

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O DIREITO DO ALIMENTANTE À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS¹

José Lourenço Colares Neto²

Gabriella Simonetti Meira Pires³

RESUMO

O presente trabalho analisa desde a teoria do direito de família, dos alimentos em geral, a nova Lei de Alimentos Gravídicos, Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008, comentando seus dispositivos, inclusive aqueles presentes no projeto de Lei original, que posteriormente sofreram veto presidencial, bem como demonstra sua aplicabilidade e analisa o direito do alimentante a indenização por danos morais e materiais decorrentes de alimentos gravídicos prestados erroneamente, aplicando-se como metodologia de pesquisa o estudo de doutrinas, bem como de entendimentos jurisprudenciais, tomando por conclusão que tal pleito é plenamente possível.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Aplicabilidade da Lei. Alimentante. Danos Morais. Danos Materiais. Indenização. Possibilidade.

ABSTRACT

This paper analyzes from the theory of family law, food in general, the new Food Law of gestation. The paper presents the applicability of Law 11 804 of 05 November 2008, says its devices, including those present in the original bill, which subsequently suffered a presidential veto, and demonstrates its applicability and analyzes the law of the debtor to compensation for moral and material damages caused by food provided gravidic erroneously, applying research methodology as the study of doctrine and jurisprudence of understandings, taking in conclusion that this lawsuit is entirely possible.

Keywords: Food gravidarum. Applicability of the Law debtor. Moral Damages. Property Damage. Indemnity. Possibility.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: colaresneto5@hotmail.com.

³ Professora Orientadora do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: gabybarbalho@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa sobre os alimentos gravídicos estudará o tema analisando desde a teoria do direito de família, dos alimentos em geral até a nova Lei de Alimentos Gravídicos, assim como, abordará o direito do alimentante a indenização por danos morais e materiais, em decorrência do resultado negativo do posterior exame pericial de paternidade.

É garantido ao genitor ou genitora que detém a guarda do filho menor, exigir do outro um *quantum* a título de pensão alimentícia, podendo tal valor ser pactuado de comum acordo entre as partes e posteriormente homologado em juízo competente ou mediante sentença em ação de alimentos ou divórcio, sendo tal quantia definida tomando-se por base o binômio necessidade do alimentando/possibilidade do alimentante, previsto legalmente no art. 1.695 do Código Civil Brasileiro.

Sendo assim fora resguardado, por meio da legislação em vigor o direito dos filhos menores perceberem pensão de alimentos sendo estes assistidos ou representados pelo genitor ou genitora que detiver a sua guarda. Contudo conforme já exposto, bem como sendo de conhecimento geral, tais alimentos são prestados aos filhos menores já nascidos, não fazendo qualquer menção aos filhos que foram concebidos mas que ainda encontram-se em fase de gestação, ou seja o nascituro.

Para tanto somente em 05 de novembro de 2008 foi decretada e sancionada a Lei 11.804, a qual disciplina e regulamenta os alimentos gravídicos e a maneira como o direito aos mesmos será exercido. Podemos dizer que a partir do momento que a referida Lei entrou em vigor, restou por colocar tanto o filho já nascido como o nascituro em um mesmo patamar jurídico, visto que ambos farão jus ao recebimento de alimentos em seu favor, já que os alimentos gravídicos serão pagos à mulher gestante, mas com o fim de que esta o use para custear a gravidez, logo em favor do nascituro, com o intuito de resguardar o bem maior, qual seja, a vida.

Assim o presente trabalho expõe os dispositivos da Lei 11.804/08 que regulamentam os alimentos gravídicos, bem como a possibilidade de que o alimentante que os preste, venha a ser indenizado mediante o fato de ter existido erro quanto à indicação do legítimo genitor.

O INSTITUTO DOS ALIMENTOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO PREVISÃO LEGAL

Os alimentos estão previstos em diversos textos legais, dentre os quais, citamos alguns dos principais, a saber: art. 1º, III, CF/88 (princípio da dignidade da pessoa humana), arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil, bem como na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos). Foram disciplinados também pelo Código de Processo Civil, bem como por várias Súmulas, quais sejam os enunciados nº. 226 e 379 do STF e 01, 227 e 336 do STJ. O mais recente dispositivo legal pertinente ao tema é justamente o objeto central do presente artigo: a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que regulamenta os Alimentos Gravídicos.

CONCEITUAÇÃO DOS ALIMENTOS

Conforme preceitua o art. 1.694, *caput* do Código Civil:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiro 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. (Código Civil 2002, art. 1.694, *caput*)

A partir de uma análise sobre o referido dispositivo, pode-se concluir que alimentos são prestações fixas que visam satisfazer as necessidades de quem não reúne recursos para sua subsistência. Contudo, um exame mais atento da Lei permite inferir que tais necessidades não se restringem à alimentação propriamente dita, visto que o próprio artigo retromencionado dispõe que tal prestação abrange, inclusive, as necessidades referentes à educação do alimentando, ou seja, daquele a quem a prestação é destinada.

Fato é que a expressão alimentos possui sentido mais amplo que o significado usado comumente no dia-a-dia, sendo assim alimentos no direito civil brasileiro é visto não só como o fornecimento de uma prestação destinada à alimentação, mas também compreende os demais gastos possíveis, por exemplo com habitação, vestuário, lazer, saúde e educação.

O dever de prestar alimentos encontra respaldo no caráter de solidariedade humana que tal instituto possui, conforme disposto no art. 1.694, *caput*, do Código Civil, parentes, cônjuges e companheiros podem requerer uns dos outros alimentos de que necessitem, evidenciando-se não só um dever de caráter moral, mas revestido também de um aspecto afetivo e sentimental, traduzido no vínculo de afeto que a Lei exige para a configuração do

dever de prestar alimentos, o qual se justifica, ainda, pela moralidade de que se reveste o tema e pelo quadro de hipossuficiência enfrentado por quem percebe os alimentos diante da possibilidade de o alimentante fornecê-los. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 667), ensinam que “Vislumbra-se, pois, na obrigação alimentar uma decorrência da solidariedade familiar que deriva, como visto, da própria solidariedade social (outrora chamada de fraternidade), constitucionalmente afirmada.”

Acerca do tema, esclarece Silvio Rodrigues:

a tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe, ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumpri-lo, o Estado o transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuges ou companheiro do necessitado, cada vez que aqueles possam atender a tal incumbência (RODRIGUES, 2004, p.373)

Os doutrinadores acima referidos entendem portanto que a obrigação de prestar alimentos pode ser exigida, se quem os recebe realmente precisa de tal prestação para as suas necessidades, sendo tal obrigação, em princípio decorrente da chamada solidariedade familiar.

