

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DOS ALIMENTOS
GRAVÍDICOS, COMO FATORES DE GARANTIA DA DIGNIDADE
HUMANA E HARMONIZADORES DE RELAÇÕES FAMILIARES E O
ACESSO À JUSTIÇA**

**SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF SUPPLEMENTS
PREGNANCY, AS FACTORS OF HUMAN DIGNITY AND WARRANTY
OF FAMILY RELATIONSHIPS HARMONIZERS AND ACCESS TO
JUSTICE**

José Sebastião de Oliveira¹

<http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>

Amanda Quiarati Penteado²

<http://lattes.cnpq.br/0472745836025522>

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DOS ALIMENTOS; 1.1 CONCEITO; 1.2 ESPÉCIES; 1.2.1 Quanto à natureza: naturais ou necessários e civis ou cômugros; 1.2.2 Quanto à causa jurídica: legítimos, convencionais e indenizatórios; 1.2.3 Quanto à finalidade: provisionais, provisórios e definitivos; 1.3 CARACTERÍSTICAS; 1.3.1 Personalíssima; 1.3.2 Irrenunciabilidade; 1.3.3 Incompensabilidade; 1.3.4 Impenhorabilidade; 1.3.5 Imprescritibilidade; 1.3.6 Irrepetibilidade; 2 DO NASCITURO; 2.1 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS QUANTO AO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO HOMEM; 2.1.1 Teoria Concepcionista; 2.1.2 Teoria Natalista; 2.2 DIREITO À VIDA E AOS ALIMENTOS DO NASCITURO; 3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 3.1 CONCEITO; 3.2 TERMO INICIAL; 3.3 DO ÔNUS PROBATÓRIO; 3.4 DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4. DAS QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL, NA LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4.1 DO FORO E DO TEMPO DA AÇÃO; 4.2

¹ Orientador, Professor Doutor em Direito, dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Stricto Sensu), em nível de Mestrado, do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá - Paraná. E-mail: drjso@brturbo.com.br

² Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá - Paraná; E-mail: a_q_penteado@yahoo.com.br

DA LEGITIMIDADE; 4.3 DO PEDIDO; 4.4 DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 4.5 DO VALOR DA CAUSA; **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

RESUMO

Após a vigência da Lei sob n.º 11.804/2008, houve a regulamentação dos alimentos gravídicos em seus aspectos materiais e processuais. A questão dos alimentos no nosso ordenamento jurídico sempre foi muito debatida, principalmente, em relação aos direitos do nascituro, por isso, se fez necessário a regulamentação de tal lei, que põe fim a algumas discussões e dá ensejo a outras, como por exemplo, o marco inicial dos alimentos gravídicos, o ônus probatório, a irrepetibilidade de tais alimentos, os alimentos gravídicos devidos pelos avós. O presente estudo tem por escopo focar os alimentos gravídicos em respeito à vida, à dignidade humana e ainda, seus aspectos processuais. Antes de adentrar no tema, faz-se necessário um breve esboço dos alimentos em geral dentro do ordenamento jurídico. No prelúdio são tecidas considerações acerca das espécies e característica dos alimentos. Após, passa-se a discorrer propriamente sobre os alimentos gravídicos, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, além de polêmicas existentes acerca dos alimentos devidos ao nascituro e ao final, os aspectos processuais relevantes em relação à lei dos alimentos gravídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos; Alimentos Gravídicos; Nascituro.

ABSTRACT

After the enactment of Law under n. ° 11.804/2008, there was the regulation of supplements pregnancy in its substantive and procedural aspects. The issue of supplements in our legal system has always been much debated, particularly in relation to the rights of the unborn child, so it was necessary to regulate such a law, which puts an end to some discussions and give rise to other, eg, the starting point of the supplements gravidic, the evidential burden, the uniqueness of such supplements. The scope of this study is to focus on supplements pregnancy respect for life, human dignity. Before entering on the subject, it is necessary to briefly foreshortening of supplements in general within the legal framework. the prelude considerations are made about species and characteristics of supplements. After, going to talk specifically about the supplements pregnancy, the dignity of the human person, the right to life, in addition to existing polemics about the supplements due to the unborn child, and in the end, the procedural aspects there was the regulation of supplements pregnancy.

KEYWORDS: Supplements; Pregnancy Supplements; Unborn Child.

INTRODUÇÃO

Conforme dispõe a Constituição Federal todos têm direito de receber da família, do Estado e da sociedade, proteção à vida, à saúde, à dignidade e à convivência familiar. O

Direito, como ciência e arte, vem solucionar esses problemas que atormentam a nossa sociedade. A Lei Federal sob n.º 11.804/2008, que dispõe acerca dos Alimentos Gravídicos, trata de normas materiais e procedimentais para o exercício do direito a alimentos no caso de gravidez.

Em se tratando de alimentos gravídicos há que se falar em algumas polêmicas a respeito do assunto, desde o projeto de lei até sua fase final. Mesmo com o veto do Presidente da República, de alguns artigos, pairam dúvidas acerca dos reflexos materiais e processuais dos alimentos ao nascituro e sua posterior conversão em alimentos à criança nascida viva.

Tendo em vista que a aplicação da lei dos alimentos gravídicos, no que diz respeito a segurança jurídica de sua concessão é falha, pois afasta-se o Princípio da Presunção de Inocência e restringe a ampla defesa do suposto pai, necessário se faz uma análise dos dispositivos da lei para futuro melhoramento da eficácia da aplicabilidade da justiça.

