



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

PRISCILLA BARRETO GUSMÃO

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS
DO NASCITURO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
VERSUS HONRA E PATRIMÔNIO DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO**

**Fortaleza / CE
2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

PRISCILLA BARRETO GUSMÃO

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS
DO NASCITURO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
VERSUS HONRA E PATRIMÔNIO DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO**

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito de Família, Registros
Públicos e Sucessões do Centro de Estudos
Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do
Ceará, como requisito parcial para obtenção do
título de especialista em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Silvia Lúcia Correia
Lima Paleni

Fortaleza / CE
2011

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES

Título do Trabalho:

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS
DO NASCITURO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
VERSUS HONRA E PATRIMÔNIO DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO**

Autora:

PRISCILLA BARRETO GUSMÃO

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

Orientadora: Prof^a. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima Paleni
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP

Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE

À minha família, suporte para todas as conquistas, mas, sobretudo a meu pai Júlio Gusmão, que foi meu maior mestre, amigo, incentivador e que continua ao meu lado, ainda que em outra dimensão.

RESUMO

O tema abordado no presente trabalho tem por finalidade analisar os principais aspectos que envolvem os alimentos devidos pelo suposto pai biológico ao nascituro, utilizando-se, para fundamentar sua essencialidade, dos princípios constitucionais do direito à vida do *conceptus* e da dignidade da pessoa humana. Utilizando-se dos métodos de pesquisa bibliográfico e documental, com análise de jurisprudência pátria, livros, artigos publicados na internet e revistas ligadas ao tema, discorreu-se inicialmente sobre a vertente constitucional, tangenciando sobre o momento em que se dá o início da vida, para os operadores do direito, e algumas discussões que já chegaram aos nossos tribunais superiores, para em um segundo momento adentrar no tema alimentos convencionais, em razão da legislação que circunda tal instituto, ser aplicável de forma direta aos alimentos gravídicos. A legislação especial, criada em 2008, com a promulgação da Lei 11.804, fundamento principal destas considerações, veio reforçar a proteção aos direitos do nascituro, e foi detalhadamente comentada, seja no momento da sua criação, explicitando a razão dos vetos de alguns dos seus artigos, assim como os seus aspectos materiais e processuais. A necessidade de sua permanência no ordenamento jurídico também foi defendida, na mesma oportunidade em que foram tratados os aspectos mais polêmicos, surgidos, logo após da sua entrada em vigor.

Palavras-Chave: Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Nascituro. Alimentos gravídicos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
2.1	Princípios basilares das relações familiares.....	11
3	ALIMENTOS CONVENCIONAIS.....	19
3.1	Conceito.....	19
3.2	Características.....	21
3.3	Espécies.....	22
3.4	Pressupostos e fundamentos da obrigação alimentar.....	23
3.5	Titular do direito, sujeito passivo e extinção da obrigação	24
3.6	Poder familiar.....	25
4	NASCITURO.....	28
4.1	Conceito.....	28
4.2	Início da vida.....	29
4.3	Teorias do início da personalidade.....	32
5	ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	34
5.1	A lei 11.804 de 05 de novembro de 2008.....	34
5.2	Aspectos Materiais e Processuais.....	35
5.3	Sobre seus vetos.....	36
5.4	A Evolução trazida na proteção ao nascituro.....	38
5.5	Titular do direito.....	41
5.6	O <i>Quantum</i> alimentar.....	41
5.7	Os “meros indícios de paternidade”	42
5.8	Possibilidade de repetição de indébito se depois negada a paternidade?.....	43
5.9	Possibilidade de alimentos avoengos também pautados em indícios de parentesco.....	44

5.10	Prisão civil do devedor de alimentos gravídicos.....	46
5.11	Proteção à honra do suposto pai biológico dos alimentos gravídicos: possibilidade de ação por danos morais?.....	48
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A importância do estudo sobre Alimentos Gravídicos está ligada à premente necessidade do nascituro que, enquanto no ventre materno e necessitando de nutrição para se desenvolver de forma sadia, tem a proteção da legislação constitucional e infraconstitucional pátria para obter auxílio alimentar tanto da sua genitora quanto do pai biológico, ainda que quanto a este não haja certeza da paternidade, mas sim indícios suficientes para que a fixação desse valor seja efetivada durante o período de gestação.

Ao abordar o presente assunto pretende-se contribuir com a discussão sobre a ponderação de interesses para implementar direitos do nascituro, que desde o momento da sua concepção já tem o direito à saúde, umbilicalmente ligado ao direito à vida e, por via de consequência, o direito à dignidade da pessoa humana, em contraposição ao direito do suposto pai biológico, que terá uma demanda judicial em seu desfavor, ainda que não se possa, de maneira científica, certificar a paternidade do feto em desenvolvimento.

Questionamentos surgiram sobre a possibilidade de aferição do código genético do nascituro em desenvolvimento, no entanto, o consenso se formou no sentido de que o exame de Código Genético – DNA – com coleta de líquido amniótico, além de possuir um custo elevadíssimo pode colocar em risco a vida do feto. Por esta razão, quando intentada uma ação de alimentos gravídicos, o valor alimentar poderá ser fixado sem a declaração da paternidade, baseando-se, o magistrado, em indícios da sua existência.

Entende-se que tal discussão é de ímpar importância haja vista que as prescrições legais e constitucionais não visam exclusivamente pretensões abstratas e herméticas, sopesando-se que no tema em espeque deve haver a ponderação de interesses entre a proteção ao direito do nascituro de nascer sadio e também do suposto pai biológico, sujeito de direitos, donde sua honra pode ser abalada por uma

indicação falsa de paternidade e o seu patrimônio ser diminuído se deferido o direito alimentar do *conceptus*.

Válido destrinchar, também, a inovação no tema trazida pela Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008, que permite a possibilidade de fixação de alimentos para suprir as necessidades do nascituro, sustentando a decisão judicial em indícios de paternidade. Tratar-se-á do alcance destes indícios, que são suficientes para a fixação dos alimentos gravídicos, ressaltando-se que nesta oportunidade não se trata de qualquer declaração de paternidade. Esta, sim, com ação própria para discuti-la, é baseada em provas, dês que não se trate de uma das presunções legais, usando-se, atualmente, para impedir as temeridades, do exame de Código Genético - DNA.

O objetivo geral é demonstrar a relevância do exame de cada caso em concreto, não sendo certo acreditar que a simples promulgação de uma Lei possa impedir que os questionamentos acerca dos direitos em debate nas ações de alimentos gravídicos tenham findado por completo. Ademais, como há o envolvimento de direitos da personalidade, não se pode falar em uma decisão unificada para cada lide que é levada ao Poder Judiciário.

O interesse maior nesse estudo surgiu em razão da labuta diária na Defensoria Pública do Estado do Ceará, onde constantemente recebe-se demanda de mulheres que carregam em seu ventre filhos advindos de relacionamentos conjugais ou apenas fortuitos que, pelas mais diversas razões, se vêm na premente necessidade de invocar o Poder Judiciário para ter o auxílio do pai biológico do nascituro. Induvidoso que a gestante passa a ter necessidade de alimentação especial, consultas médicas, suplementos alimentares, vitaminas, além de ser necessária a preparação de todo o enxoval para a chegada da criança, não sendo equânime que tais despesas sejam de sua exclusiva responsabilidade.

A metodologia do trabalho é bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, artigos publicados na internet e revistas jurisprudenciais, documental, através de exame de leis, normas, pesquisas on-line, dentre outros que abordem o tema, qualitativa,

buscando uma compreensão da importância da utilização do princípio da proporcionalidade quando em conflito direitos de mesma magnitude.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Princípios Basilares das Relações Familiares

Os primeiros artigos da Constituição Federal do Brasil já trazem de forma cristalina quais os princípios norteadores do ordenamento jurídico, devendo-se, nessa oportunidade, desenvolver alguns deles, para um claro direcionamento do estudo deste tema.

De importância salutar reproduzir a advertência de Mello (1992, p.230), para quem:

Desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Inicialmente alguns dos artigos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, online) serão reproduzidos, fazendo menção a direitos e garantias fundamentais, para, logo em seguida, dar início às primeiras reflexões sobre a importância de tal tema como balizador do estudo sobre a ponderação de interesses do nascituro e do suposto pai biológico deste, conforme conclusão a que se chegará ao final deste trabalho.

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

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

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:

I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Observe-se que os Direitos Fundamentais constituem um dos pilares do tripé do Estado de Direito, ao lado do enunciado da Legalidade e do Princípio da Separação de Poderes e, quando os estudiosos começaram a se debruçar sobre o estudo do tema iniciaram subdividindo-os em gerações, e estas se findavam em três.