No que diz respeito à natureza jurídica dos alimentos, pode-se afirmar que se baseia no direito de personalidade, uma vez que objetivam a manutenção de forma digna do alimentante. Conforme defendem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p.669) e Maria Berenice Dias (2007, p. 450).

ESPÉCIES DE ALIMENTOS

Segundo nossa doutrina os alimentos possuem diversas espécies, cuja classificação leva em conta critérios variados, qualificando-os quanto à sua natureza, quanto à origem ou causa de pedir, quanto à finalidade, quanto ao momento da reclamação.

Quanto à natureza, os alimentos podem ser classificados em naturais e civis. Os alimentos naturais ou necessários são aqueles que visam à satisfação das necessidades básicas de quem os recebe, tais como alimentação, habitação, transporte vestuário, tanto o é que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que:

o Código Civil de 2002 reserva a possibilidade de fixação de alimentos para atender, tão só, à subsistência do credor. São os chamados alimentos naturais. Isto é, são alimentos apenas *necessarium vitae*, sem qualquer preocupação com o padrão social, intelectual ou cultural de quem os recebe, por terem a meta, apenas, de garantir a sobrevivência. (CHAVES e ROSENVALD, 2010, p. 731)

Os autores supracitados também entendem que os alimentos civis ou cômputos são mais amplos, eis que englobam a manutenção básica de todo ser humano, levando-se em conta aspectos vitais e sociais, podendo variar de acordo com o nível social do necessitado.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 452), entende que quanto à origem ou causa de pedir, os alimentos podem ser legítimos, voluntários ou ressarcitórios. Segundo o referido autor os primeiros, também chamados de legais, são os decorrentes de obrigação advinda de relação familiar, sendo os únicos alimentos regulamentados pelo Direito de Família. em sua precisa lição o autor afirma que “Os legítimos são devidos em virtude de uma obrigação legal, que pode decorrer do parentesco (*iuris sanguinis*), do casamento ou do companheirismo.”

O referido doutrinador pondera que os alimentos voluntários se originam a partir do ato espontâneo de disposição de vontade do alimentante, seja *inter vivos* ou *causa mortis*, e que os alimentos ressarcitórios ou indenizatórios são os que se originam da prática de um ato ilícito que gera, no âmbito da responsabilidade civil, o dever de reparar o dano causado, por meio de prestações de natureza alimentar.

Em sua obra acerca da matéria, Maria Helena Diniz (2008, p. 577 e 578) divide os alimentos quanto à sua finalidade em provisórios, provisionais e definitivos. Os provisionais foram previstos pelo art. 852 do Código de Processo Civil, sendo concedidos por meio de medida cautelar, que pode ser preparatória ou incidental. A autora explica que “Tais alimentos serão arbitrados pelo magistrado, nos termos da lei processual...têm natureza cautelar, podendo ser concedidos liminarmente e revogados a qualquer termo”

Conforme explica Alexandre Freitas Câmara (2009, p.195), o termo provisional remete à idéia de “provisão, sendo pois evidente que a finalidade do instituto é prover o demandante dos meios necessários à subsistência enquanto durar um processo”. Frise-se que a decisão que fixa os alimentos provisórios ou provisionais tem de estar devidamente fundamentada, conforme dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentada todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a Lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou

somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Constituição Federal de 1988, art. 93, IX)

A autora supracitada, Maria Helena Diniz, entende, que os alimentos provisórios possuem natureza antecipatória, porque fixados liminarmente no primeiro despacho proferido pelo juízo competente, conforme dispõe o artigo 4º da Lei nº 5.478/68 e exigem, para a sua concessão, a apresentação de prova pré-constituída acerca da obrigação, conforme ensinamento, da mesma, de que serão provisórios “(...) se fixados incidentalmente pelo juiz no curso de um processo de cognição ou liminarmente em despacho inicial, em ação de alimentos, de rito especial, após prova de parentesco, casamento ou união estável(...)”

Os alimentos definitivos, enfim, literalmente expressam prestação permanente dos alimentos, visto que são fixados nos autos do processo que os discute (ação de alimentos ou outras ações com pedido de alimentos cumulado), seja por acordo das partes, condicionado a posterior sentença homologatória do juiz, ou fixado pelo próprio magistrado em sentença definitiva. Importante observar que tais alimentos irão perdurar enquanto existir a situação que os deu causa, dependentes sempre do binômio necessidade/possibilidade. De forma que Maria Helena Diniz (2008, p. 578) entende que serão definitivos se “estabelecidos pelo magistrado ou pelas partes (no caso de separação judicial consensual), com prestações periódicas, de caráter permanente, embora sujeitos a revisão (CC, art.1.699)”.

Quanto ao momento em que são reclamados os alimentos, existe o entendimento de que podem estes ser pretéritos, atuais e futuros. Para Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 398), os alimentos Pretéritos são “os que antecedem a ação” logo, o pedido de alimentos é feito em data anterior a que se deu o ajuizamento da demanda. Porém Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 455) expõe que “O direito Brasileiro só admite os alimentos atuais e futuros. Os pretéritos, referentes a período anterior à propositura da ação, não são devidos.”. O mesmo conceitua os alimentos atuais como sendo “os postulados a partir do ajuizamento”, entenda-se ajuizamento da demanda ou do processo, e os futuros como “os alimentos devidos a partir da sentença”.

ALIMENTOS PRESTADOS AOS FILHOS MENORES

Os alimentos prestados aos filhos menores decorrem do exercício legal do poder familiar, o qual impõe aos genitores o devido cuidado com o bem estar de sua prole, de forma que ambos os pais tem o dever de prestar toda assistência de que os filhos necessitem.

Neste ponto, reitere-se que tais necessidades devem ser compreendidas não apenas sob o cunho material, uma vez que os pais, além de prover o sustento, a guarda e a educação dos filhos, conforme disposto em Lei, devem observar, ainda, a assistência afetiva, que é de suma importância para que o desenvolvimento saudável da criança, razão pela qual e, em decorrência do pátrio poder, possuem o dever e a responsabilidade de protegerem os seus filhos.

No caso dos alimentos prestados aos filhos menores, a necessidade de percebê-los é presumida em favor destes. Mesmo que possuam condições de se sustentar, por meio de rendimentos próprios advindos de herança, por exemplo, ambos os pais continuam obrigados a prestar em favor daqueles o necessário para seu sustento e educação, bem como as demais necessidades básicas, como lazer, transporte, saúde.

Por outro lado, caso os pais não reúnam condições de arcar com o sustento por meio dos alimentos poderá o patrimônio do menor ser usado em seu favor, para arcar com o custo de suas necessidades.

