

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DIREITO**

ADMA CRYSTINE GONÇALVES DA SILVA

**O DIREITO À VIDA E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
a questão da repetição das prestações indevidas.**

Recife
2010

ADMA CRYSTINE GONÇALVES DA SILVA

**O DIREITO À VIDA E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
a questão da repetição das prestações indevidas.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título em Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Professor José Mário Wanderley G. Neto.

Recife
2010

Silva, Adma Crystine Gonçalves da
O direito à vida e os alimentos gravídicos: a questão da repetição
das prestações indevidas. / Adma Crystine Gonçalves da Silva – Recife:
O Autor, 2010.

67 folhas

Orientador: José Mário Wanderley Neto
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução
Cristã. Bacharelado em Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Vida 3. Família 4. Alimentos I. Título.

340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2010- 0018

Adma Crystine Gonçalves da Silva
O DIREITO À VIDA E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
a questão da repetição das prestações indevidas.

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Professor José Mario Wanderley

1º Examinador:

2º Examinador:

Dedico o presente trabalho a minha bisavó Josefa Emília da Silva, que apesar de não está mais entre nós, seu amor e dedicação permanecem vivos em nossos corações. Que seu modo de viver nos sirva de exemplo.

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da sabedoria, sendo ele meu refúgio e fortaleza. Levo sempre comigo o seguinte pensamento “Deus sempre tem o melhor para você, mesmo que as circunstâncias lhe mostrem o contrário”, aprendi a esperar o tempo de Deus, é ele o dono de todos os nossos planos.

Agradeço aos meus colegas de turma, por juntos termos vividos momentos de tristeza e alegria, agradeço também aos meus amigos, dos quais vou levar lindas recordações, agradeço a eles por juntos termos vivido os mais diversos sentimentos, bem como juntos amadurecido, durante toda essa caminhada, cujo fim ainda não está próximo, em especial Andressa Tavares e Aline Maria, por terem sempre, com sua lealdade, me acompanhado nos momentos bons e ruins, pelos quais passei durante esses cinco anos.

Realmente as pessoas não entram na nossa vida por acaso, cada uma traz um propósito, mesmo que curta sua permanência em nossa vida, sempre deixam um pouco de si e levam um pouco de nós.

Agradeço a minha mãe, Iêda Maria Gonçalves, por ter sempre acreditado em mim, e nunca ter permitido que baixasse a cabeça e voltasse atrás, com seu exemplo e esforço, pude chegar até aqui e tenho a plena certeza que será ela a responsável por todo o meu sucesso futuro.

Agradeço ao meu pai, Egídio José da Silva, por ter me dado exemplo de simplicidade e humildade, ter me ensinado a sempre olhar o lado positivo das situações, tirar de cada uma delas um aprendizado e seguir em frente. Agradeço também aos meus irmãos, tios, primos e avós.

Agradeço ao Meu Orientador, Professor José Mário Wanderley G. Neto, pelo auxílio e atenção na confecção do presente trabalho. Bem como a todos os outros, que me guiaram até aqui. Agradeço, por fim a oportunidade que me fora dada, por esta Instituição Damas.

RESUMO

O Direito à vida é um Direito Fundamental garantido constitucionalmente e assegurado a todos os seres humanos, desde o momento da fecundação. Desde que vive e enquanto vive o ser humano merece ter esse direito respeitado. Há vida desde o primeiro instante em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, passando aquele novo ser apenas por fases de desenvolvimento dentro do ventre materno até ser de lá expulso naturalmente. A vida intra uterina é respaldada da mesma forma que a extra uterina. Por isso, àquela que carrega em seu silo materno um novo ser, necessita de total atenção e auxílio quanto às despesas oriundas da gestação, a fim de permitir que, em seu ventre, o feto encontre um lugar saudável e tranquilo para se desenvolver. Cabe aos genitores dessa criança, em decorrência do poder familiar, proporcionar o referido aconchego. A lei de Alimentos Gravídicos concede a gestante o direito de ação, o direito de, em nome e para o nascituro, pedir alimentos ao responsável por sua gravidez, caso esse não reconheça espontaneamente o seu dever de pai. Apesar da lei de Alimentos Gravídicos não fazer mais menção expressa à questão da responsabilização objetiva da gestante, em caso de pagamento indevido dos alimentos gravídicos, aquela que pleiteia os alimentos contra aquele que sabe não ser o pai de sua prole, deve ser responsabilizada subjetivamente, pois abusa do seu direito de ação, pratica um ato ilícito e atua contra o direito e a moral.

Palavras-Chave: vida; ser humano; poder familiar; alimentos; responsabilidade subjetiva.

ABSTRACT

The Right to live is a Fundamental Right guaranteed by the Constitution and ensured to all human beings from the moment of fertilization. Since he lives and as long as he lives the human being deserves to have that right respected. There's life from the moment the ovum is fertilized by sperm, passing that new being through phases of development into the womb to be expelled naturally from there. The Intrauterine life is supported in the same way that the extra uterine one. Therefore, that one who carries in its breast a new human being, needs full attention and assistance relatively to expenses arising from pregnancy, to allow that in her womb, the fetus finds a healthy and quite place to develop. It is up to the parents of the child as a result of family power, to provide such shelter. The Law of Gravidic Food grants the patient the right of action, the right, on behalf of and for the unborn child, to ask the aliment to the responsible for her pregnancy, if that does not spontaneously recognize his duty as a father. Despite the law of gravidic food do more explicit mention of the issue of objective responsibility of the pregnant woman, in case of overpayment of gravidic food, one that pleads the food from one who knows not the father of their offspring, should be held responsible subjectively for abusing its right of action, an unlawful act or practice acts against law and morality.

Keywords: life; human being; Familiar power; Food; responsible subjectively.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08	
CAPÍTULO 1 PROTEÇÃO A VIDA HUMANA		
1.1 Do direito à vida.....	10	
1.2 Como surge o ser humano.....	16	
CAPÍTULO 2 DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....		23
2.1 Teoria natalista.....	24	
2.2 Teoria concepcionista.....	25	
2.3 A personalidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.....	26	
2.4 Dos direitos do nascituro.....	30	
2.4.1 Legitimidade do nascituro.....	31	
CAPÍTULO 3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS		
3.1 Conceito de alimentos.....	34	
3.2 Fundamento da prestação alimentar.....	35	
3.3 O nascituro e a necessidade de se reivindicar alimentos.....	41	
3.4 Os alimentos gravídicos e a prova da paternidade.....	47	
3.5 Responsabilidade civil da genitora no caso de recebimento indevido dos alimentos gravídicos.....	52	
3.6 Outros aspectos da lei de alimentos gravídicos.....	59	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62	
REFERÊNCIAS.....	64	

INTRODUÇÃO

Os pensadores do direito há muito falavam da existência de uma lei natural, sobre direitos que já pertenciam ao ser humano, pelo simples fato de nessa condição existirem. São direitos que merecem reconhecimento e proteção, independentemente de estarem condensados ou não em um texto legal. São os chamados Direitos Naturais. Essa “lei natural” não nega o direito positivo, apenas lhe serve de base.

Alguns desses direitos foram positivados, estando previstos na nossa Carta Magna de 1988, como Direitos Fundamentais. Está denominado como Direito Fundamental, o Direito à vida. Tal direito é de extrema importância para o ser humano, pois é ele o berço para todos os outros direitos. Desde que vive e enquanto vive o ser humano merece ter sua vida respeitada. Trata-se de um direito indisponível, pois nem seu próprio titular poderá recusar-lhe a existência. Ninguém tem direito sobre sua vida, e sim de tê-la respeitada.

Questionamentos surgem, no entanto, quanto ao momento exato dessa proteção: a partir de quando se iniciaria a vida do ser humano? É biologicamente aceito que desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide temos um ser humano, uma vez que o material genético que passa a carregar, já lhe identifica como tal, sendo único desde a concepção.

Quando estiver pronto, ou melhor, preparado para se desenvolver fora do ventre materno, será de lá expulso naturalmente, a partir desse momento, para a ordem Jurídica, adquire a condição de pessoa. Antes dessa expulsão temos a vida intra-uterina, após o nascimento temos a vida extra-uterina, em ambas as fases temos vida, a qual merece ser respaldada e protegida.

O nosso ordenamento civil, atribui personalidade apenas a partir do nascimento com vida, só a partir do desligamento com vida do ventre materno é que aquele ser humano torna-se um sujeito de direito, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, passando a integrar a vida social, embora, tal determinação não afaste do *conceptus* a idéia de ser humano, merecedor de respeito, bem como de direitos, pois a ele já é assegurado o mais importante de todos, qual seja o direito à vida.

O próprio artigo do código Civil, que trata do início da personalidade, reconhece o nascituro como sujeito de direitos, pois nas suas entrelinhas reconhece e resguarda os direitos do nascituro. Ora, se este não fosse titular de direitos, a nossa ordem civil, não os reconheceria muito menos, procuraria dar-lhe proteção. Não é necessário que ocorra o nascimento do feto para que o mesmo tenha direito à continuidade de sua vida, ele já o possui

desde a fecundação, sendo afastada qualquer forma de interrupção da gestação em virtude de necessidades da gestante. O nascituro tem o direito de nascer, mesmo que segundos após, venha a perecer, pois o direito à vida não é assegurado pelo tempo de duração.

Qualquer forma que coloque em risco esse direito é reprovada por nosso ordenamento. Quando a genitora, hospedeira natural do novo ser em formação, não tem condições de prover sozinha os recursos necessários para o “amadurecimento” da gravidez, coloca em risco a vida do feto. Como este poderá viver se a sua genitora não pode sozinha lhe dar suporte? A ela é concedido o direito de ação, poderá a mesma, pleitear em juízo alimentos, em nome do nascituro, contra o suposto pai do mesmo. Afim de assegurar o seu nascimento com vida.

Pensando nessa possibilidade o nosso legislador em 05 de Novembro de 2008 criou a lei de alimentos gravídicos (lei nº 11.804/2008). A referida lei disciplina o direito de alimentos do feto, bem como a forma como será exercido. Vale ressaltar que os alimentos não são para a gestante e sim para a criança que carrega em seu ventre, no entanto, não há outra forma de alimentar o feto sem ser através de sua mãe.

Devendo-se entender por alimentos, não apenas aqueles necessários à subsistência natural do ser humano, mas também aqueles que lhe garantam um padrão de vida digno, pois só assim estar-se-á dando ao feto conforto e meios capazes de proporcionar-lhe o nascimento com vida.

O presente trabalho, busca através de pesquisas bibliográficas, apresentar os fundamentos da necessidade da concessão dos alimentos para o feto, tentando provar que desde o momento que fora gerado, é um ser humano vivo, como qualquer outro. Sendo humano, é titular de direitos fundamentais, sendo assim, o feto deve ser tratado como pessoa humana, desde o momento da concepção. A lei de alimentos gravídicos (lei nº 11.804/2008) estabelece que o feto tem direito a alimentos desde a concepção, sendo que a genitora é obrigada a fornecer os alimentos necessários para a manutenção da vida do feto. A lei também estabelece que a genitora deve fornecer alimentos para o feto desde a concepção, sendo que a genitora é obrigada a fornecer os alimentos necessários para a manutenção da vida do feto. A lei também estabelece que a genitora deve fornecer alimentos para o feto desde a concepção, sendo que a genitora é obrigada a fornecer os alimentos necessários para a manutenção da vida do feto.

São direitos de aplicabilidade imediata, ou seja, não precisam de outras normas autorizando a sua aplicação, uso ou exercício, são instantâneos, bem como versa o texto da nossa Carta Magna, no próprio artigo 5º, parágrafo primeiro: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” Os Direitos Fundamentais, são à base de todos os demais direitos presentes na nossa Constituição.

Os Direitos Fundamentais não são *leges imperfectae* porque, para sua plena concretização, não necessitam de complementação legislativa por parte do legislador constitucional [...] Todo o exposto pode ser traduzido pela eficácia imediata e obrigatória dos princípios fundamentais. (CANOTILHO *apud*, AGRA, 2002, p.135) (*grifo original*).

Estão dispostos como direitos fundamentais, na nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* [...]” (*grifo nosso*).

O direito à vida é de extrema importância para o ser humano, é um direito natural, ou seja, é inerente ao homem só pelo simples fato de existir, é personalíssimo, mais precisamente, inalienável, intransferível, o seu titular não pode dele dispor, constituindo fonte primária de todos os outros direitos.

É o direito mais importante do ordenamento jurídico, pois dele decorrem outros direitos como o direito a existência, a integridade física e a integridade moral, bem como se baseiam os demais, como o direito a dignidade da pessoa humana, privacidade, dentre outros.

O direito à existência consiste no direito de estar vivo, no direito de não ter sua existência interrompida, a não ser pela morte de maneira espontânea e inevitável, é por isso que qualquer outra forma atentatória dessa cessação natural é penalmente punível.

É questionada se seria necessário que essa existência fosse digna, tal ‘exigência’, torna-se frontal ao próprio dispositivo, uma vez que a questão de dignidade é muito subjetiva, o que é digno para uns, pode não ser para outros. Não proporcionaria interpretações equilibradas, justas, poderia, por exemplo, acreditar que fetos portadores de alguma deficiência (física ou mental) não poderiam viver, uma vez que não teriam uma vida digna.

Tentou-se incluir na Constituição o direito a uma *existência digna*, Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a

eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna [...]. (SILVA, 2004, p.197) (*grifo nosso*).

A integridade física consiste na proteção do próprio corpo, matéria, uma vez que a vida nele se realiza, ao agredi-lo estar-se-ia agredindo a própria vida. É por isso que a nossa Constituição proíbe a prática da Tortura: “Art. 5º, inciso III ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”.

A integridade moral consiste em defender os valores morais do indivíduo, já que o homem não é apenas composto de parte material, há valores morais que o circundam e também o compõe e sem os quais seria reduzido a qualidade de coisa.

O direito à vida respalda também a vida uterina, a qual se identifica como sendo aquela que tem início com a concepção/fecundação e termina com o parto, com o desligamento do feto do ventre materno. Vale ressaltar que o direito à vida não acaba com o nascimento, com a expulsão natural do feto do ventre materno, ele apenas muda de classificação, conforme o ambiente onde é exercido passa de vida intra-uterina para extra-uterina.

A prática abortiva, ou melhor, a interrupção da vida uterina de forma brutal, é um tema bastante controverso, pois a seu respeito surgem vários questionamentos, como o de que seria plenamente possível a interrupção coercitiva da vida intra-uterina, uma vez que, o feto é inseparável do corpo da gestante, sendo de total responsabilidade da mesma, a qual dele poderia dispor.

Tal posicionamento é biologicamente reprovável, uma vez que o fato de ser o feto dependente do ventre materno, por um dado espaço de tempo, não lhe tira a individualidade e autonomia. Ele é único e não um apêndice do corpo materno (FERNÁNDEZ, 2000, p.49).

O novo ser não é uma parte do organismo materno, mas uma *realidade biologicamente diferente* – que, no entanto, surpreendentemente, não é rejeitada como um “corpo estranho” – que desde o início começa a dirigir suas próprias proteínas e enzimas, que são diferentes da de sua mãe. O novo ser é, durante o desenvolvimento embrionário, extremamente dependente do organismo materno, mas ao mesmo tempo, ele é autônomo, pois coordena seu próprio processo de desenvolvimento (FERNÁNDEZ, 2000, p.49) (*grifo original*).

Vale ressaltar, que ninguém tem direito sobre sua vida e sim direito à vida, por ser este um direito natural/fundamental, seu titular não poderá dele dispor, ele como já mencionado anteriormente, é irrenunciável e inviolável, então se nem seu próprio titular poderá dele se

desfazer, o que levaria alguém a permitir, que a mulher (gestante) poderia decidir acerca da vida de outrem (feto), como poderia negar-lhes o direito de viver?

O nosso Código Penal (CP) puni totalmente a prática abortiva, protegendo a vida desde o momento da concepção, sendo desde então tutelada, protegida e qualquer ato que venha a interromper o seu desenvolver natural, configura-se homicídio. Sendo penalmente reprovável, já que o aborto é considerado na legislação penal, crime, em seus artigos 124, 125 e 126, todos presentes no Título I: “Dos Crimes Contra a Pessoa”, do Capítulo I: “Dos Crimes Contra a Vida”.

Como nem toda regra pode ser absoluta, adequando-se aos fatos, existem situações em que a violação a esse direito não configura crime, são os casos do artigo 128, do nosso Código Penal, que permitem ao médico praticar o aborto, sem sofrer qualquer penalidade quando: 1) não há outra forma de salvar a vida da gestante; 2) A gravidez resultar de estupro, nesse caso é necessário o consentimento da vítima (gestante), ou, quando incapaz, de seu representante legal (pais ou responsável).