Atualmente esta denominação vem sendo designada de dimensão de direitos fundamentais, exatamente por trazer uma ideia mais ampla e por não haver sobreposição de uma sobre a outra. Gerações se sucederiam. Dimensões não. Ademais, diuturnamente, ainda que não haja um consenso doutrinário, subdividem-se tais direitos em cinco dimensões. A primeira dimensão vocacionada às liberdades públicas e aos direitos políticos (valores da Liberdade). Ensina Moraes (2000, p.19),:

[...]essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

A segunda direcionada aos direitos sociais, culturais e econômicos (valores da Igualdade). Aqui não se fala em abstenções do Estado, como nos direitos de primeira dimensão, mas sim em prestações positivas, onde passou a exigir do Estado sua intervenção para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente, a exemplo do direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, dentre outros.

A terceira vinculada à coletividade (valores de Solidariedade), onde se evidenciou a preocupação com o meio ambiente, com a conservação do patrimônio histórico e cultural etc.

A quarta correlacionada aos avanços no campo da engenharia genética e associada à pluralidade, haja vista sua introdução em razão da globalização política. O maior defensor é o Professor Paulo Bonavides, para quem seriam resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados.

A quinta dimensão de direitos é defendida por pequeno número de autores com o intuito de justificar os avanços tecnológicos, como questões básicas da cibernética ou da internet. Tal dimensão de direitos ainda não foi muito explorada, posto que vem sendo construída levando em conta o ritmo frenético com que se dão os avanços em tais campos e quais as repercussões individuais e coletivas que irão advir da sua existência.

Tratar dos direitos, que são bens e vantagens previstos em norma constitucional, é o primeiro passo para posteriormente seguir com o aprofundamento da abordagem do tema sugerido. Vale ressaltar, no entanto, que as garantias, são os instrumentos para o asseguramento do exercício de tais direitos ou a sua pronta reparação em caso de violação. Faz-se necessário um melhor entendimento antes de enunciá-los.

Tais direitos são históricos, pois nasceram com o Cristianismo e persistem até os dias atuais; **universais**, posto serem destinados a todo e qualquer ser humano, sem poder ser feita nenhuma distinção; **concorrentes**, em razão de poderem ser exercidos cumulativamente; **irrenunciáveis**, haja vista poderem não ser exercidos, mas ninguém pode abrir mão de possuí-los; **inalienáveis**, ante a ausência de conteúdo econômico-patrimonial, não podem ser disponibilizados ou alienados; **imprescritíveis**, pois ainda que não exercido não perderão o seu *status* de direito. Observe-se, também, que tais direitos têm aplicabilidade imediata e, dependendo naturalmente da forma que foram enunciados pela Constituição

poderão ter sua eficácia plena ou limitada, conforme transcrição a seguir da Constituição Federal (BRASIL, 1988, online) “Art. 5º. [...] §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Por fim, antes de enunciar aqueles direitos fundamentais que mais interessam ao tema, importante mencionar que a discriminação trazida pelo art. 5º não se deu na Constituição de forma exaustiva ou taxativa, *ex vi* o parágrafo segundo do próprio artigo. Trata-se, em verdade, de rol apenas exemplificativo. Nesta oportunidade discorrer-se-á breves notas sobre os princípios fundamentais de direito à vida, de dignidade da pessoa humana, igualdade, inafastabilidade da jurisdição e Inviolabilidade à Honra e a indenização decorrente da sua violação.

Art. 5º.

[...]

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

Princípio de Proteção do Direito à Vida: não há dúvida que sem ele nenhum dos demais direitos pode ser pensado ou desfrutado, razão pela qual é mencionado como o mais elementar dos direitos fundamentais. Vem elencado no *caput* do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988, online).

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. (grifo nosso)

Não se pode olvidar que este direito à vida, elencado na nossa Carta Magna não se restringe à mera sobrevivência física, mas sim a um direito a condições mínimas de ordem material e espiritual condizentes com a natureza de um ser humano digno.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: elencado como princípio magno, pois dele decorrem uma infinidade de direitos, claramente conceituado nos ensinamentos de Canotilho (2005, p.57),:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais. [...] ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Princípio da Igualdade/Isonomia, tal princípio consagra a igualdade não apenas de direitos, mas também de deveres, entre homens e mulheres, sem distinções de qualquer natureza, donde resta incontestado que legislação infraconstitucional não pode estabelecer quaisquer distinções, salvo se tencionar o asseguramento da igualdade material, a exemplo do sistema de cotas em universidades, da Lei Maria da Penha, dentre outros.

De salutar lembrança o ensinamento de Novellino (2010, p.393),:

A igualdade formal (igualdade perante a lei, civil ou jurídica) consiste no tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial.

A ideia de igualdade vinculada por Aristóteles à ideia de justiça – ‘o legislador deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção de sua desigualdade’ – possui um caráter formal. [...].

A igualdade material (igualdade perante os bens da vida, real ou fática) tem por fim a igualização dos desiguais por meio da concessão de direitos sociais substanciais. Para isso é necessário que o Estado atue positivamente, proporcionando, aos menos favorecidos, igualdades reais de condições com os demais. (grifos do autor)

Ante essa incessante busca pela concretização do princípio da Isonomia, surgiu no nosso ordenamento jurídico a ideia de criação de ações afirmativas, a seguir conceituadas, conforme ensinamentos de Novellino (2010, p.394),:

As ações afirmativas consistem em políticas públicas ou programas privados desenvolvidos, em regra, com caráter temporário, visando à redução de desigualdades decorrentes de discriminações (raça, etnia) ou de uma hipossuficiência econômica (classe social) ou física (deficiência), por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições.

A adoção de políticas positivas deve ser precedida de uma profunda análise das condições e peculiaridades locais, bem como de um estudo prévio sobre o tema, sendo que sua legitimidade irá depender da observância de determinados critérios, sob pena de atingir, de forma indireta e indevida, o

direito dos que não foram beneficiados por elas (discriminação reversa).
Grifos do autor

Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (BRASIL, 1988, online), cujo escopo precípuo é buscar garantir o acesso à ordem jurídica justa, o acesso ao Judiciário. “Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conforme ensinamento de Watanabe (1988, p.128),:

[...] a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Aliado à previsão do inciso XXXV, art. 5º, CF/88 está o inciso LXXVIII, acrescido pela EC 45/2004, tratando da razoável duração do processo. “Art. 5º. [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988, online).

Inviolabilidade à Honra e a indenização decorrente da sua violação: tendo como fundamento o direito à manutenção da integridade da honra da pessoa, física ou jurídica e a busca por reparação decorrente de uma eventual violação a tal direito.

Art. 5º.

[...]

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;

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

Art. 7º, Lei 8.069/90. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.(BRASIL, 1988, online)

Tal princípio foi o último a ser destacado em razão da fundamental importância com o cerne deste trabalho, posto que em contraposição ao pleito de alimentos gravídicos que vem eivado do direito à vida e dignidade do nascituro poder-se-á encontrar o direito do suposto pai à honra e patrimônio.

Buscar-se-á demonstrar, ao final deste estudo, qual direito fundamental deverá prevalecer em caso de conflito aparente, levando-se em consideração a proteção à vida, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, inclusive no seu espectro material, a inafastabilidade da jurisdição e proteção à honra e patrimônio do suposto pai demandado na esfera judicial.

E é nesse contexto de relevância dos direitos fundamentais elencados na nossa Carta Magna que o Neoconstitucionalismo também foi de salutar importância para que se pudesse embasar no decorrer destas considerações, inclusive, a ponderação de interesses do nascituro e do suposto pai. Ao nascituro, que ainda não tem uma certeza de paternidade e ao suposto pai que ainda não tem uma certeza de negatória de paternidade, estarão colocados em embate os direitos à sobrevivência do primeiro, posto que necessita se nutrir para vir a nascer com condições dignas de saúde e, ao segundo, que poderá ter sua honra e patrimônio maculado por uma falsa indicação de paternidade.

Conforme ensinamentos de Barroso (apud Sarmiento; Souza Neto, 2007, p. 207), tratando do Neoconstitucionalismo:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Também se manifesta Bonavides (apud Sarmento; Souza Neto, 2007, p. 583-584) tratando da renovação do Constitucionalismo na segunda metade do século XX:

A criação científica de um novo Direito Constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista [...]; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido de proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais [...]; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política.

