

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA PLENITUDE NA PROTEÇÃO À PRÉ-INFÂNCIA**

ALDEANGELA GAMA DE ANDRADE

CAMPINA GRANDE-PB

2012

ALDEANGELA GAMA DE ANDRADE

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA PLENITUDE NA PROTEÇÃO À PRÉ-INFÂNCIA

Trabalho acadêmico, orientado pela Prof^a M.e.
Maria do Socorro Bezerra Agra, referente ao
componente curricular Trabalho de Conclusão
de Curso (TCC).

Orientadora: Prof^a M.e. Maria do Socorro
Bezerra Agra.

CAMPINA GRANDE-PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A553a Andrade, Aldeangela Gama de.
 Alimentos gravídicos [manuscrito]: um grande avanço
 para a concretização da plenitude na proteção à pré-
 infância / Aldeangela Gama de Andrade.– 2012.

 26 f.
 Digitado.
 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
 Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
 Ciências Jurídicas, 2012.
 “Orientação: Profa. Ma. Maria do Socorro Bezerra Agra,
 Departamento de Direito Privado”.

 1. Direito civil 2. Direitos humanos 3. Alimentos
 Gravídicos I. Título.

21. ed. CDD 347

ALDEANGELA GAMA DE ANDRADE

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UM GRANDE AVANÇO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA PLENITUDE NA PROTEÇÃO À PRÉ-
INFÂNCIA

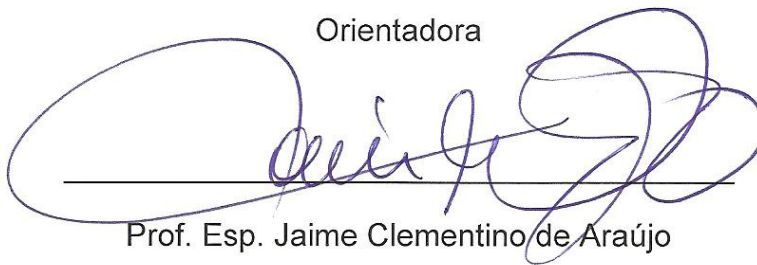
Trabalho acadêmico, orientado pela Prof^a
M.e. Maria do Socorro Bezerra Agra,
referente ao componente curricular
Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

Aprovado em : *12 de junho de 2012.*



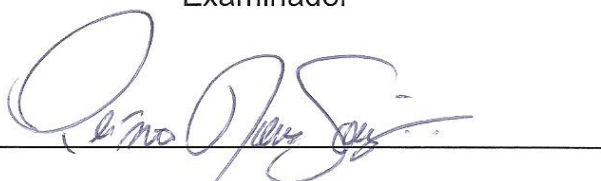
Prof.^a M.e. Maria do Socorro Bezerra Agra / UEPB

Orientadora



Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo

Examinador



Prof. Esp. Plínio Nunes Souza

Examinador

RESUMO

O presente trabalho trata acerca do avanço na proteção à pré-infância com a regulamentação dos Alimentos Gravídicos por meio da Lei nº 11.804/2008, que veio a preencher a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico, buscando o legislador a proteção ao nascituro, a fim de que este tenha um desenvolvimento intrauterino saudável, como também incentivando a paternidade responsável. A insegurança da presunção de paternidade cede em face do reconhecimento do nascituro enquanto sujeito de direitos da personalidade, em virtude do princípio que norteia a ordem constitucional – a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Dignidade da Pessoa Humana. Lei nº 11.804/2008. Direito Alimentar do Nascituro.

Introdução

Hodiernamente, os Alimentos Gravídicos figuram como um dos temas de grande repercussão no âmbito do Direito de Família, e que foram regulamentados através da Lei nº 11.804 (conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos – LAG), sancionada em 05/11/2008 e que entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, ou seja, em 06/11/2008.

O direito subjetivo aos alimentos tem por base o dever de prestação alimentícia, que é personalíssimo, moral e jurídico. O fundamento dessa prestação advém de princípios constitucionais basilares: o direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição da República); bem como a solidariedade familiar (art. 3º, I, c/c art. 227, caput, art. 229 e 230 da Constituição da República), inerente à própria natureza da família, tudo com o intuito de socorrer o partícipe que, por vários motivos, não pode prover a sua própria manutenção.

Os alimentos constituem um dever de socorro àqueles que estão impedidos de, por si mesmos, prover as próprias necessidades. Não é à toa que os alimentos fundamentam-se no princípio da solidariedade (cf. art. 3º, I), seja familiar, porque compete primeiramente à família prestá-los; seja social, não havendo família ou quando ela não proporciona o necessário amparo ao membro que dele carece, ou estatal, na falta das instâncias anteriores, conforme prevê o art. 227, *caput*.

