



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

ÂNGELA MARIA GÓIS DO AMARAL ALBUQUERQUE LEITE

DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS

**Fortaleza / CE
2011**

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

ÂNGELA MARIA GÓIS DO AMARAL ALBUQUERQUE LEITE

DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS

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

Orientadora: Profa. Sílvia Lúcia Correia Lima, Mestre

**Fortaleza - Ceará
2011**

L533d Leite, Ângela Maria do Amaral Albuquerque.
Direito do Nascituro a alimentos / Ângela Maria Góis do Amaral Albuquerque Leite. – Fortaleza, 2011.
99 p.
Orientador (a): Profa. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima
Monografia (Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões) – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.
1. Direito de Família. 2. Nascituro. 3. Alimentos.
4. Personalidade jurídica. I. Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

CDD: 342.16

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

Título do Trabalho:

DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS

Autora:

ÂNGELA MARIA GÓIS DO AMARAL ALBUQUERQUE LEITE

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

Orientadora: Profa. Silvia Lúcia Correia Lima, Ms
Universidade Estadual do Ceará - UECE

Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP

Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE

À minha adorada mãe Gilda Góis do Amaral a quem devo minha educação e formação.

A minha família, a quem devo a tranquilidade e paz necessárias para a sua elaboração: Sérgio Albuquerque, meu amado esposo e queridos filhos Maria Fernanda e João Antônio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente apresento meus agradecimentos a Deus por ter-me conferido o privilégio de participar deste curso e de conviver com as pessoas maravilhosas que compartilharam deste privilégio.

Agradeço com especial carinho a minha orientadora a Mestra Silvia Lúcia Correia Lima pela presteza, disponibilidade, receptividade, atenção, respeito e por ter-me proporcionado sentir-me confortável e segura diante dela, sem, comprometer sua autoridade, no auxílio ao andamento e normatização deste trabalho monográfico.

Agradeço também a Profa. Lise Alcântara Castelo, pela sua simpatia e dedicação, agradecimento extensivo a todos os professores e funcionários pela dedicação e entusiasmo demonstrados durante do curso.

Agradeço a minha amantíssima colega Dra. Ângela Tereza Gondim, Diretora da Escola Superior do Ministério Público, que tanto se esforçou para a efetivação deste curso, da qual fez parte no corpo discente.

Aos colegas de classe pela empatia, pela e alegria na troca de informações e demonstração de amizade e afeto ímpares.

RESUMO

O presente trabalho monográfico foi desenvolvido através de um estudo, cujo método aplicado foi a pesquisa bibliográfica e documental, partindo de uma análise geral sobre o tema alimentos, abordando seu conceito, espécies, extensão, finalidade, pressupostos, momento da obrigação e sua extinção, em seguida aprofundou-se ao tema da pesquisa. De início conceituou-se o nascituro, discorrendo sobre o marco temporal do começo de sua personalidade civil segundo as teorias que a doutrina reconhece. Abordou-se a Teoria Natalista, com viés concepcionista e condicionalista, abraçada pela lei civil brasileira, codificada no seu artigo segundo. Apresentou-se a Teoria Concepcionista expondo sua defesa da personalidade civil desde o momento da concepção, e por fim, foi colocada a Teoria da Personalidade Condicional defendendo o inicio da personalidade civil desde a concepção, condicionando-o ao nascimento com vida. Arriscou-se referir-se a Teoria Natalista nos termos acima devido a confusa dicção do preceito legal que a define. Pontuou-se a nova lei dos Alimentos Gravídicos que veio preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico, enfatizando a inclusão social das mães solteiras que concebiam sem manter relação estável com o suposto pai e sobre o caráter social que a lei abriga no seu âmago. Teceu-se considerações acerca de resoluções de questões alimentares relativas ao nascituro antes do advento desta lei. Tratou-se dos aspectos polêmicos da LAG (Lei dos Alimentos Gravídicos), dos seus reflexos no mundo jurídico, sua repercussão na sociedade e o fim social da lei. Não posicionou-se em favor das teorias que abordam o tema, apenas as explanou e manifestou a dileção pela teoria concepcionista, que defende a existência da vida humana desde o momento da concepção, por ser a que mais se coaduna com os princípios constitucionais que a norteiam.

Palavras- chave: Nascituro. Alimentos. Personalidade jurídica.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CNBB	Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil
ECA	Estatuto da criança e do Adolescente
LA	Lei de Alimentos
LAG	Lei de Alimentos Gravídicos
STJ	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ALIMENTOS.....	16
2.1	Conceito.....	16
2.2	Natureza jurídica da obrigação alimentar.....	18
2.3	Pressupostos da obrigação alimentar.....	20
2.3.1	Quanto à natureza.....	20
2.3.2	Quanto à finalidade.....	22
2.3.3	Quanto à causa jurídica.....	24
2.3.4	Momento da prestação dos alimentos.....	25
2.3.5	Modo da prestação alimentar.....	26
2.4	Principais características da obrigação alimentar.....	27
2.4.1	Reciprocidade.....	27
2.4.2	Transmissibilidade.....	28
2.4.3	Irrepetibilidade.....	32
2.4.4	Atualidade.....	34
2.4.5	Impenhorabilidade.....	34
2.4.6	Irrenunciabilidade.....	35
2.4.7	Imprescritibilidade.....	35
2.5	Pressupostos da obrigação alimentar.....	37
2.6	Cessação da obrigação alimentar.....	37
2.7	Extinção da obrigação alimentar.....	39
2.8	Formas de execução e prisão civil do devedor.....	39
3	NASCITURO.....	42
3.1	Conceito.....	42
3.2	O início da vida humana.....	42
3.3	O nascituro e seus direitos.....	44
3.3.1	Direito à Vida.....	44
3.3.2	Direito de Suceder.....	46

3.3.3	Direito de Receber Doação.....	47
3.3.4	Direito a Representação.....	48
3.3.5	Direito a Curatela.....	49
3.3.6	Direito de ter sua filiação reconhecida.....	49
3.3.7	Direito a alimentos.....	51
3.3.8	Outros Direitos.....	52
4	PERSONALIDADE JURÍDICA.....	54
4.1	Conceito.....	54
4.2	Paralelo entre personalidade jurídica e capacidade jurídica.....	56
4.3	Teorias sobre a personalidade civil do ser humano.....	57
4.3.1	Teoria Natalista.....	58
4.3.2	Teoria Concepcionista.....	61
4.3.3	Teoria da Personalidade Condicional.....	62
5	DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS.....	64
5.1	Análise da Lei nº 11.804/2008.....	66
5.2	Alimentos Gravídicos e princípios constitucionais aplicáveis.....	70
5.2.1	Princípio da solidariedade familiar.....	70
5.2.2	Princípio da paternidade responsável.....	74
5.2.3	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	76
5.2.4	Princípio da proteção integral.....	78
5.2.5	Princípio da proporcionalidade.....	79
5.2.6	Princípio da ampla defesa e do contraditório.....	80
5.4	Extensão dos alimentos gravídicos.....	81
5.5	Conversão, revisão e extinção dos alimentos gravídicos.....	84
5.6	Titularidade dos alimentos gravídicos.....	85
5.7	Responsabilidade Civil nos alimentos gravídicos.....	86
5.7.1	Danos morais e materiais.....	88
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

A proposta da presente monografia tem como tema: O Direito do Nascituro a Alimentos, considerando o avanço e a controvérsia trazidos pela Lei dos Alimentos Gravídicos, Lei nº 11.804/2008, e sua repercussão no mundo jurídico.

Um dos motivos da escolha do tema foi a imprescindibilidade dos alimentos para o ser humano desde a sua concepção, pois é do ventre materno que o concebido retira os nutrientes necessários ao seu desenvolvimento e nascimento saudáveis. Sem uma alimentação adequada da gestante é inviável a vida do concepto. Negar-lhe alimentos é o mesmo que negar-lhe o direito a vida.

A análise desse direito não pode deixar de abordar, ainda que sucintamente, o conceito de alimentos, sua natureza, extensão e fundamentos, bem como o conceito de nascituro e uma análise, também perfunctória, da sua personalidade civil.

Constitui os alimentos em prestações periódicas fornecidas a uma pessoa, em dinheiro ou *in natura*, para que possa atender as necessidades básicas da sua vida, por não ter condições de fazê-lo por seus esforços próprios. Os alimentos não se restringem só a alimentação propriamente dita, mas engloba também vestuário, habitação, assistência médica, em caso de doença, lazer, enfim, todo o imprescindível para atender as necessidades básicas para uma vivência com dignidade.

A obrigação alimentar tem como fundamentos os princípios basilares do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar. O Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 em vigor desde 11 de janeiro de 2003, trata dos alimentos nos artigos 1.694 a 1.710.

Segundo a lei antedita, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para sobreviver. Esse direito é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes. Na falta de ascendentes, a obrigação cabe aos descendentes e, na falta destes, aos irmãos, quer sejam germanos ou unilaterais. A obrigação alimentária tem natureza jurídica de conteúdo patrimonial e sua finalidade é pessoal, pois o alimentado não busca riqueza nem aumento de seu patrimônio, mas um socorro para uma situação grave e premente, que se lhe apresente, para que possa continuar a sua existência.

Pode-se conceituar o nascituro como sendo o ser humano que está gerado ou concebido, tem vida intra-uterina, mas ainda não se separou das entranhas da mãe, para ter vida independente.

A capacidade civil nada mais é do que a aptidão da pessoa para ter uma existência jurídica própria e ser sujeito de direito e obrigações. A Lei Civil Brasileira, cânon contido no artigo 2º do Código Civil Brasileiro, estabelece que a personalidade civil da pessoa começa com o seu nascimento com vida, mas resguarda os direitos do nascituro desde o momento de sua concepção.

A incongruência da lei que ao mesmo tempo não reconhece o nascituro como pessoa, mas garante-lhe direitos, desencadeou polêmica quanto à condição jurídica daquele ser que ainda está por nascer e a identificação do momento em que o ordenamento jurídico determina como início da sua existência como pessoa.

Neste tocante, a doutrina pátria reconhece três teorias: a natalista, adotada pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, segundo a qual a personalidade jurídica da pessoa só começa com seu nascimento com vida; a concepcionista, a qual espousa que a personalidade jurídica da pessoa humana tem início no momento da sua concepção; e, por fim, a teoria da personalidade condicional, segundo a qual a personalidade civil da pessoa tem seu marco inicial no momento de sua concepção, estando, entretanto, condicionada ao seu nascimento com vida. Na primeira parte do referido artigo foi adotada, com clareza superlativa, a teoria natalista. Na parte final, vislumbra-se um fragmento da teoria concepcionista e

da personalidade condicional, fato gerador da celeuma quanto a personalidade jurídica do nascituro.

O direito à vida é um direito fundamental, natural e inviolável da pessoa humana, o mais importante, pois ele é fonte dos demais direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil, na qual se encontra inserido em seu artigo 5º, caput. Sem a vida de nada adianta as demais garantias. Eis a razão de sua fundamentalidade.

Incontestável é a essencialidade do direito à vida. A controvérsia paira em torno de seu marco inicial. A ciência, o mundo jurídico e a igreja, adotam momentos diferentes. Dentro da perspectiva científica, a vida humana começa no momento da fecundação, quando um gameta masculino une-se a um gameta feminino tornando-se uma única célula, denominada de zigoto que se divide e vai se transformando em um ser multicelular. Para o campo jurídico, a vida tem início a partir do nascimento com vida, embora a lei proteja os direitos do ser ainda no ventre materno. A Igreja, no Brasil, tem o nascituro como um ser humano desde sua fecundação. A CNBB., Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil, instituiu na 43ª Assembléia Geral dos Bispos do Brasil, no ano de 2005, a Semana Nacional da Vida, que começou no dia 1º de outubro, e estabeleceu o dia oito como o dia do nascituro.

A tendência do direito brasileiro sempre foi a de reconhecer a paternidade após o nascimento do filho, em razão da teoria natalista adotada pela lei civil pátria. A jurisprudência dos pretórios brasileiros já vinha, embora timidamente, assegurando o direito alimentar ao nascituro, conferindo à gestante alimentos indispensáveis a sua subsistência.

O legislador brasileiro, objetivando salvaguardar os direitos do nascituro editou a Lei 11.804/2008, denominada Lei dos Alimentos Gravídicos, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro os alimentos gravídicos. Em vigor desde o dia 06 de novembro do ano referido, a norma veio assegurar o direito à percepção de alimentos pela gestante, em face do suposto genitor da criança que está no seu ventre, a fim de disponibilizá-la valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e as que sejam dela decorrentes, desde a

concepção ao parto, como exames, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considerar pertinentes, conforme disposto no artigo 2º da lei em assunto.

A LAG, em seu cânon 6º, determina que, após o nascimento da criança, os alimentos gravídicos fixados, automaticamente, sejam convertidos em alimentos definitivos em prol do menor, perdurando até que uma das partes ingresse com uma ação revisional, visando à majoração, minoração ou desoneração dos alimentos fixados.

A Lei dos Alimentos Gravídicos visa proporcionar à grávida uma gestação segura, objetivando um nascimento com dignidade do filho e responsabilizar o pai pelo nascituro, defendendo uma paternidade responsável. Referido diploma legal não permitiu que fossem realizados exames laboratoriais para atestar a paternidade do concebido, em razão do perigo de morte que o mesmo poderia sofrer. O artigo que regulava a matéria recebeu veto presidencial. Para a aplicação da lei ao caso concreto, o magistrado o faz com base em indícios de paternidade. Somente após o nascimento da criança, como alhures foi dito, é que são viabilizadas as análises laboratoriais para se confirmar quem é o pai.

Grave problema surgiu com o advento da lei *sub examine*, posto que, com a fixação de alimentos com base em provas indiciárias, sérios prejuízos de ordem material e moral advirão ao apontado como genitor quando não restar comprovada a paternidade. Este é o ponto crucial, o mais guerreado em razão da dificuldade de se comprovar a paternidade do filho ainda no ventre da mãe, de vez que não há como obrigá-la a submeter-se a coleta de líquido amniótico para exame pericial, em razão do risco de morte que pode sofrer a criança, consoante já explanado.

A Lei de Alimentos Gravídicos embora tenha preenchido a lacuna existente no ornamento jurídico no concernente a matéria *sub análise*, a sua aplicação dever ser feita com muita cautela em razões das questões postas no desenvolver no presente estudo, como o princípio da inocência, a irrepetibilidade dos alimentos, a dificuldade de se aferir a culpa subjetiva da mãe, já que a culpa objetiva

foi vetada. Portanto, há que se dar especial atenção aos reflexos que a aplicação da lei pode trazer ao direito material.

No estudo do tema procurar-se-á responder aos seguintes questionamentos: Para o nascituro, biológica e juridicamente, quando se inicia a vida? A quem a lei quis proteger com a inserção dos alimentos gravídicos no ordenamento jurídico brasileiro? A fixação dos alimentos, com base na Lei nº 11.804/2008, gera direito ao ressarcimento dos valores comprovadamente pagos, em caso de exclusão da paternidade? A legitimidade *ad causum* ativa destes alimentos seria da gestante ou do nascituro? Há possibilidade de estender os alimentos gravídicos aos ascendentes, descendentes e irmão de modo originário ou complementar?

O primeiro capítulo cuida do tema alimentos, suas espécies, características, pressupostos, execução e extinção da obrigação.

O segundo capítulo abordará o início da vida humana, bem como o conceito de nascituro e seus direitos.

O terceiro capítulo discorre acerca da personalidade jurídica do nascituro e das correntes doutrinárias que a discutem, demonstrando a posição de ilustres mestres e juristas com interpretações diversas. Alguns, *exempli gratia*, Sílvio Rodrigues, Pontes de Miranda, João Luiz Alves, defendem que o início da personalidade está ligado ao nascimento com vida, outros, como Teixeira de Freitas e André Franco Montoro expõem que, com a concepção já se pode falar em personalidade, e, finalmente, aqueles, como Clóvis Beviláqua que defendem que a personalidade civil tem seu marco inicial no momento da concepção, mas condicionada ao nascimento com vida.

O quarto capítulo, tema central deste trabalho, discorre especificadamente sobre o direito do nascituro a alimentos, fazendo uma análise da lei nº 11.804/2008, Lei dos Alimentos Gravídicos, bem como um paralelo entre a referida lei e os princípios constitucionais da solidariedade familiar, da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da proteção integral, da ampla

defesa e do contraditório. Neste capítulo abordar-se-ão, ainda, as controvérsias geradas pela aplicação da novata lei, destacando as jurisprudências dos *Excelsior* Tribunais Pátrios e a posição dos operadores do direito sobre o assunto.

2 ALIMENTOS

2.1 Conceito

O legislador infraconstitucional não cuidou de definir os alimentos no capítulo específico, mas o código civil atual, no capítulo VII, do Título I, do Livro V, atinente ao direito das sucessões, no preceito 1.920, expõe a abrangência dos alimentos. Assim dispõe a lei, *fac smille*: “Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Os doutrinadores conceituam alimentos e os conceitos apresentados, convergem. Não há controvérsia, inclusive, é o que, também, se observa no campo da jurisprudência pátria.

O Código Civil de 2002 disciplina o assunto no subtítulo III, do capítulo VI, do artigo 1.694 ao 1.710. Os dispositivos legais citados abordam os alimentos devidos entre parentes, cônjuges e companheiros. Esses preceitos são aplicáveis às relações qualquer que seja a origem do parentesco ou entidade familiar.

