será o valor dos danos patrimoniais. Tem-se, pois, que os danos materiais são certos e líquidos, já que derivam da própria ação de alimentos gravídicos, correspondendo ao que o réu daquela foi obrigado a pagar indevidamente.

O mesmo não se pode falar dos danos morais; ao menos quanto à sua mensuração.

O dever de reparar um dano extrapatrimonial, mais chamado como dano moral, advém da seara da responsabilidade civil, de forma que estes atingem principalmente os direitos de personalidade. No entanto, o dano moral enfrenta dificuldade em dois pontos principais: sua caracterização e sua quantificação.

Para a ocorrência do dano moral é necessária a violação da serenidade de espírito da vítima. Todo ser humano tem o direito de não afetação ao seu equilíbrio psicológico, sofrendo, qualquer um, com o abalo de sua paz interior. Assim é que o dano moral engloba o psicológico, que, por sua vez, pressupõe a modificação da personalidade, derivada da conduta de terceiro. Desta forma, se houve ofensa a um direito de personalidade, deverá a vítima ser indenizada.

No caso exposto, sendo o indivíduo condenado a pagar os alimentos gravídicos e posteriormente se descobrindo não ser seu o filho, tendo a gestante agido com atitudes manifestamente reprováveis, é notória a ofensa à sua honra, tanto objetiva, quanto subjetiva, não se tratando, pois, de mero aborrecimento ou dissabor da vida cotidiana.

O suposto pai, ao menos em hipótese, passou pelos meses da gestação tendo expectativas em relação àquele ora recém-nascido, podendo, ademais, ter sofrido sérias restrições em sua vida pessoal, a depender de sua situação civil. Tais fatos violam a tranquilidade do ser humano, abalam seu espírito e afetam diretamente na vida da vítima, rompendo, portanto, o equilíbrio psicológico que lhe é tutelado. Além disso, inefável os danos à honra externa da pessoa, já que a repercussão, no meio social, nestes casos é de grande relevância.

Fernando Simas Filho (1999, p. 464)⁶², ao falar da evidência dos danos morais, explica:

[...] a comunicação enviada pelo juiz ao suposto pai é pública e, só por esse fato, coloca o destinatário em má posição. Considerem-se que se for homem casado, sua família logo inquirirá a respeito do que, seu pai ou esposo, andou fazendo para ser chamado pelo juiz. Se for solteiro empregado ou funcionário, e recebe uma comunicação no emprego, poderá haver suspeitas provenientes de companheiros de trabalho e até do chefe. Notem bem que há a possibilidade de o destinatário não ser o pai da criança, contudo, a suspeita, por parte de familiares e colegas de trabalho, permanecerá.

O nexos causal nestas situações é flagrante, haja vista que os danos foram causados somente pela conduta de má-fé da genitora, que, irresponsavelmente, ingressou em juízo em desfavor de pessoa errada ou para ser privilegiada ou para causar-lhe prejuízos, abusando, assim, de seu direito de ação.

Precavendo-se da banalização do conceito dos danos morais, a justiça brasileira tem sido bastante exigente na aplicação dos danos desta natureza, estipulando-o mediante cada caso concreto, porém observando sempre, conjuntamente, os princípios da equidade e da razoabilidade.

Assim, para a valoração do dano moral sofrido, a “soma não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” (PEREIRA, 1990, p. 92).

A regra encontra embasamento próprio no Código civil, artigo 944, vejamos:

Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Na fixação do *quantum* indenizatório o magistrado observará alguns elementos, a saber: a natureza da ofensa e sua consequência, a perturbação sofrida, a gravidade do dano e a condição financeira do ofensor e do ofendido. Maria Celina Bodim de Moraes⁶³ (2003, p. 290) aduz que:

[...] o STJ, de modo especial nos votos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tem sustentado sistematicamente que, na fixação do quantum reparatório, devem ser considerados os seguintes critérios objetivos: a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e o porte econômico do agente ofensor. No espaço de maior subjetividade, estabelece, ainda, que o juiz deve calcar-se na lógica do razoável, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Nesse sentido:

ACAO DE INDENIZACAO FALSA DECLARACAO DE PATERNIDADE EXAME DE D.N.A. DANO MORAL Civil. Processual Civil. Lide indenizatória na esfera moral, proposta por ex-companheiro em face da ex-companheira, acusando-a de tê-lo convencido da paternidade sobre filho que ela gerou, mas falsamente; tanto que foi afastada, pelo exame científico DNA. Sentença de procedência, fixando a pecúnia do reparo em R\$ 15.000,00. Apelação apenas do pólo passivo. Provas orais e documentais, no conjunto, que positivam a união marital entre as partes, antes um "namoro profundo", mas este logo em seguida ao da ora recorrente com outro homem, em provável tangenciamento. Certeza a que foi levado o recorrido, pela genitora do infante, desde o início da gravidez, de ser ele o pai; a qual se irradiou aos familiares e amigos de ambos; quando a ré, pelo circunstanciado, deveria ter dúvida sobre a dita paternidade; cuja incerteza, em tese, remonta aos antigos tempos de Roma. Evolução

do ordenamento pátrio, e comparado, na exegese, exurgida das grandes mudanças nos costumes, e nas relações de família e afeto, que tem havido nas últimas décadas, de modo a reconhecer o amor como sujeito a volatilidades existenciais, mas, por outro tanto, a reputar indenizável, na esfera em berlinda, a conduta de um parceiro que, de per si, cause ao outro quadro de humilhação e constrangimento, em lesão ao direito de personalidade; como o verificado na espécie. Ensino doutrinário, aqui colacionado, do mestre gaúcho Vitor Ugo Oltramari. Verba decretada, proporcional e razoável. Correção monetária por acertado, do julgado para diante, por indexador oficial. Juros de mora, em 1% ao mês, também desse tempo, por equívoco, pois o certo seria a partir da citação, em não podendo a Câmara alterar, pela conformidade autoral. Sucumbência estatuída por irretocável. Sentença que se mantém. Recurso que se desprovê⁶⁴.

Assim é que a compensação indenizatória não deverá se caracterizar como esmola, não obstante não poderá ser tida como premiação.

Não há dúvidas que o dever de indenizar é justo, vez que o suposto pai foi, de certa forma, iludido pela gestante e, ademais, houve movimentação da máquina judiciária que, ludibriado por uma parte, permitiu o pagamento de alimentos gravídicos erroneamente. A mãe, abusiva de seu direito de ação, deve indenizar o homem apontado como pai por ela de todos os valores por este recebidos e, além, dos danos morais causados a ele.

CONCLUSÃO

Este estudo buscou demonstrar o direito do nascituro em demandar em juízo alimentos sob a ótica da Lei de Alimentos Gravídicos – nº 11804/08, bem como, analisar a hipótese de, quando recebidos indevidamente, responsabilizar a gestante ante o manifesto abuso do direito de ação.

Para tanto, elucidou-se a conceituação do nascituro e quando se daria o início de sua personalidade, abordando, para isso, as teorias acerca do início da personalidade civil do homem, destacando-se, dentre as existentes, as correntes natalista, que atribui a personalidade ao homem somente com o nascimento, e concepcionista, que concede a personalidade civil desde o momento da concepção. Da teoria adotada, dependerá a existência ou não do direito do nascituro aos alimentos. Neste estudo adotou-se a teoria concepcionista.

Assim é que ao nascituro são concedidos os direitos de personalidade desde a concepção, dependendo de seu nascimento com vida, apenas efetivação dos direitos patrimoniais.

É certo que desde o momento da concepção o ser humano é carente por excelência. Ainda no colo materno, ou fora dele, se lhe reconhece, por um princípio natural inquestionável, o superior direito de ser alimentado pelos responsáveis por sua geração, diante da sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção (CAHALI). Desta forma, devidos ao nascituro os alimentos desde a concepção.

Nesse diapasão, seguida análise do estudo, abordaram-se as características do instituto dos alimentos, conceituando-o e classificando-o segundo a doutrina brasileira. Além disso, foi

trazido à baila a Lei nº 11804 de 2008, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos, apresentando-a em sua integralidade e justificando os vetos à ela opostos. Evidenciou-se que os alimentos gravídicos “sem dúvida, permitirão melhor tutela às mulheres em gestação e à futura prole que, para seu nascimento com saúde, tanto precisa do suporte financeiro do pai e de outros parentes, no caso de impossibilidade daquele não há óbice na ampliação do instituto já que este se vale, subsidiariamente das regras da pensão de alimentos” (FREITAS).

Adiante se analisou o teor introduzido pela Lei de Alimentos Gravídicos, passando por todos seus aspectos processuais, desde o foro competente para propositura da demanda até a execução dos alimentos gravídicos fixados na ação. Assim sendo, viu-se que o foro competente será o do domicílio do alimentado, no caso, a autora da ação. Ante as divergentes posições acerca da legitimidade ativa da demanda, concluiu-se ser esta do nascituro, no entanto, sendo pessoa incapaz, deverá estar representado judicialmente por quem detiver o pátrio poder. Os alimentos incidirão desde o despacho da petição inicial, sendo o réu citado a apresentar defesa no prazo de cinco dias. Os critérios para fixação do *quantum* alimentício será seguido obedecendo ao binômio necessidade da gestante – possibilidade do indigitado pai. A Lei não exige a prova pré-constituída de paternidade, contudo, deverá a gestante comprovar os indícios desta, conforme dispõe a Lei de Alimentos Gravídicos.