Após estas breves noções sobre direitos fundamentais e enunciados da Constituição Federal, sobretudo com o propósito de permitir a intimidade com a norma fundamental, que rege todo o ordenamento pátrio, passa-se ao estudo dos alimentos convencionais, que irão dar o contorno necessário para chegar ao estudo do nascituro e, ao final, dos alimentos gravídicos com as polêmicas que circundam a sua lei especial.

3 ALIMENTOS CONVENCIONAIS

A prestação alimentar decorrente das relações de parentesco é uma expressão do princípio constitucional da solidariedade, que rege a sociedade embasada em um núcleo familiar multifacetário e não mais fundado apenas na vertente econômica e reprodutiva, mas, sobretudo, naquele lastreado no afeto. Busca-se a tutela da pessoa humana, sua dignidade, almejando-se o equilíbrio deste princípio tanto no que pertine ao Alimentando (que receberá a prestação) quanto ao Alimentante (que prestará o valor alimentar), observando-se, para tanto o binômio necessidade/possibilidade.

3.1 Conceito

Gomes (1995, p.427), ensina que: “alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”. Portanto, os alimentos, com caráter de Direito da Personalidade, devem ser disponibilizados para quem, por suas próprias forças, não tem possibilidade de suprir as necessidades básicas de sobrevivência. Na verdade, deve-se observar que na afirmação trazida pela Carta Magna, de uma sociedade livre, justa e solidária (solidariedade social) há a supremacia da pessoa humana em detrimento da desmedida proteção patrimonial.

O Código Civil Brasileiro disciplina a prestação alimentar, assim como também o faz a Lei 5.478/68. A seguir transcreve-se alguns dos artigos desta legislação, que entende-se mais pertinentes, com a finalidade única de permitir ao leitor consultar de maneira célere as normas genéricas, posto que em breve deles precisar-se-á para entender a lei especial de alimentos gravídicos.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

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.

Lei 5478 de 25 de julho de 1968

Art. 1º. A ação de alimentos é de rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade.

Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á 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.
[...]

Art. 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.

No estudo que se segue serão abordadas as características, as espécies da obrigação alimentar no âmbito genérico, no entanto, ao tratar dos pressupostos e fundamentos a vertente será direcionada à prestação devida pelos pais aos filhos, posto que o objeto central da pesquisa tem a especificidade de tratar da relação paterno-filial.

3.2 Características

Salutar, nesta oportunidade, a identificação das propriedades da obrigação alimentar.

Trata-se de direito **personalíssimo**, posto que sua titularidade não pode passar a outrem já que tem por finalidade tutelar a integridade física e psíquica do indivíduo que pleiteou o benefício alimentar, em contraposição às possibilidades do alimentante; **intransmissível**, donde não poderá ser objeto de nenhum negócio jurídico, devendo-se fazer apenas a ressalva sucessória elencada no art. 1700 do CC/02; **incedível**, em razão de o crédito alimentar não poder ser cedido a outrem, sendo direito inerente à pessoa do alimentando; **irrenunciável**, haja vista ser impossível a renúncia do direito para o futuro, podendo-se apenas renunciar ao exercício do direito no presente ou aos valores devidos no passado e não pagos; **impenhorável**, posto que se fosse permitido que o valor alimentar respondesse pelas dívidas do alimentando, poderia perder a sua finalidade maior de prover o sustento de suas necessidades básicas. Observe-se que parte da doutrina faz ressalva no que pertine a possibilidade de penhorabilidade de frutos dos alimentos; **incompensável**, com a finalidade de que uma eventual compensação de obrigações pudesse afetar a própria sobrevivência do alimentante; **irrepetível/irrestituível**, entendendo-se que uma vez pagos jamais serão devolvidos, ainda que a ação movida tenha seu pedido julgado improcedente ao final; **variável**, em razão de permitir majoração, redução ou exoneração da prestação em razão de modificação do *status quo* dos litigantes; **atual**, porque a prestação alimentar tem por escopo atender necessidades presentes ou futuras; **recíproco**, em consonância com a previsão do art. 1696 do CCB/02, donde havendo relação de parentesco, pode haver uma mudança na titularidade do direito, ou seja, quem deve alimentos num determinado momento da vida poderá vir a ser credor em outro; **periodicidade**, caracterizada pelo fato de que as prestações devem ser pagas periodicamente, e não de uma só vez ou em lapsos de tempo muito longos, buscando-se, desta maneira, seguir ao lado das necessidades do credor.

3.3 Espécies

Com rara divergência doutrinária, pode-se fazer a seguinte distinção entre os alimentos:

Quanto à origem são subdivididos em **legítimos/legais**, compreendendo-se aqueles decorrentes de uma relação familiar, observando-se o binômio necessidade do Alimentando e possibilidade do Alimentante; **voluntários**, decorrendo de ato espontâneo de quem os presta, podendo advir de ato *inter vivos* (convencionais) ou *mortis causa* (testamentários); **ressarcitórios/indenizatórios** quando resultantes de decisão condenatória em matéria de responsabilidade civil, buscando-se a reparação de danos em prestações periódicas, com natureza alimentar.

Quanto à extensão os alimentos podem ser classificados em **naturais/necessários**, que são aqueles de alcance restrito, vale dizer, aquela prestação que compreende apenas o estritamente necessário para a sobrevivência do alimentando; e o **civis/côngruos**, que além de compreender as necessidades básicas, como alimentação, vestuário, habitação, também compreenderá necessidades intelectuais, morais, de recreação etc.

Quanto à finalidade ou momento procedimental para a sua concessão, a doutrina distingue os alimentos em **provisórios**, com nítido caráter antecipatório, devendo ser comprovado, *ab initio*, a existência da obrigação alimentar, conforme previsão do art. 4º da Lei 5478/68.; **provisionais**, que são aqueles deferidos, sem prova pré-constituída da existência da obrigação alimentar, com natureza satisfativa e tendo como lastro o art. 852 do CPC, podendo ser pleiteados por via de ação cautelar inominada ou no bojo de uma ação de divórcio, v.g.; **definitivos/regulares**, que são aqueles estabelecidos em decisão final do magistrado, proveniente ou não de acordo entre as partes, ainda que no futuro possa ser objeto de eventual revisão.

3.4 Pressupostos e Fundamentos da Obrigação Alimentar

Para tratar dos pressupostos da obrigação alimentar faz-se necessário, em um primeiro momento, colacionar os artigos 1694 e 1695 do CCB/02.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

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

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

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.

Depreende-se, portanto, da primária leitura dos artigos que são pressupostos essenciais da obrigação alimentar: um vínculo de parentesco entre alimentando e alimentante (ascendentes, descendentes, irmãos), ou vínculo matrimonial ou de companheirismo; necessidade do reclamante; possibilidade econômica do reclamado; proporcionalidade na fixação desse valor, observando-se a necessidade de quem pleiteia e a necessidade de quem vai pagar.

Fundamentar a obrigação alimentar, no que pertine às relações elencadas anteriormente, e não naquelas decorrentes de reparações civis, é embasar o pleito nos princípios da solidariedade que rege as entidades familiares, no direito à vida e da dignidade da pessoa humana, em íntima relação com a obrigação advinda do parentesco ou de relações familiares consentidas entabuladas pelo devedor, vale dizer casamento e união estável.

3.5 Titular do Direito, Sujeito Passivo e Extinção da Obrigação

De uma maneira genérica, titular do direito a perceber a prestação alimentar é o parente ou aquele que prova o vínculo conjugal ou de companheirismo, aliado à necessidade do mínimo indispensável para seu sustento, quando estiver tratando dos alimentos naturais/necessários ou então englobando outras carências mais específicas, já se falando, então, dos alimentos civis/côngruos.

Sujeito passivo, a seu turno, é aquele que se encontra na outra extremidade da lide, dês que seja comprovada a sua possibilidade de suprir aquelas necessidades pleiteadas pelo Alimentando. Observe-se, oportunamente, a possibilidade de chamamento de outros parentes à lide, na ordem de hierarquia, caso o Alimentante não tenha condições de arcar sozinho com o ônus da prestação alimentar requerida.

Vale ressaltar, também, que se dará a extinção da obrigação alimentar em caso de desaparecimento da necessidade do Alimentando, pela morte do sujeito ativo ou passivo, salvo as hipóteses já mencionadas do art. 1700 do CC/02.