O eminente jurista Beviláqua, *ex professo* (*apud* Porto 1991, p.11), afirma que alimento em direito, tem uma larga extensão, uma vez que compreende tudo que é necessário à vida como: sustento, habitação, roupa, educação e tratamento de moléstias.

Segundo Cahaly (2011 online),: “alimentos, em seu significado vulgar, é "tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida", e em seu significado amplo, "é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção".

De acordo com Pereira (2011, online),:

(...)os alimentos se consubstanciam em um instituto de direito de família que visa dar suporte material a quem não tem meios de arcar com sua própria subsistência. Relaciona-se não apenas ao direito à vida e a integridade física da pessoa, mas, principalmente, à realização da Dignidade H, proporcionando ao necessitado condições materiais de manter sua existência. Seu conteúdo está expressamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais.

Preleciona Rodrigues (1988, v. 6, p.121),:

(...)alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da alimentada.

Sobre o assunto apresentam-se os julgados pretorianos:

Ementa: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA. O alimentado tem necessidades normais à faixa etária de 16 anos, tais como alimentação, educação, saúde, vestuário e lazer. Embora tenha o alimentante alegado em sua contestação que possui outra família, não veio prova de suas despesas. Razoável a fixação de alimentos provisórios na ordem de 20% sobre a renda, atendendo aos critérios da necessidade/possibilidade e proporcionalidade. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70007272958, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Oitava Câmara Cível, Relator Rui Portanova, Julgado em:04/12/2003)

Ementa: FAMÍLIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. 1. Para que se possa determinar justa fixação de alimentos provisórios mister se faz a análise das necessidades dos alimentandos, assim como a possibilidade do alimentante em prestá-los. 2. Os alimentos para o filho devem ser em valor suficiente para custear alimentação, vestuário, lazer, educação e saúde, em nível compatível com o padrão de vida dos pais. Os alimentos para a ex-mulher, que não auferir renda por ter se dedicado durante a convivência aos afazeres domésticos, também devem permitir a manutenção da existência digna, se possível, sem redução do padrão de vida. 3. Não tendo a decisão recorrida fixado os alimentos com observância a estes critérios cabível a sua reforma. Hipótese em que os alimentos foram fixados em um salário mínimo para mãe e filha que mantinham um ótimo padrão de vida e bom nível social, merecendo, agora, majoração para quatro salários mínimos. AGRAVO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70005708334, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 08/04/2003)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO LEGAL. A sentença recorrida ao estabelecer a pensão alimentícia em 50% sobre o salário mínimo, o fez adequadamente aos elementos de prova constantes nos autos e na conformidade do estatuído pelo artigo 400 do Código Civil (art. 1694, §1º, do Novo Código Civil). Apelação improvida. (Apelação Cível Nº 70006204457, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 13/05/2003)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO LEGAL. ARTIGO 400 DO CÓDIGO CIVIL. As necessidades da menor são presumidas em função de sua faixa etária, cinco anos de idade, como habitação, alimentação, vestuário, saúde, educação, lazer, merecendo, ainda, cuidado especial em virtude de problema de saúde. As possibilidades do pai ficam suficientemente exteriorizadas diante de dados comprovados que apontam ser profissional qualificado, com casa própria e automóvel. Essa equação leva a convicção no sentido da integral manutenção da sentença recorrida, onde os alimentos mensais foram fixados em 90% do salário mínimo nacional, o que atende ao estatuído no artigo 400 do Código Civil. Apelo e recurso adesivo desprovidos. (Apelação Cível Nº 70005334552, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 19/12/2002)

Do expendido, deve-se entender por alimentos tudo quanto uma pessoa pode fornecer a outra pessoa que deles necessite, sem o desfalque do necessário para sua própria subsistência. Os alimentos não se resumem apenas em comida, como a nomenclatura está a sugerir. Ostenta um conteúdo mais amplo, envolvendo, também, suporte financeiro para educação, saúde, moradia, vestuário, lazer, para que o alimentado possa viver de modo compatível com sua condição social, a fim de que tenha uma vida digna, sem nunca se olvidar da possibilidade de quem deve prestá-los.

Os alimentos devem sempre obedecer ao binômio necessidade e possibilidade. Pois de nada adianta se pretender preservar a condição social do alimentado se o alimentante não pode suportar esse ônus.

2.2 Natureza Jurídica da Obrigação Alimentar

No que tange a natureza jurídica dos alimentos a questão é bastante debatida no campo doutrinário e jurisprudencial a qual enfrenta três correntes doutrinárias.

A primeira corrente defende que a prestação alimentar é uma questão de direito pessoal extra patrimonial, pois não há interesse econômico envolvido, uma vez que os valores recebidos não ampliarão o patrimônio do alimentado. Ele recebe apenas o necessário para suprir suas necessidades possibilitando-o viver com dignidade.

A segunda corrente entende que a prestação alimentar tem natureza patrimonial, pois a prestação de alimentos é direito patrimonial, porquanto possui caráter econômico, de vez que a obrigação é cumprida pelo alimentando em dinheiro ou em víveres.

A terceira corrente defende a fusão das duas primeiras correntes, entendendo que a prestação alimentar tem conteúdo econômico, pois o alimentado recebe prestações periódicas em dinheiro ou em gêneros, com finalidade de suprir as suas necessidades, sem, contudo, aumentar seu patrimônio, entretanto, esse fundo sai do orçamento do alimentante. Daí ostentar caráter, também patrimonial.

Gomes (1999, p.427), adepto da terceira corrente, preleciona:

(...) não se pode negar a qualidade econômica da prestação própria da obrigação alimentar, pois consiste no pagamento periódico, de soma em dinheiro, ou em fornecimento de víveres, cura e roupas. Apresenta-se, conseqüentemente como uma relação patrimonial de crédito - débito; há um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica.

Diniz (2011, online, *apud* Vilas-Bôa), diz:

Por sua vez Maria Helena Diniz defende que se trata de uma natureza mista, não restrita ao direito de personalidade, sendo assim de conteúdo eclético, já que apresenta conteúdo patrimonial e tem finalidade pessoal, ou seja apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito.

Analisando as três correntes doutrinárias, infere-se que a mais consentânea é a terceira, porquanto não se pode negar que a prestação de alimentos possui caráter patrimonial, uma vez que envolve dinheiro que sai da receita do prestador, mas essa ajuda não tem o condão, nem o objetivo de trazer fortuna para o alimentado, porque se restringe ao necessário à sua sobrevivência de maneira digna sendo, pois, sua finalidade, também de cunho pessoal.

2.3 Espécies de alimentos

A doutrina sempre classificou os alimentos segundo vários critérios, o que serviu de suporte para as decisões pretorianas. As espécies que se revelam mais importantes ao estudo em questão são:

- Quanto à natureza;
- Quanto à causa jurídica;
- Quanto à finalidade;
- Quanto ao momento da prestação;
- Quanto a modalidade da prestação.

2.3.1 Quanto à natureza

Quanto a natureza os alimentos podem ser civis, também denominados de cômmodos, os quais abrangem outras necessidades que não as vitais do alimentado. São aqueles fixados de acordo com a necessidade e a possibilidade das

partes e devem assegurar a manutenção do padrão de vida ostentado pelo alimentário.

Os alimentos civis estão previstos no artigo 1.694 do Código Civil em vigor. Eis o seu teor: “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”.

Segundo Santana (2011, online): “Alimentos civis ou cômugros são aqueles que abrangem outras necessidades do alimentando, de modo a assegurar-lhe a manutenção de sua condição social, e em caso de menores, a educação”.

Alimentos naturais, chamados de alimentos indispensáveis pelo Código Civil, são aqueles estritamente necessários à manutenção da vida de quem os recebe, os quais estão disciplinados no § 2º do artigo 1.694, cujo texto cita-se: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

Essa espécie de alimentos não se submete ao binômio necessidade e possibilidade, características que serão abordadas no tópico seguinte, nem preservam o padrão social de quem recebe.

Santana (2011, online), enfatiza:

(...) os alimentos naturais, também chamados de alimentos indispensáveis pelo Código Civil, estão previstos no § 2º do artigo 1.694, dispondo que, se a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia, este perceberá apenas o necessário à sua sobrevivência, não levando em conta o status social do credor nem as possibilidades do prestador. Antes da EC 66/10 havia outra situação em que também era aplicável os alimentos indispensáveis, qual seja, aquela que se afigura na hipótese de separação judicial culposa. Nesta, o cônjuge que era declarado culpado e não tendo aptidão para o trabalho e nem parentes em condição de prestar-lhe alimentos (art.1.704 parágrafo único), poderia exigir do cônjuge inocente os alimentos.

A intenção do legislador infraconstitucional, como se pode inferir, foi a de amparar o ser humano necessitado, de não relegá-lo a sua própria sorte, atentando

para os princípios da solidariedade familiar, dignidade humana e do direito à vida, princípios constitucionais fundamentais nas relações familiares, para conferir alimentos aquele que, embora tenha ensejado a causa de seu infortúnio, tem o direito de viver. Esse amparo, contudo, é limitado ao estritamente necessário a sua subsistência.

2.3.2 Quanto a finalidade.

Os alimentos têm a finalidade precípua de suprir as necessidades de uma pessoa que não pode, por si só sustentar-se, os quais podem ser provisionais, provisórios e regulares ou definitivos.

Alimentos provisionais, como a nomenclatura está a sugerir, são alimentos temporários, ainda não efetivados, que precedem à ação principal ou a ela são incidentes. São aqueles que a parte necessita para sustentar-se durante o trâmite da ação principal, seja ela de anulação de casamento, de divórcio, investigação de paternidade, nulidade ou anulabilidade de casamento ou de alimentos, podendo ser requeridos através de processo em apartado denominado de Medida Cautelar, com pedido de liminar, que pode ser preparatória ou incidental.

Pode-se ilustrar com o seguinte exemplo, para melhor entendimento: Maria teve sua união rompida e ajuíza Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável contra seu ex companheiro José. Maria necessita de ajuda financeira para sustentar-se e aos filhos enquanto tramita o processo. Ela pode aforar a medida antes do ajuizamento da ação principal, ou no curso dela, que se denomina Medida Cautelar Preparatória, se antes, ou Medida Cautelar Incidental, se no curso do processo, onde o juiz, à vista dos argumentos e provas apresentadas, fixará alimentos provisionais, que durarão enquanto durar o processo, ou até que haja uma decisão judicial os revogando ou modificando. Os alimentos provisionais destinam-se, inclusive, as custear as despesas com o processo e honorários advocatícios. Estão regulados no artigo 852 do Código de Processo Civil, conforme se vê:

Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;

III - nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.

Os alimentos provisórios estão disciplinados na Lei Especial nº 5478/68, A Lei de Alimentos. Ao despachar a petição inicial, o Juiz fixa os alimentos liminarmente sem ouvir o réu, observando às circunstâncias do caso, às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante. Só é viável a fixação se houver prova pré-constituída do direito do autor. Os alimentos provisórios, igualmente aos alimentos provisionais têm caráter de antecipação de tutela, pois ambos têm a finalidade de prover o sustento do autor enquanto durar o processo.

Os alimentos provisionais, assim como os provisórios poderão ser revistos a qualquer tempo, se sobrevir alguma circunstância que altere a situação de fortuna de quem os recebe e/ou de quem os dispensa.

Alimentos regulares ou definitivos são os alimentos fixados em caráter permanente em sentença com trânsito em julgado proferida nos autos de ação de alimentos, em ação de separação judicial, divórcio, em acordo judicial, dentre outras. Ditos alimentos são nominados de definitivos, mas, em verdade, podem ser revistos em qualquer tempo se a circunstância recomendar, através da Ação Revisional de Alimentos, podendo ser modificados para mais ou para menos. Tal afirmativa encontra respaldo no § 1º do art. 13 da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre os alimentos. Assim estabelece a lei:

“Art. 13,§ 1º- Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado”

A revisão da verba alimentária está, igualmente, prevista no Código Civil em vigor em seu art. 1.699.

Assim estabelece o cânone:

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”.

A preocupação do legislador pátrio foi a de que os alimentos devam sempre estar adequados a capacidade financeira do alimentante e a necessidade do alimentado, porquanto, a verba alimentária nunca deve se afastar dos critérios da necessidade e possibilidade, ainda que supervenientes à fixação dos alimentos, evitando destarte situações injustas para com uma das partes.

2.3.3. Quanto à causa jurídica

Quanto à causa jurídica, os alimentos podem ser: legítimos, voluntários e indenizatórios, também denominados de ressarcitórios. Legítimos são os alimentos decorrentes de lei, são inerentes ao direito de família, tais como os provenientes do parentesco, do casamento, da união estável, os quais estão disciplinados no artigo 1.694 do CCB, já transcrito quando se abordou os alimentos civis e naturais, os quais têm o condão de acarretar a prisão civil do dever quando inadimplidos voluntariamente.

Voluntários, como a nomenclatura está a indicar, são aqueles que se originam da vontade do ofertante. É um ônus assumido por quem não tem obrigação legal de tomar para si. Contraem para si o encargo por ato volitivo manifestado em contrato ou em testamento. Pode-se citar como exemplo o legado de alimentos, previsto no artigo 1.920 do CC, cujo preceito colaciona-se: “Art. 1.920 O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

O testador, consoante já mencionado, age voluntariamente contemplando determinada pessoa, através do legado de alimentos, cujo *quantum*, a

periodicidade e o termo final devem ser fixados pelo autor da herança, no momento da lavratura do testamento. Do contrário os requisitos serão determinados judicialmente.

Alimentos indenizatórios decorrem de uma atividade ilícita. São devidos por alguém que cometeu uma atividade reprovável pela ordem jurídica, causando prejuízo, de qualquer ordem a alguém e, por este motivo, tem que compensá-lo.

Como exemplo pode-se citar o enunciado no artigo 948, inciso II do CCB, que tem a seguinte dicção, “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

Observa-se pela leitura do preceito legal acima, que ditos alimentos são indenizatórios, visam minimizar o sofrimento das pessoas que dependiam do morto, para sobreviver.

2.3.4. Momento da prestação dos alimentos

Quanto ao momento da sua prestação os alimentos podem ser: pretéritos; presentes e futuros. Este critério não está disciplinado na lei civil, foi criado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através do Direito Sumular.

Alimentos pretéritos são aqueles vencidos há mais de três meses e não executados pelo credor. Alimentos futuros são aqueles que irão vencer no curso da lide, também denominados de alimentos vincendos os quais devem ser incluídos na sentença, ainda que a parte exequente não tenha requerido. É o que preceitua o artigo 290 do Código de Processo Civil, conforme apresentado: *verbis*

Art. 290 - Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

A Súmula 309, editada pelo STJ, Superior Tribunal de Justiça, estabelece: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Como se pode deduzir, o débito alimentar em atraso há muito tempo não pode ser cobrado pela força coercitiva da custódia civil. Essas parcelas vencidas e não cobradas em tempo oportuno só podem ser cobradas por meio da ação execução por quantia certa contra devedor solvente prevista no artigo 646 e vizinhos do Código de Processo Civil.

Parece, *prima facie*, injusto o tratamento que o Tribunal da Cidadania dispensa a questão do inadimplemento da pensão alimentícia. Mas, considerando que os alimentos constituem-se em um direito atual, que visam satisfazer as necessidades de sobrevivência do credor, lógico que se esse credor deixa de cobrá-los por um longo período, os alimentos perdem seu caráter alimentar, ou seja, esses alimentos não mais são indispensáveis a sua subsistência. Aqui cabe o ditado: “O direito não protege quem dorme”. Obviamente que a dívida continua existindo, apenas não tem mais o condão de motivar a prisão civil do devedor. O credor alimentário pode reaver esses valores, mas utilizando-se da expropriação de bens do devedor, via execução por quantia certa.

2.3.5. Modo da prestação alimentar.

Quanto ao modo da prestação alimentar esta se divide em alimentos próprios e alimentos impróprios.

Nos alimentos próprios o cumprimento da obrigação se dá através do fornecimento de gêneros alimentícios necessários a sobrevivência do necessitado. Os alimentos impróprios constituem a regra, são fornecidos em pecúnia, cujo montante o beneficiário usa para adquirir tudo que é necessário à sua manutenção.

É o que dispõe o artigo 1701 do Código Civil de 2002, *verbis*:

A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

A regra, como se pode inferir, é o fornecimento da prestação alimentar por meio de dinheiro, mas a lei civil oferta a opção de pagamento em gêneros alimentícios, hospedagem e mais a educação, se se tratar de menor de idade.

2.4 Principais Características da obrigação alimentar

A doutrina consagra várias características ao instituto dos alimentos. Dentre elas cita-se a reciprocidade, a transmissibilidade, a irrepetibilidade, a atualidade, a impenhorabilidade, a irrenunciabilidade, e a imprescritibilidade, por serem as mais comentadas.

Passa-se então a tecer breves comentários sobre cada uma dessas características:

2.4.1. Reciprocidade

Um dos principais fundamentos da família é o dever de solidariedade recíproca, de assistência mútua entre seus membros para garantir a subsistência de seus componentes. O direito ao recebimento de pensão alimentícia não é exclusivo

do filho, de vez que aos pais também é garantido o direito de perceber alimentos dos filhos em caso de necessidade. O pagamento de pensão pelos filhos aos pais se funda no princípio da solidariedade familiar.

Tal característica encontra-se expressa no artigo 1.696 do Código Civil vigente, conforme se vê: "O direito à prestação alimentar é recíproco entre pais e filhos, e extensivos a todos os ascendentes,".