Na primeira situação, os juristas justificam essa violação à vida humana, alegando que há o sopesamento de dois bens jurídicos iguais, de mesma grandeza, ou seja, a vida da gestante e a vida do feto. Não há uma escolha desequilibrada, entre os bens jurídicos em questão. É o chamado aborto terapêutico.

Na segunda situação, no entanto, estamos mexendo com dois bens jurídicos de naturezas diferentes, de um lado temos a vida do feto e do outro temos a honra, a integridade moral da gestante, não sendo, razoável a decisão que autoriza a interrupção da vida de um ser indefeso e inocente, para garantir a honra da mulher e evitar que a mesma passe o resto de sua vida olhando para um ser, que foi fruto de tamanha crueldade e violência. Seria o chamado aborto sentimental/ético/humanitário.

Não há de se falar em ponderação, uma vez que, na ordem jurídica existe uma hierarquia entre os direitos, e o direito à vida é o que ocupa o topo da pirâmide jurisdicional, não podendo jamais ser violado por outro que se encontre subordinado a ele.

[...] a nosso ver, seria melhor falar de aborto criminológico-quando a gravidez resulta de uma ação delituosa, fundamentalmente estupro e relações incestuosas. Nesses casos, estima-se que o risco de gravidez gire em torno de 1% a 2% de todas as violações. No entanto, embora reconheçamos a dificuldade das opções éticas assumidas em tais circunstâncias, parece-nos que se deveria fazer prevalecer, objetivamente, o direito à vida do ser que esta sendo gerado e que não é culpado nem responsável pela ação delituosa (FERNÁNDEZ, 2000, p. 42 - 74)

Entendo que a constituição não admitiu a hipótese de aborto sentimental, por que, pela primeira vez, faz menção a ‘inviolabilidade do direito à vida’ e não mais, como

nos textos passados, o respeito aos ‘direitos concernentes à vida’ (MARTINS, 2005, p.25).

Não é errôneo não se proceder à proteção do nascituro, e diferente do que prescreve a lei, quando seu direito for confrontado com o de outros ou mesmo com o de sua mãe, priorizar essa em detrimento daquele? [...] Parece que o legislador tem se mostrado incoerente [...] Além de também afrontar preceitos de direito globalizado, no qual se garante a proteção daquele que, em face da fragilidade, deve ser protegido pelo Estado. (ZAINAGHI, 2007, p. 115).

Ainda sobre o tema do aborto, além dos tipos apresentados anteriormente, temos o aborto eugênico, consistente na interrupção voluntária da gravidez, quando a gestante tem conhecimento de que o feto é detentor de alguma anomalia física e/ou mental.

Cerca de 4% a 6% das crianças nascem com algum tipo de malformação. Em metade dos casos, trata-se de malformações leves, enquanto as restantes são graves ou letais. Essas malformações congênitas se devem a vários fatores. Na metade dos casos, a causa da anomalia é desconhecida. Calcula-se que 10% delas se prendam a causas ambientais (infecções da mãe, ingestão de fármacos durante a gravidez, febre etc.). Aproximadamente 10% a 20% das malformações são herdadas de acordo com as leis de Mendel, e a maioria delas é causada por múltiplos fatores (herança poligênica ou multifatorial). Nos casos típicos, essas malformações afetam um único órgão, como coração, lábio leporino, falha no fechamento do tubo neural etc. (FERNÁNDEZ, 2000, p. 46)

O aborto eugênico é um retrocesso ao *eugenismo* pregado por Hitler, onde baseado na idéia de que haveria uma raça ariana pura, procurou eliminar as pessoas que não fizessem parte dessa eugenia, dessa linhagem boa. “... eliminar fetos defeituosos e obter uma sociedade formada por pessoas fisicamente perfeitas conduziria a um holocausto, como o pretendido pelos nazifacistas. (DINIZ, 2008, p.47).”

O aborto eugênico pode ser também denominado aborto eugenético e se funda na abreviação da vida, calcada na qualidade de vida, em que se busca diminuir as imperfeições das raças futuras. [...] Nessas condições pode-se chegar a um ponto em que somente se permitira a vida aos sadios e no padrão desejado (ZAINAGHI, 2007, p.116).

Uma criança que venha ao mundo com alguma anomalia ou má formação, não tem menos direito de viver do que aquela que nasceu perfeita, uma vez que, ao assegurar o direito de respeito à vida, a nossa Carta Magna, não apresentou qualquer tipo de “qualificação”, estendeu-o a todo ser humano.

Às vezes o diagnóstico pré natal, no qual se detecta que o feto possui alguma doença congênita ou má formação, serve como uma saída para os pais, a fim de evitar problemas futuros, cuidados dobrados, já que essas crianças necessitam de uma atenção maior.

É ingênuo acreditar que os pais defendem o aborto porque o feto tem um problema irreversível. Na verdade, essas pessoas se servem das doenças detectadas pelos modernos exames pré-natais para que tenham o direito de se ver livres de uma criança com malformação, para não terem problema. É uma lógica curiosa, quando eu era jovem era moda dizer que aquele que ama castiga. Nunca acreditei nessa história. Agora insistem numa nova tese: quem ama mata [...] (LEJEUME *apud* DINIZ, 2008, p. 45).

Se fosse possível perguntar a um feto portador de alguma anomalia, se lhe era preferível viver com tal deficiência, a não ter vida alguma, é presumível que escolheria a primeira opção. Se uma deficiência física ou mental fosse fator autorizante para eliminar fetos, o que fazer com aqueles que nasceram perfeitos e vieram a adquirir alguma deficiência? Eliminá-los também? (DINIZ, 2008).

Também não é punível a violação a esse direito, quando a agressão for praticada em razão, de situações de guerra declarada e de legítima defesa.

A nossa Constituição Federal assegura em seu artigo 5º *caput*, a inviolabilidade do direito à vida: “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* [...]” (*grifo nosso*).

Garantido está o direito à vida, ou melhor, o direito de respeito à vida, pela norma constitucional, conseqüentemente, “a vida è um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção” (DINIZ, 2008, p.20).

Com o direito à vida, surge os direitos da personalidade, que são direitos que identificam uma pessoa, são “caracteres básicos”, que dão a mesma um status social, um reconhecimento social, passam a ser reconhecidas no mundo jurídico, são exemplo de direitos da personalidade, o direito ao nome, ao estado civil, a família, a integridade física e moral, a dignidade, dentre outros.

1.2 Como surge o ser humano

Muito controversa é a questão do momento no qual se forma o ser humano, do momento exato dessa existência. Há vida humana desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ou só após determinado tempo da fecundação que se poderia falar em vida? Se sim, como é que se calcularia esse lapso? Qual o artifício usado para se chegar a uma conclusão?

É biologicamente aceito, que a vida humana tem início desde o momento da fecundação do gameta masculino (espermatozóide) com o gameta feminino (óvulo), onde forma-se o zigoto. No entanto, não se pode confundir as células germinativas, óvulo e espermatozóide, com o zigoto, uma vez que aquelas são as originadoras e aquele é o originado (RÁBAGO *apud* SILVEIRA, 2005, p. 67).

Desde o momento da concepção, poder-se-á falar em vida humana, em ser humano vivo, uma vez que a união da carga genética de cada gameta formará um ser humano único, distinto de todos os outros já existentes. “A criação de novos seres humanos começa com a *fertilização*, a união de um *espermatozóide* e um óvulo para formar uma célula única. Após a fertilização acontecer, dramáticas alterações iniciam no interior do corpo da mulher.” (CRUZ, 2003,p.244) (*grifo original*).

Com o surgimento do zigoto, se inicia o processo contínuo do desenvolvimento do ser humano, o qual abrange sua integração e seu crescimento, conforme determinações de seu código genético. Por virtude do fenômeno vital da divisão, crescimento e diferenciação celulares, o zigoto se converterá em preembrião, em feto, em criança, em jovem, em adulto e em velho (RÁBAGO, *apud* SILVEIRA, 2005, p. 67).

Após a fecundação o feto passara por três estágios de transformação, de acordo com a biologia e a medicina. A primeira fase ocorre nas primeiras três semanas, após a fecundação, onde o zigoto sofrerá uma série de divisões mitóticas¹.

A segunda fase inicia-se na quarta semana e vai até a sétima, é chamada de período embrionário, no qual o zigoto passa a tomar forma humana, é também onde começa a formação de seus tecidos, passando a ser chamado agora de embrião.

Por fim tem-se o período fetal, que se inicia na oitava semana e vai até a hora do parto, nesta fase os tecidos já estão formados, o embrião, agora denominado feto, passa a crescer e amadurecer aguardando apenas o momento exato para ser expulso do ventre materno.

O aparecimento de um novo ser humano acontece com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. A fecundação dá origem a um zigoto, o qual carrega um código genético totalmente distinto dos do gameta feminino e masculino, que o “fundaram”.

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A

¹ Fenômeno no qual o óvulo fecundado, forma células-filhas, inicialmente denominadas blastômeros, que contêm cada uma o mesmo número de cromossomos, conforme a célula-mãe. É o momento em que ocorre a divisão do óvulo fecundado.

fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato (LEJEUNE *apud* DINIZ, 2008, p.25).

A partir da fecundação, o resto é uma questão de transformação morfológica temporal, como já explicitada acima, onde aquele pequeno embrião após se desenvolver por completo no útero materno será de lá expulso naturalmente, vindo a crescer e se desenvolver externamente, até a sua morte, sem apresentar qualquer alteração de seu código genético. Sendo único desde a sua existência até o seu falecimento.

[...] no homem, este primeiro instante de vida ocorre com a penetração do espermatozóide no óvulo, momento em que se forma o zigoto e em que o mapa genético e todo o comando da nova vida passa a dirigir o organismo materno, que o hospeda. Não é mais o organismo materno que comanda a evolução do óvulo, mas o novo ser que impõe suas regras ao corpo hospedeiro, para se desenvolver até o momento de vir à luz. (MARTINS, 2005, p.22).

Sendo assim, é vida o que toda mulher carrega em seu ventre, durante os nove meses de gestação. O feto formado é, portanto um sujeito de direito, tendo como direito personalíssimo intransferível e inalienável, a vida, o direito de nascer, sem que ninguém nela interfira. Ora, se a vida é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular, quem dá o direito a alguém de interromper a formação, o desenvolvimento desse novo ser? Poderia a mãe acreditando ser o feto parte de seu corpo negar-lhe o direito de nascer?

Se o feto, desde a concepção é um ser humano, tem direito à vida, direito a nascer, se desenvolver e naturalmente padecer. Os Pais devem conservá-la, pois esse novo ser é tão humano como seus progenitores.

O seu direito à vida é maior que qualquer direito da mulher ao seu corpo, já que deste não faz parte, uma vez tratar-se de uma forma de vida autônoma, dependente, sim, por um tempo do ventre materno, mas não deixa de ser vida, por tratar-se de um novo ser humano, único e insubstituível, merecedor de respeito e proteção.

Para o Direito, a questão biológica da dependência do corpo materno não lhe tira o caráter de vida, de ser humano vivo, titular de direitos, uma vez que o já nascido também depende dos pais e nem por isso lhe é afastada a idéia de ser humano.

Finalmente, não podemos deixar de nos referir ao fato de que o novo ser é, a um só tempo, absolutamente dependente e 'autônomo' em relação ao organismo materno. A nosso ver, do mesmo modo como a dependência do recém nascido não justifica sua desproteção ética, o mesmo se pode dizer das etapas anteriores (FERNÁNDEZ, 2000, p.67).

A biologia prova que o nascituro² é um ser autônomo, não uma parte do corpo materno, ou melhor, da sua genitora, não tendo ela qualquer direito de propriedade sobre o mesmo, por não tratar-se de um bem, uma coisa, e sim, de um ser vivo, capaz de sentir, ouvir, emocionar-se.

No final da oitava semana, o embrião passa a ter um aspecto tipicamente humano. Todos os órgãos já iniciaram o desenvolvimento e é possível reconhecer os olhos, nariz, boca, braços e pernas. Nessa fase ele recebe o nome de feto. Após cerca de 40 semanas (9 meses ou 280 dias) ocorre o parto, precedido da ruptura da bolsa de água (LINHARES; GEWANDSZNAJDER, 2008, p.320).

Em poucos dias seus órgãos estão formados e funcionando, aumentando apenas de tamanho com o passar do tempo, já percebe ruídos desagradáveis, que o inquietam, e suaves, que o tranqüilizam, perturba-se quando sua mãe esta nervosa, chupa o dedo quando se aborrece, dorme quando a mãe descansa, dá voltas, engole substância açucarada, rejeitando as que o desagradam, e pode curar-se de varias moléstias, ainda no útero, mediante mais de cinqüenta espécies de intervenções cirúrgicas. Tudo isso foi comprovado por fotos, aparelhos de ressonância magnética e ecografia. (DINIZ, 2008, p.26).

Embora seja o posicionamento majoritário, de que a vida teria início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, sendo considerado pelo Direito, desde já, um indivíduo, particular e titular de direitos, a ciência é pacífica no entendimento de que a fecundação não se dá de forma absoluta, instantânea, pois é inegável que o feto, durante um tempo, dentro do ventre materno após a fecundação poderá se transformar, se dividir.

Para ser único, indivisível não basta que ocorra o encontro dos 23 cromossomos femininos com os 23 cromossomos masculinos, deve-se esperar cerca de 24 horas após a fecundação, porque só a partir daí é que óvulo e espermatozóide se transformam em um único “ser”.

É importante sublinhar que o processo de fecundação não é um fato pontual e instantâneo, pois a singamia ou união do complemento cromossômico das células germinais masculina e feminina dura até 24 horas. [...] De acordo com essa posição, a fecundação constitui um salto qualitativo em relação às células germinais precedentes antes de sua fusão (FERNÁNDEZ, 2000, p.48).

Sem mais delongas, independentemente de quanto tempo leva para se tornar um ser único, indivisível, já se pode falar em vida, o feto é vida, mesmo que se divida o embrião não deixou de ser um ser vivo, apenas deu origem a outro.

² Denominação aplicada pela ordem jurídica, para identificar o ser já concebido, no ventre materno, mas que ainda não nasceu. Etimologicamente a palavra deriva do latim *nasciturus* e significa aquele que está por nascer.

O zigoto ‘tem o projeto e a auto-suficiência para, interagindo com o ambiente, construir uma pessoa humana geneticamente única’. [...] ‘não obstante o grande número de multiplicação celular experimentado por nosso organismo desde o estágio unicelular pós-fertilização, até a morte por extrema idade, o DNA de todas as células permanece o mesmo’ (AZEVEDO, ELIANE S. *apud* SILVEIRA, 2005, p. 68).

Para a biologia, desde a concepção, tem-se um ser vivo, um ser humano, merecedor de respeito; juridicamente esse novo ser vivo só passará a fazer parte da vida social a partir de seu nascimento, ou seja, do seu desligamento do ventre materno. No entanto, tal condição não afasta a sua identificação com ser vivo/humano.

[...] protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente o *conceptus sed non natus* já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não entrou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas (MIRANDA, Pontes de *apud* SILVEIRA, 2005, p. 70) (*grifo original*).

É sujeito de direito como todo e qualquer ser humano “crescido”, o nascituro, tem seus direitos assegurados, apesar de ser necessário, no nosso ordenamento jurídico, nascimento com vida para a aquisição da personalidade jurídica, a lei assegura-os desde o momento da concepção.³

Pode-se, portanto falar em ser humano desde a concepção, desde o momento da fertilização:

Todo ser dotado de vida é um *individuo*, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de *ser*. O homem é um individuo, mas é mais que isto, *é uma pessoa*. ‘Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais’. (SILVA, 2004, p.196) (*grifo original*).

A aquisição de direitos depende da atribuição de personalidade Jurídica, atributo intimamente ligado à idéia de pessoa, de ser humano, que lhe confere a prerrogativa de exercer direitos e contrair obrigações, sendo considerada sujeito de Direito.⁴

No entanto, existiram momentos na nossa história, em que seres humanos não tinham sua personalidade reconhecida, ou, ainda melhor, não eram nem vistos como pessoas, sendo comparados a coisas, animais, etc. Na época da escravidão no Brasil, por exemplo, os negros,

³ Art. 2º, Código Civil de 2002: A personalidade Civil das pessoas começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁴ Art. 1º, código Civil de 2002: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

não eram vistos como pessoa, recebendo tratamento totalmente desumano, não sendo considerados pelo ordenamento como Sujeitos de Direito.