Por fim válido mencionar o teor da Súmula 358 do STJ, posto que em que pese o credor de alimentos, ao completar os 18 anos, deixar de estar vinculado ao poder familiar previsto no art. 1635, III, CC/02, a exoneração da pensão não se opera automaticamente, dependendo, sim, de decisão judicial. Deve ser garantido o direito do filho de se manifestar sobre a possibilidade de prover o próprio sustento. Súmula 358 do STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”. (BRASIL; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, online)

3.6 Poder Familiar

Nas tribos e nas civilizações mais antigas, onde não se podia precisar a paternidade biológica e em muitas comunidades não existia uma estrutura familiar como se observa na atualidade. Em que pese a multiplicidade de núcleos familiares nos dias atuais, pode-se de maneira cristalina, devido à evolução científica, precisar a paternidade e a maternidade biológica e, por via de consequência, quais são os indivíduos que possuem as responsabilidades com os nascidos ou apenas concebidos.

Apresenta-se, então, o que inicialmente convencionou-se chamar pátrio poder, para posteriormente, e acertadamente ter a nomenclatura modificada para poder familiar, em razão da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Deixou de caber à mulher dar apenas o afeto e ao homem a função da autoridade e sustento da prole. Nasce a divisão de funções, tão salutar para o desenvolvimento do ser humano que se pretende igual, tal como estampado na nossa Constituição Federal.

Trata-se o poder familiar de um poder-dever dos pais, irrenunciável, imprescritível e inalienável, para conduzir a vida dos filhos, desde a concepção até o momento em que alcançam a maioridade civil, salvo as exceções previstas em lei. Observe-se, contudo, que tal poder-dever se volta especialmente não para dar autoridade aos pais, mas sim para garantir a proteção integral do infante, que é pessoa necessitada de orientação e cuidados, pois em fase de formação física e intelectual.

Elenca o Código Civil (BRASIL, 2002, online),:

Art. 1634 CC. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Esse poder familiar, se não regularmente exercido, pode ser suspenso ou perdido. Dá-se a suspensão como uma restrição à função do pai e/ou da mãe que se furta aos deveres a eles inerentes, acarretando prejuízos à segurança do menor ou de seu patrimônio, podendo perdurar enquanto for necessário para o asseguramento dos interesses da criança ou do adolescente; a perda é uma modalidade mais grave de destituição, prevista no art. 1634 do Código Civil Brasileiro, que elenca os casos de 'castigo imoderado do filho', 'deixar o filho em abandono' e 'praticar atos contrários à moral e aos bons costumes'.

Ressalte-se, ainda, que o poder familiar poderá ser extinto em 04 hipóteses: morte do detentor do poder familiar, emancipação do menor, maioridade ou extinção do sujeito passivo.

A importância da menção ao poder familiar na pesquisa deve-se ao fato de ser embasador da obrigação alimentar e, sobretudo, da paternidade/maternidade responsável, tão em evidência nos dias atuais, posto que tal dever, legalmente imposto no nosso Código Civil, acarretará penalidades ao infrator, que deve ter ciência de que estará exposto a tais reprimendas, no nosso entendimento, desde a concepção do filho, acha vista que neste momento já existe um ser em desenvolvimento e que deve ter seus direitos tutelados não só pelo Estado, mas, sobretudo, por aqueles biologicamente responsáveis pela sua existência.

A hipótese mencionada é, em verdade, de o que convencionou-se chamar guarda compartilhada intra-uterina, haja vista que a mãe biológica carrega em seu

ventre o nascituro, sendo a responsável direta pela sua nutrição e sua existência, mas o suposto pai biológico tem de assumir as suas obrigações, compartilhando responsabilidades, a exemplo de suprir as necessidades básicas para que este ser em desenvolvimento possa vir ao mundo de uma maneira digna.

4 NASCITURO

4.1 Conceito

Tencionando evitar confusão entre vocábulos, faz-se conveniente um breve esclarecimento entre os conceitos dos termos embrião, feto, nascituro e prole eventual.

O embrião é o organismo advindo da união entre os gametas masculino e feminino em seu estágio inicial de desenvolvimento, convencionalmente usando-se tal termo na seara médica até a 8ª semana de gestação.

O feto é a denominação dada a este mesmo organismo a partir da 8ª semana gestacional, findando-se com o termo da gravidez, independentemente do nascimento ou não com vida da criança.

Nascituro, por sua vez, é designação jurídica para o “ser” que se encontra no ventre materno. Concebido, portanto, mas que ainda não nasceu. Não se perquire o tempo gestacional para a utilização de tal denominação.

Por fim, prole eventual, é aquela ainda não concebida, e que poderá ser ou não. Exemplifique-se com a fertilização *in vitro*, quando, muito embora já possa ter havido a fecundação, não se falará em nascituro ou embrião enquanto não houver a regular implantação deste no útero materno, via inseminação artificial. Observe-se que existe proteção legal para a manipulação deste material genético, mas que ainda não é denominado embrião enquanto não começar a ser gestacionado.

No decorrer de todo este trabalho, a abordagem primordial é acerca do *conceptus*, buscando perquirir quais seus direitos e quais os reflexos que a sua

existência no ventre materno podem trazer de obrigações para seu suposto pai biológico.

4.2 Início da Vida

Seria o embrião um simples aglomerado de células ou parte das víceras maternas? Eis discussão que permeia seara religiosa, da ética, da moral, da ciência biológica e da ciência jurídica.

Determinar o momento em que se dá o início da vida humana tem especial importância para a definição da assunção dos direitos do homem. Reconhecer a vida é reconhecer dignidade e proteção integral, inclusive na cadeia sucessória.

A doutrina diverge, diferenciando, muitas vezes, inclusive, a vida em intra-uterina e extra-uterina. Mas o fato é que em ambos os casos tratar-se-ia de vida, merecendo alguma espécie de proteção no ordenamento jurídico.

A explanação de Silva (2007, p.197), deixa bem clara a controvérsia e dificuldade que têm a doutrina, ainda que mais abalizada, de determinar no campo do Direito, o momento em que se inicia a vida. Tal discussão não fugiu da abordagem a seguir colacionada:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. 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 em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Narra Almeida (2000, p.22), *in verbis*, o que ocorria no Direito Romano:

O estado de um filho nascido de justas núpcias era regulado segundo o tempo de sua concepção, para que esse estado, assim fixado definitivamente, não fosse prejudicado pelas mudanças que durante a gestação pudessem ocorrer na pessoa do pai ou da mãe, como, por exemplo, perda da liberdade ou da cidadania. Assim, também, o filho de um senador, concebido em justas núpcias, teria todos os direitos atribuídos aos filhos de senadores, mesmo se, antes de seu nascimento, o pai falecesse ou perdesse aquela distinção. Ao contrário, o estado de filho não concebido em justas núpcias deveria ser determinado segundo o momento de seu nascimento, pelo que, nesta hipótese, parecia ineficaz aquele princípio geral da conservação de direitos. Todavia, posteriormente, era admitida a regra, a favor dos filhos, de que na determinação de suas relações de estado deveria, em qualquer caso, escolher-se aquele momento que a ele fosse mais vantajoso: o momento da concepção, o do nascimento ou qualquer outro intermediário.

Esse tema chegou ao Supremo Tribunal Federal quando da discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) (BRASIL, 2005, online), abaixo transcrito, com a finalidade de abrir espaço para a pesquisa com células-tronco embrionárias. Toda a discussão se fundamentava, essencialmente, na questão relacionada ao início da vida.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu, por maioria, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana, contrariando os argumentos

utilizados pelo então Procurador-Geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510- DF) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de pesquisa científica.

Após tal decisão histórica, passou-se a permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, estabelecendo-se condições para essa utilização.

Interessante reproduzir alguns trechos da decisão do relator, Ministro Carlos Ayres Britto no bojo do Informativo nº 508 STF (BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, online),:

Sucedem que – este o *fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, ‘desde a concepção, os direitos do nascituro’ (do latim ‘nasciturus’); que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento. Se se prefere- considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de ‘nascituro’. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Silvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p.36): ‘Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno’. (grifos do autor)

Utiliza-se, também o eminente Ministro, dos ensinamentos da Dr^a Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, que trata da diferença entre os espermatozoides e óvulos ainda manipulados *in vitro* e aqueles já implantados em útero:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença. (BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,2008, online).

4.3 Teorias do Início da Personalidade

Outro ponto a ser abordado é a escolha do Direito Civil brasileiro entre as três correntes que tratam do início da personalidade civil, o que resvalará diretamente na proteção jurídica conferida ao nascituro: a natalista, a concepcionista e da personalidade condicionada. O Código Civil Brasileiro aborda o tema logo no seu início. “Art.2ºCCB. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, online). A primeira delas, a **natalista**, defende que a personalidade só é adquirida a partir do nascimento com vida, donde se concluiria que ao nascituro não se poderia inculir o atributo da personalidade, sendo apenas mero portador de expectativa de direito; a segunda teoria, denominada **concepcionista**, prescreve que o início da personalidade ocorre desde a concepção, podendo-se falar, então, em nascituro como sujeito de direitos desde o momento em que fora concebido. Destaque-se que defenderam tal teoria Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas; e em terceiro plano, assumindo uma posição intermediária, encontra-se a teoria da **personalidade condicionada**, pregando que a personalidade do nascituro está condicionada ao seu nascimento com vida, ou seja, tratar-se-ia de uma condição suspensiva, em que teria direitos desde a concepção, mas com a condição de que venha a nascer com vida (funcionamento do aparelho cardio-respiratório).