Pode-se exemplificar assim: O pai pensiona o filho maior no momento de uma precisão. Posteriormente a situação se inverte, o pai fica incapacitado para o trabalho e, desse modo, de sustentar-se por seus próprios esforços. O pai pode vir a acionar este filho e dele receber a ajuda de que está a necessitar. O filho que era ajudado pelo pai, agora, frente a situação fática que se lhe apresenta, irá ajudar no sustento do pai se suas condições de riqueza o permitir.

2.4.2. Transmissibilidade

O Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 402 que a obrigação alimentar era intransmissível aos herdeiros do falecido. Eis o que dizia o artigo: "A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor". A Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, disciplina em seu artigo 23 que a obrigação alimentar é transmitida aos herdeiros do devedor, conforme se vê da dicção do citado artigo: "A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil".

A transmissão da obrigação alimentar a que se refere o artigo sob comento é do devedor de alimentos e não do credor, pois o direito deste é pessoal e intransferível.

Estes dispositivos de lei colidiam frontalmente, por esta razão, a questão tornou-se tormentosa e dividiram-se opiniões em nos tribunais e doutrina pátria pátrias.

Venosa (2004, p.11), preleciona que:

Embora o dispositivo em berlinda fale em transmissão aos herdeiros, essa transmissão é ao espólio. É a herança, o monte-mor, que recebe o encargo. De qualquer forma, ainda que se aprofunde a discussão, os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para alimentar o credor do morto.

O debate acerca da transmissibilidade dos alimentos era sobre se a transmissibilidade referia-se apenas aos alimentos decorrentes de separação judicial e divórcio ou também, os decorrentes do parentesco. A peleja foi tão grande que se formaram quatro correntes doutrinárias. A primeira defendia a transmissão incondicionada; a segunda defendia que a transmissibilidade só de dava em relação aos alimentos em atraso; a terceira afirmava que a transmissão dos alimentos era limitada às forças da herança e nada mais além e a quarta defendia que a obrigação alimentar transmissível seria tão só a decorrente da separação e do divórcio, excluindo a decorrente de parentesco.

O Código Civil de 2002, tratando o assunto o abordou de modo diferente do texto do código de 1916 e da lei divorcista, pois generalizou o assunto. Dispôs que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. Não restando dúvida, pois, que o legislador pátrio incluiu no dispositivo os parentes.

Cahaly (2003, P. 112), perfilha o entendimento seguinte:

Diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes, o Código Civil de 2002, trouxe no art. 1.700 redação diferente da que constava no art. 402 Código Civil de 1916, bem como no art. 23 da Lei do Divórcio, pois em termos gerais, dispôs que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. Desta forma, os alimentos transmissíveis são os devidos em razão do parentesco, bem como os decorrentes do casamento e da união estável, por força do artigo 1.694.

Ainda Cahaly (2003, p.112),:

Como regra geral, agora inserida na disciplina legal "Dos Alimentos", esvazia-se a polêmica instaurada no direito anterior, quanto a se pretender que a transmissibilidade da obrigação alimentar prevista no art. 23 da Lei do Divórcio teria caráter excepcional, com vistas exclusivamente aos alimentos devidos em razão da dissolução da sociedade conjugal.

Antes da promulgação do Código Civil atual, a jurisprudência pátria vinha firmando neste sentido.

Trazem-se à colação alguns julgados para o efeito de ilustrar o texto:

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. COBRANÇA CONTRA O ESPÓLIO. 1. A morte do alimentante extingue a obrigação de prestar alimentos. 2. Não se transmite automaticamente para o espólio a obrigação do de cujus de prestar alimentos aos filhos. 3. Tendo o devedor de alimentos falecido, é possível prosseguir a execução dos valores devidos contra o Espólio. 4. A obrigação alimentar passível de cobrança nessa execução contempla os valores devidos até o óbito do alimentante. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento N° 70037771193, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS)

Ementa: REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO FORMULADO CONTRA O ESPÓLIO DO ALIMENTANTE. OBRIGAÇÃO ANTERIOR FIXADA COM PRAZO CERTO. 1. A obrigação de prestar alimentos é personalíssima e somente se transmite aos herdeiros do devedor quando o patrimônio deixado produz frutos suficientes, devendo ser cabalmente demonstrada não apenas a possibilidade, mas também a necessidade. Inteligência dos arts. 1.694 e 1.770 do CCB. 2. Se os alimentos estavam fixados com prazo certo, que já está se ecoando e não há prova nem da necessidade, nem da disponibilidade do espólio, então é evidentemente descabida a pretendida fixação liminar de pensão alimentícia. 3. A pretensão da recorrente no sentido de que seja determinado ao Ministério da Defesa e ao Instituto da Previdência Social do Estado que paguem o pensionamento alimentar deverá ser deduzida **contra** aquelas entidades, em ação própria, e não **contra o espólio**, que não tem qualquer ingerência naquelas entidades, nem possui disponibilidade acerca da pensão por morte. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento N° 70037930708, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 03/09/2010)

Inventário. Sentença Homologatória de Partilha. Pretensão de caráter alimentício em face dos herdeiros. Inexistência de débito até a data do óbito. Transmissibilidade da obrigação. Artigo 1700 do Código Civil. Questão a ser dirimida pelas vias ordinárias. Não existindo débito até a data do óbito, a partir de então, o exame do pedido de alimentos não merece ser apreciado em sede recursal do inventário. Assim, não se justifica a anulação da partilha ou qualquer outro provimento que represente bloqueio ao monte partilhado. Questão de alta indagação a ser dirimida em ação autônoma, em processo de cognição, com a amplitude de defesa e a produção das indispensáveis provas. RECURSO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação Cível 2005.001.05582 APC – 6ª Turma Cível –

De modo esclarecedor afirma Azevedo, *et alii* (online) :

O legislador, ao estatuir a possibilidade de os parentes, cônjuges ou companheiros exigirem alimentos entre si, deu esteio jurídico à transmissibilidade da obrigação alimentar ao assegurar que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites da herança.

Continuam os autores:

Observou-se, porém, que não se transmite aos sucessores do alimentante a obrigação de prestar alimentos. Transmite-se, sim, aos herdeiros do devedor a obrigação de pagar as dívidas vencidas e não pagas, respeitando-se os limites da herança. Conseqüentemente, conclui-se ser impossível transmitir aos sucessores do alimentando o direito aos alimentos.

Por fim afirmam:

Nesse aspecto, verificou-se que no Novo Código Civil de 2002, ao dispor que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do Cônjuge devedor, na forma do art. 1.694, ampliou a sua área de abordagem, vindo a englobar também os alimentos devidos em razão do parentesco, bem como os decorrentes do casamento, da união estável e da adoção.

Toda essa celeuma deve ser creditada a interpretação que se dá ao artigo 23 da Lei do Divórcio, pois antes de 1977, ano da LDi. , a intransmissibilidade da obrigação alimentar era um assunto pacífico. Hodiernamente tem-se como regra a transmissibilidade da obrigação alimentar, tanto em relação ao vínculo parental, quanto em relação aos alimentos advindo do casamento, do divórcio e da união estável. As controvérsias, contudo, continuam e isso é tarefa para os tribunais e doutrinadores pátrios.

2.4.3 Irrepetibilidade

Deve-se entender por irrepetibilidade a impossibilidade do credor de devolver os alimentos já adimplidos, caso o devedor os tenha pagado indevidamente.

O assunto enfrenta discussões. Os estudiosos do assunto apontam como paradoxo a não restituição do indébito alimentar, o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa. Essa corrente embasa o seu entendimento no fato de que o Código Civil repele o abuso do uso do direito em detrimento do outro.

Transcrevem-se alguns julgados pretorianos e posições doutrinárias sobre o assunto:

Apelação cível. Previdência privada. Revogação da antecipação de tutela em razão da improcedência de pedido de pagamento de abono dedicação integral. Descontos administrativos. Impossibilidade de desconto administrativo das parcelas pagas por força de antecipação de tutela posteriormente revogada. Verba de natureza alimentar que não pode ser repetida. Precedentes da Corte e do eg. STJ. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70039013792, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 27/01/2011)

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - ALIMENTOS - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Em sendo a pensão alimentícia destinada a fins genéricos, de sustento e manutenção da vida do alimentado, não cabe a restituição dos valores já pagos, em face do princípio da irrepetibilidade dos alimentos" (TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva,

Ap. Civ. n. n. 2002.012347-7, de Tubarão, j. em 17/06/2003). DIREITO DE FAMÍLIA - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DO AUTOR - FATO ENSEJADOR DE EXONERAÇÃO ALIMENTAR - UNIÃO ESTÁVEL DA CREDORA ALIMENTÍCIA - ACOLHIMENTO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - MATÉRIA SUBORDINADA À BOA-FÉ E ETICIDADE - CREDORA QUE ARDILOSAMENTE NÃO COMUNICA SUA NOVA SOCIEDADE AFETIVA, CONTINUANDO A RECEBER PENSÃO ACORDADA EM CASAMENTO DESFEITO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS A PARTIR DA CAUSA EXONERATÓRIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - DOLO PROCESSUAL - INCOMPROVAÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO - BENEFÍCIO CONCEDIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2004.034220-9, Relator: Des. Monteiro Rocha).

Marmitt (1999, p.21), assevera que:

(...) o princípio da irrepitibilidade é suscetível de exceções. É o caso de alimentos provisionais conseguidos subrepticamente, através de lide temerária, onde se enganou o juízo, agindo com dolo, má-fé ou fraude. Nesta hipótese, não há de negar-se a possibilidade de restituição, com a aplicação das sanções pertinentes, previstas em lei, como nos artigos 17 e 18 da lei processual. De igual modo, se ocorreu no pagamento do quantum, o que foi alcançado a maior deve ser devolvido, por uma simples questão de justiça, e evitar o enriquecimento sem causa.

Apresenta-se a cátedra de Madaleno (20011, online),:

Como visto, o direito brasileiro testemunha profundas alterações no instituto alimentar. Melhor movimenta-se o decisor quando acata novas figuras processuais e afasta conceitos estanques, a reza que os alimentos são irrepitíveis, não obstante abundem evidências de exoneração da pensão, como no caso do alimentário que passou a exercer atividade rentável. Deve ser admitida a possibilidade de restituição judicial da obrigação alimentícia da ex-mulher que já tem renda própria; do filho que já casou e já não mais está estudando, mas que segue recebendo indevidamente os alimentos, em afrontoso enriquecimento ilícito, regulado pelos artigos 884 a 886 do Código Civil brasileiro em vigor.”

E vai além o eminente doutrinador:

De acordo com estes dispositivos, será obrigado a restituir o que foi indevidamente auferido, aquele que sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem. E ordenam que a restituição também será devida se deixou de existir a causa justificadora do enriquecimento. Transportando a disposição legal para o direito familista, afigura-se incontroverso o enriquecimento imotivado naquelas prestações alimentícias destinadas aos filhos já maiores e capazes, que trabalham, têm renda própria ou que deixaram de estudar, mesmo em curso superior, mas seguem recebendo a pensão alimentícia, e postergando no tempo, com malícia, a demanda de exoneração, para assim acumular riqueza por causa alimentar que deixou de existir, apenas porque em tese, o crédito alimentar seria irrestituível.”

A irrepitibilidade dos alimentos não se encontra codificado no ordenamento jurídico, contudo o instituto é consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias, porquanto os alimentos estão diretamente relacionados à vida, direito fundamental da pessoa humana.

2.4.4 Atualidade

O objetivo da prestação alimentar é prover as necessidades vitais do credor, é um direito atual, garantidor de sua sobrevivência, por esta razão o credor há de estar alerta para cobrá-los a tempo sob pena de perder o caráter alimentar, porquanto alimentos passados não são mais vitais, constituem apenas mera dívida, assunto abordado no tópico 2.3.4. deste capítulo.

2.4.5 Impenhorabilidade

O ordenamento jurídico tem como princípio a impenhorabilidade dos alimentos, não fazendo distinção, valendo tanto para os alimentos naturais como os civis.

Os alimentos por se destinarem a garantir a sobrevivência do credor, estão à salvo da penhora por dívida, qualquer que seja a sua natureza. Não se concebe possam as prestações alimentícias ser penhoradas, privando o seu credor do indispensável a sua subsistência. É o que preconiza o artigo 1.707 do CCB. “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

A impenhorabilidade dos alimentos se sobrepõe a impenhorabilidade do bem de família, pois a lei excepciona a impenhorabilidade do bem de família quando a dívida for decorrente de pensão alimentícia. Eis o teor do preceito legal:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

Como se vê a lei prioriza a sobrevivência do ser humano. Os alimentos estão diretamente relacionados com o direito a vida do ser humano. Constitui, pois,

matéria de grandiosa relevância. Tutelando-se o direito a alimentos, se está tutelando o direito a vida.

2.4.6 Irrenunciabilidade

Os alimentos, dado a sua natureza, são irrenunciáveis. O detentor do direito pode, no entanto, renunciar ao exercício deste direito. É o que preceitua o artigo 1.707 do CC. Eis seu texto: “ Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Do dizer de Leite (2011, online/) “O direito a alimentos constitui modalidade do direito à vida que é protegido pelo Estado através de normas de ordem pública, daí a sua irrenunciabilidade atingir somente ao direito e nunca ao seu exercício”.

A renúncia não é definitiva, é uma simples dispensa de caráter momentâneo. Se o credor vier a necessitar posteriormente dos alimentos, poderá vindicá-lo, sem nenhum óbice.

2.4.7 Imprescritibilidade

Convém, para melhor entendimento, definir o que seja prescrição, para se abordar a imprescritibilidade.

Prescrição: é a perda do direito de manejar uma ação em busca de um direito, em razão da inércia do titular desse mesmo direito. O que se perde é o direito de acionar e não o direito em si, o que se podia fazer não se pode mais, o que impede o judiciário conhecer da pretensão. Cabe-se mais uma vez citar o dito: “A lei não protege os que dormem”

A prescrição, no entanto, não corre contra absolutamente incapaz. É o que preconiza o artigo 198, inciso I, do CCB. *In verbis*:

Art. 198. Também não corre a prescrição:
I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;

O artigo terceiro referido no inciso I do artigo acima citado é do mesmo código, o qual reza que são absolutamente incapazes de exercer os atos de sua vida civil os menores de 16 anos de idade, os enfermos ou doentes mentais que não tiverem raciocínio suficiente para a prática dos atos de sua vida civil e os que não puderem, mesmo que temporariamente condições de expressar a sua vontade.

A prescrição também, conforme artigo 197, inciso II, não corre entre pais e filhos enquanto durar o poder familiar. Estabelece a lei:

Art. 197. Não corre a prescrição:
II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

O prazo para a perda do direito de agir só começa a fluir à partir da extinção do poder familiar entre pais e filhos, pela maioria ou pela emancipação. O intuito do legislador pátrio foi o de proteger os interesses dos incapazes que dependem dos seus representantes para o exercício dos seus direitos e deveres. A lei suspende o curso da prescrição das ações que uns podem ter contra os outros, para evitar que olvidem dos interesses, quando estes forem colidentes.

Concluindo, as prestações, alimentares inadimplidas pelo ascendente durante o poder familiar não prescrevem. Portanto, de nada adianta os devedores de pensão alimentícia recalcitrantes e mal informados, se esquivarem do pagamento para alcançarem a prescrição do direito de ação do alimentado como amiúde acontece nas lides forenses.

2.5 Pressupostos da obrigação alimentar

Os pressupostos básicos da obrigação alimentar são a necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade de quem tem o dever de suprir. A abrangência dos alimentos depende da espécie dos alimentos pleiteados. Assunto já abordado neste capítulo, ao se falar sobre a natureza jurídica dos alimentos.

A possibilidade do alimentante diz respeito aos seus recursos financeiros, ao que ele pode oferecer sem se desfazer do indispensável à sua própria subsistência. Não basta que a pessoa que pleiteia os alimentos deles necessite. A ação de alimentos tem sempre dois sujeitos: o ativo e o passivo. Na análise do direito não se pode olvidar das condições financeiras do obrigado, porquanto, se que quem possui o dever prover o sustento de outra pessoa não tem condições de prover o próprio sustento, impor-lhe este ônus, seria infligir-lhe a miséria.

2.6 Cessação da obrigação alimentar

Os pais têm o dever de prover o sustento dos filhos, o qual cessa quando estes atingem a maioridade ou adquirem a emancipação civil, nas hipóteses previstas em lei como casamento, colação de grau em curso superior, investidura em emprego público, estabelecimento civil ou comercial, conforme preceitua o artigo 5º do Código Civil Brasileiro.

Eis a textualização do citado artigo:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Pode ocorrer que, a despeito de maior de idade, fora, portanto do poder familiar, o filho não reúna condições de, por si só, de sobrevivência. Não resta impossível a obtenção dos alimentos de que necessitar para sua manutenção. O filho pode manejar de ação própria com espeque na relação de parentesco e no princípio fundamental da solidariedade familiar, objetivando o amparo.

Para melhor entendimento apresenta-se o exemplo a seguir:

O filho atinge a maioridade e se vê impossibilitado de trabalhar e de auferir renda para o seu próprio sustento. A obrigação de prestar alimentos cessou com o advento da sua capacidade civil absoluta. O pai ajuizou ação desoneratória da sua obrigação. O Juiz, ao julgar o feito reconheceu a cessação da obrigação alimentar com base no poder familiar extinto, mas julgou improcedente a ação e manteve os alimentos do filho, com fundamento, na relação de parentesco e no princípio da solidariedade familiar.