Nosso ordenamento jurídico atribui a personalidade a toda pessoa, não há pessoa sem personalidade Jurídica reconhecida, ou seja, sem capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. A personalidade jurídica é atribuída tanto a pessoa natural, que é o ser humano propriamente dito, e a pessoa jurídica, ente fictício criado através da vontade humana.

A aquisição da personalidade no nosso ordenamento acontece no nascimento com vida, ou seja, o ser humano desde o seu nascimento e enquanto vive tem personalidade.

A personalidade, como atributo da pessoa humana, esta a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas (PEREIRA, 2004, p. 216).

De acordo com o CC/02, em seu artigo 2º, antes do nascimento com vida não se pode falar em personalidade jurídica. No entanto, a idéia da personalidade esta intimamente ligada à idéia de pessoa, não há pessoa sem personalidade: “[...] personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica [...]” (PEREIRA, 2002, p.214).

O nascituro é reconhecido em seu conceito, desde o momento de sua concepção, ser humano, dotado de vida, apenas não entrou ainda no meio social, na vida em sociedade. Mas, isso não lhe tira o caráter de pessoa, uma vez que desde o momento de sua concepção possui o mais nobre de todos os direitos, o direito à vida. Desde a fecundação possuímos todas as individualidades de um ser humano.

É uma realidade biológica humana: embora sua realidade externa seja equiparável à do zigoto de outras espécies animais, levando-se em consideração seus fatores genéticos – os 70 000 a 80 000 genes característicos de nossa espécie, aproximadamente -, é preciso dizer que a informação genética existente na célula-ovo é humana *somente* humana (FERNÁNDEZ, 2000, p. 48) (*grifo original*).

Sobre ter, o zigoto, ainda como uma célula única, não duplicada, quadruplicada etc., todas as características que definirão o futuro ser, não há qualquer dúvida na medicina. [...] Trata-se desde a primeira célula, de um **ser humano** e não de um **ser animal**. Se não admitíssemos que ainda não fosse um ser humano, apesar de toda carga genética e seu mapa definitivo de ser humano já estar plasmado no zigoto, teríamos que admitir que todos nos teríamos sido **animais** nos primeiros anos de vida[...] (MARTINS,2005, p.23 e 24) (*grifo no original*).

A ordem civil apresenta dois estágios do ser humano, o primeiro acontece no momento da concepção e vai até o nascimento, onde temos o nascituro, que ainda não veio ao mundo social, não tem personalidade jurídica, mas é ser humano. O segundo estágio ocorre a partir

do nascimento com vida, aqui ao ser expulso do leito materno, o feto agora tem personalidade jurídica, começa a fazer parte da vida em sociedade e passa a ser chamado de pessoa.

O Código Civil em seu art. 2º reconhece que o nascituro embora não seja considerado uma pessoa, é um ser humano, que apenas passa por fases de amadurecimento, como também passa o já nascido, tratam-se de etapas de um desenvolvimento único, deixando assegurados os seus direitos: “[...] mas a lei põe a salvo, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro.”

Ora, claro está que ao se falar em nascituro dá-se um sentido amplo ao não nascido, pois engloba as diversas fases da gestação, do zigoto ao feto, passando pelo blastócito e embrião, pois prevê a simples existência de um ser no útero materno, independentemente da fase de desenvolvimento da vida humana (ZAINAGHI, 2007, p.24).

Bastante controverso é o posicionamento do nosso Código Civil, uma vez que, personalidade é o atributo de adquirir direitos e contrair obrigações, pois bem, só as pessoas são capazes de possuir direitos, já que só a estas é atribuída personalidade jurídica, a qual tem seu início a partir do nascimento com vida.

Ao nascituro, a lei civil, não atribui personalidade, em virtude de não ser ainda considerado pessoa, no entanto, a ele são atribuídos direitos, dentre eles o mais fundamental de todos: O Direito à vida, bem como outros que estão discriminados no nosso Código de Processo Civil (CPC), bem como no nosso Código Civil (CC), que serão apresentados a diante.

CAPITULO 2 DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Entende-se por personalidade jurídica ou personalidade civil a capacidade que a pessoa tem de adquirir direitos e contrair obrigações no mundo jurídico, não há pessoa sem personalidade.

Esta, por sua vez, pode ser atribuída tanto as pessoas físicas como jurídicas, onde aquelas são as pessoas propriamente ditas, as geradas e nascidas através do desenvolvimento embrionário, somos nós, seres humanos; já as segundas são entes fictícios, criados através da vontade humana, surgem de um ato humano.

Liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade (DINIZ, 2003, p. 116).

Pessoa física ou natural é o ser humano. A pessoa a que não corresponde tão-só ser humano diz-se pessoa jurídica. A expressão 'jurídica' está, aí, empregada em sentido estrito, porquanto pessoas físicas e pessoas jurídicas são igualmente jurídicas (MIRANDA, 1954, p. 155)

[...] diz-se que todo homem é dotado de *personalidade*. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem essa aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedade e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes (PEREIRA, 2004, p. 213 e 214) (*grifo original*).

Neste trabalho, vamos nos deter a personalidade das pessoas físicas ou naturais como preferem alguns autores. Essa personalidade não esta ligada a vontade ou consciência do indivíduo, uma criança, por exemplo, tem personalidade jurídica, pois esta depende apenas da condição de ser humano.

Não depende esta da consciência ou da vontade do individuo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável (PEREIRA, 2004, p. 214).

Quanto ao tempo de duração dessa personalidade, pode-se dizer que durará enquanto viver a pessoa, cessando com a morte. Por volta da década de 60, os critérios utilizados para

definir o término da vida eram os de parada dos batimentos cardíacos e pulmonares, essas técnicas eram muitas falhas e incertas.

Até a década de 60, a cessação das funções do coração e dos pulmões constituía o critério aceito para indicar o fim da vida [...] A morte era definida em razão de algumas de suas conseqüências, os chamados sinais de morte, uns tidos como duvidosos, outros como prováveis e alguns como certos: aperiamentamento da pele, mancha verde abdominal, parada completa e prolongada da circulação (MINAHIM, 2005, p.73)

Hoje na ordem médica, para a justificação dos transplantes de órgãos adota-se o conceito de **morte encefálica**, ou seja, parada total do cérebro, é o que diz o artigo 3º da lei 9.343/1997(Lei de Transplantes):

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de *morte encefálica*, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (*grifo nosso*).

A indagação maior é quanto ao início desta personalidade. A partir de que momento há um sujeito de direito?

A personalidade, como atributo da pessoa humana, esta a ela indissolúvelmente ligada. *Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade.* O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só resposta a ambas as perguntas (PEREIRA, 2004, p. 216) (*grifo nosso*).

Várias teorias surgem, procurando determinar a partir de quando temos um sujeito de direito, ou melhor, a partir de que momento se pode atribuir a personalidade civil a alguém. Dentre as mais discutidas, temos a teoria natalista e a concepcionista.

O estudo dessas teorias visa à esclarecer a discussão acerca dos direitos do nascituro, uma vez que, não lhe atribuindo personalidade, nem lhe dando o caráter de pessoa, o mesmo, não seria possuidor de direito algum (ZAINAGHI, 2007, p. 43).

2.1 Teoria natalista

A teoria natalista é a defendida pela maioria dos doutrinadores, baseia-se na primeira parte do artigo 2º do nosso atual código civil⁵; seus adeptos acreditam que a personalidade civil das pessoas só tem início a partir do nascimento com vida, antes de tal fato não poder-se-á falar em aquisição de personalidade civil, em reconhecimento no mundo jurídico.

Com a fecundação temos um ser humano, mas ainda não temos uma pessoa, um sujeito de direito. “Na realidade, como bem sabido, o nascituro, é ser humano já concebido, mas que ainda está por nascer (de Pedro Nunes) e, assim, não é sem sentido que, desde a concepção, protejam-se seus direitos.” (SOUZA, 2005, p. 157).

Sendo assim, a aquisição da personalidade dar-se-á a partir do nascimento, ou seja, do desligamento do feto do ventre materno, é necessário também, que o *conceptus*, venha ao mundo com vida, o feto deve apresentar características de que está vivo, de que existiu, tal fenômeno é comprovado com a respiração, com a troca de gás carbônico com o meio externo, bem como através de movimentos, choro, enfim, qualquer fato que comprove que aquele ser vive/viveu.

Os natalistas justificam a segunda parte⁶ do referido artigo, como sendo uma condição suspensiva, sendo necessário que o feto gerado, chegue ao mundo externo vivo, é necessário que demonstre que está vivo, pois caso se desvincule do ventre materno, mas não apresente qualquer indício de que viveu, mesmo que por poucos instantes, não se pode falar em personalidade jurídica, em sujeito de direito.

Não haverá alteração no plano jurídico, os direitos que a ele, foram resguardados, não chegam a se concretizar é como se nunca tivesse existido.

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustra, o direito *não chega a constituir-se*, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento (PEREIRA, 2004, p. 217) (*grifo original*).

No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa).

⁵ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]

⁶ [...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para *se saber* se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que seja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (=sair da mãe) com vida (MIRANDA, 1954, p.162 - 163) (*grifo original*).

Para os adeptos dessa teoria, não há que se falar em personalidade do nascituro, por que este não é uma pessoa, já que ainda não nasceu. Porém, biologicamente falando, é um ser humano, já que possui caracteres genéticos que o caracterizam e individualizam como tal, por isso devem ter assegurados direitos, os quais existem de maneira pendente, ou melhor, condicionados ao nascimento com vida do *conceptus*.

2.2 Teoria concepcionista

Para os defensores dessa teoria a personalidade civil existe desde a concepção, ou seja, desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide.

Se a vida é um fato, com a fecundação já temos um ser humano, uma pessoa, sendo a esta atribuída personalidade, uma vez que, “não há pessoa sem personalidade” (PEREIRA, 2004). “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” (DINIZ, 2003, p.116).

Os concepcionistas, justificam a condição do nascimento com vida apenas, para a questão da aquisição dos direitos patrimoniais, caso tenha nascido morto, o nascituro não transmitirá nenhum desses direitos. Mas os direitos personalíssimos, ou seja, o direito à vida, à integridade física já lhe são assegurados desde a concepção.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, [...] passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais [...] e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida [...] Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá (DINIZ, 2003, p. 180) (*grifo original*).

Entretanto explica que os direitos absolutos inerentes a personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física (em sentido estrito) ou à saúde (espécie da integridade física em sentido lato), independem do nascimento com vida. [...] Assim pode-se assegurar que os direitos estão concebidos de forma integral, porém

quanto aos patrimoniais tem-se um fator condicional para a sua integralização, qual seja o nascimento com vida [...] (ZAINAGHI, 2007, p. 43 e 44).

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito que não se confunde com a personalidade, apenas certos *efeitos* e *certos* direitos, ou seja, os patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e de receber herança (legítima e testamentária). Os direitos absolutos da personalidade, como direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. O direito à alimentos, intimamente ligado ao direito à vida, independe do nascimento e, ao contrário, a ele objetiva, [...] A mesma dependência se verifica quanto ao direito à curatela e à representação. O nascituro é titular desses direitos, desde a concepção *independentemente do nascimento com vida* (ALMEIDA, 1988, p. 184) (*grifo original*).

Esses direitos são absolutos, pertencem ao ser humano, pelo simples fato de nessa condição existir, independem do nascimento com vida, reconhecendo assim o nascituro como sujeito de direito. Seu nascimento só irá movimentar o plano patrimonial, pois que, nascendo com vida, eles serão transmitidos, caso nasça morto tais direitos não tem razão para existirem.

2.3 A Personalidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

O nosso Ordenamento adotou a teoria natalista, como bem defende boa parte da doutrina, ou seja, só se atribui personalidade, a partir do nascimento com vida. Antes de nos determos a nossa legislação, é interessante reportamo-nos a outras legislações vigentes em relação ao tema.

No direito francês, é necessário que além do nascimento com vida, o feto seja viável, ou seja, tenha aptidão para viver, requisito que não está presente nos seres portadores de anencefalia, por exemplo.

O direito espanhol exige que além do nascimento com vida, o feto tenha forma humana e tenha vivido 24 horas após o parto. O antigo direito português, por sua vez, condicionava à aquisição da personalidade a forma humana.

No direito francês, como no antigo direito italiano, não basta o nascimento com vida. Diz-se ser necessário ainda, que o ser nascido seja viável. A viabilidade é a aptidão para a vida [...] O código espanhol (art. 30) exige no recém nascido “forma humana” e que tenha vivido 24 horas (PEREIRA, 2004, p. 219 e 220).

O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava à vida a figura humana (art. 6º). Para o argentino (art.7º e o húngaro (seção 9) a concepção já da origem à personalidade (DINIZ, 2003, p. 179)

Tais requisitos tornam a atribuição da personalidade, bastante duvidosa, questionável, por exemplo, o que seria “forma humana”? As pessoas que nascessem com alguma deformidade física, não seriam consideradas pessoas e não teriam, portanto, personalidade civil. No entanto, o que fazer no caso daquelas que nasceram perfeitas e que por algum fato, tornaram-se defeituosas, perderia a personalidade?

Exigir que para se adquirir personalidade, o ser nascido tenha uma forma humana, além de bastante contestável, é um retrocesso ao nazismo de Hitler, uma vez que, não há uma sobreposição de gêneros, não há raça humana superior e inferior, e sim uma raça única, todos somos seres humanos, merecedores de respeito e detentores de direitos.

O direito Civil não reconhece monstros, quem nasce da mulher é ser humano (MIRANDA, 1954, p.163), até por que foi gerado por seres humanos.

A questão da viabilidade é bastante desprezível, face às várias técnicas médicas, descobertas com o avanço da medicina. Crianças que venham ao mundo fracas e sem perspectiva de vida longa, podem muito bem ser recuperadas.

Na verdade o, o progresso da ciência se afirma tão vivamente que não se pode dizer que uma criança recém nascida, hoje em condições inferiores de aptidão para viver, não seja plenamente recuperada contra os prognósticos que fadavam ao perecimento (PEREIRA, 2004, p. 220).

Para evitar esses questionamentos, o nosso código civil, em seu artigo 2º exige apenas o nascimento com vida, para a aquisição da personalidade: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”.

Nascimento implica na separação do feto das vísceras maternas, independentemente se o parto foi provocado ou natural, antecipado ou se ocorreu no período normal de gestação (09 meses), o nascimento consiste apenas na separação do corpo materno.

A vida esta comprovada, com a entrada de ar nos pulmões, quando a criança , realiza a primeira troca de gás carbônico com o meio, mesmo que em seguida venha a falecer.

[...] Basta que a criança tenha terminado de nascer (=sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar de viver não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu (MIRANDA, 1954, p. 163).

Sendo assim, para o nosso Código Civil, só existe pessoa a partir do nascimento com vida, a partir desse momento é que se pode falar em personalidade civil, em sujeito de direito.

No entanto, a segunda parte do artigo em questão, assegura ao nascituro os seus direitos, apesar de não reconhecer que há personalidade civil desde o momento da concepção, o dispositivo legal, admite que aquele que está para vim ao mundo (nascituro) é detentor de direitos, os quais merecem proteção: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, *os direitos do nascituro* (artigo 2º CC/ 2002) (*grifo nosso*)”.

Com tal pronunciamento o nosso legislador, trouxe ainda que de maneira controversa a idéia de personalidade para o nascituro, já que, só adquire direitos, aquele que possui personalidade jurídica. Mesmo que existam de forma potencial, como dissertam alguns doutrinadores, adeptos da teoria natalista, eles existem e tem um titular, qual seja o nascituro.

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência *de um direito potencial* ao ente concebido [...] Assentando o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são *direitos meramente potenciais*, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade. (PEREIRA, 2004, p.218; 221) (*grifo nosso*).

Nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida. Fica ele como elemento do suporte fático do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu* [...] dependendo do nascimento com vida a eficácia do negócio jurídico [...] (MIRANDA, 1954, p.166) (*grifo original*).

É assegurado ao nascituro, direitos, que existem de forma potencial, para cuja constituição é necessário aguardar o nascimento com vida. Cabendo aos pais, ou na incapacidade dos mesmos, ao seu responsável civil, zelar por eles, tomando as necessárias medidas processuais em seu favor, sendo assegurado ao nascituro direito a alimentos, à um pai, à imagem, a de receber bens em doação, bem como o de suceder-los, transmiti-los.

Questionável, porém, é o texto do referido artigo, ao falar em *direitos do nascituro*, ora, se de acordo com a própria lei civil (artigo 1º CC/2002)⁷, só os seres dotados de personalidade são capazes de adquirir direitos e só existe personalidade a partir do nascimento com vida, por que ao nascituro, que ainda não tem personalidade civil são assegurados direitos?