Não há dúvidas da existência de um ser concebido no ventre materno, pouco importando a sua viabilidade ou não. Em razão da evolução do Direito, tendo como base o neoconstitucionalismo entranhado no Código Civil de 2002, o melhor entendimento a ser defendido é aquele de proteção aos direitos do ser humano

desde o momento da concepção, com clara vertente à supremacia da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão que o Código Civil, em que pese adotar a teoria natalista, que indica que a personalidade só é adquirida do nascimento com vida, faz a ressalva de que resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Incongruências à parte e, independentemente de qual doutrina se busque respaldo, o fato é que o ordenamento jurídico pátrio, conferindo ou não personalidade ao nascituro, tem resguardado os seus direitos, sendo cristalina esta intenção com a promulgação de uma lei especial para tratar da sobrevivência deste no ventre materno.

O capítulo seguinte aborda o estudo da Lei de Alimentos Gravídicos.

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

5.1 A Lei 11.804 de 05 de Novembro de 2008

Ainda que muitos estudiosos sobre o tema entendessem da possibilidade de pleito alimentar de nascituro com base na lei de Alimentos – Lei 5478/68 -, o ordenamento jurídico pátrio se ressentia de uma legislação específica para o tema, haja vista que havia discrepância muito séria quanto aos substratos necessários para a indicação da paternidade biológica, posto que, como dito anteriormente, já se chegava à conclusão de que submeter a gestante e o feto ao exame de código genético – DNA – era um meio de prova muito arriscado.

Por tal razão, em 05 de novembro de 2008, foi promulgada a Lei 11.804, que trata da possibilidade de pleito de alimentos pelo nascituro ao seu suposto pai biológico e, conforme ver-se no decorrer deste estudo, aos seus parentes, também, dêz que de forma subsidiária.

Transcrever a Lei na íntegra foi uma opção com a finalidade de disseminar todo o seu teor e de facilitar ao leitor a remessa imediata aos artigos a cada momento em que surgirem considerações de conteúdo singular desta legislação.

Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008.

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

Art. 2^º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

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

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

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

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

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

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2008, online)

Os próximos tópicos tratam dos aspectos materiais e processuais da Lei, além das razões que levaram ao veto de diversos dos artigos da legislação em comento.

5.2 Aspectos Materiais e Processuais

Em razão do veto do art. 3º da Lei de Alimentos Gravídicos - LAG, imperioso informar que o foro competente para o pleito de alimentos será aquele disposto pelo Código de Processo Civil, qual seja o domicílio do Alimentando/nascituro.

Seguindo-se a sistemática da Lei, após receber o pleito alimentar e convencendo-se da existência de indícios de paternidade, conforme previsão dos arts. 6º e 7º, o juiz fixará os alimentos, na proporção da necessidade do alimentando

e da possibilidade do alimentante, e citará o réu para apresentar resposta em 05 dias.

Vale ressaltar que tal valor fixado a título alimentar pelo magistrado, valerá da concepção até o parto, quando então serão convertidos em alimentos ao menor, até que uma das partes solicite revisão, conforme previsão do parágrafo único do art. 6º, Lei de Alimentos Gravídicos - LAG.

Em que pese o parágrafo único do artigo 2º se referir apenas ao suposto pai biológico como único devedor de alimentos, a doutrina majoritária entende que se pode fazer a extensão subjetiva desta obrigação alimentar como forma de complementação das necessidades do nascituro, conforme previsões dos arts. 1696 e 1698, do Código Civil.

5.3 Sobre Seus Vetos

Inicia-se esse item tratando dos vetos aos artigos 3º, 4º e 5º da Lei 11.804/2008, que, conforme Almeida (2008, online),:

Da leitura do texto sancionado verifica-se que vários dispositivos do texto original foram vetados. (...) O primeiro deles, o artigo 3º que previa a aplicação, para a fixação do foro competente para a ação respectiva, do art. 94 do CPC (Código de Processo Civil). (...) O dispositivo, ao prever a competência do domicílio do réu, mostrava-se em desacordo com a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que prevê como foro competente para processar e julgar ações de alimento o domicílio do alimentando. Na seqüência, o artigo 4º segundo o qual a petição inicial deveria ser instruída com laudo médico que atestasse a gravidez e sua viabilidade. O fundamento apresentado ao veto foi o fato de que, mesmo que inviável, enquanto durar a gravidez, a gestante necessita de cuidados, o que enseja dispêndio financeiro. O artigo 5º também foi alvo de veto presidencial: "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". Em parecer o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União, manifestaram-se pelo veto do dispositivo, com base no fato de que na legislação brasileira a designação de audiência de justificação não é obrigatória em nenhum procedimento. De acordo com o entendimento firmado, ao impô-la como fase necessária à concessão dos alimentos gravídicos, a Lei 11.804/08 causaria um retardamento desnecessário ao processo.

Induvidoso, portanto, que tais vetos têm grande correlação com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sobretudo no que pertine aos artigos 3º e 5º. No que concerne ao artigo 4º, exigir viabilidade de gravidez seria ir frontalmente de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, já fartamente explorado neste trabalho. Necessário respeitar a dignidade do feto em desenvolvimento, que necessita de cuidados para se desenvolver, ainda que depois possa não sobreviver, como também a dignidade da gestante, que terá consideráveis despesas no decorrer desta gravidez, seja ela viável ou não. Imprescindíveis tais vetos.

Também sem nenhum propósito era a previsão do artigo 8º, que mencionava que o pedido de alimentos estaria condicionado à realização de exame pericial se o suposto pai negasse a paternidade. Em um primeiro momento válido lembrar que tal Lei, em nenhum momento visa declarar paternidade, mas apenas tratará de indícios suficientes desta paternidade para que sejam fixados alimentos ao nascituro. Oportuno reproduzir o ensinamento de Dias (2008, online),:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

Vetado também o artigo 9º, que previa que os alimentos fixados seriam devidos apenas a partir da citação do devedor. Assim como na Lei de Alimentos, os alimentos provisórios são devidos desde o momento em que o juiz despacha a petição inicial, da mesma maneira serão regidos os alimentos gravídicos. Tal providência visa, sobretudo, impedir que o Alimentante utilize-se de artimanhas para furta-se da citação, quando então passaria a ser devedor, acaso fosse seguido o entendimento do artigo vetado.

Por fim, aborda-se o veto ao artigo 10, que previa a possibilidade de responsabilidade objetiva, por danos morais e materiais, na hipótese de ao nascer, ficar comprovado que o Requerido não é o pai biológico do nascituro. O

entendimento do legislador e também fortemente ratificado pela doutrina foi no sentido de que se fosse mantida tal previsão estar-se-ia diante de uma flagrante afronta ao princípio constitucional do acesso à justiça e ao livre exercício do direito de ação. O simples fato de acionar alguém em juízo não dá ao acionado o direito à indenização por danos materiais ou morais. E o artigo vetado ainda era mais severo, pois que nem tratava do elemento culpa, haja vista que mencionava a responsabilidade objetiva.

5.4 A Evolução Trazida na Proteção ao Nascituro

As palavras de Farias (2008, p. 588), demonstram o valor fundamental de que se cerca a prestação alimentar:

Percebe-se, assim, que, juridicamente a expressão **alimentos** tem sentido evidentemente amplo, abrangendo mais do que alimentação. Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando-se diferentes medidas e possibilidades. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustendo de outra pessoa. A outro giro, com a expressão **alimentos**, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. Ou seja, sob a referida expressão estão envolvidos todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana, como habitação, a saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também a cultura e o lazer. (grifo do autor)

Adequando o pensamento sobre a abrangência do termo alimentos, no caso daqueles prestados ao nascituro, serão observadas as necessidades alimentares, de medicações e exames feitos pela nutriz, além de todas as despesas que decorrem do estado gestacional, tais como aquisição do enxoval do bebê e demais despesas decorrentes da chegada de uma nova pessoa no seio familiar – da concepção ao parto. Importante ressaltar, portanto, que todo o valor despendido será utilizado para o perfeito desenvolvimento do feto e para que quando do seu nascimento haja estrutura adequada para a sua sobrevivência fora do útero materno, de maneira digna. O valor fixado pelo magistrado para o nascituro se converte em alimentos para a criança nascida com vida, buscando, de maneira coerente, que a dignidade da pessoa humana seja mantida até uma decisão final

acerca da paternidade biológica.