Podem ser citadas outras causas de cessação do dever de alimentar, como a reconciliação dos cônjuges separados. Se os cônjuges restabeleceram a união não há razão para continuar o pagamento da pensão alimentícia, seria “retirar do bolso esquerdo e colocar no bolso direito”. A dispensa momentânea dos alimentos também, porquanto, cessado o motivo que a determinou, o pagamento da pensão poderá ser restaurado.

2.7 Extinção da obrigação alimentar

O ordenamento jurídico prevê expressamente alguns poucos casos de extinção da obrigação alimentar, como o estabelecimento de união estável ou concubinato do credor, bem como o comportamento indigno do credor para com o devedor.

O Código Civil de 2002 trata das causas de extinção do dever de prestar alimentos. É o que preceitua o Art. 1.708: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”

O parágrafo único do supracitado artigo também elenca um caso de cessação do direito a alimentos. Assim estabelece a lei. “Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

O artigo mencionado fala em cessar o direito a alimentos do cônjuge credor quando ele contrair novo casamento ou estabelecer união estável. Acredita-se tenha o legislador pátrio laborado em equívoco, porquanto, o rompimento da relação posterior não restaura a obrigação do antigo devedor, daí por que a expressão mais adequada seria “extingue o dever de prestar alimentos”, pois a cessação, desaparecido o motivo que a determinou o dever pode ser restaurado.

2.8 Formas de execução e prisão civil do devedor

A Ação de Execução de Alimentos é uma garantia outorgada pelo Estado, que possibilita o recebimento das prestações alimentares, a qual é proposta no foro do domicílio do alimentado.

O Alimentante devedor está sujeito a duas espécies de execução. A primeira está prevista no artigo 732 do Código de Processo Civil. É a execução por

quantia certa contra devedor solvente, que se processa por, meio de penhora, cujo procedimento encontra-se codificado no artigo 646 e seguintes do mesmo diploma legal, cujo teor se cita:

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

A segunda modalidade está disciplinada no artigo 733 do mesmo estatuto processual, pela qual o devedor é citado para pagar o débito em 3 dias, ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de prisão, que pode durar de 1 a 3 meses conforme o § único do comentado artigo.

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

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

A opção pelo modo como vai excutir o débito alimentar é de escolha do credor, contudo não pode cumular o pedido de cominação de prisão e penhora.

Se o devedor citado, não pagar, nem exercer a faculdade que a lei lhe confere de escusar-se, ou se sua escusa não tiver o condão de elidir sua obrigação de ajudar a sustentar o alimentado, o Juiz decretará sua prisão civil pelo prazo mínimo de um mês e o máximo de 3 meses, conforme já falou-se. É o que dita o § 1º do artigo sob comento. O cumprimento integral da pena fixada pelo Juiz não libera o executado do pagamento da dívida. O montante pelo qual ele cumpriu pena não pode mais ser cobrado mediante prisão, mas o débito continua e pode ser excutido mediante penhora.

Se o devedor pagar a dívida quando já tiver iniciado o cumprimento da pena imposta, o Juiz, à vista do comprovante de pagamento, mandará expedir alvará de soltura, recolher o mandado de prisão, ordenando, ato contínuo, arquivamento dos autos. Se o pagamento se der no curso da ação, antes da sentença, o Juiz

decretará a extinção do processo pelo cumprimento da obrigação, *ex vi* do que dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil. *Verbis*:

Art. 794 Extingue-se a execução quando:

I - o devedor satisfaz a obrigação;

II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;

III - o credor renunciar ao crédito.

O processo de execução pode também ser extinto se o devedor obtiver a remissão da dívida. É o que estatui o inciso II do supracitado artigo. Por remissão da dívida alimentar entende-se como o perdão do montante devido, que há de ser integral, o que acarreta a extinção do débito, não mais podendo ser cobrado. Por fim extingue-se o processo executivo se o credor renunciar ao seu crédito. A renúncia ao crédito extingue o direito material.

3 NASCITURO

3.1 Conceito

Antes de abordar o assunto é preciso conceituar o que seria o nascituro. Etimologicamente significa "o que está por nascer". No dicionário brasileiro encontra-se a seguinte conceituação: "Definição do ser humano em toda a fase de vida intra-uterina, da fecundação, passando pela fase embrionária, pela fase fetal até o instante final que antecede o parto", e de acordo com Silva (1982, p.228), deriva este do latim *nasciturus*, e o define como "o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina".

Chinelatto (2000, p.11), afirma que o nascituro surge no momento da nidação, configurada no momento em que ocorre a fixação do ovo na parede do útero materno. Estando, assim, sua viabilidade garantida, num estágio de sobrevivência.

Mais importante que conceituar o que seja nascituro é esclarecer o início da sua personalidade jurídica e os seus direitos.

3.2 O Início da Vida Humana

A morte do gênero humano é o fim de sua existência e está consumada quando o seu cérebro para de funcionar, é a denominada morte cerebral. Tanto o conceito de morte como o momento em que esta ocorre, são temas incontroversos.

O conceito de vida, contudo, é muito complexo. Não existem pontos de convergência entre os conceitos apresentados nem quanto ao seu início, mas pode-se sintetizar dizendo que vida, em relação especificamente ao homem, é um processo pelo qual o ser experimenta entre a sua concepção e sua morte.

O início da vida humana é muito discutido. As pesquisas médicas têm-se utilizados de diferentes conceitos científicos para defini-la. O início da vida humana é o marco fundamental para a aquisição dos direitos do concepto.

Regis (2011, online), assevera que existem quatro correntes acerca do início da vida. Assim o estudioso se posiciona:

De forma sucinta há quatro correntes quanto ao início da vida humana: a) as que defendem que o início da vida começa com a fertilização; b) as que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero; c) as que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral e d) as que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

Para a ciência a vida começa a partir da concepção, ou seja, a partir do momento em que o espermatozóide entra em contato com óvulo ocorrendo a fecundação, dando origem ao zigoto, que é a célula inicial do ser humano formada pela fusão do gameta masculino com o gameta feminino, mas só com a nidação que é a fixação do óvulo fecundado no útero materno é que há viabilidade de vida, pois a partir daí é que são passados para o embrião os nutrientes necessários para a sua sobrevivência.

A igreja Católica prega que o início da vida do ser humano se dá no momento da fecundação, independentemente do modo como esta se dá, seja de forma natural ou artificial, que é exatamente o fenômeno biológico através do qual o óvulo e o espermatozóide se juntam dando origem a um novo ente humano.

Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina com clareza o início da vida humana, para se determinar o marco temporal que o novo ser será considerado vivo e terá personalidade jurídica, e a tutela de todos os seus direitos. Clemente (2011, online), discorrendo sobre o direito a vida afirma que:

É baseado nesse dado científico acerca do início da vida que o Pacto de São José da Costa Rica afirma que a vida deve ser protegida desde a concepção. E mesmo que não o dissesse expressamente isso seria óbvio, pois, a lei deve expressar a verdade das coisas, e se vale da ciência para formular seus preceitos. Ademais, reconhecendo que a vida começa na concepção, o Código Civil Brasileiro, em harmonia com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica, afirma em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifei). Ora, se a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, parece óbvio que ela põe a salvo o mais importante desses direitos, que é o direito à vida. Como bem leciona o Profº. Ives Gandra da Silva Martins, seria contraditório se a lei dissesse que todos os direitos do nascituro estão a salvo menos o direito à vida.

Sendo assim, todo ataque à vida do embrião significa uma violação do direito à vida. Por isso é que o atual Código Penal Brasileiro prevê punição para aqueles que atentem contra a vida do embrião, com penas que vão de 01 (um) a 10 (dez) anos de prisão. O mais interessante é que o crime de aborto está previsto no Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no capítulo I daquele título, que trata dos “Crimes Contra a Vida”, o que demonstra claramente que a lei brasileira reconhece o embrião como uma pessoa viva!

Outra exegese não se pode inferir da dicção do artigo 2º do Código Civil Brasileiro em vigor, de que o início da vida se dá no momento da concepção, quando o legislador pátrio pôs a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

3.3 O nascituro e seus direitos

O Código Civil protege as expectativas de direito do nascituro, que se confirmam se houver nascimento com vida. Os direitos do concepto estão além da lei civilista, especificados em outros ramos do direito, os quais se expõe a seguir. São direitos do nascituro, dentre outros:

3.3.1 Direito à vida

O direito à vida é um direito fundamental e também natural inviolável da pessoa humana, sendo o mais consagrado dos direitos fundamentais, pois dele

decorrem os demais direitos. Está contemplado na Lei Maior do País em seu artigo 5º, caput, cuja redação se segue:

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. (grifo nosso).

Quão fundamental e inviolável é esse direito que se encontra codificado em vários diplomas legais, como por exemplo, na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), artigos 7º e 8º, que inclui no seu contexto que a criança tem direito a proteção de sua vida e de sua saúde, responsabilizando o Estado pela efetivação de políticas públicas tendentes a assegurá-los, possibilitando um desenvolvimento e nascimento saudáveis e o apoio à gestante durante o período gestacional com o teor seguinte:

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

O consagrado direito está contemplado, também, em acordos internacionais que versam sobre direitos da pessoa humana dentre os quais se pode citar, por sua supremacia em relação aos demais e por ter valor de norma constitucional, o Pacto de São José da Costa Rica, que está no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, por meio do decreto 678/92 em cujo artigo 4º prescreve que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida e que esse direito deve ser protegido por lei, com início desde o momento da concepção e que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Negar ao nascituro o direito à vida, a rigor, importa inexoravelmente recusar-lhe qualquer outro direito, pois dele, como algures já se reportou, decorrem os demais.

O Código Penal Brasileiro, em seus artigos 124 *usque* 126, qualifica como o aborto como crime contra a vida, preservando, assim, o direito à vida do ente que está para nascer reconhecendo, pois, o nascituro como um ser humano vivo.

3.3.2 Direito de Suceder

Sucessão é o ato jurídico pelo qual uma pessoa substitui outra em seus direitos e obrigações, podendo ocorrer tanto entre vivos como em função da morte de alguém. É o que se denomina de sucessão *inter vivos* e sucessão *causa mortis*.

Determina o artigo 1798 do Código Civil Brasileiro que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Tal preceito legal resguarda ao nascituro, portanto, os direitos sucessórios em razão do seu nascimento com vida. Caso venha o nascituro a nascer sem vida, ainda que o mesmo possua herdeiros legítimos, a herança será devolvida ao monte partível.

Enfatiza Mattos (2008, p. 112),:

O nascituro, embora não tenha personalidade, tem capacidade para adquirir por testamento. Morto o testador antes de seu nascimento, a titularidade da herança ou legado fica, provisoriamente, em suspenso. Se o nascituro nascer com vida, adquire naquele instante o domínio de tais bens. Se nascer morto, referidos bens são devolvidos ao monte para partilha, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.

O artigo 1.799 do CCB., excetua a regra do artigo 1.798 do mesmo código, segundo o qual só podem suceder as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da morte do testador, quando trata de prole eventual, que são filhos ainda sequer concebidos ao tempo da abertura da sucessão. Na sucessão testamentária o código civil atual admite direitos hereditários a filhos ainda não concebidos de pessoas apontadas pelo autor da herança que ainda estejam vivas quando do seu falecimento, desde que nasça no prazo estabelecido de dois anos da abertura da

sucessão, se de outro modo o legatário não tiver disposto. Eis a dicção dos preceitos legais em foco:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Como se vê lei assegura direitos sucessórios ao nascituro e ao ente humano sequer concebido no momento da abertura da sucessão.

3.3.3 Direito de Receber Doação

A doação é um contrato pelo qual uma pessoa transfere bens e/ou vantagens de seu patrimônio para o de outra pessoa. A doação tem natureza contratual, é uma também uma liberalidade do doador e depende de aceitação do donatário para que se otimize.

O artigo 542 do Código Civil Brasileiro assegura ao nascituro o direito de receber doação. Assim dispõe referido artigo: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelos seus representantes legais, os quais podem entrar na posse e usufruir o bem doado desde a liberalidade, percebendo-lhe, inclusive, os frutos. Se o concepturo nascer morto, a doação se resolverá, uma vez que a presença do donatário é elementar, portanto, considerada inexistente, passando o bem a incorporar novamente o patrimônio do doador.

3.3.4 Direito a Representação

Os menores de 16 anos de idade, a lei não reconhece qualquer capacidade para o exercício dos atos de sua vida civil assegurados por lei tendo-os como absolutamente incapazes. Sua atuação em juízo se dá através de seu responsável legal que fará as suas vezes. Os maiores de 16 anos e menores de 18, considerados relativamente capazes, a sua atuação em juízo se dá em concurso com seu responsável legal. É o que preceituam os artigos 3º, 4º e 1.634,V, todos do Código Civil Brasileiro:

Eis a textualização dos dispositivos legais:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

Art. 1.634 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

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

Pode-se exemplificar da seguinte forma, para melhor entendimento: o menor de 16 anos de idade, considerado absolutamente incapaz para os atos da sua vida civil, que não tem sua paternidade reconhecida para ajuizar ação visando conhecer a sua verdade biológica não pode fazê-lo por si, o faz através de seu representante legal. Os poderes outorgados na procuração para o causídico que irá postular em juízo quem os confere é o seu representante legal.

O relativamente incapaz é aquele que possui capacidade limitada. A ele não é aplicada o instituto da representação e sim, o da assistência, que significa que age por si, porém acompanhado por seu responsável legal, o qual atua complementando a capacidade faltante, em concurso. No caso de uma procuração outorgada a um Advogado para defender seus direitos em juízo, quem confere os poderes é o próprio relativamente incapaz, coadjuvado por seu assistente legal.

3.3.5 Direito a Curatela

Curatela é o instituto jurídico por meio do qual o Juiz nomeia uma pessoa, denominada Curador, com o fito de administrar a pessoa e os bens de outrem, em razão de sua incapacidade.

O nascituro tem direito de ter um curador especial, caso o pai venha a falecer ou decair do poder familiar, estando a mãe grávida e esta não estiver em condições de exercer o poder familiar. Tal direito encontra-se insculpido no artigo 1.779 do CC., cuja dicção é: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

O parágrafo único do antedito dispositivo de lei diz que: “Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”

Ao conferir ao nascituro essa proteção legal, o legislador quis concretizar a idéia de que o nascituro tivesse seus direitos defendidos, cabendo ao curador o dever de vigiar, proteger e reger sua vida e seus direitos, inclusive patrimoniais.

3.3.6 Direito de ter sua filiação reconhecida

Todo filho tem direito de ter sua paternidade reconhecida, seja ela por meios voluntários ou por processo judicial contencioso.

Com o nascituro não poderia ser diferente. O concebido pode ter sua filiação reconhecida, consoante prevê o parágrafo único do art. 1.609 CCB , cujo teor é: “ O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Neste diapasão dispõe o parágrafo único do artigo 26 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente): “ O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

Segundo Pagotto (2011, online),:

O reconhecimento voluntário ou perfilhação pode ser definido como o ato pelo qual o pai ou a mãe assume, observadas as formalidades legais, a paternidade ou a maternidade de filho havido fora do casamento, passando a relação biológica a constituir também relação jurídica, gerando efeitos no campo do direito. A legislação brasileira permite o reconhecimento antes mesmo do nascimento, ou após a morte do filho, caso deixe descendentes. Por se tratar de direito indisponível da pessoa, relativo à filiação, não pode ser objeto de transação ou renúncia. O ato de reconhecimento é também imprescritível, podendo ser praticado a qualquer tempo.

O reconhecimento da paternidade ou maternidade é um ato voluntário pelo qual o pai ou a mãe reconhece o filho. Esse reconhecimento pode se dar ainda quando o ser se encontra no ventre materno, após seu nascimento ou, ainda, depois de sua morte. Neste último caso se processará por meio de ação judicial, por quem interesse tenha, contra os descendentes do falecido, os quais podem, inclusive, reconhecer a procedência do pedido autoral. Para melhor entendimento, traz-se o seguinte exemplo: Maria espera um filho de José. José pode reconhecer como seu este filho, ainda no ventre de Maria, ou, após o seu nascimento, ou, ainda, reconhecê-lo após a sua morte, manejando ação de reconhecimento de paternidade contra os descendentes do falecido, ou seja, José figura no pólo ativo da ação e seus supostos netos, no pólo passivo da ação.

3.3.7 Direito a alimentos

Segundo o artigo 7º da Lei nº 8.560/1992 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, o nascituro possui o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar: “Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos ao reconhecido que deles necessite”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 227 diz que: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008, que disciplinou o direito de alimentos para a mulher gestante, trouxe um grande avanço, veio preencher uma lacuna, no ordenamento jurídico pátrio, porquanto a Lei 5.478/68, Lei de Alimentos, impede a concessão de alimentos ao nascituro, uma vez que exige a prévia comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar. Para a obtenção dos alimentos há de ter prova pré-constituída da paternidade. A nova lei confere legitimidade ativa à gestante para aforar a ação de alimentos, os quais para serem fixados basta que o Juiz se convença da existência de indícios da paternidade. O suposto pai é obrigado a pagar alimentos com base em indícios. Essa lei tem a finalidade de evitar que a mulher, abandonada pelo conjecturado pai do filho que carrega no ventre, seja relegada a própria sorte, sem qualquer ajuda durante esta difícil fase, como amiúde acontece.