Por fim, elucidou-se os aspectos da responsabilidade civil nas hipóteses de paternidade negativa do homem apontado como pai. Caracterizou-se o instituto da responsabilidade civil, seus preceitos, pressupostos e modalidades, objetiva e subjetiva. Concluiu-se que há o dever de reparação quando a mulher age com dolo e má-fé apontando um homem que, sabidamente, não era o pai de seu filho, aplicando-se, para tanto, as regras da responsabilidade subjetiva, cabendo ao lesado, mediante ação própria, pleitear os danos materiais e morais que entender devido.

Diante de todo o coletado, a conclusão que se chega é a de que a promulgação da Lei de Alimentos Gravídicos foi um verdadeiro avanço na tutela aos direitos do nascituro, protegendo o ser humano desde sua concepção ao nascimento, quando os alimentos gravídicos transformar-se-ão em pensão alimentícia.

“Apesar das imprecisões, dúvidas e equívocos, os alimentos gravídicos vêm referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna” (DIAS).

A garantia aos alimentos gravídicos representa um avanço importante na busca da paternidade responsável, com o compartilhamento da responsabilidade entre o pai e a mãe desde o o preâmbulo da vida.

Que pese a evolução trazida pela novel Lei, a gestante deverá agir com cautela ao apontar o pai na ação de alimentos gravídicos.

É pressuposto deste tipo de ação alimentícia a boa-fé e justeza da mãe, até que se prove o contrário, já que o objetivo maior da lei é a proteção do nascituro, agasalhando-o ao princípio da dignidade humana. O problema surge apenas quando a gestante age com má-fé, fazendo com que um homem, qual não é pai de seu filho, arque com as despesas da gravidez e, por conseguinte, tenha prejuízos de ordem material e moral. Desta conduta dolosa da gestante acarretará possivelmente em futura ação indenizatória.

Válidas, sim, as inovações trazidas pela Lei de Alimentos Gravídicos, talvez nem sempre aplicadas no campo material, mais do que agilidade na Justiça, acredita-se conscientizar os envolvidos na relação familiar de sua responsabilidade com a vida que estará por vir, carente de recursos à sua sobrevivência, materializando o princípio da paternidade responsável.

Notas

¹ www.scribd.com/doc/2973147/Biologia, acesso em 16 de julho de 2010.

² MOORE, K. L.; PERSAUD, T.V.N. Embriologia Clínica. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³ Cf. SNUSTAD, Peter; SIMMONS, Michael J. "Fundamentos de Genética". Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2ª ed, 2001.

⁴ TJRS - Ap. Cível 195123112, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, 28-11-95

⁵ Artigo 128. Não se pode o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁶ Artigo 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Artigo 393. Durante o período a que se refere o artigo 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como aos direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Artigo 394. Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

⁷ TJRS – Ap. Cível 70002027910, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 28-03-01.

⁸ STJ, Recurso Especial nº 2001/0147319-0. Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 15 abr. 2002.

⁹ Apesar de ter sido aprovada em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre entrou em vigência desde 1978 quando, então, atingiu o número mínimo de ratificações, onze. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 26 de maio de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 27, sendo determinada sua integral observância em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto n. 678, sendo reafirmado pelo protocolo de São Salvador, que, por sua vez, foi adotado durante a XVIII Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos, em São Salvador, em 17.11.1988.

¹⁰ Originalmente em espanhol: *Toda persona tiene derecho a que se respecte su vida. Este derecho estará protegido por La ley em general, a partir Del momento de La concepción. Nadie puede ser privado de La vida arbitrariamente.*