Os alimentos prestados aos filhos menores são fixados em conformidade com o binômio necessidade do alimentando, possibilidade do alimentante, conforme estabelece o artigo 1.694, §1º do Código Civil, ao dispor que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Desta feita, infere-se que poderá haver mudanças no *quantum* prestado a título de alimentos, pois, apesar de a condição financeira do alimentante não alterar seu dever de prestar alimentos, pode implicar em diminuição do valor pago a título de pensão alimentícia, eis que, conforme o binômio necessidade/possibilidade, o alimentante não estará obrigado a prestar alimentos que ultrapassem sua capacidade contributiva.

A esse respeito, acentua Silvio Rodrigues que:

enormes são as necessidades do alimentário, mas escassos os recursos do alimentante, reduzida será a pensão; por outro lado, se trata-se de pessoa de amplos recursos, maior será a contribuição alimentícia (RODRIGUES, 2004, p. 384)

Tal binômio funciona como um norte a orientar o juiz na fixação do valor das prestações de alimentos, sopesando tanto as condições do alimentante e do alimentando, a fim de não acarretar prestação demasiadamente onerosa para o alimentante, ou insuficiente para arcar com o sustento do alimentando. Conclui-se, então, que o juiz deve agir com prudente arbítrio no momento de definir o *quantum* da pensão, visto que possível fixação do *quantum* alimentar num percentual abaixo do mínimo necessário para a manutenção e sobrevivência do alimentando ou num valor acima das possibilidades financeiras do alimentante, ofenderia de maneira direta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, como já demonstrado, poderá vir a ocorrer modificação superveniente na necessidade do alimentando ou nas possibilidades do alimentante em fornecê-lo, de forma que ambos poderão fazer uso da Ação Revisional de Alimentos prevista pelo art. 1.699 do Código Civil:

se fixado 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 (Código Civil de 2002, art. 1.699)

É possível, portanto, a modificação, a qualquer tempo, de alimentos fixados em juízo.

Para que ocorra a modificação pleiteada mediante ação revisional, porém, deverá existir e ser demonstrado, nos autos, mediante os meios de provas admitidos, que, na prática, houve mudança no quadro econômico de quem requer a revisão do *quantum* da pensão alimentícia, conforme lição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

naturalmente, a revisão alimentícia está condicionada à comprovação de que houve uma mudança, para maior ou para menor, nos elementos objetivos, fáticos ou jurídicos, da obrigação alimentícia posterior à sua fixação de corrente de fato imprevisível, não decorrente do comportamento das próprias partes, afinal a diminuição de sua capacidade econômica decorre de ato voluntário do alimentante ou do alimentando, não se pode justificar a revisão (CHAVES e ROSENVALD, 2010, p.756)

Noutro quadrante, tem-se que o dever de prestar alimentos em favor dos filhos menores deve perdurar até a maioridade, embora tal obrigação possa estender-se caso os filhos já maiores ainda estejam na condição de estudante e não possuam condições financeiras para, por si só, arcar com o seu próprio sustento, persistindo, neste caso, a obrigação de arcar com os alimentos até o alimentando possua 24 anos completos.

Conforme entendimento jurisprudencial, todavia, os beneficiários dos alimentos devem estar devidamente matriculados em curso de nível superior ou curso técnico.

Neste diapasão, afirma o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “A jurisprudência que prolonga o dever alimentar para que os filhos emancipados concluam curso universitário não se destina aos estudantes relapsos, indisciplinados e seguidamente reprovados, por constituir verdadeiro abuso de relação familiar”. (TJSP, 2002 AP. 225.777.4/0)

Porém devemos observar que mesmo na hipótese de o filho ou os filhos já terem mais de 24 (vinte e quatro) anos, poderá ocorrer a incidência da prestação de alimentos em favor destes, uma vez que agora os alimentos devidos não mais decorrem do poder de família, mas sim da relação de parentesco e consequentemente da solidariedade familiar e social.

Conforme ensinamento de Roberto Gonçalves e Nelson Rosenvald:

Toda e qualquer relação parental traz consigo, naturalmente, a obrigação alimentícia, pouco interessando se a origem é, ou não, biológica, alcançando, bem por isso, igualmente, as relações afetivas e adotivas. (2010, p. 703)

A respeito do tema, Belmiro Pedro Welter entende que:

os pais podem ser obrigados a prestar alimentos aos filhos maiores em três hipóteses: I) aos filhos maiores e incapazes; II) aos filhos maiores e capazes que estão em formação escolar ou profissionalizante ou em faculdade; III) aos filhos maiores e capazes, porém em situação de indigência não proposital. (WELTER, 2003, p. 107)

Destaque-se que a destituição do poder familiar não desobriga, necessariamente, os pais de prestarem alimentos aos filhos. A extinção do dever, contudo, pode ser motivada pela emancipação legal, prevista no artigo 5º, II e V do Código Civil, não sendo apta para tanto a emancipação voluntária.

O NASCITURO

Como já se é consabido, o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no Livro I da parte geral do Código Civil de 2002, dispõe acerca das pessoas naturais, da

capacidade e da personalidade. Pode-se dizer que a personalidade se define como sendo uma aptidão reconhecida a alguém.

Sendo assim, entende-se a personalidade como a capacidade de adquirir direitos e obrigações, inserindo o indivíduo como pessoa na ordem jurídica e no meio social, conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.76) que toma por base ensinamento de Maria Helena Diniz (2002, p. 137), assinala que “Pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”.

O artigo 2º do Código Civil dispõe o seguinte, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Apesar de a lei pôr a salvo os direitos do nascituro, não deixa claro, tampouco especifica quais sejam eles, mas a tal dispositivo, há que se reconhecer que traz consigo importante instrumento que visa resguardar o presente e o futuro do ser em formação, estando o ordenamento civil em consonância com a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana.

Existem três teorias acerca da aquisição da personalidade, quais sejam, teoria natalista, da personalidade condicional e concepcionista. Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 60) explica a teoria natalista como sendo aquela em que *“o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida”*. Já para Washington de Barros Monteiro (1999, p. 58) a teoria da personalidade condicional seria a que põe o direito do nascituro dependente de uma condição, *“(...) havendo nascimento com vida, aí sim o nascituro passa a ser reconhecido como pessoa.”* Por fim a teoria concepcionista entende que os direitos e garantias do nascituro começam desde o momento da concepção, a despeito disso Maria Helena Diniz (2003, p. 180) afirma que *“(...) a personalidade jurídica inicia-se do nascimento com vida, ainda que recém-nascido venha a falecer instantes depois.”*

Fato é que o nosso ordenamento informa que a aquisição da personalidade advém do nascimento com vida, sendo majoritariamente aceita, então, a teoria natalista. Porém, como o nascituro possui direitos advindos da previsão legal acima transcrita, é de fundamental importância que exista e seja colocado à disposição do mesmo, ou, para ser mais preciso, de sua genitora, a qual o representa, dispositivos legais para que o representante legal daquele possa efetivamente pleitear em juízo, os direitos que lhe forem conferidos.