Estarrecedor perceber que quando se instala a lide acerca dos alimentos devidos ao nascituro, em grande parte dos casos o que se vê é uma discussão da genitora e do suposto pai sobre o fracasso do relacionamento amoroso outrora existente, sem que se perceba que em verdade o foco primordial deve ser o ser humano gerado no ventre materno com necessidades prementes de alimentação e saúde.

Conferir um desenvolvimento adequado ao nascituro significa proteger o seu direito à vida e à dignidade, haja vista que não há necessidade mais básica do que a alimentar, sem a qual, sem nenhuma discussão, o ser humano pode chegar à vida extra-uterina com deficiências mentais e físicas ou sequer sobreviver.

Ainda especificamente a respeito dos alimentos ao nascituro, vale trazer à baila valioso ensinamento de Pereira (*apud* LOMEU, 2010, online), seguido de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS:

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no direito à própria vida e esta seria comprometida se à mão necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre.

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 parte. (TJRS, AI 70006429096, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 13.08.03)

No mesmo sentido Miranda (*apud* Pimenta, 2010, online), alude que:

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

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, de acordo com o parágrafo único do art. 6º, da Lei 11.804/08. Nessas linhas, nada impede, contudo, que o juiz estabeleça um valor para a gestante, até o nascimento do nascituro e, atendendo ao critério da proporcionalidade, converta tais valores em alimentos para o filho, a partir do seu nascimento.

Outra questão a ser considerada é distinguir as indicações de paternidade. Estas não podem ser despidas de um embasamento mínimo. A genitora do alimentando tem de trazer ao Estado elementos mínimos, denominados indícios, para que faça crer ao Judiciário que há uma forte probabilidade de aquela paternidade biológica ser confirmada por exame científico após o nascimento do sujeito de direitos. Utilização de cartas, fotos, e-mails, da notoriedade do relacionamento entre gestante e pai indicado, ou seja, indícios que permitam ao Juiz embasar a fixação alimentar de um suposto pai biológico. Já há, inclusive, decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB no sentido de conceder os alimentos ao nascituro, tomando como um dos indícios a troca de e-mails entre a gestante e o suposto pai biológico. Mencione-se especificamente o julgado do juiz da 2ª Vara de Família de João Pessoa, Ferreira (2009, online), donde pequeno trecho, a seguir transcrito:

Como prova são aceitas correspondências virtuais, cartas e outros meios que comprovem que o homem apontado pela requerente é mesmo o genitor da criança. No caso dessa mãe, que acreditamos ser a primeira da Paraíba, foi atestado até com e-mail, onde a mulher dizia que estava grávida e em nenhum momento o pai se recusou ou negou a possibilidade.

Por tudo isso, torna-se instigante o estudo do tema alimentos gravídicos, já que direitos fundamentais, defendidos como cláusulas pétreas na Constituição Federal, aparentemente se colocam em antagonismo diante da fixação de um valor alimentar para um ser implantado em um útero em face de um suposto pai biológico, que pode ter toda a sua estrutura familiar, moral e patrimonial abalada pela movimentação da máquina judiciária.

5.5 Titular do Direito

Em um primeiro momento, lendo-se a letra da Lei de Alimentos Gravídicos - LAG poder-se-ia imaginar que a titular do direito aos alimentos gravídicos seria a gestante, chegando-se a este equívoco pela redação do art. 1º. No entanto, fazendo uma leitura sistemática da Lei, e, sobretudo, com o conhecimento de qual a razão da sua existência, fácil entender que, em verdade a titularidade do direito é do nascituro, devendo ele, ser representado por sua genitora para demandar judicialmente.

Desta maneira, em que pese a Lei de Alimentos Gravídicos - LAG ter buscado dar também um suporte à gestante, sua razão maior de existir é o nascituro. É a suposta relação de paternidade entre ele e o Requerido que permitirá a fixação dos alimentos, e não a relação efetiva outrora existente entre o suposto pai do nascituro e a gestante.

5.6 O *Quantum* Alimentar

No momento de fixação do *quantum* alimentar, o magistrado também observará o binômio necessidade-possibilidade, mas, no caso específico dos alimentos gravídicos, a Lei de Alimentos Gravídicos - LAG teve o cuidado de fazer a ressalva de quais alguns dos gastos que são acrescidos àqueles 09 meses que decorrem entre a concepção e o parto, tais como: 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.

Muito comum a juntada de despesas para a aquisição do enxoval do bebê e com transporte para o deslocamento para os exames de pré-natal. Interessante que na labuta na Defensoria Pública depara-se com assistidas que tencionaram juntar aos autos as despesas com deslocamento às vias judiciais.

Fixados os alimentos provisórios, com base no pleito inicial, será oportunizado o direito de defesa do réu, fixando-se alimentos gravídicos definitivos ao final, que serão convertidos em alimentos ao menor, nascido com vida, até que uma das partes busque revisar tal valor ou, então, que seja declarada ou não aquela paternidade em ação própria, posto que simplesmente cogitada nos autos desta ação de alimentos para o nascituro.

5.7 Os “Meros Indícios de Paternidade”

Válido destrinchar, também, a inovação no tema trazida pela Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008, que permite a possibilidade de fixação de alimentos para suprir as necessidades do nascituro, sustentando a decisão judicial em indícios de paternidade. Aprecia-se o alcance destes indícios, que são suficientes para a fixação dos alimentos gravídicos, ressalvando-se que nesta oportunidade não se trata de qualquer declaração de paternidade. Esta, sim, com ação própria para discuti-la, é baseada em provas, dês que não se trate de uma das presunções legais, usando-se, atualmente, para impedir as temeridades, do exame de Código Genético - DNA.

Veja-se esta decisão em Agravo de Instrumento:

ACÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI 11.848/08, AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE. O deferimento de alimentos gravídicos à gestante pressupõe a demonstração de fundados indícios da paternidade atribuída ao denunciado, não bastando a mera imputação da paternidade. Exegese o art. 6º da Lei nº 11.848/08. Ônus da mulher diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais resta inviabilizada, na fase, a concessão dos alimentos reclamados, sem prejuízo de decisão em contrario diante de provas nos autos. Agravo de instrumento desprovido. (RIO GRANDE DO SUL; TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009, online)

A simples indicação de um homem como pai não é o bastante para a implementação do direito a alimentos do nascituro, sendo necessário que tal indicação deva ter, ao menos, indícios de veracidade. No momento em que intenta a

ação representando os interesses do *conceptus*, a gestante indicará a fundamentação mínima para fazer com que o magistrado creia que houve um relacionamento amoroso ou sexual entre esta e o Alimentante, utilizando-se, para tanto, de meios de prova como e-mails, cartas, fotos, testemunhas que tenham presenciado o envolvimento afetivo etc. Todos os meios de prova são admitidos desde que legítimos.

Observe-se que o direito de defesa não é excluído em nenhuma hipótese, sendo certo que se, *verbi gracia*, o suposto pai apresentar laudo que diagnostique a sua impotência *generandi* à época da concepção, esta prova será suficiente para que se afaste aquela paternidade indicada e, por via de consequência, a obrigação alimentar.

Portanto, faz-se importante o estudo e aprimoramento das discussões sobre os direitos fundamentais que aqui se põem em conflito, com a possibilidade de uma futura conclusão de quais deles, na seara dos alimentos do nascituro, deve ceder espaço ao outro.

Direito ao desenvolvimento digno do nascituro no ventre materno? Direito à boa fama e ao patrimônio do pai indicado? Deve-se falar em um vencedor ou apenas no assecuramento de um direito que se coloca premente em cada caso? Há possibilidade de execução por quantia certa com base no art. 733 do CPC e prisão civil do devedor? Quais os legitimados ativos e passivos para figurarem na ação que visa implementar o direito à vida do nascituro?

5.8 Possibilidade de repetição de indébito se depois negada a paternidade?

A Constituição Federal de 1988 destaca, em seu Art. 1º, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, e no seu Art. 5º também menciona a inviolabilidade à honra da pessoa, assegurando, inclusive, indenização por dano material ou moral porventura advindo. Não se pode olvidar, no entanto, a certeza de que a obrigação alimentar ao nascituro é uma forma

de efetivar a dignidade da pessoa humana, que já tem seus direitos assegurados desde a concepção. A entrada em vigor de uma Lei específica para tratar do tema ainda não foi suficiente para findar com as polêmicas que envolvem estes casos, razão pela qual o estudo aprofundado dos princípios do Direito e da ponderação de interesses para afastar a antinomia aparente entre normas fundamentais, poderá minimizar as conseqüências do resultado das decisões judiciais acerca do tema.