O legislador poderia ter se utilizado de outra palavra, como por exemplo, pretensões de direito, ou expectativa de direitos do nascituro, no entanto, foi bem claro ao definir os direitos. Sendo assim, pode-se falar que o atual diploma legal faz uma fusão da teoria natalista e a concepcionista.

⁷ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil

Quando estatuiu, na segunda parte do art. 2º, que a ‘lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’, não há de ter usado impensadamente, sem compromisso com a propriedade da terminológica, a palavra ‘direitos’. Poderia ter usado ‘interesses’; não o fez, preferiu dizer ‘direitos’, e a opção não pode deixar de ter significação. ‘Direitos’ é termo técnico, e em princípio deve ser entendido na acepção técnica; sobre quem o conteste, em todo caso, recairá o ônus da prova. [...] Pouco importa, aqui, o modo pelo qual, no plano dogmático, se justificará a atribuição de *direitos* a alguém que, nos termos da primeira parte do dispositivo, ainda não tem personalidade [...] a lógica mais elementar impõe admitir que o nascituro tem direitos. Negá-los é fazer tábua rasa de disposições cristalinas [...] (MOREIRA, 2005, p. 115 - 116) (*grifo original*).

Teria o nosso legislador, optado por uma terceira corrente, teria criado uma teoria mista? Atribuindo personalidade ao nascituro, já que lhe concedeu direitos, porém condicionando a seu nascimento com vida?

Diante do exposto, uma conclusão é certa, nosso atual dispositivo legal, não adota a rigor a teoria natalista, a segunda parte do artigo segundo, assegura ao nascituro direitos, os quais podem ser exercidos, independentemente do nascimento com vida, pois a ele pertencem pelo simples fato de já existirem como seres humanos.

Logo, não há uma situação suspensiva ou condicional, para a aquisição desses direitos absolutos/ naturais, o nascituro os possui, por que é biologicamente provado que desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, há um ser humano, o zigoto já carrega material genético suficiente, que o identifica como tal.

A personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os *direitos patrimoniais materiais*, como a herança e a adoção, dependem do nascimento com vida. A plenitude e eficácia desses direitos fica *resolutivamente* condicionada ao nascimento com vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve entender-se, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento *sem vida*, porque a segunda parte do art. 4º do Código Civil bem como outros de seus dispositivos reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e *estados* ao nascituro não do nascimento com vida, mas desde a concepção (ALMEIDA, 1998, p. 185) (*grifo original*).

O direito à vida já lhe é assegurado, com a proibição e criminalização da prática abortiva, a gestante pode pleitear alimentos em nome do feto e para o feto, o *conceptus* tem direito de ter sua paternidade reconhecida antes de seu nascimento, dentre outros direitos expressos na nossa ordem civil e que adiante serão vistos.

2.4 Dos direitos do nascituro

Dizer que a nossa ordem civil é seguidora da teoria natalista, na atualidade, é uma questão bastante controversa, uma vez que, ao nascituro são assegurados direitos, os quais, podem em nome dele serem exigidos e por sua genitora tutelados em juízo.

Ora, segundo os adeptos dessa teoria, só a partir do nascimento com vida é que o nascituro torna-se pessoa na ordem civil, pois é neste momento que se adquire a personalidade civil.

Porém existem direitos a ele assegurados e resguardados, antes mesmo desse desligamento natural.

Tem prioritariamente o nascituro, o direito à vida, o direito de ter sua vida respeitada, a nossa Carta Magna de 1988, ao assegurá-lo, o estendeu a todos os seres humanos, sem distinção de classes ou categorias.

Em seu artigo 4º, o Pacto de São José da Costa Rica, protege o direito à vida, bem como informa o início dessa proteção, qual seja, desde o momento da concepção: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Ao se questionar quais seriam os direitos do nascituro, a resposta mais completa seria o direito à vida, pois é a partir deste que decorre e se fundamenta os demais.

O Direito a Curatela, também lhe é garantido, bem como dispõe as linhas do artigo 1.779 do CC/02⁸. A curatela consiste na designação de uma pessoa, intitulada curador, para a guarda e administração dos bens de outrem que por algum motivo, não pode exercer tal direito.

Se ao nascituro é assegurado o direito a curatela é porque a este podem ser transferidos bens, quer *causa mortis*, através das leis de sucessão, de uma forma geral⁹, quer *inter vivos*, através de doação, por exemplo¹⁰. No entanto, esses direitos patrimoniais, só pertencerão de fato ao patrimônio do *conceptus*, se este vir a nascer com vida, mas nada impede e recomenda-se que tais direitos sejam resguardados e protegidos.

Vale fazer uma pequena ressalva na questão da sucessão, pois o nosso legislador, ao tratar da sucessão testamentária, criou a possibilidade do testador, incluir como seu herdeiro

⁸ Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único: Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

⁹ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁰ Art. 542 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

peças ainda não concebidas¹¹, é a chamada prole eventual, que de nada tem haver com a idéia do nascituro, onde este, já fora concebido, apenas não veio ao mundo e naquele, não há a concepção, cria-se uma expectativa, se determinada pessoa vir a ter um filho, este terá direito de participar da herança.

O legislador, repetindo dispositivo semelhante do Código Civil de 1916, continuou a admitir nas hipóteses de sucessão testamentária que a herança seja conferida à pessoa futura. A pessoa futura não se equipara ao nascituro, posto ser esse o ente que ainda não nasceu, enquanto a pessoa futura não se encontra sequer concebida. É o que o legislador de 1916 adotou chamar de prole eventual (ZAINAGHI, 2007, p. 79).

A este também é cedido o direito de reconhecimento da paternidade, antes de seu nascimento, bem como versa o parágrafo único do artigo 1.609, do CC/02¹².

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 8º, também assegura ao nascituro, direito a tratamento pré-natal¹³.

Enfim, afora estes direitos, garantidos de forma expressa, temos também aqueles que lhe são assegurados, mediante decisões jurisprudenciais, como é o caso do direito a pleitear alimentos, que adiante será trabalhado.

2.4.1 Legitimidade de ação do nascituro

Para um melhor entendimento do tema, deve-se definir o que vem a ser legitimidade. Para a titularidade do direito material:

A legitimidade para agir é a segunda condição da ação [...] A legitimidade para agir, no campo do processo, consiste, fundamentalmente, em saber, no caso concreto, quem pode promover a ação, e contra quem, ou em face de quem, pode ser movida [...] a legitimidade para agir diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação (ROCHA, 2004, p. 177).

Apesar de não possuir personalidade, o nascituro tem legitimidade para postular seus direitos: “A legitimidade do nascituro quanto aos seus direitos é permitida sempre que se

¹¹ 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.

¹² Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

¹³ Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

almejar o seu interesse (ZAINAGHI, 2007, p.66)”. Para maiores esclarecimentos, válida e necessária é a questão da distinção entre legitimidade e capacidade.

A legitimidade como visto acima, diz respeito à ação, é uma condição da ação, o envolvido, tem que fazer parte da lide, ou de qualquer forma, ter interesse no desenvolver da mesma, por ser titular do direito discutido.

A legitimidade no direito em geral tem por fundamento uma relação entre o sujeito de um ato jurídico e o direito objeto do ato. No comércio jurídico normal, essa relação é a titularidade. Ou seja, parte legítima para praticar um ato jurídico é o titular do direito objeto do ato (ROCHA, 2004, p. 177).

Já a capacidade é um elemento processual, diz respeito à validade do processo. Aqui se verifica, se aquele que postula algo, através da ação, tem ou não capacidade para atuar no pólo ativo ou passivo da relação jurídica formada.

Pois bem, a capacidade processual é a aptidão que deve ter a parte para exercitar, por si mesma, os poderes jurídicos de que é titular no processo. Como o poder jurídico se exercita através da manifestação da vontade de seu titular, sendo essa sua principal característica [...] segue-se que a capacidade processual e a aptidão da parte para manifestar, por si mesma, sua vontade no processo (ROCHA, 2004, p. 224).

No entanto, existem pessoas, que apesar de possuírem legitimidade, não podem expressar sua vontade de forma plena, ou melhor, de exercitar, por si mesma, seus poderes (ROCHA, 2004, p. 224). Por isso, existe a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo, onde a primeira liga-se a questão da legitimidade, ou melhor, titularidade do direito discutido, enquanto a segunda diz respeito à expressão da vontade.

A capacidade processual das partes pode ser plena ou relativa. A parte tem capacidade processual *plena*, quando pode exercitar seus poderes com total autonomia, sem depender de quem quer que seja. A capacidade processual é dita *relativa*, quando a parte só pode exercitar seus poderes mediante a assistência ou autorização das pessoas indicadas por lei (ROCHA, 2004, p. 224).

Situações ocorrem em que a pessoa tem legitimidade, mas não tem capacidade processual de estar em juízo, o nascituro, quando em defesa de seus direitos, tem legitimidade para propor ação, porém não tem capacidade para estar em juízo, cabendo a sua genitora tal função.

No tocante à legitimidade, o nascituro será representado em juízo por sua mãe ou pai, ou ainda um curador especialmente designado para isso. Assim, ele será legitimado a requerer em juízo representado por quem detiver o poder familiar.

Eventualmente por determinação legal, deve ser representado em juízo por um curador (ZAINAGHI, 2007, p. 70).

Sendo assim, cabe aos pais do *conceptus*, ou melhor, ao(s) detentor(s) do poder familiar e excepcionalmente ao curador nomeado, no caso de ausência ou incapacidade destes, utilizar-se das medidas judiciais cabíveis, para assegurar os direitos daquele que esta para vim ao mundo.

CAPÍTULO 3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 Conceito de alimentos

No sentido comum, segundo o minidicionário da Língua Portuguesa Ruth Rocha, alimentos significa: “1.Toda Substância que nutre, que alimenta. 2. Sustento”. “Os alimentos, por sua própria natureza, são inerentes ao ser humano” (FACHIN, 2005, p.32).

Para a ordem Civil, os alimentos não são apenas os naturais, mas também os alimentos sociais, que são aqueles que permitem que o alimentando¹⁴, possa viver de acordo com as condições sociais dos envolvidos, nessa categoria podemos citar, educação, assistência, saúde, entre outros.

Para melhor esclarecimento, existe na doutrina uma divisão acerca dos alimentos, essa divisão também é bastante consolidada na jurisprudência. De um lado temos os alimentos naturais, que são aqueles indispensáveis para a sobrevivência, como por exemplo, a alimentação, vestuário. E do outro, temos os alimentos civis ou cômputos, os quais satisfazem outras necessidades essenciais para a vida em sociedade, como educação, instrução, etc.

A palavra ‘alimentos’ tem, em direito, acepção técnica. Na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os ‘alimentos’ compreendem tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, [...] ao tratamento de moléstias [...] e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e educação [...] (MIRANDA, 2002, p. 366).

Conforme a natureza, as espécies de alimentos podem ser classificadas em: a) naturais: necessários à manutenção da pessoa, na qual se inclui os alimentos propriamente ditos, o vestuário, a habitação, saúde, [...] b) civis: se ajustam à s outras necessidades morais e intelectuais, incluindo recreação, os quais se fixarão de acordo com o status social do alimentando e da pessoa obrigada (FACHIN, 2005, p.37).

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sua sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo *alimentos* pode ser entendido, em sua condição vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. [...] No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também a satisfação da vida em sociedade (VENOSA, 2003, p.371) (*grifo original*).

São os alimentos, tanto os chamados ‘alimentos naturais’ (alimentação, vestuário, habitação) quanto os ‘civis’, que, sob outro aspecto, se designam como ‘cômputos’ – educação, instrução, assistência. Esclareça-se que o conceito de alimentos no art. 1.694 de 2002 compreende os alimentos ‘naturais ou necessários’ indispensáveis à subsistência e os ‘civis ou cômputos’ destinados a manter a qualidade de vida do credor, de acordo com as condições sociais dos envolvidos’ (PEREIRA, 2007, p. 495 e 496).

¹⁴ Pessoa que recebe os alimentos. Credor de alimentos.

A distinção feita entre alimentos *para viver de modo compatível com a condição social* e alimentos em *valor indispensável à sobrevivência* veio consolidar a diferenciação entre alimentos civis e naturais, sustentada pela doutrina, e que já dispunha de livre trânsito na jurisprudência. A diferenciação estabelecia-se ao se quantificarem alimentos devidos aos filhos e alimentos a serem pagos ao ex-cônjuge ou ex-companheiro. (DIAS, 2006, p. 24) (*grifo original*).

Essa distinção está estabelecida de forma clara nas linhas do artigo 1.694¹⁵, *caput* e parágrafo primeiro¹⁶ do nosso CC/02.

Sendo assim, alimentos, não consiste apenas no fornecimento dos meios necessários para o sustento natural do organismo, mas também, um meio de proporcionar àquele que não tem como prover sua subsistência através de recursos próprios, condições de viver de acordo com sua realidade social.

3.2 Fundamento da prestação alimentar

Não se sabe ao certo, a partir de quando se começou a falar na obrigação de prestar alimentos. O que se tem conhecimento é que “no Direito Romano, Ulpiano já dizia que os ascendentes os deviam aos descendentes, quer no ramo paterno, quer no materno [...]” (PEREIRA, 2007, p.496). No entanto, não havia ainda um reconhecimento jurídico dessa obrigação.

O fundamento dessa prestação alimentar é a “solidariedade”, existente entre os membros de uma família.

O fundamento originário dessa obrigação é o vínculo da ‘solidariedade familiar’ ou de sangue ou ainda da lei natural. Os antigos com exagero, certamente, assemelhavam a recusa de alimentos ao homicídio: *necare videtur qui alimonia denegat*. Modernamente não se equiparam ao ato de matar alguém (*necare*), mas trata-se a obrigação alimentar como naturalmente nascente da solidariedade social que, no primeiro plano, grava as pessoas vinculadas pelas relações de família, sancionando a sua falta com aplicação de medidas coercitivas (PEREIRA, 2007, p. 496) (*grifo original*).

O conceito de família migrou para a identificação de um elo de afetividade. Agora a família *tem a marca do afeto* [...] Passou-se a chamar de eudemonista a família pós-moderna, que *não se identifica apenas pela existência da face tríade: pai, mãe e filho, mas na imagem bifronte: pai e/ou mãe e filho. Além disso, o vínculo e o parentesco genético devem ceder lugar, paulatinamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica*, o que esta desaguando

¹⁵ Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁶ § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

num 'conceito de felicidade individual em todas as searas jurídicas'(DIAS, 2006, p.29) (*grifo original*).

A nossa Constituição Federal (CF/88), em seu artigo 229 diz que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” Com tal reconhecimento, a nossa Carta Magna reforçou ainda mais essa assistência mútua, também recepcionada no nosso CC/02, que deve está presente entre os membros de uma família.

Basta a existência do comprometimento mútuo para se estar frente a um vínculo familiar. Assim, quem ama, seja quem for, assume deveres, encargos e obrigações. Quem é amado tem direitos. Como o afeto gera ônus e bônus, aí situa-se a natureza da obrigação alimentar. Por isso se trata de obrigação recíproca, pois quem têm direitos também tem encargos (DIAS, 2006, p.34).

Foi no Código Civil brasileiro de 1916 que se desenhou um modelo formal de família, apropriado para a arquitetura do Estado então concebido, dele emergindo uma bem acabada formulação jurídica de deveres parentais. Dentre esses deveres familiares vem estatuído, no campo das relações internas da família, a possibilidade de responder pelo suprimento das necessidades de outrem [...] (FACHIN, 2005, p. 27).

A prestação alimentar é garantidora do princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este, assegurado a todo ser humano e intitulado como Princípio Fundamental, sendo dever do Estado assegurá-lo, como bem versa o artigo 1º da nossa CF/88¹⁷. O fornecimento de alimentos para aquele que não tem como sobreviver com seus próprios recursos, impede que o mesmo leve uma vida desumana, indigna.

Os alimentos estão fundamentados no princípio da dignidade humana e no da solidariedade social, constituindo-se em prestações personalíssima entre as partes que compõem essa relação jurídica, ligadas pelo vínculo do parentesco [...] Trata-se de um direito garantido constitucionalmente no art. 5º *caput*, da Constituição Federal, na qual a *obrigação alimentar é modo de garantir sobrevivência, pressupostos mínimos de uma existência digna*, a fim de preservar o direito de se ter saúde, educação e lazer (FACHIN, 2005, p. 34 – 45) (*grifo nosso*).

¹⁷ Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III-a dignidade da pessoa humana; [...].

Ao dissertar sobre a questão da solidariedade ou assistência, presentes entre os participantes de uma família, válido será esclarecer o que se entende por família¹⁸ e quais são os membros que dela fazem parte e que devem assistência uns para com os outros.