Quanto aos alimentos gravídicos, eles são reconhecidos ao nascituro com a finalidade de por a salvo o direito à vida, porquanto não se destinam a sustento, vestuário, moradia, educação ou outros encargos próprios dos alimentos em geral. Na verdade, constituem um amparo à grávida durante a gestação, ou seja, objetivam custear as despesas geradas no período da concepção ao parto e que dele sejam decorrente. Seu fundamento reside na proteção da personalidade, desde a concepção do ser humano.

É fato que a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) exige que haja prova pré-constituída da obrigação de alimentos, a fim de que a devida ação seja proposta. No entanto, isso não impediu que inúmeros julgados deferissem alimentos na fase gestacional, assim como não obstou as várias manifestações doutrinárias sobre a matéria. Outro exemplo de previsão anterior da matéria vem da Lei nº 8.560/92, que trata da chamada investigação oficiosa de paternidade e permite que dita ação seja

ajuizada também pelo Ministério Público, prevendo a possibilidade de concessão de alimentos provisórios, antes mesmo do reconhecimento da paternidade, o que, igualmente, alterou significativamente o ordenamento jurídico, considerando-se que a indicação do pai feita pela mãe não gera a certeza de que efetivamente ele o seja.

Assim, seria exagero dizer que a Lei dos Alimentos Gravídicos realmente inovou, mas não se pode negar que ela conferiu um novo dimensionamento na legislação pátria, uma vez que flexibiliza a comprovação do vínculo de parentesco, permitindo que a concessão de tais alimentos, nos termos do seu artigo 6º, se fundamente apenas em indícios veementes da paternidade. Conforme Dias (2010, p. 529): “Basta o juiz reconhecer a existência de indícios da paternidade para a concessão dos alimentos, não sendo suficiente a mera imputação da paternidade pela autora.”.

Neste entendimento, é possível constatar que aquilo que deveria se configurar como uma obrigação natural do pai, qual seja, o exercício da paternidade responsável, assistindo moral e materialmente a mulher a quem engravidou, a fim de que possa ter uma gestação saudável, constitui, muitas vezes, direito negligenciado, que necessita de intervenção do Poder Judiciário para que possa ser garantido.

Desse modo, é imprescindível que se desperte a atenção para o direito mais nobre a ser garantido a todo ser humano: o direito à vida exercido com dignidade humana, a partir de um nascimento saudável. Consolidando desta forma, os princípios constitucionais, bem como fomentando a paternidade responsável, a fim de que seja garantida a proteção ao nascituro mediante os cuidados necessários conferidos à mulher na fase gestacional.

1. Alimentos

1.1. Conceito

A expressão alimentos vem adquirindo uma proporção cada vez mais vasta no âmbito do sistema jurídico brasileiro, uma vez que abarca as prestações que visam à satisfação das necessidades vitais daquele que não pode provê-las por si, dispondo o julgador do poder discricionário para quantificar o valor a ser pago.

Os alimentos podem ser caracterizados como o valor, pecúnia ou não, indispensáveis à subsistência de uma pessoa. Segundo Gama (2000, p. 11):

Por alimentos, entenda-se a obrigação de dar um montante, em dinheiro ou não, a outra pessoa, para a sua subsistência. Subentendem-se incluso em alimentos, o vestuário, a habitação, a educação, o lazer, a assistência médica e os medicamentos.

Essa concepção pode ser ainda complementada com o conceito apresentado por Cahali (2003, p. 16) que diz:

Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).

Aliás, esse dever está previsto no artigo 229 da Constituição Federal que dispõe: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1988)

No que diz respeito à acepção jurídico-legal, os alimentos podem significar não apenas o montante indispensável à sobrevivência do alimentando, como também o valor necessário à manutenção do seu padrão de vida, subsidiando, inclusive o lazer.

Nesta seara, podemos concluir que os alimentos são prestações, em dinheiro ou não, imprescindíveis para que sejam atendidas as necessidades básicas vitais de quem não pode provê-las por si mesmo, propiciando ao indivíduo as condições indispensáveis para a sua subsistência com dignidade humana, sendo respeitados para tanto, o seu padrão social.

No que diz respeito à obrigação alimentar, o Código Civil prevê em seu artigo 1.694 a obrigação alimentar entre os parentes, cônjuges e companheiros, que poderão pleitear uns aos outros os alimentos de que porventura necessitem para a subsistência, vivendo, pois, de maneira compatível com a sua condição social.

É válido ressaltar o conceito de alimentos naturais e de alimentos civis. Por alimentos naturais ou necessários entende-se como sendo aqueles indispensáveis para garantia da subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, destinando-se às necessidades básicas, à própria sobrevivência do alimentado. Para Venosa (2003), possuem um alcance limitado.

Com relação aos alimentos civis ou cômputos, esses se destinam a manter a qualidade de vida do credor, sendo capaz de garantir o mesmo padrão e *status* social do alimentante.