-
- ¹¹ TJSP, Apelação Cível nº 193.648-1. Rel. Des. Renan Lotufo. São Paulo, 14 set. 1993. Revista dos Tribunais, n. 703, p. 60-63, mai. 1994.
- ¹² Artigo 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.
Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.
- ¹³ Artigo 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.
- ¹⁴ TJRS, 7ª Câmara Cível, AI 70017520479, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28.3.2007, v.u.
- ¹⁵ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70006429096, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/08/2003.
- ¹⁶ Vide Capítulo II, item 2.2 - O nascituro e a necessidade de reivindicar alimentos.
- ¹⁷ Coelho da Rocha, Direito Civil português, v. 1, p. 219.
- ¹⁸ Artigo 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.
- ¹⁹ Artigo 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.
- ²⁰ Lei de Divórcio – Lei nº 6515 de 1977.
Artigo 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.
- ²¹ Lei nº 8971 de 1994 – Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.
- ²² Lei nº 9278 de 1996 – Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.
- ²³ Lei nº 5478 de 1968 – Lei de Alimentos
Artigo 4º. Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.
- ²⁴ Artigo 852. É lícito pedir alimentos provisionais:
I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;
II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;
III - nos demais casos expressos em lei.
Parágrafo único. No caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.
- Artigo 853. Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais.
- Artigo 854. Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.
Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.
- ²⁵ Artigo 1699. Se fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

²⁶ Artigo 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.

§ 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.

Art. 1.695. 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.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

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

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio.

Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

- ²⁷ TJDF, 6ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 2007.00.2.005397-9, rel. Des. James Eduardo Oliveira, j. 11.7.2007, v.u
- ²⁸ TJSP, Agravo de Instrumento nº 646.712-4/5-00, Campinas, Des. Rel. Álvaro Passos, 7ª Câmara de Direito Privado, DJ. 16.09.2009, DR. 21.09.2009
- ²⁹ SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJSP, Agravo de Instrumento Nº 70028804847, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2009
- ³⁰ Mensagem n. 853, de 05 de novembro de 2008.
- ³¹ Lei nº 5478/68
Artigo 5º. O escrivão, dentro em 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.
§ 1º. Na designação da audiência o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital.
- ³² Vide Capítulo IV – Responsabilidade Civil Materna de Reparação
- ³³ Artigo 1630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.
- ³⁴ Artigo 1633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.
- ³⁵ Artigo 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.
Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.
- ³⁶ TAMG – AGI. Acórdão 0321247-9, 20-12-2000, 3ª Câmara Cível – Rel. Juiz Duarte de Paula.
- ³⁷ TJSP – Ap. Cível 200892-1, 8-3-94, Rel. José Malerbi.
- ³⁸ TJSP – Ap. Cível 181471-1, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Renan Lotufo, 14-9-93.
- ³⁹ TJRS - Ap. Cível 583052204, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, 24-4-84.
- ⁴⁰ TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.377309-2/001, Rel. Des. DUARTE DE PAULA, j. 10/03/2005.
- ⁴¹ Artigo 1703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.
- ⁴² Divórcio e Separação, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 479.
- ⁴³ TJRS. AI nº 70006429096, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13/08/2003.
- ⁴⁴ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70032990913, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2009.
- ⁴⁵ TJES-AC012.03.009047-1- 3ª C.Cív.- Rel.Des. Alinaldo Faria de Souza – DJES 13.01.2006.
- ⁴⁶ Informações extraídas de <<http://brasil.babycenter.com/pregnancy/pre-natal/exames/biopsa-vilo-corial/>> e <<http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v29n7/a06v29n7.pdf>>. Acesso em 02 de agosto de 2010.

-
- ⁴⁷ Informações extraídas de <<http://brasil.babycenter.com/pregnancy/pre-natal/exames/amniocentese/>> . Acesso em 02 de agosto de 2010.
- ⁴⁸ <<http://www.biofutura.com.br/exames-de-dna--testes-de-paternidade/dna-em-gravidas>>. Acesso em 02 de agosto de 2010.
- ⁴⁹ Vide tópico 2.2 O nascituro e a necessidade de reivindicar alimentos.
- ⁵⁰ BARROS, Flávio Monteiro de. Alimentos gravídicos. Disponível em: <<http://www.cursofmb.com.br/>>. Acesso em: 03 de agosto de 2010.
- ⁵¹ Os artigos 1597 a 1602 do Código Civil elencam as possibilidades de presunção ou não de paternidade em hipóteses de vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, entre outras. Embora tais regras refiram-se aos casos de casamento, não há óbice para serem interpretadas extensivamente às hipóteses de união estável.
- ⁵² Artigo 333. O ônus da prova incumbe:
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
- ⁵³ Artigo 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- ⁵⁴ Artigo 932, III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- ⁵⁵ Artigo 932, IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- ⁵⁶ Artigo 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não prova culpa da vítima ou força maior.
- ⁵⁷ Eduardo A. Zannoni cogita três finalidades na reparação do dano moral: *reparación satisfactiva*, *reparación neutralizadora* e como medida de *prevención de daños futuros* (cf. “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 360).
- ⁵⁸ Artigo 188. Não constituem atos ilícitos:
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
- ⁵⁹ TJSP – Apelação Cível nº 2051294/8-00.
- ⁶⁰ Artigo 1708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.
- ⁶¹ TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, Apelação Cível 3055394800, j. em 04/10/2007.
- ⁶² SIMAS FILHO, Fernando. Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro. In: *Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 464.
- ⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 290.
- ⁶⁴ TJ/RJ - 0008616-49.2006.8.19.0001 (2006.001.65591) – Apelação Dês. Luiz Felipe Haddad - Julgamento: 13/03/2007 – Terceira Câmara Cível.