De forma restrita, pode-se dizer que família é o conjunto de pessoas que descendem de um ancestral comum (PEREIRA, 2007, p.19), ou seja, família seria apenas, pais e filhos, ou como discorre Venosa: “família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”. De forma ampla, a doutrina define a família como sendo o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, sendo assim são membros de uma família, os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, bem como os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que denomina-se parentes por afinidade (VENOSA, 2003, p. 16). Tal definição esta presente apenas na doutrina, já que o nosso CC/02, não trouxe nenhuma conceituação de família.

De outro modo, com a evolução social, restringir, ou melhor, destrinchar um conceito de família, torna-se um pouco difícil, uma vez que, segundo Maria Berenice Dias: “No Brasil, o evoluir da sociedade ao longo do último século levou a tal transformação da família, que não mais pode ela ser referida a não ser no plural: famílias” (2006, p. 27).

Não há atualmente, um conceito de entidade familiar, que alcance os seus diversos tipos, o nosso constituinte cita nos parágrafos do art. 226 da CF/88, além da originada do casamento, as espécies de família decorrentes da União Estável, bem como as famílias monoparentais¹⁹. No entanto, tal “rol” não é exaustivo para o número de famílias que hoje se formam na nossa sociedade. “*Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram ‘numerus clausus’*” (DIAS, 2006, p. 28) (*grifo original*).

Deste modo, em decorrência de tal desenvolvimento social, enquadra-se hoje como entidade familiar, além daquelas citadas na nossa constituinte, as decorrentes da convivência entre irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, bem como aquelas formadas entre pessoas do mesmo sexo, denominadas de união homoafetivas. Isso não significa que a família nuclear fora abandonada ou esquecida, mas que apenas faz parte de uma das muitas formas de entidades familiares existentes atualmente (DIAS, 2006, p.31).

Dentro dessa concepção mais abrangente, passaram a ser identificadas como entidade familiar tanto a convivência entre irmão, como a dos avós com netos ou tios e sobrinhos. Igualmente, a união entre pessoas do mesmo sexo, com a

¹⁸ Vale deixar claro que no transcorrer desse trabalho, ao tratar do instituto família, por uma questão de ordem, contexto e localização no tempo e no espaço, está se falando das famílias ocidentais.

¹⁹ Aquela existente entre um dos genitores e sua prole.

denominação de união homoafetiva, vem sendo tratada como união estável [...] (DIAS, 2006, p.29).

Ao retrocedermos um pouco na nossa história, alguns momentos nos levam a concluir como foi forte e duradora a figura da família “patriarcal”, ou seja, aquela na qual o homem, representava a figura do Chefe político, social e religioso, cabia ao pai (*pater*) e somente a ele, todas as decisões que diziam respeito a seus filhos e esposa.

Em Roma, a família era organizada em função do princípio da autoridade. O *pater* exercia total controle sobre sua família, cabendo a ele todas as decisões acerca de seus membros, à matriarca só cabia o dever de cuidar das atividades domésticas e dos filhos, não possuindo nenhum poder de decisão.

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava de filha à esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpetua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 2007, p. 26) (*grifo original*).

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. [...] A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital. Essa situação deriva do culto familiar. Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo *pater*. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido [...] Por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados (VENOSA, 2003, p. 18) (*grifo original*).

Na Grécia, apesar de ter durado menos tempo que em Roma, o sistema patriarcal nas instituições familiares, também estava bastante presente, cabia ao pai decisões acerca da vida e da morte de seus filhos.

Em todas as cidades gregas, o pai tinha o direito de aceitar ou rejeitar o filho nascido de sua mulher. Cabia ao pai decidir se o filho podia participar ou não da família. Assim, no quinto dia após o nascimento, o pai comunicava sua decisão para os parentes e amigos. Se a decisão fosse favorável, a criança entrava efetivamente para a família. Era ungida de óleo, depois recebia um nome. Um banquete reunia parentes e amigos, que levavam presentes à mãe e brinquedos ao bebê. Os bebês *rejeitados pelo pai* (crianças doentes, deficientes físicos etc.) eram depositados em vasos de argila e abandonados no campo. (COTRIM, 2005, P.78) (*grifo nosso*).

No Direito Germânico, fora possível uma evolução em relação à *patria postestas* do Direito Romano, as decisões familiares não eram mais tomadas de forma unilateral pelo pai, patriarca, mas sim de forma bilateral, tanto o pai quanto a mãe tinham o dever de criar e educar seus filhos.

No direito germânico, o poder paterno *-munt, mundiu-* não foi tão severo quanto o *patria potestas romana* [...] Mas o que se revela fundamentalmente diverso, e que viria a contribuir sobremodo na evolução do instituto, é que as relações dele oriundas eram dúplices, no sentido de que geravam o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho (PEREIRA, 2007, p.419) (*grifo original*).

Em uma evolução pós-romana, a família descarta essa visão autoritária, como conseqüência do princípio da autoridade, exercido pelo patriarca, e passa para uma visão de compreensão e amor entre seus membros, o poder familiar, agora é exercido pelos pais, em benefício dos interesses de seus filhos.

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se ao grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental. E veio revestir no direito moderno, outras características. Substituiu-se a organização autocrática uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do *agnatio* pela vinculação biológica da consangüinidade (*congatio*) (PEREIRA, 2007, p. 27 - 28).

Nossa CF/88, em seu artigo 226, parágrafo 5º atribui igualdade de direitos e deveres nas relações conjugais²⁰, é abandonada essa visão patriarcal, que dava ao homem a posição de chefe absoluto da família. Cabe a ambos os genitores o dever de assistir seus filhos menores.

Ademais, cumpre observar que tais textos legislativos refletem o dinamismo da atual sociedade, a qual impõe que *ambos os genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos, em igualdade de condições*, em face da inserção das mulheres no mercado de trabalho, bem como à intervenção masculina na administração dos lares, ambiente outrora restrito ao domínio feminino, o que torna o exercício do poder familiar comum aos genitores (PEREIRA, 2007, p. 421) (*grifo nosso*).

Além de modificar o centro das decisões familiares para ambos os pais, a evolução do pátrio poder, ou poder familiar, também tirou o caráter de subordinação que os filhos deviam ao pai, e instaurou-se a idéia de defesa dos interesses dos filhos. O poder familiar, não é mais

²⁰ Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

exercido em benefício daquele que o exerce, mas sim em benefício dos filhos, em favor de quem se exerce.

A referida estrutura consagra, definitivamente, ‘a doutrina jurídica da proteção integral’, ao indicar que os interesses dos pais não se impõe aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direitos que a lei lhes atribui. Estamos diante de uma nova estrutura familiar marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento (PEREIRA, 2007, p.422).

Em observação ao disposto no artigo 229 da nossa CF/88, visto anteriormente, o ECA em seu artigo 22 estabeleceu que: “aos pais cabe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

A partir do momento da concepção do filho e de seu reconhecimento como tal, surge para os genitores o dever de prestar-lhe assistência.

Os encargos decorrentes do poder familiar surgem quando da concepção do filho: *a lei Poe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro* (CC,art.2º). Ora, principalmente a partir do momento em que o pai procede o registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao poder-dever familiar, entre os quais o de assegurar-lhe sustento e educação (DIAS, 2006, p. 110) (*grifo original*).

Pois bem, do poder familiar, como já visto anteriormente, decorre para ambos os genitores deveres, os quais estão dispostos no artigo 1.634 do CC/02²¹. Do disposto no inciso I, do referido artigo, decorre o dever de prestar alimentos, como bem conclui Caio Mário da Silva Pereira: “Estão presentes os deveres fundamentais que compõem o poder familiar: 1) A manutenção dos filhos menores, proporcionando-lhes os alimentos, *em todos os sentidos*, tais como discriminadamente mencionados [...]” (PEREIRA, 2007, p. 425 - 426) (*grifo nosso*).

²¹ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I-dirigir-lhes a criação e educação;

I- tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

IV- 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;

V- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Às vezes, a necessidade é presumida, como ocorre com os sujeitos ao poder familiar. Fora dessa hipótese, basta alguém comprovar a ausência de possibilidade para prover o próprio sustento para ter direito de exigir alimentos de quem o amou. [...] Diante dessa caleidoscópica realidade, de todo insubsistentes são as classificações para reconhecer a responsabilidade alimentar, que não está limitada, nem aos vínculos de consangüinidade, nem ao casamento. Todas as tentativas de estabelecimento de parâmetros estanques acabam esbarrando em situações que refogem ao modelo posto (DIAS, 2006, p.34 - 35).

Então, podemos concluir que a obrigação alimentar, surge dessa afetividade existente entre os membros de uma família, tanto os pais para com os filhos, sendo a recíproca também verdadeira, quanto um cônjuge em relação ao outro, tem o dever de prestar alimentos àquele que não tem condições de gerir-se com seus próprios meios. “Assim, os alimentos são devidos por vínculos de parentalidade, afinidade e até por *dever de solidariedade*.” (DIAS, 2006, p. 86) (*grifo nosso*).

3.3 O nascituro e a necessidade de se reivindicar alimentos.

Como visto anteriormente, o nascituro, de acordo com o CC/02, não possui personalidade civil, no entanto, existem direitos, expressos na nossa ordem legislativa ou consolidados por decisões jurisprudenciais, que a ele são assegurados antes mesmo de seu nascimento.

Dentre os direitos do *conceptus*, temos o direito a alimentos. São os chamados alimentos gravídicos, os quais lhe são concedidos, afim de que possa vir ao mundo de forma saudável, garantindo àquela que o porta os recursos necessários para cobrir as despesas do período da gestação e garantir um bom desenvolvimento do feto. De uma forma genérica, os alimentos grávidos são devidos ao *conceptus* e percebidos pela gestante, durante a gravidez.

O filho necessita de cuidados ainda durante a vida intra-uterina, a mãe tem de submeter-se a exames pré-natais, e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a mãe precisa de roupas especiais e alimentação adequada, sem olvidar que tem sua capacidade laboral reduzida não só nesse período, como também depois do nascimento do filho, sendo limitados os seus ganhos durante a licença-maternidade (DIAS, 2006, p.113) (*grifo nosso*).

Questionamentos surgem, no entanto, quando se indaga a possibilidade de poder o nascituro, pleitear esses alimentos em juízo, já que a nossa ordem civil, só concede personalidade, a partir do nascimento com vida, sendo assim, se interpretarmos a primeira parte do artigo 2º do nosso CC/02 de maneira estrita, aquele que não veio ao mundo, não tem

personalidade, conseqüentemente não tem legitimidade para ser parte, não possuindo assim, direito aos alimentos, muito menos de estar em juízo requerendo-os.

Mas, quando em defesa de seus direitos, o nascituro tem legitimidade *ad causam*, tem legitimidade de ser parte, cabendo a sua genitora representá-lo em juízo. Tal entendimento já encontra respaldo na doutrina: “A legitimidade do nascituro quanto a seus direitos é permitida sempre que se almejar seu interesse [...]” (ZAINAGHI, 2007, p.66).

Bem como na Jurisprudência, já que os nossos tribunais tem reconhecido a legitimidade processual do nascituro de ser parte e a legitimidade de sua mãe para esta em juízo representando-o. Em decisão pioneira se pronunciou a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em 14.09.1993 na Apelação Cível n. 193648-1:

[...] têm os nossos Tribunais reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, tendo decisão pioneira da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14.09.1993 (Ap. Cível n. 193648-1), atribuído legitimidade ‘*ad causam*’ ao nascituro, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Concluiu o relator - Des. Renan Lotufo - reportando-se à decisão pioneira no mesmo sentido do Tribunal do Rio Grande do Sul (RJTJRS 104/418) que ‘ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, *capacidade para ser parte como autor ou réu*. Representado o nascituro, pode a mãe propor ação de investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então uma expectativa resguardada. (LOMEU, 2008,p. 02) (*grifo nosso*).

É correto concluir que ao *conceptus* está assegurado o mais importante de todos os direitos, qual seja o direito à vida, já que ao garanti-lo, como direito fundamental pertencente a todo o ser humano, a nossa Constituição Federal, não o categorizou, ou seja, não o distribuiu apenas para este ou aquele ser humano, mas sim o estendeu a todos aqueles que nessa condição existem.

Como apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, há vida humana desde a concepção, sendo, portanto, o zigoto, embrião e feto, partes de um desenvolvimento natural e necessário para a formação do homem, o qual mesmo após o desligamento do ventre materno, continua a se desenvolver.

Desta maneira, tal direito seria colocado em risco, se à mãe do *conceptus*, fossem recusados os meios necessários para o desenvolvimento saudável do ser em formação no seu ventre.

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que seu principal direito consiste no ‘direito a própria vida’ e esta seria

comprometida se a mãe necessitada fossem recusados os recursos primários a sobrevivência do ente em formação em seu ventre (PEREIRA, 2007, p. 517).

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida, se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria (MIRANDA, 2002, p.366).

Como garantir o nascimento com vida, se aquela que hospeda em seu ventre um novo ser humano, não tem como suprir todas as necessidades exigidas em uma gestação, através dos seus próprios recursos? Como por exemplo, exame pré natal, assistência psicológica, exames, internações, medicamentos, alimentação balanceada, vestimentas, calçados, enfim, tudo aquilo que se faz necessário para um bom desenvolvimento do feto.

Isso porque o titular de tais direitos é o ser ainda não nascido, que conta com as garantias necessárias para adquirir a personalidade jurídica, tendo em vista que a dignidade humana deve lhe alcançar os momentos que antecedem ao seu nascimento, sob pena de se negar efetividade ao direito fundamental à vida (ANGELUCI, 2010).

A lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), em seu artigo 2º²², diz ser necessário para a concessão dos alimentos, que o credor prove o “parentesco ou a obrigação alimentar, do suposto devedor”. Para a concessão dos alimentos a lei recorre ao exame pericial, pois atualmente ele é o meio mais seguro e eficaz de se comprovar a relação de parentesco entre o alimentante e o alimentado. Tal exigência dificultava bastante a possibilidade de concessão de alimentos ao nascituro.

O silêncio do legislador, em relação à possibilidade do *conceptus* receber alimentos, tornou a questão ainda mais complicada. Para preencher essa lacuna, fora elaborada a lei nº 11.804/08 (lei de alimentos gravídicos - LAG), permitindo que a gestante tenha direitos a perceber alimentos, que lhe garantam uma boa gestação²³, apresentando ao juiz, apenas, indícios de paternidade.

A dificuldade gerada pela comprovação do vínculo de parentesco de outrora já não encontrava-se engessada pela justiça que teve a oportunidade de reconhecer, em casos ímpares, a obrigação alimentar antes do nascimento, garantindo assim os direitos do nascituro e da gestante, consagrando a teoria concepcionista do Código

²² O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-à ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação 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.

²³ Art. 1º Esta lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido

Civil e o princípio da dignidade da pessoa humana. Sem dúvidas, houve, mais uma vez, o reconhecimento expresso do alcance dos direitos da personalidade (LOMEU, 2008).

Esses alimentos são devidos desde a concepção e vão até a hora do parto²⁴, “Pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar [...]” (DIAS, 2006, p.113).

Com o nascimento, os alimentos gravídicos convertem-se em pensão alimentícia para a criança, como bem discorre o parágrafo único do artigo sexto da lei em comento²⁵.

Vale ressaltar, que as despesas são rateadas entre os genitores, ou seja, não cabe apenas ao genitor o custeio de tudo, ele contribuirá com a parte que lhe cabe, sendo a outra pertencente à genitora, segundo o parágrafo único do artigo segundo da LAG²⁶.

A obrigação alimentar pode ser solidária ou subsidiária. Não podendo o devedor de alimentos satisfazer as necessidades do credor, caberá a este recorrer aos pais do devedor e na falta destes aos irmãos do mesmo (art. 1.696 CC/02).

A lei atual, contudo, expressamente permite que sejam outros alimentantes chamados a integrar a lide, no mesmo processo, caso o parente que deva alimentos em primeiro lugar não puder suportar totalmente o encargo. Chamar-se-á o parente mais próximo em grau [...] (FACHIN, 2005, p.38-39).

Em se tratando de alimentos gravídicos, a falta de possibilidade do suposto pai ou o falecimento do mesmo, permite que a genitora recorra aos futuros avós e na falta destes aos supostos tios? Nos termos do artigo 1.698 do CC/02²⁷, na impossibilidade do devedor originário de alimentos, suprir todas as necessidades do credor, podem ser chamados a concorrer “os de grau imediato”, entendendo-se como os ascendentes e irmãos.