A presente pesquisa busca elucidar alguns pontos controvertidos e questionamentos feitos acerca do assunto, sem a pretensão de esgotá-los, como, quando se dá o início da personalidade civil do nascituro? O termo inicial dos alimentos gravídicos começa a partir da data da citação do réu ou da concepção do nascituro? O ônus probatório se faz de que forma? Como fica a responsabilização da gestante que age com má-fé e o verdadeiro pai que se omitiu quanto seu dever de reconhecer o filho como seu?

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será tratado acerca dos alimentos de forma genérica, suas espécies e classificações. Por sua vez, no segundo capítulo trará o nascituro como sujeito de direitos. E por fim, no último capítulo, será dada ênfase nos alimentos gravídicos, enaltecendo o direito à vida e dignidade humana por meio destes.

A justificativa da pesquisa se dá pelos interessantes questionamentos feitos em relação aos alimentos gravídicos, que por se tratar de norma recente, ainda, não se esgotou todas as dúvidas em relação ao tema.

Para desenvolver a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo e exploratório, realizado por meio de raciocínio lógico dedutivo após pesquisa bibliográfica de materiais publicados sobre o assunto, doutrinas de renomados autores, jurisprudência, revista e outros.

1 DOS ALIMENTOS

1.1 CONCEITO

Os alimentos na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro não engloba apenas o que chamamos de alimentação, mas tudo aquilo que é necessário para a subsistência de qualquer ser humano por toda sua vida, como é definido no artigo 1.920 do Código Civil de 2002: “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”. Yussef Said Cahali trata os alimentos como sendo “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”³.

Há que se falar, ainda, em obrigação alimentar, posto que, essas prestações periódicas deverão ser fornecidas pelo reclamado àquele que não consegue suprir suas necessidades e assegurar sua subsistência, conforme artigo 1.695 do Código Civil/2002⁴.

Assim, tem-se que a obrigação alimentar é fundamentada no binômio necessidade *versus* possibilidade, ou seja, a necessidade que o alimentante tem para assegurar sua subsistência e a possibilidade do mantenedor em fornecer aquilo que está em sua alçada.

1.2 ESPÉCIES

1.2.1 Quanto à natureza: naturais ou necessários e civis ou cômputos

Os alimentos se distinguem quanto à sua natureza em naturais ou necessários e civis ou cômputos. Os alimentos naturais ou necessários são classificados como sendo indispensáveis para qualquer pessoa sobreviver, englobando a alimentação, o vestuário, a habitação e a saúde. De salientar que, visa a manutenção do que é essencial à uma pessoa.

³ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15

⁴ 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.

Todavia, os alimentos civis ou cômruos tem uma maior abrangência no que se refere à sobrevivência do ser humano. Englobam o necessário para que o alimentando mantenha sua qualidade de vida e sua condição social.

Destarte, os alimentos deverão ser fixados de forma equânime com relação ao binômio necessidade *versus* possibilidade, para que assim não prejudiquem nenhuma das partes.

1.2.2 Quanto à causa jurídica: legítimos, convencionais e indenizatórios

Os legítimos decorrem de uma obrigação legal, derivam do direito de família, são aqueles, em que no nosso ordenamento atual, se devem pelo casamento, parentesco e união estável.

Somente este tipo de obrigação pecuniária admite prisão civil, conforme dispõe o inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 88⁵, artigo 19, *in fine*, da Lei n. 5.478/1968⁶, lei esta que dispõe sobre os alimentos e, ainda, artigo 733 do Código de Processo Civil⁷, prevendo, então, uma coerção para o inadimplemento da obrigação alimentar.

De outro lado, tem-se que os alimentos convencionais, também chamados de voluntários, são oriundos da vontade e voluntariedade das partes, por esse motivo não enseja prisão civil do devedor.

⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

⁶ Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

⁷ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Já os alimentos indenizatórios decorrem de ato ilícito, devendo o causador do dano indenizar a vítima, resultante de uma sentença condenatória por responsabilidade civil. Neste sentido:

É o exemplo da vítima que se torna incapaz para o trabalho em razão de lesões corporais ou de tentativa de homicídio. É matéria atinente ao Direito da Responsabilidade Civil, também não permitindo a utilização da prisão civil como forma de coerção. Cuidando-se de *alimentos reparatórios* o juiz poderá exigir do condenado (o réu da ação indenizatória) a constituição forçada de capital como forma de garantia, podendo ser aceito bem imóvel, título da dívida pública, dinheiro, fiança bancária ou garantia real, além de ser possível inserir o credor na folha de pagamento do devedor, consoante disposição do § 2º do art. 475-Q da Lei Processual.⁸

Este tipo de prestação alimentícia é, exclusivamente, decorrente de uma injusta ação danosa contra pessoa, muito comum eles serem fixados em Ação de reparação de danos em casos de acidente de trânsito que resulte em danos corporais ou aleijões para certas pessoas.

1.2.3 Quanto à finalidade: provisionais, provisórios e definitivos

Os alimentos provisionais tem caráter de liminar, sendo indispensável a presença dos requisitos da medida cautelar dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil⁹ relativos ao *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Este tipo de alimento é concedido sem a prova pré-constituída do dever de alimentar, bem como, poderá ser autorizada a concessão das despesas processuais.

Já no que se refere aos alimentos provisórios, é exigida a prova pré-constituída da obrigação alimentar, possuindo característica antecipatória, com base no artigo 2º da Lei n. 5.478/1968¹⁰. São concedidos, na pendência das ações de alimentos ou em ações que

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 768.

⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁰ Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigirá-se ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

cumulem este tipo de tutela, para a manutenção das necessidades do alimentando, garantindo, assim, meios de subsistência a quem deles necessitem.