A respeito do tema Luiz Guilherme Marinoni leciona que:

a personalidade jurídica da pessoa natural surge com o seu nascimento. Todavia, na expectativa de que alguém possa nascer, o ordenamento resguarda certos tipos de direito ao nascituro, a fim de que, nascendo, possa

gozá-los de modo pleno. Esses direitos, como aponta o art. 2º do Código Civil, estão preservados a partir da concepção do nascituro, quedando, por assim dizer, em estado latente, no aguardo da formação da personalidade jurídica de seu titular, o que ocorrerá com o nascimento com vida da pessoa. Percebe-se que, a rigor, o nascituro não tem personalidade jurídica, razão pela qual não pode ser titular de nenhum direito (ainda que condicional, eventual ou limitado). Não possui ele, portanto, direitos, mas apenas interesses (ou meras expectativas de direito), que se converterão em direitos subjetivos se ele vier a nascer com vida. Por isso, a sua condição é *sui generis*, na medida em que possui proteção jurídica para a proteção de direito que não lhe pertencem (pois não pode ainda ser titular de direitos). Em conta dessa sua particular situação, é necessário conceber sistema probatório de proteção, que leve em conta sua condição particular. Porque o nascituro não tem personalidade jurídica, também não tem capacidade de ser parte, para fins processuais (MARINONI, 2008, p. 315)

Já Oliveira Ferreira Cardoso (1995, p.216) adota posicionamento diferente, ao aduzir que “(...) o nascituro não tem apenas ‘expectativa de direitos’, como querem alguns. Tem ‘personalidade jurídica’: é pessoa natural, mesmo sem ter nascido, personalidade esta que só termina com a morte”.

Particularmente, considera-se, para o estudo dos alimentos gravídicos, o último posicionamento como mais correto.

Em 22 de novembro de 1969 foi assinada a Constituição Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Tal pacto foi ratificado pelo Brasil em 9 de setembro de 1992, passando assim o referido diploma a integrar a nossa ordem jurídica.

Apesar de ter sido concluído no ano de 1969, tal diploma só passou a vigorar a partir de 18 de julho de 1978. Precipuamente, o Pacto de São José da Costa Rica dispõe, nos mais diversos âmbitos, acerca de direitos individuais concernentes à vida, à integridade e à liberdade físicas, bem como à nacionalidade, à propriedade privada, ao acesso às fontes da ciência e da cultura. Para o presente estudo, é importante apreciarmos o que tal convenção disciplina em parte de seus artigos 1º e 4º a respeito do direito à vida, vejamos:

art. 1º, parte 2: para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano” e “art. 4º, parte 1: toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da sua vida arbitrariamente.

Mediante o disposto nos artigos supracitados do Pacto de São José da Costa Rica, infere-se que se toda pessoa é ser humano e todo ser humano o é desde o momento da

concepção. Não resta dúvidas, portanto, de que o nascituro é pessoa humana, logo, possuidor de direitos e garantias, e, conseqüentemente, detentor do direito de ser beneficiário de alimentos pagos à sua genitora, em favor deste, desde a vivência intra-uterina. Washington de Barros Monteiro (1999, p. 59), apresenta interessante lição a respeito do direito e do nascituro: “Em Roma antiga, Paulo já afirmava que nasciturus pro iam nato habetur quando de eius commodo agitur, ou seja, o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse.”

Concluimos em linhas gerais, sobre o início da personalidade, que o preciso ensinamento de Maria Helena Diniz é o mais correto e o modernamente aceito, vejamos:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido in vitro, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro (PL n. 276/2007, art. 2º; Recomendação n. 1.046/89, n.7, do Conselho da Europa; Pacto de São José da Costa Rica, art. 4º, I), passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (DINIZ, 2010, p.205).

DO PROJETO DE LEI Nº 7.376/06 AO ADVENTO DA LEI Nº 11.804/08 (LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS)

Dentre os diversos direitos que são conferidos ao nascituro, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 710), destacam o direito de perfilhação, previsto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou o direito à herança, decorrente do artigo 1.798 do Código Civil, o qual estabelece que *“legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”*

Sendo assim, em havendo a previsão legal de tais direitos e objetivando efetivar o direito a vida do ser em formação, foi decretada, em 05 de novembro do ano de 2008, a Lei 11.804/08, disciplinando o direito de pleitear, em juízo, alimentos gravídicos e a forma como referido direito será exercido, sendo os mesmos devidos desde o momento da concepção, conforme será explicitado a seguir.

Importante frisar que a Lei 11.804/08 fora, num primeiro plano, proposta sob a forma do projeto de Lei 7.376/06, do Senador Rodolpho Tourinho. Originariamente, o corpo do projeto de lei continha 12 (doze) artigos. Após tramitar pelo Congresso e Senado, em 17 de outubro de 2008, o texto aprovado, foi enviado à sanção, pela mesa diretora da Câmara dos

Deputados. Ocorre que foram retirados do texto original mediante o veto presidencial 6 (seis) artigos, de forma que a Lei 11.804/08 fora publicada no diário oficial da União em 06 de novembro de 2008, como Lei Ordinária, contendo, em seu texto, que está em vigor, apenas 06 (seis) artigos.

VETOS AO PROJETO ORIGINAL DA LEI Nº 11.804/08

Segue abaixo os artigos que foram fruto do veto presidencial e não entraram em vigor:

Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 do Código de Processo Civil.

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

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

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

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

Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. (PROJETO DE LEI N. 7.376/06)

Os vetos do presidente que retiraram, pode-se dizer quase metade, do texto original do projeto que culminou na Lei 11.804/08, foram devidamente fundamentados e justificados pela a mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008, encaminhada ao Presidente do Senado Federal. Tais vetos foram pertinentes e visaram dar maior efetividade, no plano concreto, ao fim objetivado pelo projeto de Lei que culminou com a Lei dos Alimentos Gravídicos.

Nesse sentido, importante observar que os vetos produzidos pelo Executivo Federal, objetivaram aprimorar a efetividade e os benefícios que o instituto dos alimentos gravídicos trariam consigo. A respeito disso é importante demonstrar que os dispositivos vetados, o foram com fulcro no ordenamento legal, ante o fato de que caso passassem a vigorar, estariam

em desacordo com dispositivos legais já existentes, bem como produziriam prejuízos a quem, da lei, deveria se beneficiar, ou seja, à gestante e ao nascituro.