Inconteste que alimentos pagos são irrepetíveis. Pouco importa se pagos a nascituro ou a criança nascida. Razão pela qual, se o suposto pai comprova posteriormente que não tem o mesmo código genético que a criança, não poderá reaver os valores despendidos durante a sua fase de desenvolvimento. A indenização por danos materiais não terá respaldo, portanto. Esse é o direcionamento da doutrina e da jurisprudência no que pertine aos alimentos convencionais, sendo também recepcionado na prestação alimentar ao nascituro.

5.9 Possibilidades de alimentos avoengos também pautados em indícios de parentesco?

Preleciona o Código Civil Pátrio (BRASIL, 2002, online),:

ART. 1698: Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros também é farta em julgados acerca dos pleitos alimentares onde figuram no pólo passivo os avós do alimentando. Veja-se:

REsp 831497 MG 2006/0053462-0. Ementa. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR. 1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação – ou de cumprimento insuficiente – pelos genitores. 2. Recurso Especial Provido. (BRASIL; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, online)

Apelação Cível: APL 976361620088070001DF0097636-16.2008.807.0001. Ementa. APELAÇÃO – ALIMENTOS – IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR DE ARCAR COM A OBRIGAÇÃO – RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR – AVÓ PATERNA – POSSIBILIDADE – VALOR ESTIPULADO EM CONFORMIDADE COM O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 01. A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS REALIZADA POR AVÓ PATERNA TEM NATUREZA DE OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR, PORQUANTO COMPROVADA A IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR PARA REALIZAR A SUA CONTRIBUIÇÃO. 02. O COMPROVANTE DE RENDIMENTO DA AVÓ PATERNA DEMONSTRA A SUA CAPACIDADE PARA ARCAR COM A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DO NETO, NO IMPORTE DE 5% (CINCO POR CENTO). 03. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.

TJSP – APELAÇÃO: APL 994093189890 SP. Ementa. Ação de alimentos ajuizada contra avó paterna – Responsabilidade da avó em caráter subsidiário – Genitor interditado, porém com renda decorrente da locação de dois imóveis – Genitora da alimentanda que exerce atividade laborativa – Recursos que somados mostram-se suficientes e necessários para a garantia da menor – Avó encontra-se aposentada e possui idade avançada – Impossibilidade de arcar com a obrigação alimentar sem prejuízo de sua subsistência – Reforma da R. Sentença apelada. Dá-se provimento ao recurso de apelação interposto pela ré e nega-se provimento ao recurso da autora. (BRASÍLIA; TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011, online)

Restará tratar, portanto, também da salutar discussão de quem são os legitimados para figurar nos pólos ativo e passivo de tal demanda alimentar. Doutrina majoritária entende que no pólo ativo podem figurar a genitora ou o próprio nascituro, devidamente representado por sua genitora. No pólo ativo discute-se a legitimidade do Ministério Público.

Já no que concerne ao pólo passivo figura o suposto pai biológico e há discussões no entorno da possibilidade de os supostos avós paternos serem demandados se o genitor do nascituro não for encontrado para responder a demanda ou se não tiver possibilidades de suprir as necessidades do nascituro. Nesta última hipótese a abordagem gira em torno do princípio da subsidiariedade da prestação alimentar, que alcança os parentes até o segundo grau.

Em que pese entendimento no sentido oposto, defende-se a tese de que é perfeitamente viável figurarem no pólo passivo da demanda os avós do nascituro, não só pela aplicação subsidiária do Código Civil, como também pelo escopo da própria Lei que trata dos alimentos gravídicos, que é a de suprir, de maneira célere e efetiva, as necessidades do ser humano que se encontra em desenvolvimento no ventre materno.

Havendo indícios de paternidade, haverá, conseqüentemente, indícios de quem são os avós daquele ser que está por nascer. Portanto, não podendo o suposto pai arcar sozinho com a parte que lhe cabe no sustento do nascituro, poderão ser chamados os seus genitores para cumprir com este encargo previsto na legislação civilista.

5.10 Prisão Civil do Devedor de Alimentos Gravídicos

Impõe-se uma discussão de quais são os efeitos patrimoniais ao suposto pai e até de privação da sua liberdade, haja vista haver a possibilidade de execução das quantias fixadas com pena de prisão civil em caso de descumprimento da decisão judicial se o devedor não trazer justificativa plausível para manter o débito em aberto.

Reproduzindo-se as previsões legais (BRASIL, 1988, online),:

ART. 5º, CF/88

[...]

LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (...).

§2º. os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

ART. 7º, Pacto de São José da Costa Rica.

[...]

§7º. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Art. 11, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.
Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação.

Art. 733, CPC. 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.

Lei 5478/68. 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.

Diante das transcrições expostas, resta clara a previsão de prisão civil do devedor de alimentos no ordenamento jurídico. O art. 733 do Código de Processo Civil tem redação sobre o meio de coerção pessoal do devedor de alimentos, autorizando, no seu parágrafo primeiro, a pena de prisão de 01 a 03 meses, caso aquele não pague a dívida em três dias, ou se nesse mesmo período prove que já efetuou o referido pagamento ou justifique a sua impossibilidade de fazê-lo.

Esta coação física tem por escopo pressionar o Alimentante com a ameaça de prisão, sendo, portanto, meio de coerção e não uma pena civil, equiparável a uma sanção penal. Tal se vislumbra claramente pelo fato de se regularmente quitada a dívida alimentar, mesmo após a citação, desaparece o motivo da segregação corporal, haja vista ser dívida para com o credor alimentar e não para com a sociedade.

Conforme ensinamento de Miranda, (1979, p. 232), a prisão civil não é medida penal, nem ato de execução pessoal, mas meio de coerção. Ou seja, a serviço do cumprimento de uma obrigação de natureza privada.

Reforça Assis, (1993, p. 145), que a prisão civil por débito alimentar é efetivamente *vis compulsiva*, usada para coagir o devedor a satisfazer o julgado, não tendo por escopo reparar um mal causado, nem a recuperação do devedor, antes, ostenta natureza civil e, portanto, não se lhe aplicam os benefícios da processualística criminal.

Induvidosa a possibilidade de segregação do Alimentante, caso ele não cumpra a sua obrigação no prazo estipulado ou traga as justificativas para o inadimplemento. Caso não fosse permitido este meio de coerção, restaria ineficaz, na maioria das vezes, a fixação do *quantum alimentar*, posto que o suposto pai teria a segurança de que não poderia ter contra si movida uma execução de alimentos com base no art. 733 do CPC.

5.11 Proteção à honra do suposto pai biológico dos alimentos gravídicos – possibilidade de ação por danos morais?

Quanto dos primeiros deferimentos de alimentos em benefício de nascituro, sem prova de paternidade biológica, pelas razões já fartamente narradas, antes mesmo da entrada em vigor da Lei específica de Alimentos Gravídicos, surgiu uma grande discussão na seara acadêmica e um embate de teses quanto à possibilidade de indenização por danos morais, impetrada pelo suposto genitor se, após o nascimento da criança, ficasse comprovado, via exame e código genético – DNA- que este não era o pai biológico do nascituro.

Questionava-se, *verbi gratia*, sobre a honra manchada daquele suposto pai, que muitas vezes via seu casamento desmanchado por uma paternidade falsamente indicada por terceira pessoa, seu patrimônio diminuído, posto ter tido que pagar alimentos durante todo o período gestacional, além do seu abalo emocional, em ter sido indicado durante meses como pai de uma criança que, posteriormente viria a saber não ter o seu código genético.

Seria esse suposto pai vítima de danos indenizáveis por aquele nascituro que demandara em Juízo em nome próprio, representado por sua genitora, ou vítima da genitora do nascituro? Nasceria um direito indenizatório com base em um resultado de demanda de terceiro?

Oportuno fazer breves esclarecimentos acerca da responsabilidade civil no ordenamento, já que esta pode ser dividida em contratual e extracontratual. A

primeira decorre da própria convenção, em que através de cláusulas penais, gera-se o direito à indenização ou perdas e danos. Já a extracontratual ou aquiliana é aquela que se funda em lei, constituída a partir da lei, que parte dos postulados fundamentais do art. 186, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, online), a seguir colacionado. “Art. 186, CCB. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Leciona Gagliano (2008, p.55),:

[...] o dano moral consiste na lesão a direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Como requisitos da responsabilidade civil deve-se mencionar: antijuricidade, imputabilidade e nexos causal.