Referências

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

_____. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos Gravídicos: avanço ou retrocesso? *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 65-71, jan./mar. 2009.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARINI, Ricardo; MACHADO, Isabela Nelly. *Cordocentese ou Amniocentese para o Diagnóstico Pré-Natal?* Disponível em: <<http://www.barini.med.br>>. Acesso em 02 de agosto de 2010.

BARROS, Flávio Monteiro de. Alimentos gravídicos. Disponível em: <<http://www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico>>. Acesso em: 05 de agosto de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de dezembro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>

_____. *Decreto Legislativo nº 27, de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <www.senado.gov.br>.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*.

_____. Lei nº 5.478, de 15 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 11.804/08, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como será exercido e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2009.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Biblioteca Forense Digital 2.0, Curso de Direito Civil - Volume 5 - Direito de Família, 3ª edição, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1. 11.ed. São Paulo. Saraiva. 2007.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAPEZ, Fernando et al. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos Alimentos no Direto de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos Gravídicos?* Elaborado em 07/2008. Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em 09 de junho de 2010.

_____. *Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar.* Disponível em <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3829/DOIS_PESOS_E_DUAS_MEDIDAS PARA PRESERVAR A ETICA IRREPETIBILIDADE E RETROATIVIDADE DO ENCARGO ALIMENTAR](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3829/DOIS_PESOS_E_DUAS_MEDIDAS_PARA_PRESERVAR_A_ETICA_IRREPETIBILIDADE_E_RETROATIVIDADE_DO_ENCARGO_ALIMENTAR)>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.* São Paulo: Saraiva, 1994

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.

_____. *Curso de Direito civil brasileiro.* 21. ed. rev., aumen., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.v.1.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.* 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.* 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de Direito.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso complemento: 8. ed. rev., atual., ampl.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil.* 4. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: Enfoque sobre o interesse de agir.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 – Primeiros Reflexos.* Disponível em <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Dos Alimentos Gravídicos - Lei nº 11.804/2008.* Revista IOB de direito de Família v. 9, n. 51, dez./jan. 2009. p. 7-17.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3,

_____. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2003.

HOUAISS, Instituto Antonio. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988. v. I.

MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, dirigida por R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 54.

MANTOVANI, Fernando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

MARQUES, Erickson Gavazza. Entrevista cedida ao site Consultor Jurídico em 6 novembro de 2005. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2005-nov-06/nao_cabe_lei_definir_vida_especialista >. Acesso em: 19 julho 2010.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado das Ações*, Tomo VI, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.

_____. *Tratado de Direito de Família*. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. III.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. in “Curso de Direito Civil”, Parte Geral, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1987-1989.

_____. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOREIRA, Décio. *Elementos de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NALINI, José Renato. Evolução Protetiva da Vida na Constituição Brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e jurídica*. Porto Alegre (RS): Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

NEVES, José Roberto de Castro. O Enriquecimento sem Causa: Dimensão Atual do Princípio do Direito Civil, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Alimentos no novo código civil*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Marcelo_Truzzi_Otero/Alimentos.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 04.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª Edição. 1990

_____. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIMENTA, Natália Cristina M. A importância social da Lei dos Alimentos Gravídicos. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/40288>>. Acesso em 03 de agosto de 2010.

PUSSI, William Artur. *A personalidade jurídica do nascituro*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2008.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – parte geral*. Vol. 1. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. *Direito Civil*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito Civil*. Volume IV. São Paulo: Editora Saraiva, 19ª Edição. 2002

_____. v. 4. *Responsabilidade Civil*. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Heron José. *Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor*. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SARAIVA, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Volume XI*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do Dano Moral no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2002. v. 12.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição. 1999

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO, Humberto Junior. *Comentários ao Novo Código Civil, Vol. III, Tomo I*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.v.1.

_____. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

_____. *Direito Civil – Direito de Família*. 7. ed. São Paulo.

_____. *A Responsabilidade Objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html. Acesso em 03 de agosto de 2010.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro o novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXO



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

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 n^{os} 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; 187^o da Independência e 120^o 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