Por sua vez, definitivos são aqueles arbitrados por meio de uma sentença transitada em julgado, estabelecido pelo magistrado ou fruto de acordo de vontades. Conforme Cahali sustenta:

Dizem-se regulares, ou definitivos, aqueles estabelecidos pelo juiz ou mediante acordo das próprias partes, com prestações periódicas, de caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão.¹¹

Diante do exposto acima, conclui-se que os alimentos mesmo caracterizados como definitivos poderão ser modificados a qualquer tempo, respeitando o binômio necessidade *versus* possibilidade, para que não sejam violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por intermédio de uma Ação revisional de Alimentos.

1.3 CARACTERÍSTICAS

A obrigação alimentar possui algumas características próprias, que a torna singular em relação a outras obrigações. Por esse motivo, veremos algumas de suas principais características, a fim de esclarecer a respeito de cada uma delas.

1.3.1 Personalíssima

Há uma uniformidade doutrinária quanto ao direito personalíssimo dos alimentos. Esse aspecto visa preservar a integridade física e psíquica do alimentando, uma vez que a sua titularidade é intransmissível.

Vejamos o que alguns doutrinadores dizem a respeito, “Visando preservar a vida do indivíduo, considera-se direito pessoal no sentido de que sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico”¹². Ainda, Venosa, “sua titularidade não se transfere, nem se cede a outrem. Embora de natureza pública, o direito é personalíssimo, pois visa preservar a vida do necessitado”.

¹¹ CAHALI, Yussef Said, *op.cit.*, p. 26.

¹² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 328.

1.3.2 Irrenunciabilidade

O vigente Código Civil, em seu artigo 1.707, dispõe a respeito do direito de irrenunciabilidade: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

“O direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco”.¹³ Contudo, o que prevalece na jurisprudência atual é que os alimentos são irrenunciáveis quando fixados em favor de incapaz, porém, quando devido entre cônjuges e companheiros, admite-se a renúncia, sendo vedada a cobrança posterior de tais alimentos, uma vez que, não possuem mais a relação de parentesco.

1.3.3 Incompensabilidade

Por se tratar de subsistência, os alimentos não podem ser compensados, se assim o fossem, haveria um desvio de sua finalidade.

No entendimento de Farias e Rosenvald:

Aliás, mesmo que o devedor tenha, voluntariamente, prestado outros valores aos alimentários (constituindo mera liberalidade) – o que, não raro, ocorre, quando o pai, *e.g.*, paga viagens ou gastos supérfluos ao filho - não poderá compensar com o valor que deve pagar a título de alimentos. Enfim, “não se admite a compensação dos valores devidos à título de alimentos com outros pagos por mera liberalidade do devedor” (TJ/ DFT. Ac. Unân.5ªT., ApCív.2002.0110358943, rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j.1.9.03, DJU 15.10.03).¹⁴

A regra, portanto, é justificável, a fim de preservar a integridade do credor. Conclui-se, então, que de acordo com o caráter assistencial da obrigação alimentar, qual seja a subsistência do alimentando, os alimentos não podem ser compensados com nenhuma outra natureza, porque desviaria de seu fim a que se destina.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 399.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 725.

1.3.4 Impenhorabilidade

O crédito alimentar é impenhorável, uma vez que, trata-se de obrigação para garantir a subsistência do ser humano, garantindo-lhe uma vida digna.

Contrária a esta regra, os Tribunais vêm admitindo que é possível a penhora para pagamento de uma obrigação de mesma natureza alimentar, por se tratarem de créditos de natureza idêntica.¹⁵

1.3.5 Imprescritibilidade

Não se deve confundir o direito à imprescritibilidade dos alimentos com a prescrição das parcelas alimentares. A propósito:

As prestações alimentícias prescrevem em dois anos pelo Código de 2002 (art. 206, § 2º). Esse prazo era de cinco anos no Código anterior (art. 178, § 10, I). O direito a alimentos, contudo, é imprescritível. A qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir a necessitar de alimentos. A necessidade do momento rege o instituto e faz nascer o direito à ação (*actio nata*). Não se subordina, portanto, a um prazo de propositura. No entanto, uma vez fixado judicialmente o *quantum*, a partir de então inicia-se o lapso prescricional. A prescrição atinge paulatinamente cada prestação, à medida que cada uma delas vai atingindo o quinquênio, ou o biênio, a partir da vigência do Código de 2002.¹⁶

Como demonstrado acima, no vigente Código Civil em seu artigo 206, § 2º, traz a prescrição das prestações alimentícias em dois anos, a partir da data de seu vencimento. Porém, a pretensão à pensão alimentícia é imprescritível, por se tratar de verba alimentar em caráter de subsistência, podendo, a pessoa vir a necessitar dos alimentos a qualquer tempo, dependendo de sua necessidade atual.

1.3.6 Irrepetibilidade

¹⁵ Ibidem, p. 726.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 399.

Quanto à irrepetibilidade dos alimentos, devemos destacar que, descaberá a restituição dos alimentos pagos. A não ser que haja erro ou dolo, bem como os casos de enriquecimento sem causa.

Vejamos a respeito da relativização do princípio da irrepetibilidade:

Uma tradicional característica dos alimentos é a proibição de que os alimentos sejam repetidos, ou seja, restituídos, caso se constate posteriormente que eles não eram devidos. Os casos mais comuns em que se busca a restituição é nas ações exoneratórias ou revisionais de alimentos. Por esta razão, e pelo Princípio que veda o enriquecimento ilícito, a doutrina vem repensando esta característica, pois o credor dela se vale para protelar cada vez mais o processo judicial e, por conseguinte, prolongar o tempo em que o alimentando faz jus às prestações alimentícias, postergando uma sentença de mérito.