²⁴ Art. 2º da lei nº 11.804/2008. Os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da 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 considerar pertinentes.

²⁵ Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite sua revisão.

²⁶ Art. 2º Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que devera ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também devera ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

²⁷ Art. 1698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo varias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

A LAG, foi omissa quanto a este questionamento, sendo relevante também ressaltar que o seu parágrafo único do artigo 2º, refere-se expressamente ao “pai”, sem fazer menção a qualquer outro parente, no entanto, essa passagem é única, nos demais artigos, ao tratar do débito alimentar, dirige-se ao devedor de alimentos de maneira genérica, chamando-o de “parte” ou “parte ré” (LOMEU, 2010).

Como a prestação alimentar visa garantir a subsistência do alimentando, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, e no caso dos alimentos gravídicos, assegurar o nascimento com vida do nascituro, é aceito na doutrina e na jurisprudência a extensão dessa obrigação aos futuros avós, são os chamados “alimentos avoengos” (LOMEU,2010).

Por analogia, aplica-se a determinação contida no artigo 1.698 do nosso CC/02, uma vez que o artigo 11²⁸ da lei em estudo, manda aplicar subsidiariamente o nosso atual Código Civil.

Apesar do parágrafo único, art. 2º, da Lei dos Alimentos Gravídicos, consagrar que os alimentos seriam custeados pelo pai, esta legislação especial não afasta a aplicabilidade do Código Civil supletivamente, como dispõe o art. 11º, da referida. Logo, é perfeitamente aplicável os alimentos gravídicos avoengos, referendando-se pelas regras do art. 1.696 e 1.698 do Código Civil, [...] Com objetivo de resguardar um momento primordial do ser humano onde a eventual deficiência alimentícia pode significar o estágio limítrofe entre a vida e a morte, julga-se pela possibilidade da vida e a *extensão da obrigação alimentar aos parentes em condições de fazê-la*. [...] Tudo isso, claro, depois de resguardadas as ordens para se pedir alimentos, ou seja: *ao pai, na falta destes aos avós, e assim sucessivamente*. De tal modo, somente após a demonstração da inexistência ou da impossibilidade de um dos parentes de determinada classe em prestar alimentos é que se pode pedir alimentos a parentes pertencentes às classes mais remotas (LOMEU, 2010) (*grifo nosso*).

É claro que o pai é o primeiro – e preferencialmente o único – a integrar a "lista de devedores". Mas, eventualmente, outras pessoas, [...] podem ser chamadas a dar sua contribuição. Assim, por exemplo, *se o pai não tem condições de arcar com a obrigação, os avós paternos podem ser chamados a assumir total ou parcialmente o encargo*. Não há, pelo que sinto, nada que afaste esta conclusão, justamente porque tais medidas se enquadram perfeitamente no escopo do instituto (DONOSO, 2009) (*grifo nosso*).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA OS AVÓS MATERNOS. IMPOSSIBILIDADE DOS GENITORES. AUSÊNCIA DE PROVAS. OBRIGAÇÃO AVOENGA AFASTADA. DECISÃO REFORMADA. Recurso provido. *Os avós só estão obrigados a prestar alimentos aos netos quando existir prova robusta de que o titular do dever de sustento está impossibilitado de suportar totalmente o encargo, vez que os avoengos, quanto ao pensionamento, detém a responsabilidade subsidiária e hierarquizada.*” (BRASIL, Tribunal de Justiça. Pocessual Civil. Alimentos. Apelação Civil nº 2007.046226-3 da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Rel. Des. José Mazoni Ferreira; DJSC 22/02/2008; Pág. 157) (*grifo nosso*).

²⁸ Art.11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das leis nº 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Sendo assim, diante da impossibilidade do pai prestar os alimentos gravídicos, a genitora poderá recorrer aos avós do nascituro, os quais, respondem pelo débito alimentar de forma subsidiária. Tudo isso para manter a finalidade da prestação alimentar, qual seja, assegurar a subsistência do credor, ou melhor, garantir-lhe uma vida digna.

O Juiz ao fixar o *quantum* devido pelo genitor deverá sempre observar o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Os alimentos fornecidos pelo genitor, não podem ser fixados em um valor que o impeça de gerir sua vida, ou melhor, que ponha em risco sua própria subsistência, da mesma forma, devem ser suficientes para proporcionar uma boa gestação, uma subsistência digna à gestante.

Os alimentos não de ter, na devida conta, as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado. Vale dizer: serão fixados na proporção das *necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*. Não tem cabida exigir-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a prestá-lo com sacrifício próprio ou da sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores (§1º do art. 1.964) (PEREIRA, 2007, p.498) (*grifo nosso*).

É, por certo, uma *dívida de valor mensurada pela possibilidade e fundada na necessidade*. Tanto os alimentos ditos naturais ou necessários (*necessarium vitae*), como aqueles indispensáveis à subsistência (*necessarium personae*), são destinados a manter o padrão de vida ao alimentando, sem perder de vista, a capacidade econômica do alimentante (FACHIN, 2005, p.37) (*grifo nosso*) (*grifo original*).

Essa determinação está expressamente prevista na lei dos alimentos gravídicos, nos termos do artigo sexto: “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.*” (*grifo nosso*).

A nova legislação entra em contato com a realidade social facilitando a apreciação dos requisitos para a concessão dos alimentos ao nascituro, devendo a requerente convencer o juiz da existência de indícios da paternidade, desta forma, este fixará os alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, *sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré* [...] Note-se que os critérios para a fixação do valor dos alimentos gravídicos são os mesmos hoje previstos para a concessão dos alimentos estabelecidos no art. 1694 do Código Civil: a *necessidade da gestante, a possibilidade do réu – suposto pai –*, e a proporcionalidade como eixo de equilíbrio entre tais critérios (LOMEU, 2010) (*grifo nosso*).

Embora os critérios norteadores para fixação do *quantum* sejam diferentes dos alimentos previstos no art. 1694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, ou seja, é levado em consideração todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro (FREITAS, 2009).

A observação da proporcionalidade na fixação dos alimentos, também garante que o *quantum* fixado antes do nascimento, possa ser revisto e modificado, depois do nascimento, onde passa a figurar os alimentos gravídicos como pensão alimentícia.

Como o encargo deve atender ao critério da proporcionalidade, segundo os recursos de ambos os genitores, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados vigorando um montante para o período da gravidez e valores outros a título de alimentos ao filho a partir de seu nascimento (DIAS, 2010).

Após o nascimento com vida do feto, os alimentos, continuam sendo devidos pelo réu, mudando apenas de roupagem, não serão mais recebidos a título de alimentos gravídicos, uma vez que, com o nascimento, os mesmos perdem seu objeto, qual seja assegurar a genitora uma boa gestação, a fim de garantir um bom desenvolvimento fetal e conseqüentemente seu nascimento com vida. Os alimentos serão devidos a título de pensão alimentícia, para proporcionar ao nascido sua subsistência.

Ora, tanto é assim, que os alimentos são devidos ao nascituro através da gestante e *após o seu nascimento, com vida, estes serão convertidos em pensão alimentícia automaticamente*, caso não haja revisão por interesse das partes. A efetividade do direito da existência de um comportamento que permite que um ser seja aquilo que ele veio ser se denomina Ética do Cuidado. Não resta qualquer dúvida, pois, que a Lei dos Alimentos Gravídicos reflete, igualmente, em todo o seu teor a Ética do Cuidado, porque consegue dá ao nascituro o que é realmente dele, principalmente o direito à vida, para que ele possa dar seguimento ao seu destino após o seu nascimento (LIMA, 2009).

Ao se fixar o valor dos alimentos, é imprescindível que seja observado, além das necessidades decorrentes de uma gestação, a situação financeira do alimentante, com intuito de não diminuir sua capacidade econômica e permite que continue provendo sua subsistência através de meios próprios. Caso contrário, estar-se-ia ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, comentado anteriormente.

Importante será frisar que as despesas elencadas no artigo 2º da lei em estudo, não são taxativas, várias outras existem e devem ser custeadas de maneira igualitária pelos genitores.

3.4 Os alimentos gravídicos e a prova da paternidade.

Os alimentos são devidos pelos pais em decorrência do poder familiar, tal obrigação trona-se exigível, desde o momento da concepção, pois a partir daí já há uma relação de afetividade entre o feto e seus genitores.

Quando há vida em comum dos pais, e o ser em formação tem a aceitação de ambos os genitores, a obrigação alimentar é uma obrigação de fazer para os pais, decorrente justamente do poder familiar, se por ventura, tal relação se romper, o dever dos pais para com os filhos, não muda, continua o mesmo. Aquele que não estiver com a guarda do filho, tem o dever de prestar-lhe assistência, a obrigação de alimentos agora é uma obrigação de dar.

Enquanto os pais mantêm vida em comum, atender os deveres decorrentes do poder familiar constitui obrigação de fazer. Cessado o vínculo de convívio dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação aos filhos (CC, arts. 1.579 e 1.632). Restando a guarda do filho com somente um dos pais, a obrigação decorrente do poder familiar resolve-se em obrigação de dar, consubstanciada no pagamento da pensão alimentícia (DIAS, 2006, p.109 - 110).

Dificuldades surgem quando, não há o reconhecimento do genitor, quanto o seu parentesco com o nascituro, ou melhor, quando ele desconhece de sua paternidade, não prestando a devida assistência a gestante. Como a lei dos alimentos gravídicos, exige para a fixação dos mesmos, indícios de paternidade²⁹, cabe à genitora a produção de tais provas, com exceção dos casos previstos no art. 1.597 e seguintes do CC/02³⁰, que tratam da presunção de paternidade.

Aquela que se encontra desamparada, pode entrar com uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos gravídicos em favor do filho. Vale salutar, que na ação de investigação de paternidade o investigador é o nascituro, a sua genitora entra com a ação e representa-o em juízo, mas a mesma deve se dar em nome do *conceptus*, por ser ele o titular do direito em questão, é ele o legitimado para tal.

²⁹ Convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento [...].

³⁰ Art.1.597. 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;
- III- Havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido;
- IV- Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homologa;
- V- Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É sabido que o apenas concebido pode investigar a paternidade, servindo-se de modernas técnicas de coleta de amostra do líquido da placenta para fazer a prova genética, procedimento seguro que garante a integridade física do ser enclausurado; e vindo à luz se investe na titularidade do direito material posto [...] Então se aceita que a pesquisa da filiação seja cumulada com um pedido de alimentos provisórios para que a mãe possa enfrentar as despesas anteriores ao parto, como os custos da pediatria, a assistência cirúrgica, transfusões, ultra-sonografia, intervenções fetais e outras [...] (GIORGIS, 2007) (grifo nosso).

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. (BRASIL, Tribunal de Justiça. Processual Civil. Investigação de Paternidade. Agravo de Instrumento Nº 70006429096, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2003; DJRS) (grifo nosso).

O que pode tornar-se um obstáculo a concessão dos alimentos gravídicos, é a questão da prova da parentalidade, como a gestante poderá provar, que aquele que se abriga em seu silo materno, é fruto de um relacionamento amoroso com o investigado?

Segundo o art.332 do Código de Processo Civil, admitem-se em juízo todos os meios de prova, no entanto, quando se fala em provar a paternidade do nascituro, a questão torna-se um pouco mais complicada, já que esse número de provas torna-se um pouco reduzido.

O exame pericial realizado no feto, através da comparação entre o material genético do investigante (nascituro) e o do investigado (pai), apesar de apresentar um resultado prático e imediato, é considerado por alguns doutrinadores um meio por demais arriscado, uma vez que colocaria em risco a vida da criança.

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 (DIAS, 2010).

Da mesma forma,

À lei informa que a fixação dos alimentos gravídicos se dará de acordo com convencimento do juiz da ‘existência de indícios da paternidade’ conforme dito do art. 6º da referida norma. Não é possível realizar qualquer exame pericial, pelo menos na tecnologia atual, sob pena de por em risco a existência do feto [...] Essa disposição colocava em risco a vida da criança. É consenso na comunidade médica que o exame de DNA em líquido amniótico pode comprometer a gestação. (FREITAS, 2010)

O exame de DNA, fruto dos avanços da medicina, esta sendo cada vez mais utilizado na área jurídica, tornando-se uma prova de grande poder de convencimento para as ações investigatória e negatória de paternidade nas varas de família.

Tal exame apresenta certeza quanto a relação de parentesco. Cada indivíduo desde a concepção possui uma carga genética única, formada por 50% do material genético do pai e 50% do material genético da mãe. As moléculas de DNA compõem os cromossomos, cada ser humano possui 46 cromossomos, sendo 22 do pai e 22 da mãe. As informações genéticas se dispõem ao longo dos cromossomos em posições conhecidas por locus. (HORTA, 2010)

O exame de DNA pode ser feito antes mesmo do nascimento, em razão das grandes técnicas alcançadas pela medicina.

Destacamos ainda a possibilidade de realizar a investigação da paternidade antes do nascimento da criança, através da análise do DNA contido nas células do líquido amniótico, sendo esse material coletado por médico especializado, com risco de abortamento mínimo, sendo este o ponto que realmente nos interessa (ZIMMERMANN, 2010).

Embora existam dúvidas na doutrina quanto a segurança do exame, como observado anteriormente, os médicos especialista na área vem comprovando os graus mínimos de risco, que tais exames podem trazer para o feto.

A coleta de material do feto é feita obtendo-se uma amostra de vilos coriais, que consiste no componente fetal da placenta. A placenta é composta de duas faces: a materna, que possui células idênticas às da mãe e a fetal, cuja estrutura celular é a mesma da do feto. Destarte, para obtermos células fetais (e, portanto DNA, que se encontra no núcleo das células) não é necessário importunarmos o feto. O que procedemos é a coleta do vilos coriais, hoje considerada rotineira para o diagnóstico, não só de anomalias genéticas mas de outras situações patológicas, tais como infecções, anormalidades metabólicas, etc., onde seja imprescindível a obtenção de tecido fetal. A biópsia de vilos coriais é, portanto, uma intervenção usual e segura, com risco mínimo para o feto e a gestante. **Basicamente, a amostra de vilos coriais é obtida, com o auxílio do ultra-som** (que possibilita localizar com precisão a placenta), **podendo ser procedida através da via baixa** (utilizando o colo do útero para o acesso) **ou pela parede abdominal.** Este procedimento foi descrito pela primeira vez por Ward (1982). As vantagens da técnica de obtenção de amostra de vilos coriais e da utilização de tecnologia do exame do DNA são complementares. **É possível conseguir amostras de vilos coriais viáveis, a partir da nona semana de gestação e a quantidade de vilos coriais requerida para o exame do DNA é mínima.** Uma vez coletado o vilos coriais, procede-se a coleta de material (uma pequena quantidade de sangue) da mãe e do suposto pai, de onde se extrai o DNA dos núcleos dos respectivos glóbulos brancos, pois os glóbulos vermelhos são células desprovidas de núcleo. As células do vilos coriais (ou do líquido amniótico) são colhidas em pequena quantidade, mas são mantidas algumas horas em cultura em meio apropriado para que se multipliquem e possibilite a extração do DNA de seus núcleos. Desta etapa em diante a metodologia é a mesma empregada nos casos de filhos de qualquer idade, cuja fonte de material é uma pequena amostra

de sangue. **O resultado é obtido em duas a três semanas. Em resumo, antes da décima terceira ou décima quarta semana de gestação** (muito antes da metade da gestação e antes, até, do aumento visível do volume abdominal), **o diagnóstico da paternidade já está concluído.** O exame do DNA é procedido de acordo com os padrões mais avançados (Baird 1993, AABB 1990) e **os resultados alcançam mais de 99,9% de probabilidade de paternidade (quando da não exclusão), levando-se em conta que o exame exclui cem por cento dos falsos pais biológicos** (MATTOS FILHO *apud* ZIMMERMAN, 2009) (*grifo original*).

Dentre as técnicas utilizadas pela medicina, para a coleta de material genético do feto, temos:

1) A Biópsia Vilo Corial, trata-se da técnica que retira células da placenta e compara o material genético contido nelas com o do investigado, pelo fato de ser as células presentes na placenta, idênticas as do feto. Tal procedimento pode ser realizado a partir da 10ª semana de gestação. Conforme narrado na citação feita anteriormente. Os riscos dessa técnica são mínimos, porém pode acontecer de se lesionar as mãos e os pés do feto.

2) Amniocentese, essa técnica retira com uma agulha fina um pouco do líquido amniótico, no qual esta inserido o feto. Esse exame é possível, em decorrência das inúmeras células presentes no líquido devido a descamação da pele, da bexiga e do trato intestinal do feto. É uma das técnicas mais seguras, tanto para o feto, quanto para a mãe e pode ser realizada entre a 15ª e 18ª semana de gestação. Os riscos de aborto são mínimos. Em alguns casos pode acontecer ainda um sangramento vaginal ou a perda de uma pequena quantidade do líquido amniótico.