Os alimentos gravídicos fixados perdurarão até o nascimento da criança e compreendem as despesas do período da gravidez até o parto, incluindo alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, despesas com o parto e tudo mais que a gestante vier a precisar. O médico indica o que a gestante necessita para ter uma gravidez sadia. O rol não é taxativo, porquanto, o Juiz, ao

seu critério, pode estabelecer outras despesas.

A lei não exige a mulher de sua participação dentro de suas possibilidades. O homem e a mulher devem concorrer de modo isonômico para garantir a saúde e o nascimento com vida do nascituro. Após o nascimento com vida, os alimentos mudam de natureza revertendo-se em pensão alimentícia em prol da criança e perdurarão até que uma das partes intente ação revisional, visando majorá-los, minorá-los ou desonerá-los.

A perícia genética apenas será feita após o nascimento da criança, a não ser que as partes acordem em realizar o exame antes do nascimento, através da coleta do líquido amniótico.

Alguns de tribunais pátrios, anteriormente a edição da lei 11.804/08, já vinham reconhecendo esse direito ao nascituro (Agravo de Instrumento nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, TJ/RS; Agravo nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, TJ/RJ, AC 14954,1ª Câmara Cível e Apelação Cível nº 193648-1, TJ/SP), os quais serão citados oportunamente.

3.3.8 Outros direitos

O ordenamento jurídico em vários ramos do direito confere proteção ao nascituro. Na legislação trabalhista concede benefícios e garantias a mulher grávida. São proteções indiretas ao nascituro, pois, impedir a dispensa injusta da gestante durante o período gestacional até cinco meses após o parto é uma maneira de preservar o sustento da gestante, e de conseguinte, um desenvolvimento sadio do feto, pois como alhures foi dito é das entranhas da mãe que o feto retira os nutrientes indispensáveis ou seu desenvolvimento e nascimento sadios.

O nascituro tem direito a indenização, tanto por dano material quanto por moral, frente a violação de seus direitos. O Superior Tribunal de Justiça conferiu, através do acórdão da 4ª Turma do STJ, no Resp nº 399.028/SP, ao nascituro o

direito de pleitear indenização após o nascimento com vida no caso de morte do seu genitor praticada em decorrência de ato ilícito praticado por terceiro. Veja-se:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO, FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II- O nascituro também tem direitos aos danos morais pela morte do pai e a circunstâncias de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III- Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso evitando inconvenientes e retardamentos da solução jurisdicional.

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO.

DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO, FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional) mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II- O nascituro também tem direitos aos danos morais pela morte do pai e a circunstâncias de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III- Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso evitando inconvenientes e retardamentos da solução jurisdicional.

O conceito tem assegurada proteção ao direito de imagem em caso de utilização sem autorização de captação de imagem por meio de ultra-sonografia. Certo é que os doutrinadores divergem quanto à abrangência dos direitos do nascituro, mas esses direitos não devem se limitar àqueles que estão especificados em lei, mas observados a medida que forem reclamados, levando-se em consideração os primordiais princípios do direito a vida e da dignidade da pessoa humana.

4 PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 Conceito

Antes de adentrar no assunto da personalidade jurídica, convém se tecer breves considerações acerca do que vem a ser pessoa, personalidade e sua definição.

Pessoa é o ente físico ou coletivo a quem se confere direitos e obrigações. Pessoa natural ou pessoa física compreende indistintamente os seres da espécie humana sem distinção de raça, cor, sexo, idade, nacionalidade, a quem cabe a tutela na ordem. Pessoa jurídica, também conhecida como pessoa coletiva, é formada por grupos humanos que possuem interesses comuns, igualmente dotadas de direitos e obrigações.

Personalidade Jurídica é a capacidade que toda pessoa humana possui de adquirir direitos e contrair obrigações. É inerente ao ser humano, independentemente de sua vontade, é própria da humanidade. O ordenamento jurídico não confere personalidade a outros seres vivos que não aos humanos. A personalidade jurídica tem seu início com o nascimento da pessoa humana com vida.

De acordo com a cátedra de Góes (2011, online),:

(...) a expressão personalidade corresponde à aptidão genérica atribuída a todos os seres humanos (pessoa natural) e algumas entidades abstratas (pessoas jurídicas) para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo titularizar relações jurídicas, bem como reclamar a proteção jurídica conferida pelos direitos da personalidade.

Gusmão (2011, online), define a personalidade, como sendo a “[...] aptidão genérica a ter direito e deveres. Definindo: personalidade, para o direito, é a qualidade que tem a pessoa de ser sujeito de direito e de obrigações.” Continua Gusmão a conceituar a personalidade jurídica “[...] como a aptidão que tem a pessoa, em função de seu estado pessoal, de adquirir direito e assumir obrigações”.

Para Diniz (2011, online), a “personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.”

A doutrina pátria reconhece a existência de três teorias: a teoria natalista, adotada pela lei civil, codificada no artigo 2º do Código Civil Brasileiro, segundo a qual a personalidade jurídica da pessoa humana só começa com seu nascimento com vida; a teoria concepcionista, pela qual a personalidade jurídica da pessoa humana tem início no momento de sua concepção e a teoria da personalidade condicional defensora de que a personalidade jurídica da pessoa tem seu marco temporal inicial no momento de sua concepção, mas condicionada ao seu nascimento com vida.

Mattos (2011, online), destaca que a lei civil brasileira em seu artigo 2º, abriga as três correntes doutrinárias, quando afirma:

Analisando o dispositivo do artigo 2º do Código Civil de 2002, é possível a discussão acerca de quais direitos do nascituro são os afirmados no texto legal. E ainda, com base neste dispositivo legal, é relevante verificar a existência de três correntes doutrinadoras do início da personalidade civil. A “escola natalista”, que nega quaisquer direitos ao nascituro antes que este nasça com vida, a “condicionalista” que submete o nascituro a uma condição suspensiva de direitos e a “escola concepcionista”, que dá ao nascituro direitos desde a concepção, independentemente do nascimento com vida. Conforme dito anteriormente, a visão do Código Civil é condicionalista, pois não protege os direitos do nascituro, mas somente, expectativas desses direitos. Conclui-se então, que o nascituro se configura numa posição de suspensão de personalidade jurídica, porém com certos direitos garantidos à luz do ordenamento jurídico.

Apesar da divergência dos doutrinadores sobre o início da personalidade civil, o legislador pátrio afastou completamente a possibilidade de outra interpretação acerca do marco temporal inicial da personalidade civil, que não seja a do nascimento com vida.

4.2 Paralelo entre Personalidade jurídica e capacidade jurídica

Personalidade jurídica e capacidade jurídica são assuntos bastante debatidos no mundo jurídico, notadamente no que se relaciona ao seu início. Para melhor entendimento é assaz importante que se apresente a definição e diferença entre uma e outra.

O instituto da personalidade não pode ser confundido com o da capacidade. Em geral, entende-se que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida. Todo ser humano é pessoa e se é pessoa possui personalidade. Personalidade é um valor jurídico que se materializa na capacidade.

Etimologicamente capacidade deriva do latim que significa “ largura, amplitão, capacidade ”, de CAPAX, “o que pode abranger muito”, de CAPERE, “tomar, pegar”. É a aptidão que o ser humano tem pra exercer, por si, todos os atos de sua vida civil.

A lei civilista pátria adota duas modalidades de capacidade , uma, a capacidade de direito inerente a todo ser humano desde o momento de seu nascimento até o último instante de vida, não significando, contudo, que possa exercê-la, por si, indistintamente, pois depende do implemento de algumas condições, como por exemplo da maioridade que confere a pessoa o exercício de todos os seus direitos, por si própria. A duas, a capacidade de fato, que confere a pessoa o direito de exercer, por si, todos os direitos e obrigações de sua vida civil. Em suma, a capacidade de direito, ou de gozo, é uma garantia que o ordenamento

jurídico confere a todos seres indistintamente. A capacidade de fato, ou de exercício, é limitada ocorrendo motivos legais.

Exemplificando cita-se: um menor, maior de 16 anos e menor de dezoito, tem capacidade plena de direito, mas a sua capacidade de fato é limitada, ele não pode por si só exercer todos os atos de sua vida civil, por depender da assistência de seus pais ou responsáveis.

Souza (2011, online), pormenoriza o assunto citando que:

Capacidade é a medida da personalidade. A capacidade de direito (aquisição ou gozo de direito) é a que todos possuem. Já a capacidade de fato (de exercício de direito) é a aptidão para exercer pessoalmente (por si só) os atos da vida civil. A capacidade civil não deve ser confundida com a legitimação, pois esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos. A incapacidade de direito que é a restrição legal imposta ao exercício da vida civil, classifica-se da seguinte forma no novo Código Civil Brasileiro. Incapacidade absoluta: a) menores de 16 anos; b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para prática dos atos da vida civil; c) quem, mesmo por causa transitória, não pode exprimir sua vontade. Incapacidade relativa: b) maiores de 16 anos e menores de 18 anos; c) ébrios habituais e viciados em tóxicos; d) quem por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido; e) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; f) pródigos. Os absolutamente incapazes serão assistidos para praticar os atos da vida civil. Já os relativamente incapazes serão representados. Com relação aos índios (silvícolas no antigo Código Civil), a sua capacidade civil será regida por lei especial. Não podendo ser considerados relativamente incapazes, pois não há previsão no novo Código Civil.

Conclui-se, portanto, que a personalidade jurídica do ser humano a possui desde o seu nascimento, mas a capacidade jurídica ele vai adquirindo por fases, que, em tese, se torna plena aos dezoito anos de idade

4.3 Teorias sobre a personalidade civil do ser humano

Em razão da celeuma em torno da personalidade jurídica do nascituro, três vertentes doutrinárias surgiram e veem sendo defendidas pelos doutrinadores. A primeira, a natalista, pela qual o conceito possui mera expectativa de direito, só fazendo jus à personalidade após o nascimento com vida está insculpida no art. 2º,

primeira parte do Código Civil em vigor. A segunda, a teoria concepcionista assegura ao nascituro personalidade, desde a concepção, ainda no ventre materno. A terceira, a teoria da personalidade condicionada, assegura direitos ao nascituro, mas esses direitos ficam suspensos, condicionados ao nascimento com vida.

Ao que parece, como alhures foi dito, o Código Civil Brasileiro abordou as três teorias no seu cânone segundo.

Para fins sucessórios utilizou a teoria da personalidade condicional, quando conferiu direitos sucessórios ao nascituro, se nascer com vida. A ressalva da segunda parte do artigo em epígrafe, assegurando direitos ao nascituro desde a concepção, embasa a teoria concepcionista, e a teoria natalista é a própria definição da personalidade civil codificada no artigo 2º da lei civilista pátria.

4.3.1 Teoria natalista

O ordenamento jurídico consagrou a Teoria natalista, reconhecendo personalidade jurídica ao ser humano que nasce com vida, embora reconheça e ponha a salvo desde a concepção certos direitos, os quais constituem mera expectativa de direitos, que serão concretizados se o indivíduo nascer com vida, ainda que por tenha respirado uma única vez.

Vasconcelos (2011, online), em seu estudo cita:

(...)“pontua Silvio Venosa: (VENOSA, 2004) O nascituro é um ente concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade”. Entretanto, a posição do nascituro, apesar de centro de muitas polêmicas, não levanta maiores dúvidas acerca de ter ou não personalidade jurídica. Questiona-se sobre os seus direitos, mas sabe-se que sua personalidade jurídica estará formada com o nascimento com vida – coroando a Teoria Natalista - defendida pelo Direito pátrio.

A Teoria Natalista é defendida pela maioria dos juristas brasileiros, dentre os quais se pode citar Espínola (2004), Pontes de Miranda (2004), Pereira (2004). Pela teoria da natalidade não é suficiente que o indivíduo nasça. Não basta nascer; é indispensável a comprovação da vida extra-uterina, que a medicina identifica pela respiração pulmonar do bebê. A prova respiratória da vida fora do útero materno se apoia, basicamente, em um princípio criado por Galeno há quase 2.000 anos.

A prova hidrostática de Galeno é realizada em quatro momentos, conforme explica Pascoal (2011, online). No primeiro momento mergulha-se o bloco das vísceras torácicas na água. Se houver flutuação houve respiração, logo, houve vida. No segundo momento, sem retirar o bloco das vísceras da água, separam-se os pulmões e após secionar os hilos dos órgãos observa-se se há flutuação se flutuar houve respiração e de conseguinte, vida. No terceiro tempo, ainda sob a água, separam-se os lobos pulmonares, e se cortam em pequenos fragmentos para verificar o comportamento de cada um deles: se afundam o pulmão não respirou, portanto não houve vida. Se flutuar houve respiração, logo vida. No último momento os fragmentos secionados no tempo anterior são espremidos, sempre sob a água, contra a parede do recipiente observando-se a saída de pequenas bolhas de ar junto com sangue; abandonados os fragmentos, estes também vêm à superfície quando, então, a prova se considera positiva.

Os natalistas defendem que os direitos conferidos ao conceito são taxativos. Semião (2000, p. 69), afirma:

Sustentam os natalistas que, casos os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro.

Complementa Filho (2011, online):

Só é considerado como existente desde a sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso (*Infantus conceptus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*)(...) Não basta o simples fato do nascimento; é preciso que o recém-nascido apresente os sinais de vida, movimentos próprios, respiração, vagidos.(...)A lei requer, para que se lhe reconheça a personalidade civil e se torne sujeito de direitos, que a criança inequívocos sinais de vida, após o nascimento, mesmo que venha a falecer instantes depois. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir a personalidade e, assim, não recebe e não transmite direitos.

Miranda (2011, online), destaca que:

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

De acordo com Pereira (2011, online),:

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

Por fim, apresenta-se a trilha seguida por Fiúza (2004, p.114),:

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

Toda essa celeuma inexistiria se a lei civil tivesse adotado uma visão concepcionista explícita, para evitar indagações e controvérsias, porquanto se o nascituro fosse considerado pessoa desde sua concepção, teria personalidade civil pela como o ser humano já nascido.

4.3.2 Teoria Concepcionista

Os seguidores da Teoria Concepcionista defendem que o ser humano ostenta personalidade desde o momento da concepção, incondicionalmente. Basta estar concebido, não há qualquer condição outra. Apenas para a aquisição de alguns direitos, como por exemplo, os patrimoniais dependem do seu nascimento com vida.

Miranda (*apud* Teixeira, 198, p.134) diz: “As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno, a lei lhes conserva os direitos de sucessão para o tempo do nascimento”

Os estudiosos seguidores da Teoria Concepcionista defendem que a personalidade começa desde o momento da concepção, quando, então, o nascituro é considerado pessoa. A Teoria Concepcionista só relaciona o nascimento com vida do conceito aos direitos sucessórios, como se vê da dicção do artigo 1799, inciso I do CC. Apresenta-se:

Art.1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

No dizer de Almeida (2000, p. 169),:

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa em reconhecer-lhe outros direitos além dos que lhe são conferidos expressamente pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica “*excepciones sunt strictissimae interpretationis*”. Reitera nosso modo de ver quanto a não - taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do artigo 4º que, ao contrário refere-se genericamente a “direitos do nascituro”.

O fundamento da Teoria Concepcionista é a proteção integral do concebido como se já tivesse nascido. Semião (apud Dias, 2000, p.39), bem esclarece o assunto, quando menciona:

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

Outros ramos do direito têm o concebido como pessoa. O Código Penal Brasileiro inseriu o crime de aborto nos crimes contra a pessoa. Concebeu, pois, o nascituro como pessoa ao tipificar o crime de aborto.

Goés (2011, online), assim se posiciona:

O que a maioria da doutrina parece não atentar, até o momento, é que, a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, só se pode sustentar a existência de uma única teoria para designar o início da personalidade jurídica, a teoria concepcionista, vez que esta, ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, protege a vida desde o seu início, considerando o nascituro como pessoa, sujeito de direitos, consignando se tratar da personalidade formal e não material, pois, esta última, seria adquirida a partir do nascimento com vida.

A despeito da adoção pela lei civil da teoria natalista na redação confusa do artigo 2º do Código Civil Brasileiro, a teoria da concepção, ao que parece é a visão que mais atende ao princípio primordial do direito a vida e da dignidade da pessoa humana, insculpidos na Lex Maior do País.

4.3.3 Teoria da Personalidade Condicional

Pela Teoria da personalidade Condicional a personalidade jurídica do nascituro começa desde a concepção, mas a aquisição dos seus direitos ficam

sujeitos a uma condição suspensiva que é o seu nascimento com vida. Enquanto não se realizar esta cláusula o seu direito não se efetiva. Se nascer morto, não se cumpriu a condição, motivo por que não terá personalidade jurídica.

Essa teoria é seguida por doutrinadores renomados como Monteiro (2005), Beviláqua (2004), Diniz (2003), Gomes (2006) e outros. Os adeptos dessa teoria defendem que a personalidade do concebido não é adquirida de modo pleno na concepção.

Venosa (*apud* Santos, 2011, online), afirma que:

(...)o fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento jurídico lhe atribua personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Essa só vem com o nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.(2003,p.161-162)”

Santos (*apud* Pamplona, 2011, online), assevera:

(...) a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial), ocorrerá sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos de personalidade, mas somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Diniz (2011, online), em sua cátedra, assevera que se poderia até afirmar que o nascituro possui personalidade jurídica formal no que pertine aos direitos personalíssimos, alcançando a personalidade jurídica material apenas com o nascimento com vida, quando adquirirá os direitos patrimoniais e obrigacionais que estavam suspensos.