A ilicitude do enriquecimento, repudiada pelo Direito, advém do recebimento da prestação alimentícia, quando inexistente necessidade desta, isto é, quando o credor tem condições de arcar com o próprio sustento.¹⁷

Portanto, atualmente á uma relativização do princípio da irrepetibilidade que trataremos com ênfase em momento oportuno.

2 DO NASCITURO

Primeiramente, vale resaltar que a palavra “nascituro” vem do latim *nasciturus*, significando aquele que vai nascer.¹⁸

De salientar que o significado da palavra nascituro está presente nos diversos dicionários jurídicos brasileiro, sendo possível a abstração do seguinte raciocínio explanado por Washington dos Santos, senão vejamos:

Substantivo masculino. Ser humano já concebido mas ainda por nascer. Também chamado feto, por estar ainda dentro do ventre materno. Comentário: Por uma ficção do direito, é considerado provisoriamente com certa capacidade jurídica: direitos do “nascituro”, sendo os mesmos resguardados, desde a sua concepção até o seu nascimento, pela lei civil e penal, quando fala do aborto, que é, no Brasil, considerado assassinio (CC, art. 4.o e CP, art. 124).¹⁹

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria Geral dos Alimentos. In: _____; CAHALI, Francisco José (Coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

¹⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

¹⁹ SANTOS. Washington do. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 166.

Desta forma, pode-se extrair que a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Porém, há que se destacar que a vida é o bem maior do ser humano e está acima de qualquer lei.

Inicialmente para melhor compreensão do tema, relevante se faz conceituar vida. Vejamos o que José Afonso da Silva diz a respeito da vida:

Vida é mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere nesse fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.

[...]

No dizer de Jacques Robert: “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.”

[...] Demais, numa época em que há muito recurso para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intra-uterina que não se evitou.²⁰

Desde os primórdios, os juristas têm dificuldades em entrar em um consenso acerca do início da vida humana e da personalidade civil do homem, como sujeito de direitos.

Há muitas teorias em relação ao início da personalidade jurídica do nascituro, porém, podem-se considerar duas correntes prioritárias a respeito da temática, quais sejam, teoria concepcionista e a teoria natalista, que veremos em tópicos apartados.

O legislador ao redigir o artigo 2º do código civil, deixou margem a uma contrariedade, gerando dúvida a qual teoria foi adotada. Desta forma, nosso diploma civil aparenta acolher diferentes teorias dependendo do momento em que for aplicado.

2.1 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS QUANTO AO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO HOMEM

2.1.1 Teoria Concepcionista

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 194-199.

Como o próprio nome já diz, a vida começa desde a concepção²¹. A teoria concepcionista é defendida por alguns doutrinadores como, Clóvis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Maria Helena Diniz, entre outros.

A escola concepcionista tem como fundamentos primordiais as seguintes afirmações: o ser humano é protegido pelo direito desde o seu nascimento; o nascituro tem proteção do Direito Penal quando o aborto está previsto no tipo penal e elencado no capítulo dos crimes contra a vida; o Direito Processual prevê a posse em nome do nascituro; o nascituro pode ser curatelado; os filhos que estão por nascer podem ser objetos do reconhecimento da paternidade, podendo, também, receber bens por doações e por testamentos; e ainda, a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses²².

No seu viés, consigna Adahyl Lourenço Dias que o feto é uma fonte de vida humana, que se a lei o protege, tratando-lhe como sujeito de direitos, neste sentido, o mesmo deve ter personalidade jurídica, no mesmo comentário, o autor citado assim se manifesta *in verbis*:

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, 'se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa'.²³

Embora o Código Civil Brasileiro não tenha adotado a teoria concepcionista, o seu artigo 2º corrobora que a personalidade civil começa do nascimento com vida, porém, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, desta forma, mesmo como expresso

²¹ Darnival da Silva Brandão, médico especialista em ginecologia e obstetrícia, afirma que “o novo ser é distinto de sua mãe e não uma parte do corpo dela. Tem sistemas e aparelhos distintos dos do organismo materno, com quem mantém uma associação harmônica. É possuidor de um dinamismo autônomo: sua mãe é necessária para lhe proporcionar os nutrientes, mas é o embrião quem, de acordo com seu código genético, especifica as suas próprias proteínas, diferentes das proteínas maternas; e a gestante, por sua vez, não determina o controle interno do embrião em sua diferenciação”. (BRANDÃO, Darnival da Silva, “O Embrião e os Direitos Humanos, O Aborto Terapêutico”, in: PENTEADO, Jacques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre (RS), Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24.)

²² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 34.

²³ DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 281.

em lei, de que o nascituro não tem personalidade jurídica plena, a lei lhe dá o direito à vida e, por conseguinte, o direito aos alimentos, com base na dignidade da pessoa humana, sendo assim irrecusável, que desse momento ele é sujeito de direito e, portanto, pessoa.

2.1.2 Teoria Natalista

Os seguidores da teoria natalista defendem que a personalidade civil começa, apenas com o nascimento com vida, conforme dispõe a primeira parte do artigo 2º do Código Civil/2002. Deve haver dois requisitos, o nascimento e a vida, como são explicitados por Alexandre Marlon da Silva, veja:

O “nascimento” é a separação do filho das vísceras da mãe, podendo ser natural ou artificial. Cabe à perícia verificar que não se trate de um aborto, isto é, a separação antes do ciclo mínimo indispensável ao término da gestação.