Durante o procedimento, o feto é monitorizado através da ultra-sonografia. O médico observa os movimentos do coração, a idade do feto, a posição da placenta, a localização do líquido amniótico e o número de fetos presentes. [...] A seguir, orientado pela ultra-sonografia, o médico insere uma agulha através da parede abdominal até o líquido amniótico. O líquido é colectado para exame e a agulha é removida. Os resultados estão disponíveis em 1 a 3 semanas. [...] *A amniocentese apresenta poucos riscos tanto para a mãe como para o feto.* Um sangramento vaginal discreto ou o escape de líquido amniótico podem ocorrer em 1 a 2% das mulheres e, geralmente, eles cessam espontaneamente. Após a amniocentese, estima-se que o risco de aborto seja de aproximadamente 1 em 200, embora alguns estudos tenham determinado um risco ainda mais baixo. [...] As lesões fetais provocadas pela agulha são extremamente raras. A amniocentese geralmente pode ser realizada quando uma mulher apresenta uma gestação gemelar ou mesmo de mais fetos. (S/a, Disponível em: <http://apeslfb.wordpress.com/diagnostico-genetico>. Acessado em: 01-11-2010) (*grifo nosso*).

3) Condocentese ou Coleta Percutânea de Amostra de sangue do Cordão Umbilical, esta técnica é bastante segura para a genitora, no entanto, dentre as citadas anteriormente é a que traz mais riscos para o feto, uma vez que consiste na coleta de sangue da punção da veia do

cordão umbilical. “Orientado pela ultra-sonografia, o médico insere uma agulha através da parede abdominal até o cordão umbilical, geralmente próximo à sua inserção na placenta, coletando a seguir uma amostra do sangue fetal” (S/a., Disponível em: <http://apeslfb.Wordpress.com?diagnostico-genetico>. Acessado em: 01-11-2010).

Apesar da segurança e precisão dos exames de DNA nos fetos, estas não são as únicas provas cabíveis e admitidas para comprovar a paternidade. A gestante, não querendo se submeter aos riscos dessas técnicas, pode provar o vínculo de parentesco, através de outros meios, como cartas, testemunhas, fotos, enfim, instrumentos que comprovem a existência de uma relação amorosa entre ela e o investigado no momento da concepção.

Tais provas não vão provocar no magistrado uma certeza quanto a paternidade, mas devem ser suficientes para formar uma presunção relativa de paternidade. Em outros termos fazer com que o mesmo desconfie do investigado.

A partir daí ficou estabelecido que o juiz pode fixar os alimentos sempre que tiver convicção de que estão presentes os indícios da paternidade. A genitora não precisa trazer aos autos nenhuma prova cabal de que o sujeito é o pai da criança. Ela necessita apenas anexar fatos conhecidos, a partir dos quais se possa extrair que havia uma relação afetiva e de que provavelmente ele será o pai. (VITAL, 2010).

Para a concessão dos alimentos gravídicos, a lei em comento exige apenas “indícios de paternidade”, não é necessário que esteja de fato comprovado a relação de parentescos, que exista uma prova cabal. A paternidade ainda continua sendo o objeto da ação principal, mas devido ao caráter de urgência presente no pedido de alimentos gravídicos, estes podem ser fixados de maneira provisória, ou seja, antes da sentença final.

Caso fosse exigido, que primeiramente se determinasse de fato o vínculo de parentesco, para só assim serem concedidos os alimentos, em decorrência da morosidade processual, o feto chegaria a nascer sem que a sua genitora tivesse recebido o devido auxílio nas despesas decorrentes da gestação. Perdendo assim a referida ação sua razão de ser.

3.5 Responsabilidade civil da genitora no caso de recebimento indevido dos alimentos gravídicos.

Já fora visto anteriormente que, para a concessão dos alimentos gravídicos, a legislação exige apenas indícios de paternidade, assim, a genitora deverá fornecer provas que provoquem suspeitas no magistrado, de que aquele homem, adotado como réu, é o suposto pai

do nascituro. Não sendo então, determinante para a procedência do pedido de alimentos gravídicos, o exame pericial.

O juiz não pode impor à gestante que a mesma se submeta à realização de exame de DNA, por meio de uma das técnicas apresentadas no item anterior, uma vez que o artigo 8º da LAG que determinava o exame pericial, em caso de negação da paternidade, fora revogado, justamente porque tais técnicas colocariam em risco à vida do nascituro. Apesar de pequenos, os casos de prejuízo à integridade e até mesmo a vida do feto existem. Qual a mãe que quer correr esse risco? Ou melhor, que quer submeter seu filho a tal perigo?

Do mesmo mal padeceu o art. 8º do Projeto que previa: *havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente*, demonstrando ao réu a possibilidade de perpetuar sua obrigação para além do parto, pois são notórios o custo, a demora e o risco que este tipo de exame acarreta tanto para a gestante, quanto para o feto. Assim, fugindo ao princípio da razoabilidade, o legislador pretendia impor à gestante o perigo de um exame para se comprovar a paternidade, praticamente denegrindo o direito à vida (da mãe e do filho) para a procedência da ação, uma condicionante maléfica, senão desumana. Da forma como redigido o preceito, bastava a resistência à paternidade para a gestação chegar a termo e a mulher se frustrar na sua pretensão a alimentos. (ANGELUCI, 2010) (*grifo original*).

Baseado nos indícios de paternidade, poderá, o órgão judicial, conceder os alimentos e só após o nascimento da criança é que se fará o exame de DNA. Se o resultado for positivo, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia, conforme determinação contida no parágrafo único do artigo 6º da lei em estudo³¹.

Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, de acordo com o parágrafo único do art. 6º, da Lei 11.804/08. Nessas linhas, nada impede, contudo, que o juiz estabeleça um valor para a gestante, até o nascimento e atendendo ao critério da proporcionalidade, fixe alimentos para o filho, a partir do seu nascimento. (LOMEU, 2010).

Problemas surgem, quando o referido exame apresenta um resultado negativo. Já que o alimentante, sustentou uma gravidez, cuja paternidade não lhe pertencia, provocando-lhe além de um dano material, um dano moral. É inegável que a esse homem foram causados prejuízos irreparáveis, já que em decorrência da sua natureza e finalidade os alimentos são irrepetíveis.

³¹ Art.6º parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor [...].

A comprovação do dano material far-se-á através de documentos que demonstrem o “*quantum*” despendido no pagamento dos alimentos, como, por exemplo, contracheques, recibos, comprovantes de depósito, etc. (FILHO, 2010).

Quanto ao dano moral, sua comprovação apesar de difícil, por sair do plano material e atingir o plano psicológico, também deve ser aceita, uma vez que, qualquer homem médio, que vê correr contra si uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedidos de alimentos, se sente abalado emocionalmente, quando com o nascimento, vem a frustração da expectativa de pai. É inegável que o seu psicológico está abalado.

Sem falar na sua reputação, ou quando pertencente à outra família, recebe a notícia de que tem um filho fora do casamento, a estrutura familiar não será mais a mesma. Quisá se resistirá à suposta traição do pai (FILHO, 2010).

Com isso, pode o suposto pai, condenado erroneamente a pagar alimentos em favor do nascituro que não era seu filho, pleitear também danos morais, uma vez que sua tranqüilidade, paz de espírito, honra além de outros aspectos psicológicos, são totalmente abalados com uma acusação dessa jaez [...] (FILHO, 2010).

Diante dessa situação, poderá o alimentante requerer em juízo a restituição dos alimentos pagos indevidamente?

Este fato faz com que, somente após o nascimento da criança, sejam realizadas as análises laboratoriais para se confirmar quem é o genitor. O problema é que isso pode trazer prejuízos para o indivíduo que é apontado como pai, eis que, se após o exame for descoberto que o pai é outra pessoa, ele terá auxiliado uma gravidez de um filho que não era seu, sofrendo, com isso, danos patrimoniais e morais, o que pode ensejar um dever de responsabilidade da gestante. [...] eis que se o juiz fixar os alimentos e somente com o nascimento se constar que o devedor não era o pai, haverá prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais para o ‘pai que não era pai’. Este fato poderá ensejar o dever de reparar da genitora que, sabendo que outro homem pode ser o pai da criança, preferiu ir a juízo contra outro. O pedido de alimentos ao indivíduo errado certamente causa prejuízos irreversíveis, pois, como se sabe, os alimentos são irrepelíveis [...] (VITAL, 2010).

Inicialmente a LAG, em seu artigo 10 disciplinava que sendo negativo o resultado do exame pericial de paternidade, o autor responderia objetivamente pelos danos causados ao réu. Tal dispositivo causou muita polêmica. Como aquela que pleiteou alimentos gravídicos poderá restituí-los ao réu, bem como indenizá-lo pelos danos causados, se não tinha nem condições de seguir com a gravidez, sem o referido auxílio?

Em decorrência desse questionamento o referido artigo fora vetado. Não há mais a possibilidade da gestante responder objetivamente pelos danos causados ao réu, sem falar que

esse artigo retirava totalmente o objetivo da LAG, pois em caso de dúvidas quanto a paternidade, a genitora iria preferir ficar sem pedir os alimentos, ao ter que responder objetivamente, se mais adiante ficasse comprovado que aquele não era o pai.

No entanto, o veto do artigo em comento não eximiu totalmente a responsabilidade da gestante. Aquela que, sabendo que o réu não é de fato o pai da criança e mesmo assim entra com o pedido e passa a receber indevidamente os alimentos gravídicos, poderá ser responsabilizada subjetivamente³², pois mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, há uma indevida diminuição no patrimônio do alimentante, a qual não poderá ficar sem reparação. A regra da responsabilidade subjetiva perdura, em razão da regra geral preceituada no nosso CC/02.

Para maiores esclarecimentos do tema, é necessário, ainda que de forma breve, uma conceituação de Responsabilidade Civil, bem como uma distinção entre Responsabilidade civil objetiva e Responsabilidade civil subjetiva.

Responsabilidade é o termo usado quando uma pessoa natural ou jurídica, tem que arcar com as conseqüências de seu ato, fato ou negócio danoso. Sendo assim, toda a atividade humana pode gerar o dever de reparar. (VENOSA, 2007, p.1). Basta que essa atividade tenha causado a outrem um dano à sua integridade física, moral ou ao seu patrimônio, para gerar nesse agente o dever de reparação. Essa reparação é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária (POSSATO, 2010).

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. A palavra '*responsabilidade*' origina-se do latim, '*re-spondere*', que consiste na idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Diz-se, assim, que responsabilidade e todos os seus vocábulos cognatos exprimem idéia de equivalência, de contra-prestação, de correspondência (BRITTO, 2003).

A responsabilidade, de acordo com seu fundamento, poderá ser subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, a responsabilidade se baseia na culpa do agente, só haverá a responsabilização do agente, se a vítima conseguir provar o dolo ou a culpa do mesmo. Deve a vítima provar o dano, a ligação do dano com a conduta do agente, bem como seu dolo/culpa.

No segundo caso, independentemente de culpa o agente causador do dano responderá pelo resultado danoso, basta que fique comprovado o dano e o nexos de causalidade deste com a conduta do agente.

Pois bem, a LAG veio trazer para aquela que não tem como prover sozinha a despesa de uma gestação, o direito de ação, ou melhor, o direito de entrar em juízo e postular

³² Art. 876. CC/02. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir, [...].

alimentos para o feto, uma vez que, não possuindo os recursos necessários para arcar com as despesas naturais de uma gravidez, colocaria em risco à vida daquele ser em formação, haveria assim uma lesão ou ameaça de lesão aos direitos do nascituro.

Como é garantido constitucionalmente a inafastabilidade do Poder Judiciário em caso de violação ou ameaça de violação a direito, a gestante que se sentido desamparada poderá exigir daquele responsável por sua prenhez o devido auxílio (VITAL 2010).

A partir dessas considerações preliminares, vê-se que, sempre que a gestante for abandonada pelo futuro genitor da criança, a mesma, se não tiver condições financeiras de sustentar a gravidez ou caso precise de ajuda posterior, estará diante de uma lesão ou ameaça de lesão aos direitos do nascituro. Diante deste quadro, ela poderá, com fulcro na lei dos alimentos gravídicos, buscar a tutela jurisdicional para que o responsável pela prenhez fique obrigado a auxiliá-la na concepção da criança. Está em jogo à dignidade e a sobrevivência do nascituro, por isso a Constituição dá guarida para as pretensões da genitora (VITAL, 2010).

Vale ressaltar que a LAG, pressupõe a boa-fé³³ da genitora quando da provocação do Judiciário, ou seja, a mesma só pedirá os alimentos gravídicos àquele que sabe ser o pai do nascituro, ou ao menos tem motivos que a façam desconfiar do mesmo.

No entanto, quando age a genitora de má-fé³⁴, quando tem a certeza de que aquele contra quem se postula os alimentos gravídicos não é o genitor do nascituro, abusa de seu direito de ação, pratica um ato ilícito³⁵ e, conseqüentemente, deverá por ele se responsabilizar.

O abuso de direito se revela quando o agente, atuando dentro de suas prerrogativas legais, vem a exceder de modo considerável certos limites que o ordenamento considera indispensáveis ao convívio social- a exemplo da boa-fé, do fim econômico social e dos bons costumes-, provocando, com isto, seria ofensa a interesses alheios (GODOY, 2009, p. 95) (grifo original).

A genitora que, pleiteia em nome do nascituro, alimentos gravídicos contra o “pai que não é pai” (VITAL, 2010), atua com dolo³⁶, pois tem a consciência livre e voluntária de que aquilo que esta fazendo não é aceito no campo do direito, nem no da moral.

³³ Segundo Guimarães (2006, p.135) Boa-Fé tem vários significados. Vem do latim *fides*, com o significado de honestidade, confiança, lealdade, fidelidade. É conceito ético que se define como entendimento de não prejudicar outras pessoas [...]

³⁴ Ainda Segundo o retro mencionado autor (*ibidem*, p.403) Má-fé é a vontade consciente, ânimo, predisposição ou estado de quem, voluntariamente, pratica ato, em proveito próprio, para induzir alguém em erro, ou para causar-lhe prejuízo. Consciência da própria fraude, malícia [...].

³⁵ Art. 186, cc/02. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁶ De acordo com Guimarães (2006, p.277) o Dolo consiste na Má-fé. É o ânimo consciente de agir de maneira ilícita. É a intenção de fraudar, de prejudicar (*intentio nocendi*). Ânimo de violar o direito alheio, o que o

Por outro lado, se a gestante postula em juízo os alimentos gravídicos contra um réu com quem manteve relações, mas tendo a certeza de que ele não é o pai da criança, somente para conseguir alguém que sustenta a sua gravidez, haverá um uso indevido do direito de ação, que se consubstanciará em um abuso de direito e, consecutivamente, será um ato ilícito [...] O uso dará lugar ao abuso do direito de ação, violando-se os limites subjetivos da lei dos alimentos gravídicos. Ademais, comete-se um ilícito processual, havendo a litigância de má-fé e ocasionando a movimentação do poder judiciário para conseguir fins ilegítimos (VITAL, 2010).

No entanto, mesmo não sendo mais responsabilizada a gestante pela simples indicação da paternidade negativa, não pode ser afastada a responsabilidade subjetiva da mãe que maldosamente tem a intenção de prejudicar ex-companheiro, que sabe não ser o pai (v.g., vasectomia ou impotência para gerar), ou ao menos deveria saber que não era (mulher de relacionamentos múltiplos, por exemplo) (ASSIS, 2010).

Não restam dúvidas então que, comprovado que a gestante teve o intuito de lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente, fica explícito o exercício irregular do direito, diante do excesso dos limites impostos pela boa-fé, que devido aos arts. 927 e 187 do Código Civil, equipara-se ao ato ilícito, tornando-se fundamento para a utilização da responsabilidade civil, logo dever de indenizar (NEVES, 2010).

Além de enganar o suposto pai do nascituro, a gestante engana o Poder Judiciário, fazendo o mesmo se mover, sabendo que esta agindo ilicitamente, utilizando a pretensão jurisdicional para fins ilícitos, sendo nos termos do artigo 16 do CPC³⁷, uma litigante de má fé.