Portanto, deve-se entender que desde a concepção são assegurados direitos ao concebido, ele não tem personalidade, mas é como se tivesse, pois ele é equiparado à pessoa e merece proteção da lei.

5 DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS

É incontestável a necessidade do concepturo a alimentos. A vida saudável do feto depende, em muito, dos nutrientes que recebe da mãe. Negar, pois, direito a alimentos ao ser em desenvolvimento no ventre materno, significa negar-lhe a vida, que é o direito maior de todo ser humano.

Miranda (ano, p. 215/216), afirma que:

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

Antes da promulgação da lei 11.804, de 06 de novembro de 2008, a denominada Lei de Alimentos Gravídicos, a legislação pátria não conferia direito ao de alimentos ao concepturo.

A Doutrina e Jurisprudência pátrias, embora timidamente, vinham preenchendo esta lacuna. O assunto não era pacífico. Nos pretórios, bipartiam-se as correntes. Os seguidores da corrente concepcionista admitiam o ajuizamento de ações diretamente pelo nascituro, levando em conta a dicção do artigo 2º da lei civil. A corrente seguidora da teoria natalista, inadmitia o ajuizamento de ação de alimentos pelo nascituro em razão da sua ausência de personalidade jurídica e, também, pelo fato de inexistir prova preconstituída da obrigação alimentar. Expõem-se algumas decisões proferidas pelos tribunais pátrios:

Julgados contra:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. Estando o feito no seu início, sem que contenha dados seguros acerca tanto da paternidade imputada ao agravado como a comprovação da alegada relação entretida entre as partes, inviável a fixação de alimentos provisórios ao nascituro; mormente porque sequer angularizada a relação processual. Precedentes. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70029777836, Oitava Câmara Cível, Tribunal de

Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 22/06/2009)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. NASCITURO. AUSÊNCIA DE PROVAS. Não havendo prova convincente da paternidade do agravado com relação ao agravante, é inviável a fixação dos alimentos provisórios. NEGADO SEGUIMENTO. EM MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70028534782, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/02/2009)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. Estando o feito no seu início, sem que contenha dados seguros acerca tanto da paternidade imputada ao agravado como a comprovação da alegada união estável entretida entre as partes, inviável a fixação de alimentos provisórios ao nascituro, ao menos, por ora. Necessidade de ver angularizada a relação processual. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70024548323, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/05/2008)

Julgados a favor:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº70021002514, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça/RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em : 15/10/2007)

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravado de Instrumento nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça/RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 28/03/2007)

Ementa:AGRAVO INTERNO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Incontroversa a união estável e a paternidade do filho que a alimentanda espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do nascituro, mormente considerando que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que está na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado Nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/11/2006).

O concepto é um ser gerado por um ser humano, sendo, pois, um ser humano. Possui direitos fundamentais garantidos pela Lei Maior e em outras normas infraconstitucionais. Os conceitos relativos à personalidade civil do nascituro, não devem servir de obstáculo para a efetivação desses direitos. Apesar da redação confusa do artigo segundo da lei civilista pátria, a interpretação da lei dever ser feita em conjunto com todo o ordenamento jurídico, o que inexoravelmente se leva a convicção de que o nascituro é um ente humano igualmente ao neonato, o qual apenas ainda está preso as vísceras maternas para cumprir um ciclo criado por Deus.

5.1 Análise da Lei nº 11.804/2008

Vislumbra-se a necessidade de abordar a origem e o conceito de alimentos gravídicos, antes da análise da novel lei. Essa novidade foi introduzida no ordenamento jurídico pela lei 11.804, em vigor desde o dia 06 de novembro do ano de 2008.

A novata lei veio preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, porquanto, a Lei 5.478/68, Lei de Alimentos, impede a concessão de alimentos ao *conceptus*, uma vez que exige prova preconstituída da obrigação alimentar. Determina esta em seu artigo 2º que:

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.

A Lei dos Alimentos Gravídicos, diferentemente dos alimentos tratados pela Lei 5.478/68, que imprescinde de prova pré-constituída da obrigação, tem como pressuposto apenas indícios de paternidade do promovido, conforme se vê da leitura do seu artigo 6º, que se apresenta:

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.

Para melhor compreensão da matéria posta, cumpre se abrir um parêntese para explicar o que vem a ser uma prova indiciária. Indício no sentido jurídico significa um princípio de prova, tendente a levar o julgador a um convencimento da verossimilhança do fato alegado.

Segundo abalizada decisão proferida pelo colendo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2011, online), “Prova indiciária é todo e qualquer rastro ou vestígio relacionado a um fato comprovado que conduz, por meio de um raciocínio lógico, a outro fato, até então, desconhecido”.

Segundo Leite (2011, online),: “Indícios são uma forma de conhecimento provisório, tirado de um fato existente, por via de um raciocínio lógico, capaz de nos levar, com relativa certeza, ao conhecimento de outro fato.”

Como exemplo de prova indiciária em relação aos alimentos gravídicos pode-se citar: um escrito do suposto pai para a mãe; fotos em família denotando intimidade; emails com conteúdo sugestivo; formulário preenchido na maternidade na hora da internação para o parto, assinado pelo apontado como pai, dentre outros.

A Lei em foco confere direito de alimentos ao nascituro antes mesmo deste nascer. Referida lei se coaduna mais com os princípios constitucionais fundamentais da pessoa humana, tais como o da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da paternidade responsável e da proteção integral.

Conceituando alimentos gravídicos, Lomeu (2009, p. 01), apresenta o seu conhecimento:

Compreende-se como alimentos gravídicos aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez, sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive 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. Assim, entende-se que o rol não é exaustivo, pois, pode o juiz considerar outras despesas pertinentes.

O conceito de alimentos gravídicos apresentado pelos doutrinadores e pela jurisprudência pátria, não é discrepante. Ao contrário, há uma sintonia nos mais diversos apresentados.

Para fixar os alimentos gravídicos, basta que o Juiz se convença da existência de indícios da paternidade. O suposto pai é obrigado a pagar alimentos com base em indícios. Esse é o ponto mais guerreado da lei sob comento, uma vez que a tendência do direito foi sempre a de se conferir direito de alimentos ao neonato, ante uma prova pré-constituída da obrigação, exigência da Lei de Alimentos. Pela lei dos alimentos gravídicos, a prova é indiciária e não há como se obrigar a gestante a realizar um exame pericial por meio da coleta do líquido amniótico.

Donoso (2011, online), comentando o assunto assim se manifesta:

Este é o ponto mais delicado: como provar a paternidade em relação ao nascituro? Os problemas são mais de ordem prática do que jurídica, porque todos os meios de prova devem ser admitidos (art. 332 do CPC), mas nem sempre será fácil demonstrar a relação de filiação de um nascituro.

Continua Donoso (2011, online),:

A primeira idéia que vem à mente é a realização do exame pericial. Como enfatizou MARIA BERENICE DIAS, todavia: "Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

A lei não exime a mulher de participar dentro de suas possibilidades, conforme se vê da exegese do parágrafo único do artigo 2º da comentada lei. O homem e a mulher devem concorrer de modo isonômico para garantir a saúde e o nascimento com vida do nascituro. Esse tratamento isonômico encontra-se, igualmente, consagrado no artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Eis a textualização dos preceitos legais comentados:

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

Os pais do nascituro têm obrigação de garantir-lhe uma vida intra-uterina digna e um nascimento seguro. A Lei abriga caráter social, pois compelindo o suposto pai a pagar alimentos com base em indícios evita que a mulher, como não raro acontece, abandonada pelo suposto pai do filho que carrega no ventre, tão logo a gravidez vem à tona, desprezada pelos parentes, desempregada, seja relegada a própria sorte, sem qualquer ajuda durante esta difícil fase. Se não há consciência do dever de assistência e da responsabilidade paterna, a lei impõe ao suposto pai.

A mulher grávida não terá que suportar as dificuldades da gravidez sozinha. A LAG se coaduna melhor com os princípios constitucionais, do direito à vida, da solidariedade familiar, da dignidade da pessoa humana, da isonomia entre homens e mulheres e da paternidade responsável, princípios norteadores das relações familiares.

5.2 Princípios Constitucionais aplicáveis

5.2.1 Da Solidariedade Familiar

Solidariedade familiar importa na assistência, respeito e consideração mútuos em relação aos membros da mesma família. Quando a família consegue vencer o egoísmo, dominar o instinto egoístico do “cada um por si e Deus por todos” vivencia o sentimento nobre da solidariedade, com prevalência dos laços de afetividade, novo paradigma de família. No campo das relações familiares a solidariedade familiar deve ser concebida como um compartilhamento recíproco entre seus membros, na assistência financeira afetiva, psicológica e moral.

O princípio da solidariedade familiar está insculpido na Carta Magna em seus artigos 227 e 230 da Constituição Federal de 1988:

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

Art. 230 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Pode-se ilustrar com a citação de alguns julgados dos tribunais pátrios.

Veja-se:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO E/OU REDUÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE DA ALIMENTADA QUE NÃO ELIDE O DEVER DO PAI DE PRESTAR ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS NECESSIDADES DA ALIMENTADA QUE DESAUTORIZA, POR ORA, A EXONERAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DO ALIMENTANTE DE PRESTAR OS ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO, IN LIMINE, DA VERBA, NO CASO EM CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. IMPERIOSA DILAÇÃO PROBATÓRIA. Ainda que de regra a maioria civil importe a independência financeira, nem sempre é, por si só, motivo para a exoneração da obrigação alimentar, que em determinadas circunstâncias transmuda-se de obrigação dos pais de proverem os filhos menores de idade, para o dever recíproco de solidariedade entre os parentes, no que se

pode destacar os próprios filhos quando em situações especiais que autorizem o pensionamento. É o caso, por exemplo, do filho estudante, já maior, que necessita do auxílio dos pais para sua independência posterior. No caso dos autos, não demonstrada a incapacidade financeira do alimentante e não obstante as necessidades da alimentada não tenham restado comprovadas, é medida de cautela o enveredar-se pela instrução probatória, de molde a bem avaliar-se as reais e atuais circunstâncias de vida de cada parte, não sendo, portanto, prudente, a exoneração neste momento processual. Ademais, é assente o entendimento deste Colegiado de que a constituição de nova família não implica, por si só, redução de alimentos pré-fixados, pois parte-se do pressuposto da paternidade consciente e responsável. AGRADO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70035341460, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 26/05/2010)

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPLEMENTO DA MAIORIDADE CIVIL. FILHO DOENTE E COM FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA. Não há falar em exoneração da obrigação alimentar do agravante em relação ao agravado tão só pelo fato de que este atingiu a maioridade. À desobrigação do recorrente deve concorrer prova da desnecessidade do recorrido, que sofre de enfermidades graves (hidrocefalia e câncer de tireóide), enfrentando os problemas decorrentes de tal enfermidade. Incidência do princípio da solidariedade familiar e paternidade responsável. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 70032838344, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça/RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em: 23/11/2009).

Do ponto de vista constitucional o direito a alimentos funda-se no princípio da solidariedade familiar traduzida, conforme apresentado, pelo respeito e consideração que seus membros devem nutrir uns pelos outros.

Os pais têm o dever de sustentar os filhos menores. Esse dever decorre do poder familiar e a obrigação é presumida. O poder familiar, antes denominado de pátrio poder, resquício da sociedade patriarcal, é um poder exclusivo do pai e da mãe. É um vínculo existente entre pais e filhos menores, consistente em direitos e obrigações recíprocas até que estes completem a maioridade, ou que os pais decaiam deste poder na ocorrência dos motivos ensejadores prescritos em lei, caso em que os substituirá a pessoa de um tutor. O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.630 e vizinhos, disciplina o poder familiar, consoante se vê:

Art. 1.630 - Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631 - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único - Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.633 - O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Essa obrigação difere da disciplinada pelo artigo 1694 e seguintes da lei civilista e tem fundamento nas relações de parentesco, importando-se não mais com a relação pai e filho versus poder familiar, mas levando em conta a necessidade de quem pede a ajuda para seu sustento.

Nóbrega (2011, online), discorrendo sobre o assunto cita trechos da obra de Cahaly (2011), cujo texto alberga clareza elucidativa:

(in, "Dos Alimentos" - São Paulo: Ed. RT, 1994 - p. 401) que "a doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade (CC, art. 231, IV); e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta" (grifou-se).

O dever de sustento cessa com a extinção do poder familiar. Não haverá, pois, obrigação dos genitores em sustentar os filhos, contudo, os pais continuarão com a obrigação de alimentar o filho maior que por si só não tenha condições de sustentar-se. Essa obrigação, agora decorre do vínculo parental.

Em relação ao vínculo parental nem todos estão sujeitos a este ônus. O artigo 1697 do Código Civil Brasileiro em vigor o restringe ao segundo grau. Eis o teor do artigo: "Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais".

A Constituição Cidadã introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento a ela dispensado. Veja-se:

Artigo 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

Citado artigo ampliou as formas de constituição de família, antes só reconhecida aquela advinda do casamento. A Carta Magna inovou o direito de família estabelecendo o pluralismo das entidades familiares.

Na lição de Calado (2011, online),:

Hodiernamente, não há mais uma concepção única do que é a família. Consagra-se contemporaneamente como uma instituição mutável, se formando através dos vínculos afetivos dos seus integrantes, e não mais apenas, pelos vínculos sanguíneos. Ante a diversidade de famílias, que não seguem mais um padrão em sua formação, tem-se como referencial de filiação a socioafetividade com base, principalmente, na realidade social. O entendimento jurisprudencial moderno reconhece a paternidade sociológica através da comprovação da posse de estado de filho. Dentre as paternidades socioafetivas ressalta-se a existente entre madrastas, padrastos e seus enteados. Após a declaração da paternidade socioafetiva, aglutinam-se a ela todos os direitos e deveres inerentes à paternidade, inclusive a obrigação alimentar que deve compreender o mínimo vital ao alimentando, respaldando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Nóbrega (2011, online),:

O conceito de entidade familiar é aberto e abrange além dos relacionamentos decorrentes do casamento, as relações sócio-afetivas, as uniões estáveis heterossexuais, os vínculos monoparentais, as relações homossexuais ou homoeróticas atualmente conhecidas como relações homoafetivas ou uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo.

Vai além o autor:

Com base no princípio da solidariedade familiar e considerando a amplitude de entidade familiar lastreada nas relações afetivas duradouras, públicas e contínuas com objetivo concreto de constituição de família podem ser pleiteados alimentos, por exemplo, entre madrasta e enteado, sobrinhos criados por tios com se fossem filhos, ou entre pessoas do mesmo sexo em união estável homoafetivas, assim, diante do ordenamento constitucional vigente e dos princípios da razoabilidade e lógica do razoável é possível flexibilizar os rigores dos arts. 1.696 e 1.697 do NCC.

A era da desbiologização da paternidade está começando em nosso direito e na jurisprudência, isso significa que nas relações jurídicas devem ser considerados os laços afetivo e social e não apenas o estrito laço genético ou biológico.

As relações sócio-afetivas constituem verdadeiras entidades familiares não-sanguíneas, hoje tão importantes; e, já reconhecidas pelo Judiciário, prevalecendo até mesmo sobre a verdade "registral" ou genética.

A legislação civil dispõe de várias normas que denotam a clara intenção do legislador em enfatizar o princípio da solidariedade familiar, dentre as quais se pode citar: o artigo 3º da Carta Magna, o qual estabelece que o Estado tem que construir uma sociedade livre, justa e solidária; artigo. 1.566, quando estabelece o dever recíproco da mútua assistência entre os cônjuges; o artigo. 1.724 quando diz que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão, dentre outros deveres, o de assistência.

5.2.2 Princípio da paternidade responsável

O planejamento familiar é uma liberdade conferida ao casal, conforme texto expresso na Constituição Federal, codificado em seu artigo 226, § 7º. Ei-lo:

Art. 226 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo nosso)

Sobre o assunto apresentam-se algumas decisões dos tribunais:

Ementa:ALIMENTOS PARA A FILHA MENOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.Viabilidade, mas em patamar diverso do que fora fixado na sentença. BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. 1. A obrigação de prover o sustento do filho menor é de ambos os genitores, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha menor. 3. Em linha de princípio a constituição de nova família não implica, por si só, redução de alimentos pré-fixados, pois parte-se do pressuposto da paternidade consciente e responsável. RECURSO DE APELAÇÃO DE JOSÉ AUGUSTO (GENITOR) DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DE BRUNA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70038142170, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 26/01/2011).

Ementa: ALIMENTOS. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. SENDO O PAI JOVEM E APTO PARA O TRABALHO, IMPOSITIVO QUE BUSQUE MEIOS DE PROVER O SUSTENTO DA PROLE, POIS A SINGELA AFIRMATIVA DE DESEMPREGO E DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INFORMAL NÃO PODE DESOBRIGÁ-LO DE PROVER MINIMAMENTE AS NECESSIDADES DOS FILHOS, OBRIGAÇÃO PRIMEIRA DECORRENTE DO PODER FAMILIAR. APELO REJEITADO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (Apelação Cível Nº 70005348693, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/03/2003).