Neste sentido, o artigo 1.696 do mesmo diploma também é claro ao dispor que é recíproco o direito à prestação de alimentos entre pais e filhos, o que, segundo Cahali (2003, p. 16), se configura como sendo um direito imposto por lei, ao afirmar que: “Constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo.”

1.2. Características

A obrigação alimentar é permeada por diversas características, tendo em vista que a eficácia dos alimentos possibilita a real concretização do direito à vida, razão por que tal obrigação se destaca como personalíssima, incomensável, impenhorável, intransmissível, imprescritível, irrenunciável, irrestituível, recíproca, irrepelível, alternativa, inalienável, irretroativa, divisível (regra geral) ou solidária (quando se cuida de idoso) e periódica.

É personalíssima a obrigação alimentar, tendo em vista que a própria lei impõe o dever de prestar alimentos, sendo devida pelo alimentante ao alimentado, em razão do parentesco existente ou do dever de mútua assistência entre cônjuges ou companheiros, não podendo os alimentos ser compensados, nem cedidos a outrem.

Ante tal feição personalíssima, a pensão alimentícia é impenhorável, pois garante a subsistência do alimentado, ou seja, visa à preservação de sua vida.

Assim, é inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita para assegurar a própria sobrevivência.

Para Diniz (2004, p. 504), “É impenhorável, em razão da finalidade do instituto; uma vez que se destina a prover a manutenção do necessitado, não pode, de modo algum, responder por suas dívidas, estando a pensão alimentícia isenta de penhora”.

Yussef Cahali (2003, p. 102) bem explica que:

Tratando-se de direito personalíssimo, destinado o respectivo crédito à subsistência da pessoa alimentada, que não dispõe de recursos para viver, nem pode prover às suas necessidades pelo próprio trabalho, não se compreende que possam ser as prestações alimentícias penhoradas; inadmissível, assim, que qualquer credor do alimentando possa privá-lo do que é estritamente necessário à sua subsistência.

O direito a alimentos é intransmissível, ativa ou passivamente, em face do seu caráter personalíssimo. Ocorre intransmissibilidade ativa no caso da morte do credor de alimentos, ou seja, o alimentando; e passiva no caso da morte do alimentante. O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa a preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver.

Nesse contexto, tem por característica a imprescritibilidade, uma vez que este direito pode ser pleiteado enquanto o alimentando for vivo e necessitar de recursos indispensáveis para a sua sobrevivência. Todavia, prescreve em dois anos as prestações alimentícias ainda não pagas (art. 206, § 2º, do Código Civil).

Tem ainda como característica a irrenunciabilidade, nos termos do art. 1.707 do Código Civil, a prestação de alimentos existe para o provimento das necessidades básicas do indivíduo necessitado, logo, está ligado a direitos indisponíveis, sendo fácil concluir que ninguém pode renunciar a esse direito, sendo facultado ao credor de alimentos exercê-lo ou não.

Para Venosa (2003, p. 399), a prestação alimentícia é um problema de ordem pública, já que se o alimentando renunciar aos alimentos, a sociedade deverá lhe prestar auxílio.

Os alimentos são irrestituíveis, pois quando pagos, não poderão ser devolvidos, ainda que a ação de alimentos seja julgada improcedente. Somente caberá restituição quando comprovada a má-fé do alimentando.

Nesta seara, a prestação dos alimentos é recíproca entre pais e filhos, se estendendo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, conforme predispõe o art. 1.696 do Código Civil.

De acordo com Cahali (2003, p. 130): “À evidência, reciprocidade não significa que duas pessoas devam entre si alimentos ao mesmo tempo, mas apenas que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se credor alimentar no futuro.”. O dever de assistência é mútuo, e dependerá das necessidades de um e possibilidades de outro, o que se funda no dever de solidariedade. Cada alimentante responderá na medida de suas possibilidades resguardado sempre o princípio da proporcionalidade.

Diz-se, ainda, que a obrigação alimentar é irrepitível (não se pode pedir de volta), à vista de que os alimentos são destinados a garantir a vida e a sobrevivência do alimentando, sendo inconcebível pretender que sejam devolvidos.

Nestes termos, o que foi pago não será devolvido, nem compensado. Ressalve-se que se tem admitido a indenização por danos morais pelo engano (responsabilidade civil), desde que comprovada a má-fé e evidenciados os prejuízos imateriais diante do flagrante abuso do direito por desrespeito à boa-fé subjetiva do alimentante. Seria por exemplo, o caso de um homem pagar alimentos a uma criança e depois descobrir, mediante exame em DNA, que a mulher lhe atribuiu a paternidade por má-fé.