Além do nascimento, deve haver o elemento “vida” podendo ser, num primeiro momento, caracterizado pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Desta forma, um só instante de vida e a personalidade será atribuída ao ser humano. O nascimento efetivo, assim como a vida do infante, constituem questões de fato, que se resolvem por perícia médico-legal.²⁴

Silvio de Salvo Venosa com o seu oportuno posicionamento doutrinário afirma que o nascituro não adquire a personalidade jurídica tal como a concebe o ordenamento, trata-se, apenas, de uma situação que se aproxima da personalidade, mas que com ela não se equipara, mesmo pelo fato do nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos²⁵.

Mesmo que alguns juristas defendam que o nascituro não é parte integrante do corpo da gestante, como foi dito no tópico acima, há que reconhecer que o nascituro continua integrado no colo materno em uma unidade indissolúvel, como mostra Cahali, *in verbis*:

Do escorço se dá conta que, pendente a condição nascimento com vida, o ser humano, ainda que concebido, não é titular da pretensão alimentícia, eis que permanece *mulieris portio vel viscerum*, sem individualidade própria de vida.

Assim, somente se lhe reconhece direito a alimentos, no sentido das coisas necessárias à sua manutenção e sobrevivência, de *modo indireto*, compondo os valores respectivos a pensão deferida à esposa ou à companheira; sendo

²⁴ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 29.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I, p. 138.

inviável, desse modo, ação direta do nascituro havido fora do casamento contra o indigitado pai, antes do seu nascimento com vida. E não poderia ser de maneira diferente, pois o nascituro continua integrado no colo materno numa unidade indissolúvel (pelo menos no estágio atual da ciência).²⁶

Destarte, segundo a escola natalista, o nascituro não adquire a personalidade jurídica desde a sua concepção, pois não preenche os requisitos necessários para a existência do ser humano, quais sejam o nascimento e a vida. Porém, presume-se que ele será sujeito de direitos quando for pessoa física, embora, seja protegido patrimonialmente, desde a concepção.

2.2 DIREITO À VIDA E AOS ALIMENTOS DO NASCITURO

É mister, após analisarmos o direito da personalidade jurídica do nascituro, adentrarmos no tema a respeito do direito à vida do nascituro, direito este, previsto no artigo 5º da Carta Magna de 1988.

José Afonso da Silva dispõe em relação a este direito fundamental à vida, “[...] ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”²⁷.

Além de previsto na nossa Constituição, o direito à vida é assegurado no artigo 4º, Seção I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, e que contempla o direito à vida desde a concepção, vejamos, “Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente [...]”.

Desta forma, pode-se concluir que o nascituro tem o direito à vida resguardado tanto pela nossa Carta Magna, quanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo vedado a qualquer pessoa dispor desse direito.

²⁶ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 351.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 195.

Ainda, cabe ao nascituro a dependência dos alimentos para satisfazer suas necessidades indispensáveis à manutenção da vida. Uma vez que o nascituro tem reconhecido o direito à vida, deverá, também, ser reconhecido o seu direito a alimentos a fim de proteger seu “direito de nascer”²⁸.

Acrescenta Pontes de Miranda que a necessidade dos alimentos durante a vida do feto não interessa a gestante, mas ao concebido, despesas que se fazem necessárias ao bom desenvolvimento da gravidez, até seu termo final²⁹.

Enfim, não há o que se discutir, em relação a necessidade do nascituro em receber alimentos, para que a gestação transcorra da melhor forma possível, promovendo o bom desenvolvimento do nascituro e lhe assegurar o “direito de nascer”.

3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 CONCEITO

Os alimentos gravídicos são em prol do nascituro, por intermédio da representatividade da gestante. Tem por finalidade garantir aquilo que é essencial na gestação para que tenha um desenvolvimento saudável e possa nascer com dignidade.

Os alimentos como previsto no artigo 2º, da Lei n.º 11.804/2008, compreendem em valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas 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 considerar pertinente.

As despesas necessárias de que tratam os alimentos gravídicos deverá ser prestadas por aquele que os indícios apontem como genitor do nascituro. Vejamos o que dispõe Cahali acerca do assunto:

²⁸ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 76.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito de Família: Direito Parental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 215, v. IX.

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

[...]

Deferido este auxílio alimentar como finalidade específica, coincidente e naturalmente, essas “despesas adicionais”, para as quais o indigitado futuro pai deverá custear em proporção com a mulher grávida, seriam os “alimentos” a que faria jus o nascituro na concepção daqueles que, no direito anterior, sustentavam serem devidos alimentos ao nascituro: “são despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido”, conforme referiu Pontes de Miranda.[...] ³⁰

Em apertada síntese, os alimentos gravídicos têm por finalidade garantir a dignidade humana ao nascituro, com o comprometimento dos genitores, assegurando-lhe saúde e segurança, porém não podem ser restringidos apenas a uma questão econômica, necessitando também de amor e afeto, conforme Cachapuz *in verbis*:

Lamenta-se que o Estado não possa impor o afeto, o amor, o cuidado, porque o sustento é apenas uma das parcelas da paternidade que não a contempla em sua plenitude. Escapa do arbítrio do Estado impor a alguém amar ou manter relacionamento afetivo, no entanto lhe é possível determinar o amparo à saúde física.

É indiscutível que a paternidade vai muito além da provisão alimentar, esta é necessária para a formação do ser para que venha ter um nascimento saudável e assim tenha chance de constituir uma relação afetiva com seus pais. Ficando claro, que afetividade familiar é diferente do liame obrigacional, que muitas vezes une indivíduos apenas por interesses outros. ³¹

Portanto, alimentos gravídicos são aqueles a que o nascituro tem direito de receber no período de sua concepção, para garantir o seu bom desenvolvimento físico e para que viva essa vida com dignidade.