O artigo 3º do referido projeto de lei instituía que o foro competente para conhecer da ação dos alimentos gravídicos seria aquele previsto no artigo 94 da Lei nº 5.869/73. Porém a respeito do assunto, é sabido que o foro competente para propositura da ação de alimentos é aquele onde se encontra residente e domiciliado o alimentando, no caso em tela, o nascituro representado pela sua genitora. Assim também entende a Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça:

A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio do foro do domicílio do detentor de sua guarda, no caso dos alimentos gravídicos entende-se o domicílio da gestante (Supremo Tribunal Federal, 1964)

No que concerne ao disposto no artigo 4º, atribuíu tal norma, à gestante, o dever de instruir a peça vestibular com laudo médico que demonstrasse clinicamente se a gravidez daquela seria viável ou não, ou seja, se seria uma gravidez saudável, sem riscos e se estaria o nascituro “apto” para nascer com vida. Facilmente, verifica-se que tal dispositivo macularia o próprio fundamento do projeto de Lei em si, qual seja o de custear despesas referentes ao período em que decorrer a gravidez. Logo, não importa o fato da gravidez ser viável ou não, o fato de já ter havido a concepção e existir vida em desenvolvimento já caracteriza o estado de gravidez, o qual implica diversas despesas que são objeto de apreciação para fixação do quantum dos alimentos gravídicos.

A respeito do veto ao artigo 5º, acima referido, é compreensível que o mesmo tenha ocorrido, já que não se verifica, nas ações pertinentes a matéria de alimentos, a obrigatoriedade de audiência de justificação, sendo comum audiência de conciliação, tentativa de acordo e posteriormente apresentação de defesa, ou, no caso de uma ação de execução de alimentos, que segue o rito do artigo 733 do Código de Processo Civil, haveria a apresentação de justificativa pelo não pagamento ou pela impossibilidade de fazê-lo. Em momento algum, contudo, previu-se a obrigatoriedade de audiência de justificativa, o que obstaria a celeridade da demanda, característica imprescindível diante do caráter de urgência do qual os alimentos se revestem.

O veto pertinente ao artigo 8º ocorreu pelo fato de que, funcionando o exame pericial como condicional para proposição da pretensão autoral, estaria destoando do fim ao qual se propõe a intervenção pericial no processo, qual seja, funcionar como meio de prova que

consiste em exame, vistoria ou avaliação conforme dispõe o artigo 420 do Código de Processo Civil, e não como condição da ação.

O artigo 9º, por sua vez, se sancionado pelo Executivo Federal, favoreceria o réu, no caso o devedor dos alimentos gravídicos, em esquivar-se de tal obrigação, eis que se estivesse condicionado a pagar os alimentos somente a partir de sua citação, o mesmo encontraria meios diversos para furtar-se do cumprimento da citação, tornando-a assim ineficaz e consequentemente não estaria em débito com as prestações de alimentos, ante o fato de que estas só seriam devidas com o cumprimento do ato citatório.

Já no artigo 10, verifica-se que, na hipótese de que tal dispositivo passasse a vigorar como texto de Lei Ordinária, o mesmo poria óbice ao direito de ação, de se ingressar em juízo e ao acesso a justiça, já que criaria no íntimo de quem pleiteasse em juízo o recebimento de alimentos gravídicos, o receio de pelo simples fato de ingressar em juízo, pois poderia estar independentemente de culpa ou da intenção de agir, responsabilizado objetivamente, ficando portanto, propício a indenizar a parte adversa, caso restasse configurada a hipótese de decisão errônea.

Destaque-se, que, como já fora afirmado, mesmo antes do advento da Lei n. 11.804/08, tanto o nascituro como a gestante já dispunham de proteção legal, para o resguardo de seus direitos, a exemplo do que preceitua o art. 6º da Constituição Federal de 1988, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Silmara Juny A. Chinelato e Almeida (2000 p.175) aduz que a partir da leitura do art. 2º do Código Civil pode-se entender que “Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade”.

Neste sentido mesmo antes da Lei dos Alimentos Gravídicos, já existiam jurisprudências no sentido de proteger a gestante e o nascituro conforme ilustrado pelo seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA:

família. investigação de paternidade e alimentos. natureza personalíssima da ação. legitimidade ativa. direito do nascituro. são legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigador, o ministério público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. (TJMG, 2005, AP. 1.0024.04.377309-2/001)

Observemos que segue neste mesmo diapasão o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA:

investigação de paternidade. alimentos provisórios em favor do nascituro. possibilidade. adequação do quantum. 1. não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. recurso provido em parte.¹³ (TJRS, 2003, AG. INS. 70.006.429.096).

Fato é que a gestante, no estado peculiar em que se encontra, merece tratamento diferenciado, em virtude das diversas necessidades decorrentes da gravidez, traduzidas nos cuidados especiais que terá que ter tanto consigo, como com a vida que se desenvolve em seu interior.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que:

Os alimentos gravídicos correspondem à pensão fixada judicialmente, em favor do nascituro, destinada à manutenção da gestante durante o período de gravidez, cobrindo o natural aumento de despesas. Vale atentar para o fato de que os alimentos gravídicos levam em conta as despesas da gestante, mas se destinam, em última análise, à manutenção digna do próprio nascituro. Afinal, ele depende da integridade física e psíquica dela. (CHAVES e ROSENVALD, 2010, p. 711)

CARACTERÍSTICAS E DISPOSITIVOS EM VIGOR DA LEI Nº 11.804/08 MOMENTO DA PROPOSITURA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O JUÍZO COMPETENTE

Conforme o próprio nome sugere, os alimentos gravídicos possuem prazo para serem requeridos, qual seja, durante a gravidez, visto que na definição de Douglas Phillips Freitas:

Alimentos Gravídicos é o direito que a mulher grávida possui, mediante propositura da ação até a concepção, em buscar o ressarcimento e auxílio financeiro do suposto pai no rateio do custeio das despesas adicionais decorrentes da gravidez (FREITAS, 2010, p. 105).

O autor conclui que a ação de alimentos gravídicos poderá ser requerida pela gestante em favor do nascituro, desde a concepção do mesmo até período antecedente ao parto, ou seja, ao nascimento, já que o fim de tal dispositivo é amparar a mulher durante o período de gravidez.

Disciplina o artigo 1º da Lei dos Alimentos Gravídicos que “esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

O próprio artigo acima, portanto, enfatiza que tais alimentos se destinam especificamente à mulher gestante, razão pela qual, após o parto, não há mais que se falar em alimentos gravídicos, sendo cabível a ação de alimentos comuns, regulamentada pelo rito especial disposto na Lei nº 5.478/68.