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. EXECUÇÃO.DECISÃO QUE DEFERIU A IMISSÃO NA POSSE DE IMÓVEL À EXEQUENTE, ORA AGRAVADA.ALEGAÇÃO DO AGRAVANTE DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, CF E DE ILEGALIDADE DA MEDIDA ADOTADA.PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL, À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 226, §7º, CF. TEOR DO ART. 19 DA LEI DE ALIMENTOS.O juízo singular, diante da inércia do agravante em honrar com os pagamentos dos alimentos a sua filha, desde julho de 2008, deferiu a imissão da posse de imóvel situado em Copacabana à exequente, a fim de garantir a execução, nos termos do que autoriza o disposto no art. 19 da Lei de Alimentos.O devedor, cuja inadimplência é injustificada e irresponsável, e que de forma astuciosa e sob argumentos desprovidos de lastro probatório tenta escusar-se ou postergar o cumprimento de obrigação alimentar, não pode ser beneficiado com a demora na aplicação de ditame legal iluminado pelo princípio constitucional da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(Agravo de Instrumento nº 0035477-36.2010.8.19.000, DES. RONALDO ROCHA PASSOS - Julgamento: 16/03/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL).

APELAÇÃO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE RAZOABILIDADE. MAIORIDADE CIVIL. DEVER ALIMENTAR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - O dever de prestar alimentos é regido pelo princípio da solidariedade familiar. Relação de parentesco que une Alimentante/ Alimentado restou incontroversa nos autos, considerando a certidão de nascimento acostada. A obrigação de prestar alimentos, além do caráter solidário, deve respeitar ao trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade; 2 Maioridade civil, por si, não é causa bastante para a cessação da obrigação alimentícia. Manutenção do pagamento de pensão alimentícia após a maioridade, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, presumindo-se a sua dependência econômica caso ainda esteja cursando ensino médio ou superior; - 3 - Necessidade da parte Apelada restou evidenciada às fls. 56/57, pois esta, apesar de atingida a maioridade, ainda está cursando o ensino médio, encontrando-se

devidamente matriculada junto à instituição oficial de ensino, pelo que se justifica a manutenção da obrigação alimentar com a fim de garantir a parte alimentada a conclusão de seus estudos e a sua conseqüente inclusão no mercado de trabalho; 4 - Quanto à situação financeira do Recorrente, infere-se dos argumentos expostos e dos documentos arrolados a manifesta possibilidade deste obrigar-se a prestar-lhe os alimentos outrora fixados. Verba alimentícia se mostra plenamente razoável ao benefício percebido pelo Apelante, acrescentando que a simples desoneração deste em relação a sua ex-cônjuge já colabora para melhora da sua situação econômica financeira, de modo a compatibilizá-la aos alimentos que lhe são impostos; 5 - Ponderação entre o princípio da paternidade responsável e a igualdade entre os filhos a fim de proporcionar um tratamento paritário entre todos, nos termos do art. 227, §6º da CF. Precedentes desta Corte e da Corte Superior. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput do CPC.(Apelação Cível nº: 003164-38.2009.8.19.0006 -Teresa Castro Neves, Julgamento: 16/02/2011 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL)

A Lex Maior garante que o planejamento familiar é de livre decisão do casal. O Estado não tem ingerência alguma, contudo, essa autonomia deve ser exercida com consciência e responsabilidade. A dignidade da pessoa humana está acima de tudo.

5.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, disciplina os direitos e garantias fundamentais do homem. O § 1º, inciso III, destaca o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado por muitos doutrinadores como um super princípio. Conferir dignidade à pessoa humana é emprestar-lhe tratamento isonômico, liberdade, respeito e proteção integral. O fundamento deste princípio é a proteção do ser humano.

Discorrendo sobre o tema, Dias (2006, p.52), afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana “é o mais universal de todos os princípios”. É dele que se irradiam todos os demais princípios éticos, como o princípio da igualdade, da solidariedade, da liberdade, da autonomia privada, da cidadania.”

Eros Grau (2005, p.108), Ministro do Supremo Tribunal Federal assevera que: “embora assumida a concreção como direito individual, a dignidade da pessoa

humana, e enquanto princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”.

A invocação do Princípio da Dignidade Humana é um meio hábil para coibir repressões e injustiças sociais, notadamente em relação às classes menos favorecidas.

Santos (2011, online), enfatiza que:

A relação entre Princípio da Dignidade Humana e Estado implica na efetivação de tratamento humanitário, igualitário para todos e na erradicação das desigualdades sociais. Significa dizer, ainda, que se trata do cumprimento de Princípio constitucional fundamental e que deve embasar todas as relações sociais, jurídicas e a atuação do Estado como garantidor da Justiça Social.

O Princípio da Dignidade Humana situa o homem como ponto central de todo o ordenamento jurídico, em suma, do próprio Estado. O homem é o protagonista, quer seja nas suas relações com o Estado, quer seja nas relações privadas, e isto deveria bastar para repelir qualquer tratamento atentatório à sua dignidade por parte de outras pessoas e dos poderes públicos.

Para a efetivação do princípio sob comento mister se faz que o poder público estabeleça uma política social eficaz. Do contrário, não passará de letra morta.

Em relação aos alimentos, destaca-se que o homem, em algum momento da sua existência, pode quedar-se em uma situação de necessitar do amparo de algum parente, para viver com dignidade, em razão de sua inidoneidade financeira para sustentar-se por seus próprios esforços, motivado pela doença, pela idade ou outro qualquer motivo que justifique. O amparo material parental nesses casos, muitas vezes é o que mantém a pessoa viva e com um mínimo de dignidade. Eis a razão da grande relevância da prestação alimentar frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2.4 Princípio da Proteção Integral

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu bojo, o artigo 227, já transcrito neste trabalho, o princípio da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, introduziu no ordenamento jurídico pátrio uma nova doutrina denominada Doutrina Sócio-jurídica da Proteção Integral, cujo teor cita-se:

ARTIGO-1

Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Resumo - Definição de Criança

Todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, a não ser quando por lei do seu país a maioridade seja determinada com idade mais baixa.

ARTIGO-2

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares .

Resumo - Não Discriminação. O princípio de que todos os direitos se aplicam igualmente a todas as crianças sem exceção, e a obrigação do Estado em proteger as crianças de qualquer forma de discriminação. O Estado não deve violar qualquer direito e tomará medidas positivas para promovê-los. .

Deve-se conceber por proteção integral aquela que envolve todas as necessidades da criança e do adolescente para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, que não deve ser olvidada e o Estado deve envidar todos os esforços para efetivá-la, sob pena de malferir a Lei Maior do país, as legislações e convenções pertinentes.

5.2.5 Princípio da proporcionalidade

Os alimentos devem ser fixados, levando-se em consideração as possibilidades de quem tem o dever de prestá-los e as necessidades do alimentado. É o que se denomina de proporcionalidade, que significa a medida, o equilíbrio entre a necessidade e a possibilidade, das pessoas envolvidas.

Esclarece Dias (2011, online),:

O princípio da proporcionalidade é que norteia a fixação dos alimentos, tendo por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentado. Como o encargo decorre do poder familiar, do dever de mútua assistência, dos vínculos de parentesco e da solidariedade familiar dispõe de um componente ético. Não dá para permitir que pessoas que mantêm – ou deviam manter – um vínculo afetivo vivam em situação de flagrante desequilíbrio. Esta é a origem do balizamento que norteia a fixação dos alimentos.

A imperativa necessidade de ser obedecido o critério da proporcionalidade é de tal ordem que a lei chega a afirmar que a sentença que fixa os alimentos não faz coisa julgada (LA art. 15). Claro que a doutrina corrigiu este exagero do legislador ao demonstrar que a assertiva esta condicionada à ponderação *rebus sic stantibus*. Flagrada afronta ao princípio da proporcionalidade ou mudança de um dos vértices da equação possibilidade/necessidade permitem, a qualquer tempo, que seja revisado o valor dos alimentos.

A obrigação alimentar normalmente se prolonga por muito tempo. Em meio a esse tempo podem ocorrer situações que venham modificar as condições de fortuna de quem os presta e/ou de quem os recebe. Com muito acerto se houve o legislador pátrio quando previu a sua mutabilidade a qualquer tempo. É o que dispõe o artigo 15º da Lei 5.478 de 25 de julho de 1968: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

A mutabilidade é o mecanismo legal que permite adequar os alimentos a realidade financeira de quem os presta e de quem os recebe ao longo de sua vigência, através das ações revisionais, com o fito de minorá-los (diminuí-los) ou agravá-lo (aumentá-los) ou, ainda, desonerá-los (extingui-los), dependendo da circunstância.

5.2.6 Princípio da ampla defesa e do contraditório

O propósito do legislador pátrio ao elaborar LAG foi o de emprestar maior celeridade processual possível. Do contrário, referida lei não teria nenhum conteúdo prático. A gestação dura em média 9 meses. Se não se concedesse celeridade ao processo, de nada valeria a lei.

Fontes (2011, online), com muita propriedade, preleciona:

Alguns entendem que a nova lei viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, alegando o cerceamento de defesa, em virtude de que a mulher grávida promoverá a ação com base em indícios de paternidade (art.6o.).”

Continua a estudiosa:

O requerido (homem) embora tenha prazo de 5 dias para apresentar sua defesa (art.7o.), não poderá provar que não é o pai visto que o exame de DNA do nascituro colocaria em risco a vida deste, sem comentar o elevado custo deste exame.

Realmente, se houver má-fé por parte da autora (mãe), o requerido ficará prejudicado, sendo injustiçado; mas a legislação não foi feita às pessoas de má-fé e sim às pessoas dignas, com a finalidade de proteger o nascituro, dar-lhe uma vida melhor, bem como para o pai dividir com a mãe as despesas surgidas com a gestação, fazendo Justiça.

Os adeptos da tese de que a lei em epígrafe macula os princípios da ampla defesa e do contraditório, albergam seu posicionamento na alegativa de que o se o indigitado pai negar a paternidade a si atribuída, ainda assim, tem que suportar o ônus que lhe foi imposto, uma vez que a gestante não está obrigada a submeter-se a perícia genética, em razão dos riscos à saúde e a vida que pode sofrer o nascituro. Havendo, pois, flagrante cerceamento de defesa, em razão de não ter-se estabelecido o contraditório, de não poder carrear para o processo todo meio de prova permitido em lei.

Com o nascimento com vida, a mãe não pode se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A sua recusa incidirá na sanção do artigo 232 do Código Civil Brasileiro, o mesmo valendo para o suposto pai.

Eis o que dispõe o artigo:

Art. 232.-A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

O Direito sumular, igualmente prevê o caso de recusa. Destaca-se:

Súmula nº 301 do STJ. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

Com o desligamento da criança das vísceras da mãe, surge para o suposto pai o direito de manejar todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a prova pericial, pois, o neonato pode submeter-se ao exame, sem ameaça à sua saúde e vida.

5.4 Extensão dos alimentos gravídicos

A obrigação de prestar alimentos é extensiva a todos os ascendentes. É, pois, uma obrigação sucessiva, uma vez que o parente seguinte na ordem de preferência estabelecida em lei só estará obrigado ao ônus alimentar se o obrigado em primeiro lugar não tiver condições de fazê-lo. Ressalta-se que, se várias pessoas estiverem obrigadas a suportar o encargo, todas concorrerão na proporção de suas posses. É a seguinte a textualização pertinente do Código Civil Brasileiro, *verbis*:

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”.

Do enunciado dos artigos emerge o que a doutrina convencionou denominar de alimentos avoengas, pois os avôs podem ser chamados a prestar alimentos na falta ou impossibilidade dos pais, ou, ainda, complementá-los ante a insuficiência dos alimentos prestados pelos pais. Esse dever decorre da relação de parentesco. O autor não deve ajuizar a ação diretamente contra o progenitor, a não ser que exista prova antecipada da inidoneidade financeira do genitor.

Gonçalves (2007, p. 492), abordando o assunto assim se posiciona:

A ação deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avôs. Não se exclui a possibilidade de a ação ser proposta contra o pai e o avô, se evidenciando que aquele não tem condições de arcar sozinho com a obrigação alimentar. (...) Se, no entanto, o pai, comprovadamente, estiver ausente, ou, estando presente, não reunir condições para responder pela obrigação alimentar, a ação poderá, como dito, ser ajuizada somente contra os avôs, assumindo o autor o ônus de demonstrar a ausência ou absoluta incapacidade daquele. Somente se ficar demonstrado no curso do processo que o autor pode ser sustentado pelo genitor é que seus avôs serão excluídos da lide. A ausência de prova inequívoca da incapacidade econômica do pai é matéria de mérito, devendo, pois, ser verificada durante a instrução do processo, e não ser indeferida a pretensão 'initio litis' ou no despacho saneador."

O artigo 2º, da Lei dos Alimentos Gravídicos dispõe que os alimentos gravídicos são pagos pelo pai. A lei, contudo, não afasta a aplicação do regramento Código Civil, supletivamente. Desse modo, entende-se que os alimentos gravídicos podem ser reclamados dos avôs, conforme prevê o artigo 11º da citada lei:

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.

Apresenta-se o entendimento dos tribunais acerca da extensão dos alimentos:

EMENTA;APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS AVOENGOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS DE PRESTAR ALIMENTOS SUBSIDIÁRIA E SUPLEMENTAR EM VIRTUDE DA IMPOSSIBILIDADE TOTAL OU PARCIAL DOS PAIS EM PROVÊ-LOS. DIANTE DA FRUSTRAÇÃO DA EXECUÇÃO PROPOSTA CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL, PAI DA ALIMENTADA, SURGE A OBRIGAÇÃO DOS AVÓS, QUE TAMBÉM DEVE OBSERVAR O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ARTIGOS 1.696 E 1.698 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC. (Apelação Cível nº 0000403-13.2006.8.19.0047,Tribunal de Justiça/RJ, DES. INES DA TRINDADE - Julgamento: 25/03/2011 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA ALIMENTOS AVOENGOS - AÇÃO PROPOSTA CONTRA A AVÓ PATERNA DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ORIGINÁRIA - GENITOR QUE DEIXOU DE CUMPRIR COM O ENCARGO HÁ 3 ANOS.DECISÃO QUE DETERMINOU A EMENDA DA INICIAL PARA QUE PASSEM A INTEGRAR A LIDE TAMBÉM OS AVÓS MATERNO DO ALIMENTANDO.EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO OBRIGATÓRIO SIMPLES - ART. 1698 DO CÓDIGO CIVIL OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA QUE EM CASO DE INADIMPLEMENTO DA PRINCIPAL, IMPÕE SEJA DILUÍDA ENTRE OS AVÓS PATERNOS E MATERNOS, NA MEDIDA DE SEUS RECURSOS, DIANTE DE SUA DIVISIBILIDADE E POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO.1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, que em ação de alimentos movida em face da avó paterna dos agravantes, determinou a emenda da inicial, para que passem a integrar a lide também os avós maternos.2. Cinge-se a controvérsia a, em se tratando de alimentos avoengos, estão ou não obrigados a integrar a lide todos os avós do alimentando, maternos e paternos, ou facultado a este escolher um dos avós que terá que suportar, sozinho, o referido encargo.3. A obrigação de prestar alimentos aos filhos é, originariamente, de ambos os pais, sendo transferida aos avós subsidiariamente, em caso de inadimplemento, em caráter complementar e sucessivo. Nesse contexto, mais acertado o entendimento de que a obrigação subsidiária - em caso de inadimplemento da principal - seja diluída entre os avós paternos e maternos, na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento.4. Necessidade alimentar que não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentando, maior provisionamento tantos quantos réus houver no pólo passivo da demanda.5. Existência de litisconsórcio passivo obrigatório simples.NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT DO CPC. (Agravo de Instrumento nº: **0004488-13.2011.8.19.0000** ,DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 28/02/2011 - QUARTA CAMARA CIVEL)

Apelação cível. Alimentos avoengos. Sentença de parcial procedência. Pensionamento fixado em 50% do salário mínimo, na proporção de 25% para cada réu. Manutenção. A obrigação de alimentos complementares, prevista no art. 1.696 do Código Civil, também está sujeita ao binômio necessidade/possibilidade. Impossibilidade de onerar um casal de

aposentados que necessita de seus proventos para viver com o mínimo de dignidade. Seguimento negado ao recurso. Aplicação do art. 557, caput, do CPC. (Apelação Cível nº: 0026827-98.2009.8.19.0205, Tribunal de Justiça/RJ, DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 24/02/2011 - VIGESIMA CAMARA CIVEL)

Não é nenhuma novidade, conforme disse alhures, o fato de que os tribunais pátrios, antes da promulgação da lei dos alimentos gravídicos já vinham conferindo direito ao nascituro de obter alimentos. Negar extensão dos alimentos gravídicos aos outros parentes, direito conferido ao ser humano nascido, ao neonato, significa negar a vida ao ente que está por nascer e contrariar os princípios constitucionais do direito à vida e da proteção integral.

5.5 Conversão, revisão, extinção e execução dos alimentos gravídicos

Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos são convertidos em alimentos definitivos em prol do nascido. A revisão dos alimentos poderá ser feita cumulada com a investigação de paternidade. A extinção dos alimentos gravídicos ocorrerá automaticamente se houver abortamento ou no caso de natimorto ou, ainda, comprovada a exclusão da paternidade.

É o que dispõe a lei no parágrafo único do artigo 6º:

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.

Conforme disposto no artigo 1.699 do CCB., já transcrito, depois de fixados os alimentos se ocorrer situação autorizadora da revisão para mais ou para menos, a revisão pode ser autorizada, tendo em vista que se aplica supletivamente à lei de alimentos gravídicos, as regras da lei civil ordinária e da lei especial de alimentos.

A aplicação supletiva do CPC permite, desdúvida, a execução dos alimentos gravídicos, inclusive com prisão, dado a natureza urgente do instituto.