3.2 TERMO INICIAL

³⁰ CAHALI, Yussef Said, op.cit., p. 353.

³¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Os alimentos gravídicos no teatro da vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. São Paulo, v. 17, ago./set. 2010, p. 79.

Quanto a dúvida que paira entre os doutrinadores a respeito do termo inicial dos alimentos gravídicos, temos duas posições, a primeira de que os alimentos gravídicos começa a valer a partir da concepção e, contrária a essa posição, de que os alimentos obrigam o genitor a partir do momento da citação, na ação de alimentos gravídicos.

Maria Berenice Dias defende com propriedade o termo inicial a partir da concepção, vejamos:

[...] a Constituição garante o direito à vida (CF 5º). Também impõe a família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC 2º).

[...]

[...] com o nome de gravídicos, os alimentos são garantidos desde a concepção. A explicitação do termo inicial da obrigação acolher a doutrina que há muito reclamava a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados os direitos do nascituro.³²

Entretanto, ao contrário do que dispõe Maria Berenice Dias, Denis Donoso defende que os alimentos gravídicos são devidos desde a citação, pois só esse ato que constitui o devedor em mora, bem como a lei dos alimentos prevê que esses retroagem a partir da data da citação, sendo esta aplicada subsidiariamente à Lei dos Alimentos Gravídicos.³³

De salientar que o Projeto de Lei n.º 7.376/2006 que disciplinava o direito a alimentos gravídicos, previa em seu artigo 9º o seguinte: os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Porém, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República em Mensagem de Veto n.º 853, de 5 de novembro de 2008, *in verbis*:

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. Determina 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 causa pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 481.

³³ DONOSO, Denis. *Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/37977/2> >. Acesso em: 25/08/2012.

após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.³⁴

Dessa forma, pode-se concluir que a melhor posição é na direção de que os alimentos gravídicos serão devidos desde a concepção por quem figura como possível genitor.

3.3 DO ÔNUS PROBATÓRIO

O ônus probatório como qualquer outro tipo de ação segue o que dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil: o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nesse caso, o ônus probatório é da gestante, devendo a mesma demonstrar os indícios da paternidade.

A presunção da paternidade está prevista nos casos elencados no artigo 1.597 do Código Civil/2002, “nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” ou, ainda, “nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”, presumida a paternidade o magistrado concederá a tutela antecipada *inaudita altera pars*, como dispõe o artigo 6º da Lei dos Alimentos Gravídicos.

Importante sopesar que o ônus probatório é da gestante, cabendo a ela apresentar indícios da paternidade, realizando descrições do tipo de relação que mantivera com o suposto pai do nascituro e as provas, tais como cartões, e-mails, mensagens de celular, entre outras provas, quando não há uma paternidade presumida por lei, como no caso acima.³⁵ Assim, vem se mostrando as recentíssimas decisões dos Tribunais:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Somente quando existem e pelo menos indícios da paternidade apontada é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Embora existam indicativos de que houve intimidade sexual entre a recorrente e o recorrido, os indicativos são de que esse relacionamento era aberto, o que evidencia uma conduta bastante liberal e da recorrente, havendo dúvida também sobre a coincidência entre a data da concepção e o início do relacionamento com o recorrido, motivo pelo qual não é possível apontar o recorrido como sendo o pai e deferir a liminarmente a fixação dos alimentos

³⁴ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos*. Florianópolis: Voxlegem, 2009, p. 41.

³⁵ *Ibidem*, p. 111-112.

pretendidos. 3. Como se trata de uma decisão provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, podendo ocorrer a fixação dos alimentos provisórios caso novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso desprovido.³⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SEGUROS A ATESTAR A ALEGADA PATERNIDADE. No caso, não se fazem presentes os requisitos autorizadores à fixação de alimentos gravídicos, o que reclama, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08, elementos de convicção seguros o bastante a atestar a alegada paternidade, e que aqui inexistem, já que nada foi colacionado ao instrumento a sinalizar a possível existência de uma relação amorosa havida entre a agravante e o suposto pai em período próximo à época da concepção, nada havendo, assim, a assinalar o indigitado liame parental. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA.³⁷

De salientar que não bastam apenas indícios da paternidade, mas sim, que esses sejam fundamentados para o convencimento do magistrado, no sentido de constituir o dever ao suposto pai, para que passe a pagar os alimentos.

3.4 DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Como disposto acima, os alimentos são irrepetíveis, assim, pelo artigo 11 da Lei 11.804/2008, pode-se dizer que os alimentos gravídicos também os são, dispõe Maria Berenice Dias que “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”³⁸.

Em se falando de alimentos gravídicos, deve-se ter uma atenção especial quanto a sua fixação, pois trata-se apenas do indício da paternidade para fixar a obrigação dos

³⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70050554369, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/08/2012. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050554369&num_processo=70050554369&codEmenta=4856066&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

³⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70049264633, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/07/2012. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049264633&num_processo=70049264633&codEmenta=4804135&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar*. Disponível em < <http://mariaberenice.com.br/pt/alimentos.dept> >. Acesso em 27/08/2012.

alimentos ao polo passivo da demanda, já que a prova da paternidade como o exame de DNA só poderá ser realizada após o nascimento da criança.

O Projeto de Lei nº. 7.376/2006, em seu artigo 10º previa que em caso negativo do exame pericial de paternidade, a gestante, responderia, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu, porém, o Presidente da República vetou tal artigo com o seguinte argumento:

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 o autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.³⁹

O veto do presidente exclui a responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa, dessa forma, a responsabilidade subjetiva torna-se viável.