Podemos exemplificar o afirmado por meio do julgado a seguir:

EMENTA

Alimentos Gravídicos. Demanda deduzida depois do nascimento da criança. Carência da ação. Natureza do instituto, que visa propiciar à gestante auxílio material da concepção ao parto. Exegese da Lei 11.804/08. Conversão em pensão alimentícia para a criança (art. 6º, § único, da mesma Lei) inviável, por terem sido fixados os gravídicos muito tempo depois do nascimento, desvirtuando sua finalidade. Sentença reformada. (TJSP, 2009, AP. 663773470).

Como já fora demonstrado anteriormente, diversos artigos do projeto original da lei em estudo, felizmente, foram vetados, entre eles o art. 3º definia o foro competente como sendo o do domicílio do réu. Tal regra seria totalmente inaceitável, a teor do que dispõe a súmula 383 do STJ, bem como o art. 100, II, do Código de Processo Civil, o foro competente para conhecer da ação que requer alimentos é o do domicílio ou local de residência do alimentando, no caso do nascituro o que for de sua genitora, da gestante.

PARTES LEGÍTIMAS DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A FIXAÇÃO DO QUANTUM ALIMENTAR

A parte legitimada para ingressar em juízo pleiteando o recebimento dos alimentos gravídicos é a gestante, conforme o supracitado *caput* do art. 1º da referida Lei. Ocorre que, conforme dispõe o art. 11 da mesma Lei, aplicar-se-á supletivamente ao instituto dos alimentos gravídicos o disposto na Lei dos Alimentos, (Lei nº 5.478/68) e o Código de Processo Civil.

Aplicando-se supletivamente o Código de Processo Civil, podemos afirmar que apesar de a gestante ser parte legítima para figurar no polo ativo da ação de alimentos gravídicos, caso seja ela menor ou incapaz, será assistida ou representada em juízo pelo seu tutor ou curador nos termos do art. 8º do Código de Processo Civil.

Já quem deve prestar os alimentos gravídicos, ou seja, a parte ré ou requerida, é aquele indicado, pela gestante, na ação de alimentos gravídicos como sendo o suposto pai do nascituro. Há de se perceber que na ação de alimentos gravídicos, poderá o suposto pai ser assim identificado tanto por indícios como pela presunção de paternidade. Indícios de paternidade seriam os apresentados pela parte autora que digam respeito ao relacionamento existente entre esta e aquele que é apontado como genitor. A presunção de paternidade, por sua vez, decorre do art. 1.597 do Código Civil, o qual dispõe que:

presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

No caso de existir indícios de paternidade, em sendo interposta ação de alimentos gravídicos, o juiz deverá, com base nos indícios apresentados, fixar o quantum alimentar, não necessitando comprovação de paternidade, já que as prestações a título de alimentos gravídicos são deferidas com base em juízo perfunctório. Lembremos que conforme disposto no art. 2º da Lei nº 11.804/08, tais alimentos serão fixados para cobrir despesas dos mais diversos tipos, decorrentes da gravidez, bem como as que o magistrado considerar pertinentes, sendo atribuída a este, portanto, uma margem de discricionariedade para, no caso concreto, realizar estudo das necessidades da gestante e do nascituro.

Conforme já narrado, o projeto que deu origem aos alimentos gravídicos sofrera diversos vetos, entre eles o art. 8º, o qual preceituava que, existindo oposição à paternidade por parte do requerido, o pedido autoral ficaria dependente de realização do correspondente exame pericial. Porém a realização de exame pericial para atestar a paternidade na fase de gestação poderia ocasionar risco à gravidez, já que para realizar tal exame, ter-se-ia que proceder à retirada de líquido amniótico intra-uterino, o que poderia, na opinião de profissionais da área de saúde, ocasionar riscos ao nascituro, ao bom andamento da gestação. Assim, para a fixação dos alimentos gravídicos não é necessário a constituição de prova efetiva acerca da paternidade.

No entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p.702): “o juiz pode conceder os alimentos gravídicos com base em meros indícios (juízo de probabilidade) de paternidade, não se reclamando uma prova efetiva”.

No caso de serem apresentados indícios de paternidade, o Tribunal de Justiça de do Rio Grande do Sul, no tocante a matéria posicionou-se, conforme o julgado a seguir:

EMENTA:

Agravo de Instrumento. Fixação de alimentos gravídicos. Possibilidade no caso concreto. Lei 11.804/08. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, 2009, AG. INS. N. 70028667988).

Frise-se que, nos casos de presunção de paternidade, não será necessária, logicamente, a produção de provas, ante a presunção de que o pai é o marido da mãe, a respeito do que, pondera Caio Mario Pereira:

não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num “jogo de presunções”, a seu turno fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em consequência presume-se filho o concebido na constância do casamento dos pais (PEREIRA, 2007, p. 315).

No que concerne à presunção de paternidade, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que:

apesar da presunção de paternidade ser exclusiva do matrimônio (CC, art. 1.597), é plenamente possível a concessão de alimentos provisórios – de nítida feição antecipatória – se há prova que o casal estava convivendo no momento da concepção. Fora dessas hipóteses, em face da impossibilidade de presumir a paternidade, poderá ser o caso de concessão de alimentos provisionais (de natureza cautelar), quando presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora (CHAVES e ROSENVALD, 2010, p. 714).

Por seu turno, o art. 6º, que entrou em vigor, da Lei em estudo define que:

Convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão (LEI n. 11.804/2008)

Por outro lado, segundo o parágrafo único do art. 2º da Lei dos alimentos gravídicos, tais alimentos deverão ser prestados com o fito de custear as despesas decorrentes da gestação, embora também se deva levar em conta a contribuição que ficará a cargo da mulher grávida, considerando a capacidade contributiva dos recursos de ambos.

Nesse sentido, fica evidenciada a aplicação, na Lei dos alimentos gravídicos, do binômio necessidade/possibilidade. Assim, na fixação, pelo órgão judicante, da prestação de alimentos gravídicos, imperiosa se faz a observância de tal binômio, conforme prescrevem os arts. 2º e 6º da Lei nº 11.804/08, bem como o art. 1.694, § 1º, do Código Civil, que estabelece *in verbis*: “§ 1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Objetivamente, tal preceito representa o próprio princípio da proporcionalidade quando da fixação da obrigação alimentar, devendo ser arbitrado à pensão um valor que se mostre legítimo a atender às necessidades do alimentando, diante das possibilidades do alimentante.