Diferente é a situação, quando a mesma não tem a certeza de que aquele é o pai, ou seja, a genitora tem dúvidas quanto a paternidade do nascituro. Nesse caso se, comprovado futuramente que aquele não é o genitor da criança, a mãe não tem o dever de indenizá-lo, pois não agiu ilicitamente. Se a genitora tem motivos para desconfiar de que aquele é o pai do *conceptus*, age em exercício regular do direito, o qual, nos termos do inciso I do artigo 188 do CC/02³⁸, não caracteriza ato ilícito.

Inicialmente, faz-se a análise da conduta com culpa em sentido estrito. *É impossível configurar a conduta da mãe como negligente ou imprudente.* Na verdade ocorre o exercício regular do direito de ação, que, conforme o inciso I do art.188 do Código Civil, não constitui um ato ilícito e afasta qualquer dever de reparação, mesmo que existam possíveis danos (VITAL, 2010) (*grifo nosso*).

Da mesma maneira,

diferencia da culpa. Diz-se de qualquer ardil usado pelo indivíduo em proveito próprio ou de terceiro, para induzir alguém a praticar ato jurídico que lhe é prejudicial [...].

³⁷ Art. 16 do CPC Responde por perdas a e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

³⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I- Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]

A meu ver, somente diante da prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, á medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização (BARROS apud FILHO, 2010) (grifo nosso).

Por outro lado, existem aqueles que, baseados na característica doutrinária da irrepitibilidade dos alimentos, não admitem que a genitora mesmo agindo de má-fé deva indenizar a vítima. “No que tange a indenização, há quem diga que segundo o Princípio da Irrepitibilidade dos Alimentos, não há devolução dos alimentos já prestados como fonte de subsistência, [...] (NEVES, 2010).

[...] nos casos em que o réu tenha sido lesado, aplica-se a teoria da civil subjetiva preconizada no texto do artigo 186 do Código Civil, devendo a parte que alegar ter sido lesada demonstrar não apenas a culpa ou dolo daquele que lhe moveu a ação de alimentos gravídicos, bem como sua má-fé. No que diz respeito à possibilidade de repetição dos valores pagos, aplica-se nestes casos o princípio da irrepitibilidade dos alimentos. Nada obsta, todavia, que o lesado busque do verdadeiro pai a restituição dos valores pagos como alimentos gravídicos (SIMÕES, 2010) (grifo nosso).

Não há uma devolução dos alimentos pagos, já que a obrigação alimentar é irrepitível, por decorrer de um dever moral e ter como finalidade a subsistência digna de outrem. Os alimentos pagos, não são devolvidos. O que há, no caso de má fé da gestante, é uma indenização, paga em decorrência da prática de um ato ilícito.

Deve-se levar também em consideração, quanto a possibilidade de indenização pelo pagamento indevido dos alimentos, a fragilidade, ou melhor, a insegurança traga pela LAG, ao permitir que, o magistrado baseado apenas em indícios de paternidade imponha ao réu o dever de prestar alimentos, pois após o nascimento da criança, poderá ser provado que aquele não é o pai e conseqüentemente não tinha o dever alimentar.

*No entanto devemos ter em mente que a regra da irrepitibilidade dos alimentos é utilizada tendo como base a lei 5.478/68, a lei de alimentos comum, e não a lei de alimentos gravídicos. A diferença primordial entre as duas consiste no fato de que nos alimentos comuns, faz-se necessário a comprovação de parentesco entre o alimentando e o alimentante, o que dá uma maior segurança a esta relação, [...] Em contrapartida, nos alimentos gravídicos a condenação advém de meros ‘indícios de paternidade’, não possuindo, portanto *segurança jurídica tão grande quanto a Lei 5.478/68*. Dessa forma, a irrepitibilidade dos alimentos deve sofrer uma flexibilização, em se tratando dos gravídicos, de modo que o pai condenado indevidamente possa ter resguardado seu direito para reaver a quantia paga (FILHO, 2010) (grifo nosso).*

Se a gestante agiu de má-fé, e permitiu que aquele homem sustentasse uma gravidez, da qual não era responsável, ela deve indenizá-lo, não devolvendo os alimentos pagos, pois quem os recebeu (nascituro), não praticou ato ilícito algum e os mesmos, são, de fato, irrepetíveis, por serem necessários para garantir à vida.

A indenização torna-se cabível, por que no campo do direito e da moral, aquela mulher, atuou ilicitamente, com malícia, ardil, abusando de um direito constitucional, o direito de ação, e causando dano a outrem. Com essa responsabilização a LAG será usada de maneira mais ajuizada e cautelosa (FILHO, 2010).

3.6 Outros aspectos da lei de alimentos gravídicos.

Visando um maior estudo da LAG, importante será comentar, ainda que de forma breve, a questão do momento exato do surgimento do débito da prestação alimentar, bem como o foro competente para a propositura da respectiva ação.

Inicialmente a LAG, tinha como termo inicial da dívida de alimentos a citação do réu. A ineficácia desse dispositivo era por demais óbvia, o que levou a sua vetação. Já que, sabendo que contra si corre um pedido de alimentos, o réu utilizar-se-ia das mais variadas formas para fugir do Oficial de Justiça.

Sabendo que só seria obrigado a pagar os alimentos a partir da citação, iria tardar tal acontecimento, correndo o risco da criança nascer sem ter recebido os alimentos, ou até mesmo, não nascer, por que a sua genitora não pode receber o tratamento necessário. “Quem é o pai que acompanhará a mãe, prestará auxílio, registrará o filho e alcançará alimentos sabendo que, se ficar inerte e lograr safar-se da citação, poderá ficar anos sem pagar nada?” (DIAS, 2006, p.113).

Sendo assim o artigo 9º da LAG, que tratava do tema fora vetado, aplicando-se a determinação do artigo 4º da Lei de Alimentos³⁹, que como visto anteriormente, é aplicada de maneira suplementar.

Outro ponto de suma importância e que causou controvérsias, encontrava-se no vetado artigo 9º, que determinava a incidência dos alimentos desde a citação. É direta a possibilidade de se afirmar que se assim fosse determinado, ou seja, que os alimentos gravídicos somente fossem devidos apenas depois da citação do réu, provocaria manobras no sentido de se evitar a concretização do ato, objetivando

³⁹ Ao despachar o pedido, o Juiz fixara desde logo os alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

escapar do oficial de justiça. Talvez fosse possível encontrar o suposto pai somente após o nascimento do filho, perdendo assim a finalidade da lei. Colidia o artigo 9º também com a redação da Lei de Alimentos que determina ao juiz despachar a inicial fixando, desde logo, os alimentos provisórios. Dessa forma, a Lei 11.804/08 adotou a posição consagrada na doutrina e na jurisprudência, e também expressa legalmente, ou seja, o juiz deve fixar os alimentos ao despachar a petição inicial (LOMEU, 2008).

Portanto, são devidos os alimentos desde o momento que o juiz despacha a inicial, independente da citação do réu, importante salutar que essa conclusão diz respeito ao campo processual, pois, no campo da moral e da ética os alimentos são devidos desde o momento em que o feto fora gerado, desde o momento que o genitor tomou conhecimento da existência do mesmo. “Pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar” (DIAS, 2006, p.113).

Outro fator, que gerou polêmica, assim que publicada a LAG, foi a questão do foro competente para a propositura da ação, uma vez que o seu artigo 3º previa, como competente o foro do domicílio do devedor (réu), contrariando a determinação presente no artigo 100, inciso II do nosso CPC, que elege como competente o foro do alimentante nas ações em que se pedem alimentos⁴⁰.

Ora, nas ações em que se pedem alimentos para o nascituro, o titular da ação é o *conceptus* e não sua genitora, esta apenas o representa em juízo. É o novo ser que a mulher grávida carrega em seu ventre que recebe os alimentos, é em favor dele que os mesmos são destinados, e não a ela, como podem pensar alguns.

O nascituro os recebe por intermédio da mãe. Como se alimenta um feto, sem alimentar a sua genitora?

Sem falar, que seria um desestímulo para a gestante a propositura de tal ação, caso morasse em domicílio diferente do alimentante. Em decorrência do deslocamento necessário para a participação das audiências. “[...] Ao invés de melhor atender à gestante, este artigo fixava a competência judicial no domicílio do suposto pai (Art 3), forçando-a a deslocar-se para a cidade/ região do suposto pai para as audiências” (FREITAS, 2009).

Quanto ao foro competente certo é o do domicílio do alimentado, neste caso a gestante. O Projeto de Lei que originou a Lei de Alimentos Gravídicos previa a competência do domicílio do réu, mostrava-se em desacordo com a sistemática adotada, que de boa ordem foi vetado (LOMEU, 2009).

⁴⁰ Art.100. É competente o foro:

[...]

II- do domicílio ou da residência do alimentando, para ação em que se pede alimentos; [...]

Por certo se a norma pretende prestigiar a mulher grávida, ou no mínimo socorrê-la durante o período de gestação, impor-lhe a regra geral, quando há previsão específica[...], consiste em verdadeira inversão de valores de um severo prejuízo, tendo em vista que a norma especial derroga a geral [...] É evidente que referido dispositivo, se não fosse vetado, teria sua constitucionalidade declarada pelos tribunais, diante do direito fundamental do acesso à justiça e do direito de ação, não podendo ser imposta responsabilidade objetiva pelo exercício de uma garantia expressamente consignada na Carta Magna (ANGELUCI, 2010).

Essas falhas, assim como outras, foram sanadas por nosso legislador, determinando que o início do débito alimentar se dá a partir do despacho do juiz, que conceder alimentos provisórios, e não da citação do réu. E o foro competente para a propositura da ação é o do alimentando, ou seja, o da genitora e não o do alimentante (devedor dos alimentos gravídicos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável é que a lei de alimentos gravídicos, represente uma evolução no que tange a concessão de alimentos, uma vez que reforçou o direito fundamental à vida, pertencente a todo ser humano, desde a concepção, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao nascituro, a lei em comento, garantiu os seus direitos expressamente previstos na segunda parte do artigo 2º do CC/02, bem como fortificou a teoria concepcionista, reconhecendo que o ser humano deve ter personalidade desde a concepção, uma vez que ao *conceptus*, está resguardado o mais sublime e fundamental de todos os direitos, o direito à vida, o direito de nascer.

Se o nascituro não fosse humano, não teria direitos. E se os tem, é porque desde o momento que fora gerado tem personalidade, pois, como claramente previsto no nosso CC/02, só as pessoas dotadas de personalidade são capazes de adquirir direitos e contrair obrigações. Adotar a teoria natalista é ignorar a possibilidade de evidentes proteções e direitos, dispersos no nosso ordenamento jurídico, dados ao nascituro.

Assegurar-lhe a vida, tanto intra como extra-uterina é a principal função da LAG, pois permite que sejam dados à gestante todos os recursos indispensáveis para uma boa gestação, vale ressaltar que apesar da lei em estudo, trazer em seu artigo segundo as supostas despesas, tal rol não é exaustivo, entenda-se como prestação alimentar, toda e qualquer despesa decorrente da gravidez e para manter a gravidez.

Apesar das falhas na sua elaboração a lei de alimentos gravídicos, veio dar suporte e incentivo para àquelas mães que foram abandonadas pelo companheiro na gestação, bem como para àquelas que engravidaram, sem que estivessem em um relacionamento duradouro, para que exijam deles o cumprimento de seu dever de pai, dever esse decorrente do poder familiar, motivando o seguimento da gestação e garantindo que o ser em desenvolvimento no seu ventre possa vir ao mundo de forma saudável.

Não é justo que a genitora leve sozinha a gravidez, quando aquele que por ela também é responsável, tem o dever e apresenta condições de lhe auxiliar.

A genitora, apresentando ao magistrado provas que nele provoquem suspeitas de que aquele é de fato o genitor da criança, tem direito de receber os alimentos, não sendo necessário que se submeta a exames periciais antes do nascimento de seu filho, pois apesar de

serem mínimos os riscos decorrentes dessa ação, os mesmos existem e devem ser levados em consideração, pois estamos tratando do direito à vida, direito fundamental assegurado e protegido constitucionalmente.

Mesmo que, após o nascimento, seja comprovado que o réu não era o genitor da criança, os alimentos prestados, não podem ser devolvidos, pois a prestação alimentar é irrepitível, por tratar-se de um dever moral, extinguindo-se apenas a obrigação alimentar, quanto às prestações futuras.

No entanto, da mesma forma que não seria justo que a gestante arcasse sozinha com os gastos da gravidez, sem o devido auxílio do responsável por sua gestação, também não é correto que aquele que, pagou indevidamente os alimentos, não receba da gestante que agiu de má-fé, abusando do seu direito de ação e conseqüentemente praticando um ilícito civil, uma indenização, pois este teve gastos consideráveis, em decorrência da característica da irrepitibilidade dos alimentos. Entendessee devida a indenização, uma vez que, não são os alimentos que estão sendo devolvidos, mas sim a reparação de um ato ilícito danoso, praticado pela gestante, intencionalmente e de má-fé.

REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no Direito constituendo do Brasil. **Revistas de Informação Legislativa**, v. 25, nº 97, p. 181-190 jan/mar. de 1988. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181825>.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **ALIMENTOS GRAVÍDICOS: avanço ou retrocesso?** Revista CEJ, Brasília. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej>. Acesso em 03-11-2010.

ANGHER, Anne Joyce (Org) **Vade Mecum. Acadêmico de Direito** 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ASSIS, Cícero Goulart de. **Questões polêmicas dos alimentos gravídicos**. Disponível em: http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1503. Acesso em: 05-11-2010.

BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; MINAHIM, Maria Auxiliadora (Orgs) *et al.* **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988

BRASIL, Código Civil (2002). Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Textos Sancionados, Brasília, 2008.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente/ Secretaria Especial dos Direitos Humano**; Ministério da Educação, Assessoria de Comunicação Social. – Brasília: MEC, ACS, 2005.

BRASIL, Tribunal de Justiça. Processual Civil. Alimentos. Apelação Cível nº 2007.046226-3 da Segunda Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Rel. Des. José Mazoni Ferreira; DJSC 22/02/2008. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 20.11.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça. Processual Civil. Investigação de Paternidade. Agravo de Instrumento nº 700.064.290/96 da Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2003. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20.11.2010.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no nosso código civil**. Disponível em: <http://jus.oul.com.br/revista/texto/5159>. Acesso em: 03-11-2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global Brasil e Geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Isabel Cristina Fonseca da. **Anatomia e Fisiologia** série incrivelmente fácil. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Alimentos para a vida**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 27/10/2010.

_____. **Alimentos Gravídicos?**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 27-10-10.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do BioDireito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos. Aspectos Materiais e Processuais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12219/alimentos-gravidicos>. Acesso em: 30.10.10.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Dever Alimentar Para Um Novo Direito De Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNÁNDEZ, Javier Gafo; Tradução Maria Luisa Garcia Prada. **10 Palavras Chaves em Bioética**. São Paulo: Paulinas, 2000.

FILHO, Nixon Muniz, **Restituição do Crédito Alimentício na Lei de Alimentos Gravídicos**. Disponível em: www.jurisway.org.br. Acesso em: 18.11.2010.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei n. 11.804/08**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>. Acesso em 01-11-2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Alimentos para o nascituro**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>. Acesso em 01-11-2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2006.

GODOY, Mario. **Direito Civil: questões comentadas – CESPE**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Nascituro: direito a vida, direito a alimentos**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em 20/09/2010.

LIMA, Fátima Maria Costa Soares de. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>. Acesso em: 01-11-2010.

LINHARES, Sérgio; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **Biologia**. São Paulo: Ática, 2008.

LOMEU, Lenadro Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08**. IBDFAM. Disponível em: [www. Ibdfam.org.br/?artigos &normas](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&normas). Acesso em: 28.10.10.

_____. **Alimentos Gravídicos Avoengos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 30.10.10.

MARTINS, Ives Granda da Silva (Org.); SILVEIRA, Néri da; SOUZA, Carlos Fernando *et al.* **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. **Comentário ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. v.9. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v.6: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Felipe. **Alimentos Gravídicos Lei 11.804/2008**. Disponível em: www.jurisway.org.br. Acesso em: 05-11-2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.1: Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de Direito Civil, v.V: Direito de Família**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

POSSATO, Santos, **Responsabilidade Civil é a obrigação de reparar o dano causado**. Disponível em: [//www.melhoradvogado.com.br/responsabilidade-civil](http://www.melhoradvogado.com.br/responsabilidade-civil). Acesso em: 05-10-10.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA, Ruth. **MINIDICIONÁRIO da língua portuguesa**. São Paulo: Scipione, 2001.

S/a, Doenças Genéticas, disponível em: <http://apeslfb.wordpress.com/diagnostico-genetico/> Acessado em: 01-11-10 .

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Breves linhas sobre os alimentos gravídicos** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 04/11/2010.