A gestante que ingressa com a ação sabendo que o réu não é o verdadeiro pai da criança é passível de ser responsabilizada pelo seu abuso de direito como fonte de responsabilidade civil, vejamos:

O *leading case* que consagrou o instituto é o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amenis. Neste celebra caso destacado nas doutrinas pertinentes ao tema, o proprietário confinante de um campo de pouso de dirigíveis ergueu uma injustificada construção de torres com lanças de ferro em suas extremidades que passariam a representar perigo para as aeronaves que ali aterrissavam ao lado. Embora tenha construído em sua área de propriedade e sob autorização estatal, o Tribunal tenha à época reconhecido a licitude da construção em relação as autorizações dadas pelos órgãos competentes, declarou como sendo abusiva a conduta pelo exercício anormal e despropositado do direito de propriedade.

Nota-se que não houve declaração de ilicitude num primeiro momento, mas do uso abusivo de um direito que, se igual forma, por este irregular exercício gerou os mesmos efeitos decorrentes dos atos ilícitos.⁴⁰

Douglas Phillips Freitas coloca que o abuso de direito gerou os mesmos efeitos dos atos ilícitos, da mesma forma, quando ocorre a má-fé da gestante em declarar o réu como

³⁹ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos*. Florianópolis: Voxlegem, 2009, p. 41.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 136-137.

suposto pai do nascituro, sabendo não ser o verdadeiro genitor. O ressarcimento daquele que foi prejudicado será feito por meio da aplicação do artigo 187 do Código Civil/2002.

Acerca da omissão do verdadeiro pai, esse também poderá ser responsabilizado por ter ele ciência de que deveria pagar os alimentos e não outro em seu lugar, contudo, para que seja ele responsabilizado é necessário que se faça prova de sua má-fé e de conhecimento, portanto, da imposição a terceiro inocente.

Portanto, a doutrina dispõe que os alimentos gravídicos são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda⁴¹, não é, porém, absoluto, se restar comprovado a má-fé da gestante e a omissão do verdadeiro pai é possível que haja o ressarcimento dos valores já pagos, com o fundamento do enriquecimento ilícito.

4 DAS QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL, NA LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Conforme retro mencionado, os alimentos gravídicos concede à gestante o direito de um auxílio financeiro do suposto pai para o rateio das despesas decorrentes da gravidez, de acordo com a possibilidade de ambos genitores e que após o nascimento da criança, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia para a mesma. Vejamos alguns aspectos processuais da Lei n.º 11.804 de 5 de novembro de 2008.

4.1 DO FORO E DO TEMPO DA AÇÃO

O foro competente para a propositura da ação de alimentos é o domicílio da gestante, por ser ela representante do nascituro e pela regra do foro privilegiado do alimentando com fulcro no artigo 100, inciso II do Código de Processo Civil.

O ingresso da ação de alimentos gravídicos deve ocorrer após a concepção e antes do parto, para que não haja a carência da ação. Com a propositura até o momento anterior ao parto a gestante poderá pleitear todas as despesas previstas no artigo 2º da referida lei e ainda,

⁴¹ NERY, Nelson; JUNIOR, Nery; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.079.

com o nascimento da criança haverá uma conversão da tutela em pensão alimentícia para o menor.

4.2 DA LEGITIMIDADE

A legitimidade ativa para o ingresso da ação é a própria gestante, como especificado no artigo 1º da lei de alimentos gravídicos, podendo, ser ela menor ou incapaz, que no caso deverá ser representada ou assistida pelo seu representante legal.

O polo passivo da ação de alimentos gravídicos, como colocado pela própria lei em seu artigo 2º, é o indigitado pai, ou seja, aquele que por conta dos indícios da paternidade ou pela sua presunção lhe é auferida a paternidade.

No entanto, nada obsta que o suposto pai, ao tomar conhecimento da gravidez da genitora de seu futuro filho, se proponha a pagar amigavelmente alimentos. Caso ocorra recusa injustificável na aceitação, poderá o possível genitor propor a ação de Alimentos gravídicos com fundamento no art. 24 da Lei de Alimentos.

A lei permite a concessão da tutela com o simples indício, apenas com a alegação de verossimilhança e o conjunto probatório trazido aos autos, como a oitiva da gestante ou de testemunhas se houver a realização de audiência de justificação e o mais importante, o convencimento do magistrado.

Deve-se considerar a presunção da paternidade prevista no artigo 1597 do Código Civil de 2002, como já visto anteriormente, como mostra Douglas Phillips Freitas:

Destarte toda esta construção, o Código Civil é por excelência, norma supletiva a todas as relações privadas, independentemente de sua menção ou não pelas legislações esparsas e a Lei dos Alimentos Gravídicos, por sua vez, deve ter sua eficácia ampliada por regra básica de hermenêutica e do próprio dito do artigo 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁴²

Portanto, verifica-se que a gestante, bem como o nascituro são titulares da ação de alimentos gravídicos.

⁴² FREITAS, Douglas Phillips, op. cit., p. 97-98.

4.3 DO PEDIDO

A finalidade da ação de alimentos tem caráter dúplice, ou seja, deverá ser feito o pagamento dos valores devidos a gestante com relação as despesas decorrentes da gestação e, ainda, a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia com o nascimento da criança com vida.