Discorrendo sobre o tema, Maria Berenice Dias defende que:

os alimentos devem sempre permitir que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social. De qualquer forma, ainda que seja esse o direito do credor de alimentos, é mister que se atente, na quantificação de valores, às possibilidades do devedor de atender ao encargo. Assim, de m lado há alguém com direito a alimentos e, de outro, alguém obrigado a alcançá-los (DIAS, 2007, p. 482).

Atente-se, ainda, que, como medida a assegurar o perfeito cumprimento da obrigação, bem como estabelecer, em concreto, o princípio da igualdade que deve amparar a relação dos pais quanto aos seus filhos, evitando qualquer tratamento discriminatório, buscará o juiz na ação, tanto de alimentos comuns como gravídicos, empreender medidas a adequar o pagamento dos valores das pensões de forma equivalente.

Justamente por isso, os alimentos gravídicos merecem uma especial atenção no que diz respeito à fixação do *quantum*, posto que, por serem prestados para custear as despesas decorrentes da gravidez, e em favor do nascituro, devem eles corresponder a uma quantia que permitam a satisfação das necessidades da gestante, já que a saúde daquele dependerá do bem estar e das condições desta, uma vez que, por estarem ambos biologicamente “ligados”, a qualidade de vida de sua genitora no período gestacional é fator principal para que o nascituro

possa vir ao mundo com plenas possibilidades de nascer e desenvolver-se de forma saudável, ficando assim resguardado o direito de proteção à vida.

Diante disso, e, em consonância com o parágrafo único do referido art. 6º da Lei 11.804/08, identifica-se que o fundamento central dos alimentos gravídicos é o custeio das despesas advindas da gravidez, conforme já foi demonstrado. Contudo o texto do dispositivo supracitado aduz que “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”.

Em primeiro plano, é fixado alimentos gravídicos que serão devidos no período gestacional, devendo os mesmos serem convertidos em alimentos comuns após o nascimento, com vida do nascituro. Visto que a finalidade de ambos os alimentos, gravídicos e comuns, divergem, não seria correto então que ambos fossem fixados tomando por base os mesmos elementos, de forma que o *quantum* de um e outro serão diferentes.

Douglas Phillips Freitas entende:

é necessário fixar valor determinado para os Alimentos Gravídicos baseado no rol de despesas da gestante e outro montante para que no momento da conversão em Pensão de Alimentos seja esta fixação realizada sobre percentual da renda do alimentante, afinal, este critério existe neste benefício e não naquele (FREITAS, 2010, p. 132-133).

Ainda em relação ao *quantum* dos alimentos gravídicos, o ilustre doutrinador supracitado subdivide os alimentos gravídicos em duas modalidades: vitais e indenizatórios. Vitais seriam aqueles prestados em favor da gestante, ou seja, para atender necessidades pessoais suas, a exemplo da alimentação. Já os indenizatórios, são as prestações que decorrem da própria gestação em si, a exemplo do gasto que se tem com o enxoval para o neném.

Os alimentos gravídicos devem, portanto ser fixados num *quantum* em que o alimentante contribua juntamente com a gestante nas despesas que essa possa vir a ter, não sendo tal ônus atribuído exclusivamente à genitora.

Importante realçar que a lei dos alimentos gravídicos resguarda o direito de defesa do réu, conforme art. 7º da referida lei, que lhe garante, após a citação, o prazo de 05 (cinco) dias para apresentar resposta, podendo neste momento fazer uso dos meios lícitos admitidos em lei para defender-se do que lhe está sendo imputado. Reitere-se que não será possível a realização de teste de DNA no momento da fixação dos gravídicos, podendo o réu fazer uso desta perícia somente após o nascimento do nascituro.

Como nos alimentos gravídicos aplica-se supletivamente tanto o Código de Processo Civil, quanto a Lei 5.478/68, as prestações que não forem adimplidas poderão ser objeto de ação de execução nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil e da Súmula 309 do STJ.

DA RESPONSABILIDADE NO CASO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS PRESTADOS ERRONEAMENTE

O objetivo deste trabalho é o de avaliar o que ocorre no caso de a gestante apontar determinada pessoa como sendo o pai, e, em sendo fixado alimentos gravídicos, este arque com os mesmos até o nascimento com vida do nascituro, realizando, posteriormente exame de paternidade, que atesta que aquele que prestou os alimentos durante a gestação na verdade não era o pai do então nascituro.

Realizada as devidas considerações quanto aos dispositivos que foram objeto de veto presidencial, e conseqüentemente não entraram em vigor com a lei nº 11.804/08. Referente à problemática exposta no presente trabalho, o artigo 10 (dez) que fora vetado, dispunha que no caso de negativa da paternidade mediante exame pericial, o autor da demanda iria ser responsabilizado objetivamente pelos danos suportados por aquele que for apontado como pai.

Assim, conforme já afirmado no presente trabalho, o veto foi acertadamente realizado. Porém, há de se reconhecer que o fato dos alimentos gravídicos serem fixados ante indícios de paternidade, propicia a gestantes usufruírem de tal benefício, muitas vezes de maneira errada e amoral, face a indicação de responsável que na verdade não é genitor do nascituro.

Segundo Maria Helena Diniz (2009, p.23), a responsabilidade civil “tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado”. Há de se ver portanto que no caso apresentado, o alimentante que presta alimentos de forma errônea sofre sim prejuízos causados tanto moralmente como patrimonialmente.

Conforme entende Sérgio Cavalieri, os pressupostos da responsabilidade civil seriam três, quais sejam:

conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; nexos causal, que vem

expresso no verbo causar; e dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem (CAVALIERI, 2009, p. 18).

O autor entende que a ação ou omissão diz respeito ao ato comissivo ou omissivo que cause o dano a uma ou mais pessoas. O ato praticado com dolo ou negligência é considerado grave, podendo também ser leve e levíssimo. O dano diz respeito aos prejuízos patrimoniais ou danos morais sofridos pelo ofendido, os quais têm que estar diretamente ligados à ação do agente causador do dano, configurando, então, o chamado nexo de causalidade.

Sabemos que a responsabilidade poderá ser subjetiva e objetiva. A primeira institui que a obrigação de indenizar depende da prova de culpa. No ensinamento de Sérgio Cavalieri:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso, que de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (CAVALIERI, 2009, p.16).