5.6 Titularidade dos alimentos gravídicos

A titularidade para aforamento da ação de alimentos por parte do nascituro tem enfrentado críticas, em razão do questionamento reinante sobre o início da personalidade civil.

Pela dicção do artigo 1º da Lei dos Alimentos Gravídicos, a primeira idéia que se tem é que os alimentos são destinados a grávida, pois ali se refere expressamente à gestante. Como a própria nomenclatura está a sugerir: “Gravídicos”, é um vocábulo que se refere ao estado da gravidez. Por isso deve-se entender que os alimentos são destinados a quem está em estado de gravidez e, por conseguinte, a mãe. Apesar desses posicionamentos, a jurisprudência pátria, como asseverado anteriormente, já vinha, antes mesmo do advento da LAG, concedendo alimentos para o nascituro.

Santos (2011, online), afirma que:

Pela interpretação literal e legalista do art. 1º da nova lei pode-se concluir que é para a mulher gestante que se destinam os alimentos gravídicos. Muitos entendem desta forma. Indicam que inicialmente a titularidade, e por consequência a legitimidade ativa, é da gestante, sendo que, após o nascimento com vida haveria a conversão da titularidade em pensão alimentícia para o menor (DONOSO, 2009). Ou seja, ao nascituro somente seria o titular dos alimentos após seu nascimento com vida, quando então lhe seria dado a legitimidade de pleitear a revisão. Argumentam ainda, no sentido de que o nascituro não tendo personalidade não poderia ser titular de direitos.

No entanto, tais afirmações estão na contra-mão dos entendimentos já apresentados por diversos tribunais, muito antes da entrada em vigor da LAG. Podemos citar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que o Tribunal de Justiça já admitia a fixação de alimentos, inclusive provisórios, em favor dos nascituros, para garantir-lhe um desenvolvimento sadio e completo.”

Os seguidores da teoria natalista comungam com esse posicionamento, sob o argumento da falta de personalidade jurídica do concepto. Somente o seu nascimento com vida o habilita a pleitear alimentos. Antes desse evento, possui apenas expectativas de direitos.

O artigo 130 do Código Civil, garante ao titular de direito eventual, o exercício dos atos destinados à sua conservação. Entende-se que esse dispositivo legal afasta de vez toda e qualquer dúvida acerca da titularidade do nascituro em relação aos alimentos, porquanto, indubitavelmente, nessa seara encontra-se o nascituro. Veja-se a redação do cânone:

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

Não se pode olvidar que entre esses direitos está o direito a alimentos, sem os quais inviabiliza-se a vida.

Críticas à parte, não pode deixar de reconhecer que a LAG veio em muito boa hora e está cumprindo o fim social a que ela se destina, amenizando as injustiças para com a mulher gestante e o ser gerado em seu ventre, pois como é cediço, na maioria dos casos, o suposto pai se afasta para fugir à responsabilidade, logo que toma ciência da gravidez, se valendo da morosidade que uma ação investigatória de paternidade enfrenta.

5.7 Responsabilidade Civil nos alimentos gravídicos

Não é possível adentrar no estudo da responsabilidade civil versus alimentos gravídicos, sem antes apresentar breves considerações sobre o assunto.

A responsabilização pelo ilícito civil é de índole patrimonial. É o patrimônio do infrator que responde pelos seus atos. Na responsabilidade civil o interesse é estritamente privado.

De acordo com Possato (2011, online),:

Responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece a teoria da responsabilidade subjetiva e a da responsabilidade objetiva. Pela teoria da responsabilidade objetiva, aquele que causou o dano tem que responder pelo seu ato independentemente de culpa. A responsabilidade subjetiva se baseia na culpa do agente. Caracterizado que a gestante agiu com dolo ou com culpa em sentido estrito ao promover a ação de alimentos, gerada estará a obrigação de indenizar.

Para melhor compreensão do assunto aborda-se o conceito de dolo e culpa em sentido estrito, dano moral e dano material.

O dolo é a vontade livre, consciente e deliberada do agente em praticar determinado ato com o objetivo de trazer prejuízo a alguém, ciente de sua ilicitude. Exemplifica-se da seguinte forma:

A mulher grávida se relacionou com o réu, mas sabe que ele não é o pai da criança que está no seu ventre, contudo ela maneja ação contra este com o fim precípua de conseguir meios para custear as despesas com sua gravidez e parto. Ela comete, no exemplo um ilícito processual denominado abuso de direito, previsto no artigo 187 do C. Civil. Veja-se o teor do preceito legal:

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

Rodrigues (2011, online), destaca que:

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

A culpa difere do dolo porque agindo culposamente o agente pratica o ato tido como ilícito, mas a sua conduta está pautada na imperícia que é caracterizada pela ausência de habilidade ou falta de aptidão para realizar o ato; na negligência que se dá pela inobservância do agente de normas a que deve se ater para a prática do ato ou, ainda, pela imprudência que se caracteriza pela falta de cautela, pelo açodamento de quem pratica o ato. Não existe má-fé.

Como exemplo cita-se o caso da gestante que no período da concepção se relacionou com mais de um homem. Ela ajuíza a ação contra um deles crendo que ele é o pai da criança que concebeu, mas a paternidade é excluída. Ela não usou de má-fé. Sua conduta foi apenas leviana, ela tinha a obrigação de ter o cuidado necessário para evitar o erro, contudo não se caracterizou o ilícito

5.7.1 Danos morais e materiais

Entende-se por danos morais aqueles que maculam, abalam a honra ou a dignidade da pessoa humana, podendo ocorrer também em relação às pessoas jurídicas, os danos causados ao patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. Na apuração dos danos materiais levam-se em conta as despesas que a pessoa despendeu em razão do ato ilícito contra si praticado, podendo ser incluídos como danos materiais o que o ofendido deixou de auferir em razão do ato ilícito que sofreu. É o que a lei denomina de lucros cessantes.

A reparação do dano está disciplinada no Código Civil de 2002, em seus artigos 186 e 927, *in verbis*:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Esse dever ressarcitório objetiva a reparação da dor sofrida, do sofrimento enfrentado com a situação constrangedora por que passou o vitimado. Tem, também, caráter intimidativo para que ofensor não mais volte a praticar o ato ilícito. Por esta razão é que quando da fixação do quantum indenizatório, o Juiz deve levar em conta a situação financeira do ofensor de modo que não se torne ineficaz, por sua modicidade. Deve atentar para o princípio da proporcionalidade, para que a reprimenda atinja o seu fim.

Como já preconizado, a concessão dos alimentos gravídicos é fundamentada apenas em indícios; a grávida não está obrigada a realização do DNA e os alimentos gravídicos vigem até o parto e depois transformam-se em alimentos definitivos para o neonato. Se o apontado como pai o for realmente, tudo se resolve. Se não o for, ele estará diante de uma situação constrangedora: foi compelido a pagar alimentos para uma criança que não era sua e os alimentos pagos indevidamente não podem ser devolvidos, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, princípio já abordado no capítulo primeiro deste estudo monográfico.

O legislador pátrio, prevendo casos desse jaez, introduziu o artigo 10º na LAG que impunha ao autor da ação responsabilidade objetiva por danos morais e materiais causados ao pseudo pai, caso o exame de DNA excluísse a paternidade alegada.

Eis a íntegra do artigo vetado:

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

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos. (BRASIL, 2008).

O executivo, com muito acerto, vetou o sobredito artigo, pois se assim não procedesse, a lei *sub* análise seria uma natimorta. O preceito continha caráter intimidativo, uma verdadeira mordação, pois o simples fato de ingressar com a ação e esta resultar inexitosa, já autorizava o apontado como pai manejar a ação reparadora de danos. Quem de sã consciência se atreveria a ajuizar ação de alimentos gravídicos, se a despeito da boa-fé, a gestante estaria obrigada a indenizar o apontado pai em caso de exclusão da paternidade? Onde estaria o livre direito de ação assegurado pela Carta Magna?

A retirada do texto da lei não significou isentar a gestante de qualquer responsabilidade. A sua responsabilidade se restringe ao campo da regra geral da responsabilidade civil subjetiva codificada no artigo 186, 187 e 927 todos do Código Civil Brasileiro.

O assunto, contudo, enfrenta controvérsia. Segundo Melo Filho (2011, online):

(...)o veto do artigo deixou a questão em aberto, há um dissenso na doutrina sobre a questão. Parte da doutrina vem defendendo que, a despeito do veto, a autora permanece com o dever de indenizar o réu, pela invocação do artigo 186 do Código Civil, que prevê a responsabilidade subjetiva, ou seja, condicionada à demonstração do dolo ou culpa. Argumenta essa corrente que o veto eliminou apenas a responsabilidade objetiva da autora, que, em detrimento do livre exercício do direito de ação, impunha o dever de indenizar independentemente da apuração da culpa.

Discorre ainda o estudioso que:

(...)o Prof. Flávio Monteiro pontifica que "(...) a invocação do art. 186 do Código Civil tornaria indenizável praticamente todas as hipóteses de improcedência da ação, pois evidentemente age, no mínimo com culpa, a mulher que atribui prole a quem não é o verdadeiro pai. A responsabilidade civil por imputação de falsidade em processo judicial não pode escorar-se apenas na culpa, sob pena de violação do princípio do acesso à justiça. Temerárias com esta consequência as pessoas certamente não se animariam à propositura de ações judiciais. A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelas danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização.

A exclusão da paternidade, por si só, não autoriza a procedência de ação de responsabilização civil contra a mãe. Há que restar provado que a mesma agiu com má-fé, que ela abusou do seu direito de ação para angariar meios de suprir suas despesas com a gestação, ciente de que o promovido não era o verdadeiro pai.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este estudo buscou-se apresentar a necessidade de uma abordagem legal que defenda melhor o marco temporal inicial da personalidade jurídica do nascituro, para que possa usufruir dos seus direitos plenamente, como qualquer ser humano já nascido, principalmente o de buscar alimentos, assunto principal do presente estudo, pois é da estanhas da mãe que o feto retira os nutrientes indispensáveis à sua subsistência.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo segundo, prescreve que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas protege os direitos do ser humano que ainda está por nascer desde o momento de sua concepção. Como se vê, a lei civil protege o nascituro, mas não lhe confere personalidade civil.

Da dicção confusa do artigo em pauta, surgiram várias interpretações e dessas interpretações emergiram algumas teorias acerca do início da personalidade civil da pessoa humana, dentre elas a doutrina pátria reconhece três: a teoria natalista a qual dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, o qual detém, portanto apenas expectativa de direitos. A teoria da personalidade condicional pela qual a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, que só se resolve com seu nascimento com vida e a teoria concepcionista a qual sustenta que o concebido é pessoa humana desde a concepção, tendo todos os seus direitos resguardados pela lei, tal como se já fosse um neonato.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria natalista, a que tem o perfil mais conservador. Essa teoria, ao que parece, está em desalinho com os princípios fundamentais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da proteção integral, consagrados na Lei Maior do País.

Apresentou-se também a posição da ciência e da igreja e acredita-se ser a ciência, o único ramo que tem competência para delinear o momento exato do início da vida humana.

Pontuou-se que a lei dos alimentos gravídicos, veio preencher uma lacuna existente no ordenamento Jurídico, em relação à mulher grávida, garantido a esta uma gestação digna e um desenvolvimento sadio do feto e um nascimento seguro, livre de problemas.

Ressaltou-se que o ônus alimentar em relação ao conceito já se encontrava implícito no ordenamento jurídico devido a atenção especial que os pretórios pátrios dedicavam ao assunto, suprimindo a lacuna existente. A Lei dos alimentos gravídicos apenas consagrou o que a jurisprudência já vinha fazendo, que foi reconhecer a legitimidade ativa do nascituro para pleitear alimentos, representado por sua geratriz.

Destacou-se que a obrigação de pagar alimentos para o nascituro é extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos de grau, por se aplicar supletivamente o regramento civil e processual civil à Lei dos Alimentos Gravídicos.

Laureou-se o princípio da paternidade responsável, realçado pela novel lei por ter minimizado o problema de exclusão social vivenciado, até então, pelas mães solteiras que sem relacionamento afetivo estável, quedavam-se grávidas, sem condições de prover a sua subsistência por seus próprios meios, abandonada pelo companheiro, desempregada e, muitas vezes desprezada pela própria família, relegada à própria sorte. Dita lei, em muito boa hora, gerou obrigação para o suposto pai de pagar alimentos para o suposto filho, que até então era um mero expectador que se aproveitava da morosidade do processo de investigação de paternidade para fugir o quanto pudesse das suas responsabilidades. A lei sob comento valorizou, destarte, o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, insculpidos na Lei Maior.

Conclui-se, portanto ter cumprido com o objetivo que foi o de esclarecer o direito do nascituro a alimentos e espera-se que o ordenamento jurídico introduza mudanças eficazes, com a urgência que o caso requer, no que pertine ao início da personalidade jurídica do concepto para que sejam reconhecidos e efetivados os seus direitos plenamente, deletando definitivamente as controvérsias existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ANDRADE, Wesley Souza de. **A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano**. In: Monografias.com. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos909/a-tutela-juridica/a-tutela-juridica2.shtml>. Acesso em: 4 jan. 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, **Caracterização jurídica da dignidade da Pessoa humana**. Revista dos Tribunais n° 91, volume 797 – pág. 1.126 –2002;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Condenação por danos morais é mantida com base em prova indiciária**. In: Jus Brasil Notícias, 2009. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2009161/condenacao-por-danos-morais-e-mantida-com-base-em-prova-indiciaria>>. Acesso em: 4 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988;

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.org.br>. acesso em 05. jan. 2011.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.org.br>. acesso em 05. jan. 2011.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

_____. Lei de Alimentos. N° 5.478/68. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21. jan. 2011.

_____. Lei dos Alimentos Gravídicos. N° 11.804 de 05/11/2004. <http://www.planalto.org.br>. Acesso em 20. Jan. 2011.

_____. Lei do Divórcio. Nº 6.515/1977. Disponível em <http://www.planalto.org.br>. Acesso em 20. Jan. 2011.

_____. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6015.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

_____. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 mar. 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Editora Rio, 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**, 3ª ed. rev., ampl. e atual até o projeto do novo Código Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALADO Aline Vieira Calado. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7288. Acesso em 20. jan. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. RT: São Paulo, 2006.

FONTES, Simone Roberta. **Alimentos gravídicos e princípios constitucionais**. Clubjus, Brasília-DF: 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.22450>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil: Curso Completo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª Edição. Revista Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VI, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 492.

GÓES, Jamille Argolo. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14464>. Publicado em 03/2010. Acesso em 13. Jan. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10º edição. Malheiros: São Paulo, 2005.

LEITE, Sandro Grangeiro. **Distinções entre fatos notórios, presunções "hominis", indícios e máximas da experiência**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2062, 22 fev. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12372>. Acesso em: 5 maio 2011.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos avoengos**. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família [online], 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 4 jan. 2011.

MARMITT, Arnaldo. **Alimentos. Pensão Alimentícia**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Os Direitos do Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista>. Acesso em 14. Fev. 2011.

MELO FILHO, Luiz Gonzaga Pereira de. Disponível em: http://esma.tjpb.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=666:alimentos-gravidicos-danos-materiais-danos-morais-e-repeticao-do-indebito&catid=2:colunistas&Itemid=22. Acesso em 21. Fev. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Tomo IX. Direito de família: Direito parental. Direito protectivo. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

NÓBREGA, Airton Rocha. **Obrigação alimentar e cessação do dever de sustento.** In: Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 25, 24 jun. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/530>. Acesso em: 5. maio. 2011.

PAGOTTO, Alisson Menezes. **Noções sobre o reconhecimento de paternidade.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1805/Nocoos-sobre-o-reconhecimento-de-paternidade>. Acesso em: 05. Jan. 2011.

PASCOAL, Eduardo. **Docimasia hidrostática de Galeno.** Disponível em: <http://eduardopascoal.blogspot.com/2010/02/docimasia-hidrostatica-de-galeno.html>.> Acesso em: 30.mar.2011.

PEREIRA Caio Mário da Silva. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/zoraide.sabaini.dos.santos.s.amaro.pdf> citado por Zoraide Sabaine dos Santos Amnaro. Acesso em: 16. Jan. 2011.

Personalidade jurídica. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro> 03/jun/2008. Acesso em 10. Mar. 2011.

POSSATO, Santos. **Danos morais e materiais dos alimentos gravídicos.** Disponível em: <http://www.melhoradvogado.com.br/responsabilidade-civil>. Acesso em 20. jan.2011. Acesso em 05. Jan. 2011

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re) visão das teorias do início da personalidade.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=599>. Acesso em 26. Jan. 2011.

SANTOS, Fátima Ferreira P. dos. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a ressocialização do detento.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/33090> . Acesso em 12. Mar. 2011.

SOUZA, Robson. Disponível em:

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1119>. Publicado em: 10 abril, 2007. Acesso em 12. Mar. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**; direito de família, v. 6, São Paulo: Saraiva, 1988.

ROLF, Madaleno. **Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios.**

Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=39. Acesso em 20. Fev. 2011.

VASCONCELOS, Milton Silva de. **O natimorto**: relativizando a personalidade jurídica. Disponível em:

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1119>. Acesso em 13. Mar. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, v. 6, 4. edição, 2004.

VILAS-BÔAS Renata Malta. **Proposta de alteração legislativa**: Renúncia pelo

cônjuge a alimentos e terceiro sendo responsabilizado para pagar pensão alimentícia - Possibilidade prevista no PL 6.433/2009. Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/43511>. Acesso em 03. Fev. 2011.