Nos Alimentos Gravídicos há uma “necessidade” que será proporcionalmente diluída nas “disponibilidades” do suposto pai e da gestante, já que ao contrário da Pensão de Alimentos que há um “ideal” de necessidade, já que todos deveriam ter lazer, educação, cultura, entre outros benefícios mas pela condição contributiva dos pais, geralmente não o possuem, nos Alimentos Gravídicos as despesas surgirão e deverão ser pagas, independentemente da condição financeira do suposto pai e da gestante, no máximo diluir tais despesas entre entes na proporção de seus recursos. [...] ⁴³

É necessário fixar valores determinados no petitório da ação de alimentos, para os alimentos gravídicos as despesas da gestante e para a pensão alimentícia ao nascido com vida, deverá ser fixado o valor sobre o percentual da renda do alimentante.

Deve ficar claro, que na ação de alimentos gravídicos não se pede a declaração da paternidade já que não é o objeto dessa ação, e tampouco, haverá provas suficientes para isso, por necessitar apenas de indícios de paternidade, não podendo ser auferida efetivamente a declaração da paternidade.

4.4 DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A participação do Ministério Público na ação de alimentos gravídicos se faz necessária, com fulcro no artigo 877 do Código de Processo Civil: “A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz

⁴³ Ibidem, p. 103.

que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação” e, ainda, por se tratar de interesse de menor e, conseqüentemente, de incapaz, na resolução da lide, deverá haver a intervenção do Ministério Público, com escopo no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil.

4.5 DO VALOR DA CAUSA

Dispõe o artigo 259 do Código de Processo Civil a respeito do valor da causa. Em se tratando de cumulação de pedidos como foi visto acima, ora para fixar os alimentos gravídicos e ora para fixação do *quantum* a ser pago em caráter de pensão alimentícia ao nascido, deverá ser calculado o valor da causa com esteio no artigo 259, incisos II e VI, do Código de Processo Civil, pela cumulação de pedidos e a soma do montante correspondente a doze prestações mensais.

CONCLUSÃO

Para proteger a dignidade da pessoa humana, em especial o direito à vida do nascituro, a Lei dos Alimentos Gravídicos, sob n.º 11.804 de 05 de novembro de 2008, veio amparar de maneira completa os direitos do nascituro, atribuindo-lhe o direito de receber alimentos para garantir-lhe um bom desenvolvimento gestacional e, ainda, assegurando a permanência desse direito após o nascimento com vida, proporcionando assim o acesso à justiça a gestante.

É de longa data a obrigação de prestar alimentos a aqueles que não podem se subsistir sem ajuda do outro, desse modo, a Lei dos Alimentos Gravídicos põe um marco inicial, como vimos, determinando a concessão dos alimentos a partir da concepção do nascituro.

Ainda, que a lei tem seu lado negativo, como por exemplo, em relação aos indícios da paternidade serem demonstrados pela gestante, restringindo ao réu o princípio da presunção de inocência e a ampla defesa, por outro lado, essa legislação veio no sentido de proteger acima de tudo o direito à vida do nascituro.

Em razão da destinação dos alimentos gravídicos para que possam ser pleiteados na Justiça, eles possuem tempo determinado para propositura da ação, pois devem ser pleiteados após a concepção e antes do parto, não podendo ser proposto pedido judicial após o parto, sob pena de caracterizar a carência da ação.

A mãe gestante pode pleitear todas as despesas já realizadas desde a concepção e posteriormente, o nascituro, poderá pleitear a conversão do direito concedido, em pensão de alimentos.

Desse modo, conclui-se que a referida lei advém do princípio da dignidade da pessoa humana e acima de tudo o direito à vida, resguardando ao nascituro o mínimo necessário para que venha a nascer com saúde, porém, a obrigação não pode ser restringida a apenas uma questão econômica, necessitando também de amor e afeto, garantindo-lhe o seu principal direito de personalidade, a vida.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, J.A. Quinelato Almeida. *Tutela civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Derval da Silva, “O Embrião e os Direitos Humanos, O Aborto Terapêutico”, in: PENTEADO, Jacques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre (RS), Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70050554369, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/08/2012. Disponível em: <
http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050554369&num_processo=70050554369&codEmenta=4856066&temIntTeor=true>.
Acesso em 27/08/2012.

_____, Agravo de Instrumento Nº 70049264633, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/07/2012. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049264633&num_processo=70049264633&codEmenta=4804135&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Os alimentos gravídicos no teatro da vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. São Paulo, v. 17, ago./set. 2010.

CAHALI, Francisco José. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva e IBDFAM, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares*. Leme: Edjur, 2012.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTR, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos a Vida*. In: *Revista Jurídica Consulex*. Ano XII, n. 286, Dezembro, 2008.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar*. Disponível em < <http://mariaberenice.com.br/pt/alimentos.dept> >. Acesso em 27/08/2012.

DONOSO, Denis. *Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008*. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/37977/2>>. Acesso em: 25/08/2012.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi. *Dever de Alimentar para um Novo Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3 ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: Comentários à Lei n. 11.804, de 05/11/2008*. Florianópolis: Voxlegem, 2009.

_____. *Alimentos Gravídicos*. Revista Consulex. Anexo XIII, n. 298. Brasília, Consulex, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito de Direito Civil – Direito de Família na Perspectiva Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VI. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito de Família: Direito Parental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Nelson; JUNIOR, Nery; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria Geral dos Alimentos. In: _____; CAHALI, Francisco José (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Tania da Silva; FRANCO, Natália Soares. *O Cuidado e o Direito aos Alimentos do Nascituro e da Gestante: Considerações sobre a Lei n. 11.804/2008*. In: I Cuidado e Vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

PES, João Helio (Coord.). *Direitos Humanos: Crianças e Adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Washington do. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.