Já a responsabilidade civil objetiva fundamenta-se no risco criado por determinada atividade ou ato: é a chamada teoria do risco, segundo a qual o dever de indenizar independe da prova de culpa do agente, de modo que, em havendo a relação de causalidade entre a ação e o dano, já existe o direito do prejudicado de ser ressarcido pelo que tiver sofrido. Nesse sentido, prevê o Código Civil em ser *art. 927, caput*, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”, ao passo que o *parágrafo único* do referido dispositivo preceitua “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No caso dos alimentos gravídicos, resta que não foi, acertadamente, aceita a aplicação da responsabilidade objetiva. Contudo, caso alguém seja obrigado a arcar com as custas dos alimentos durante a gestação e depois restar verificado que na verdade não se tratava do verdadeiro genitor, este não poderá simplesmente arcar com o ônus sem ser o responsável legal, ou seja, obrigado legalmente por tal.

O Código Civil em seus arts. 186 e 187 dispõem respectivamente que:

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. 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. (CÓDIGO CIVIL DE 2002, ART. 186 e 187).

Logo, observemos que, se a gestante agir com culpa ou má-fé, será plenamente possível sua responsabilização subjetiva pelos danos morais e materiais sofridos por ter sido apontado como suposto pai, quem na verdade não o era.

(...) os alimentos gravídicos seguindo a trilha dos alimentos em geral, são irrepetíveis, não sendo possível reclamar o seu ressarcimento mesmo que se comprove, posteriormente, não ser o réu o genitor do nascituro-beneficiário...na hipótese de comprovação da inexistência de vínculo paterno-filial entre o alimentando e o devedor, após o seu nascimento, a genitora não será obrigada a restituir os valores pagos. De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização...somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida de correu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. (CHAVES e ROSENVALD, 2010, p. 714)

O dano material, também chamado patrimonial, é aquele que atinge os bens, o patrimônio da vítima. No entendimento de Cavalieri filho (2009, p.71), muitas vezes o dano material não está somente relacionado ao patrimônio, podendo também ser dano “a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, podem refletir no patrimônio da vítima”. Ademais o dano material abrange o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro diz respeito a uma perda real e efetiva, enquanto o segundo remete à privação de um ganho.

Para Maria Helena Diniz:

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. Em toda Obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisas que se aproxime da situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano (DINIZ, 2009, p.68).

O dano moral diz respeito à lesão jurídica sofrida pela vítima, constituindo, para Cavalieri Filho:

a dor, o vexame, sofrimento, ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo...causando-lhe desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 83).

Sendo assim tomemos por exemplo um pai de família com filhos e esposa que é posto como réu na referida ação. Agora imaginemos que o mesmo fora obrigado em juízo a prestar alimentos gravídicos, e, após todo o período gestacional, ao realizarem o teste de paternidade, descobrem que, na verdade, não é genitor da criança nascida. Vislumbramos que não só foram prestados alimentos gravídicos indevidamente como o mesmo pode ter sofrido na sua vida particular e pessoal um abalo, ante o fato de ser o suposto pai de uma criança concebida fora do seu matrimônio, estando evidenciado, portanto, o dano moral, já que fora violado sua dignidade sua vida íntima. Esta é somente uma suposição, já que poderão surgir dos mais diversos tipos de casos a respeito do assunto.

No que concerne à cumulação do dano moral com o material em uma mesma ação, vejamos a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”. Assim é indiscutível a possibilidade de cumulação dos referidos danos na ação de indenização requerida por quem preste alimentos gravídicos sem ser o verdadeiro genitor.

Verifica-se, pois, que, se a autora da ação de alimentos gravídicos, no caso a gestante, venha a agir com má-fé e dolo, ou seja, com a intenção de se beneficiar por meio de dispositivo legal de quem por este não é obrigado, pode ser responsabilizada civilmente, desde que a culpa seja comprovada, ante o abuso de direito praticado por esta. Silvio de Salvo Venosa entende:

o fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem...o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade (VENOSA, 2003, p. 603 - 604).

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que a Lei nº 11.804/08, que regulamenta os alimentos gravídicos, trouxe consigo um enorme avanço no que diz respeito ao direito a vida, bem como põe efetivamente em prática o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os alimentos gravídicos, assim como os alimentos comuns, decorrem do poder familiar, bem como da paternidade responsável, de forma que confere ao nascituro os mesmos direitos da criança beneficiária de alimentos comuns, estando ambas, portanto, em um mesmo patamar jurídico.

Ademais concluímos que os diversos vetos que retiraram metade do texto original da Lei dos alimentos gravídicos foram todos feitos com o fito de resguardar tanto a efetividade do próprio conteúdo da lei, como também de garantir aos seus beneficiários um procedimento célere.

Sendo assim, os alimentos gravídicos surgiram como forma de ratificar as decisões e parte do entendimento doutrinário que acertadamente, mesmo antes da lei em estudo, já entendiam que o nascituro, por meio de sua genitora, a gestante, fazia jus ao recebimento de alimentos. Convém mencionar que diversas contradições ainda existem na doutrina, sendo inquestionável, contudo, a importância deste instituto, o qual traduz em si que a pessoa e a vida são os bens de maior importância a serem resguardados e defendidos, posto que sem vida e sem a figura das pessoas que compõem o nosso meio social não haveria a necessidade de um ordenamento legal para regular o convívio social.

Noutro ponto mesmo sendo os alimentos de maneira geral irrepelíveis, identificamos que poderá ocorrer o abuso de direito, por parte da requerente de alimentos gravídicos, podendo o réu, que não seja o genitor da criança e tenha sofrido prejuízos efetivos, pleitear em juízo a indenização aos danos morais que entenda ter suportado, sendo a genitora a responsável legal para indenizá-lo, já que o nascituro é representado por esta em juízo, tendo aquele o ônus de provar a má-fé da genitora.

Por fim, foi observado, por meio de um estágio realizado no núcleo cível da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte no Fórum Miguel Seabra Fagundes situado na capital do referido Estado, paralelamente a elaboração do presente trabalho, o fato

de que muitas pessoas não conhecem, nem sabem sequer que existe uma Lei que regulamenta os alimentos gravídicos, de maneira que pode-se concluir que especificamente muitas gestantes, que seriam as mais interessadas no assunto, também o desconhecem.

Sendo assim conclui-se que a Lei 11.804/08 (Alimentos Gravídicos) em um plano concreto é eficaz, contudo falta, por incrível que pareça, divulgação acerca de referido direito, de forma que as mulheres que possam beneficiar-se da Lei 11.804/08 tenham ciência do que lhe é conferido legalmente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny A, Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Vade Mecum Saraiva. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum Saraiva. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008**. Vade Mecum Saraiva. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Otávio Ferreira. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. v.7. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos**. Comentários à Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008. 2ª ed. Santa Catarina: Voxlegem, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. v. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTEIRO, Whashington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito de Família. v. 5. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**. 1ª ed. Espírito Santo: IOB, 2003.