Antijuricidade, que trata da conduta do responsável como contrária a uma norma jurídica do ordenamento.

Imputabilidade, donde o indenizador deve ter capacidade para responder àquela demanda postulada, além de ela não ter sido decorrência de caso fortuito ou força maior.

Nexo causal, fazendo uma ligação estreita entre a conduta do responsável civil e do resultado danoso indenizável.

Não resta qualquer dúvida que se aceita a tese de responsabilidade civil no caso em espeque, esta seria a responsabilidade subjetiva, e não objetiva. Portanto, diversamente da responsabilidade objetiva ou do risco, que prescinde da comprovação de culpa para a ocorrência do dano indenizável, bastando haver agente causador, dano e nexos de causalidade para dar-se a responsabilidade civil,

na subjetiva, além do agente causador, do resultado danoso e do nexo de causalidade, também se faz necessária a demonstração da culpa *lato sensu*, compreendendo, portanto, conduta dolosa ou culposa, a depender do tipo de responsabilização.

Se fosse aceita a teoria de responsabilização do nascituro por danos morais impostos ao seu genitor, tal responsabilidade estaria fundada na subjetividade. Mas surgiriam os questionamentos: pleitear alimentos com fundadas suspeitas de paternidade é conduta contrária ao nosso ordenamento jurídico? Permitir que o *conceptus*, logo após o seu nascimento, fosse sujeito passivo de uma ação de indenização por danos morais e/ou materiais não seria um grande desestimulador para que as suas genitoras, em grande parte carentes de qualquer recurso, batessem às portas do Poder Judiciário para ver as necessidades mais básicas de seus filhos atendidas no momento da sua gestação, fazendo com que aquele pai biológico só viesse a assumir a responsabilidade que lhe cabe desde a concepção após o exame de DNA? Existe conflito de interesses de mesma hierarquia: dignidade humana, direito à saúde do feto *versus* honra e patrimônio do suposto pai biológico?

Lembrando Valentim (1964, p. 81), há muito se deixou para trás o Código de Hamurabi, onde imperava a Lei de Talião e as ofensas pessoais eram reparadas à custa de ofensas idênticas, constante dos parágrafos 196, 197 e 200 ou as Leis de Manu, onde todas as ofensas eram reparadas com um valor pecuniário:

§196. Se um *awilium* destruir um olho de um *awilium*: destruirão seu olho;
§197. Se quebrou o osso de um *awilium*: quebrarão seu osso;
§200. Se um *awilium* arrancou um dente de um *awilium* igual a ele: arrancarão o seu dente.

Acontece que grande parte destes questionamentos já foram pacificados pela doutrina e jurisprudência.

No que pertine à indenização por danos morais, entendemos também descabida, haja vista que quando da fixação dos alimentos gravídicos o magistrado

o fez fundando sua decisão em “indícios de paternidade”. Desta maneira, assim como a genitora do nascituro tinha razões para crer naquela paternidade, ela trouxe ao Poder Judiciário esta mesma crença, fundada, portanto. Não foi um pedido temerário, ou uma mera indicação despropositada, tanto que convenceu o julgador.

Ademais, apontar a espada da indenização por danos morais ao nascituro em caso exame de DNA negativo após o seu nascimento seria o mesmo que negar o Direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário, pois certamente, a intimidação seria fator determinante para que as gestantes, mesmo tendo fortes convicções da paternidade do filho que carregam no ventre, temessem que estes já nascessem devedores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Induvidoso que as relações entre homens e mulheres encontram-se cada vez menos formais, trazendo ao mundo família multifacetárias ou até a concepção de seres humanos sem que aqueles que cedem o código genético tenham qualquer relação de afeto entre si. No entanto, tal fato não pode ser escusa para que os responsáveis pela concepção se furtem da sua obrigação na evolução do ser humano, e no caso do estudo do tema abordado do ônus de prover as necessidades do ser em desenvolvimento no ventre materno.

No decorrer do trabalho tratou-se dos direitos fundamentais com pertinência ao tema, fazendo alusão à obrigação alimentar genérica, com o intuito de fazer um estudo sistemático do ordenamento jurídico, abordando, também, as discussões ocorridas nos tribunais superiores sobre o momento do início da vida, para chegar à abordagem da Lei de Alimentos Gravídicos, com todas as especificidades que a cercam.

Abordou-se as polêmicas da Lei, desde a sua discussão, até promulgação, discorrendo sobre os seus vetos e razões, além de explicitar os pontos que trouxeram mais polêmica nestes pouco mais de dois anos de sua vigência.

Deduz-se que a inserção de uma lei de caráter tão especial trouxe avanços significativos na proteção ao nascituro, ser humano em desenvolvimento e que precisa de especial amparo jurídico. Os questionamentos acerca dos direitos em conflito do suposto pai biológico devem ser sopesados de acordo com o princípio da proporcionalidade, observando-se o caso concreto. Não se deve perder de vista que as decisões de fixação de alimentos para nascituros devem ser fundamentadas sim, em indícios da paternidade indicada. A nutriz trará aos autos os fundamentos do pedido que faz em nome do *conceptus*, podendo ou não convencer o magistrado. A dignidade da pessoa humana e o direito a vida serão contrapostos ao patrimônio e à

honra do suposto pai biológico. Resta saber para que lado tenderá cada decisão posta ao Poder Judiciário.

O importante é não perder de vista que relações sexuais, eventuais ou não, que gerem a concepção de um ser humano, geram responsabilidade tanto para a genitora quanto para o pai biológico, desde a concepção, e não apenas após o exame de código genético – DNA, pois o nosso ordenamento jurídico preserva o bem maior da vida. Essa é a ordem da Lei 11.804/2008.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e a prisão do devedor**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 nov. 2010.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 23 nov. 2010.

_____. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Brasília: 1968. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080725152705693>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 358**. O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao>. Acesso em: 18 abr. 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial: REsp 831497**, de 11 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589273/recurso-especial-resp-831497-mg-2006-0053462-0-stj>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 508**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo508htm>>. Acesso: 18 abr. 2011.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> . Acesso em: 22 out. 2010.

_____. **Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008**. Trata da fixação de alimentos gravídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 31 nov. 2010.

BRASÍLIA (Distrito Federal). TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação Cível: APL 976361620088070001**, de 11 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18399327/apelacao-ci-vel-apl-976361620088070001-df-0097636-1620088070001-tjdf>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/519>> Acesso em 04 de abril de 2011>. Acesso em: 22 out. 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CASALI, Nely Lopes. **O nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/363/427>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Personalidade do Nascituro: perigo de retrocesso. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3753>>. Acesso em 28 de março de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MOARES, Naime Márcio Martins. **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DONOSO, Denis. **Alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Silvanildo Torres Ferreira. **Julgado de 06 de Abril de 2009**, 2ª Vara de Família do Estado de João Pessoa. Disponível em: <<http://www.correioforense.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

HORTA, Ana Clelia Couto. **Nascituro: direito a vida, direito a alimentos**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **Execução de Alimentos pelo rito da coerção pessoal**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/13443/1/Execucao-de-Alimentos-pelo-Rito-da-Coercao-Pessoal/pagina1.html#ixzz1IVR5k5hK>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, Tomo X, 1979.

MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Grasiéla. **Aspectos fundamentais acerca do poder familiar**. Disponível em:< <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIMENTA, Natália Cristina M. **A importância social da Lei dos Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/40288>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Lei 11.804/08: a disciplina dos alimentos gravídicos**. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

REGO, Fernando Henrique Bratfisch. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/infex.php>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Ano XII, nº 17, Ago-Set 2010. Porto Alegre: Magister, 2010.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AI 70028646594 de 24 de abril de 2009**, 7ª Comarca Cível. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsr.br/jurisp.revistas/files>> . Acesso em: 30 mar. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, Gabriela Bezerra; JUCÁ, Roberta Laena Costa. **Constituição em Foco: 20 anos de um novo Brasil**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Coord.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Breves linhas sobre os alimentos gravídicos**. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 31 nov. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Decisão curiosa do TJ/PB. Alimentos Gravídicos. Prova por e-mail**. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2009/02/decisao-curiosa-tjpb-alimentos.html>>. Acesso em: 18 out. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 6 ed. São Paulo: Método, 2010.

VALENTIM, Veit. **História Universal**. 6 ed. São Paulo: Martins, 1964.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça sociedade moderna.** In: **Participação e Processo.** São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.