A doutrina também admite um abrandamento no princípio da irrepitibilidade, quando ocorre situação de alimentos pagos por quem não estava obrigado a provê-los (agindo por dever moral), se provar que já tinham sido pagos pelo parente que legalmente os devia, incluindo os atrasados. Desse modo, tal devolução tem em vista que a irrepitibilidade dos alimentos não pode incentivar o enriquecimento sem causa (CC, art. 884).

Além da irrepitibilidade, ressalte-se a característica da alternatividade, em que os alimentos são fixados em dinheiro, em regra, dentro de determinada periodicidade. Contudo, cabe ao julgador, nas circunstâncias do caso, instituir modo distinto para o cumprimento da obrigação, arbitrando alimentos *in natura*.

Por fim, é válido destacar a característica da periodicidade, uma vez que o pagamento dos alimentos é periódico para que se possa atender às necessidades do alimentando.

Conforme se depreende, as características do direito aos alimentos levam em consideração à subsistência humana. Nesse diapasão, se os alimentos visam a assegurar o sustento vital do indivíduo, por que não assegurá-los ao nascituro, os quais dele necessitam para que possa nutrir-se e desenvolver-se saudavelmente, objetivando o nascimento com viabilidade de vida extrauterina?

Sob esse prisma, adentra-se ao exame da condição jurídica do nascituro.

2. Início da personalidade civil e condição jurídica do nascituro

A legislação brasileira, além da proteção constitucional da vida humana, estabelecida no art. 5º, ainda cuida, no plano infraconstitucional, da proteção do nascituro, ou seja, o ser humano que ainda não nasceu, mas já foi concebido e se encontra em gestação no útero. Assim, por nascituro pode-se entender a “pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade depende do nascimento com vida. A rigor, o nascituro, à exceção do direito de nascer, não tem direito adquirido, mas apenas expectativas de direitos”. (BARROS, 2005, p. 65).

O artigo 2º do Código Civil preceitua que a personalidade civil da pessoa se inicia a partir do nascimento com vida e, portanto, a literalidade indica que a eventualidade do exercício do direito encontra-se condicionada a esse evento. Isso significaria que o nascituro não poderia ser titular atual da prestação alimentícia.

Todavia, o Código Civil, na 2ª parte do citado art. 2º, dispõe que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (grifou-se). Assim é que, por exemplo, o Código Civil prevê que o direito ao reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, portanto, refere-se ao nascituro (art. 1.609, parágrafo único), como também que o nascituro tem direito à doação (CC, art. 542), a curador (CC, art. 1.779), tem direitos sucessórios (CC, arts. 1.798, 2ª parte, 1.799, I) etc.

Ao tratar acerca da condição jurídica do nascituro, França (1999, p. 45), aduz que este:

[...] é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.

O nascituro é, portanto, pessoa que ainda não nasceu, mas que já se encontra concebida no ventre materno, é o ser humano durante o período da vida que se inicia com a concepção, até o nascimento.

2.1. Início da vida humana

Vários paradigmas permeiam a discussão acerca de como se inicia a vida humana. Há quem defenda que esta ocorra no momento da fecundação, outros predizem que acontece durante a nidação do zigoto na parede uterina, ou ainda há aqueles que alegam que se dá na formação encefálica do embrião humano. São muitas as divergências sobre a partir de que momento se pode considerar como iniciada a vida humana.

Na primeira hipótese apresentada, a vida se iniciaria a partir da concepção, isto é, no momento em que os gametas masculinos (espermatozoides) entram em contato com os gametas femininos (óvulos), ocorrendo, pois, a fecundação, que dará origem ao zigoto. Este novo ser estará totalmente individualizado geneticamente, ou seja, seu DNA será único e irrepetível. Portanto, especialistas consideram que a intenção dos genitores para a formação de uma nova vida configura o início da vida humana.

Conforme esclarecimento de Pimentel (apud NALINI, 1999, p. 270-271), PhD em genética humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

No que diz respeito ao momento em que tem início a vida humana, alguns fatos biológicos são incontestáveis. São eles: Primeiro: O indivíduo humano começa a existir biologicamente a partir do momento em que ele tem um corpo e a formação do corpo de qualquer pessoa inicia-se no momento da fecundação. Ou seja, o primeiro passo para a formação de um novo indivíduo é a fusão de duas células altamente especializadas, denominadas gametas. Desta forma, todo ser vivo começa sua existência a partir de uma única célula quando, então tem início um processo contínuo de multiplicação e diferenciação celular [...]. Esta nova célula não é, absolutamente, parte de um organismo, seja do pai, da mãe ou do próprio indivíduo, mas já é o próprio indivíduo todo – precisamente em fase de embrião. [...]. O ser humano deve, então, ser respeitado e tratado como pessoa desde a concepção, pois a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide inicia-se uma nova vida que não é aquela do pai ou da mãe, e sim a de um novo organismo que dita seu próprio desenvolvimento, sendo dependente do ambiente intra-uterino da mesma forma que somos dependentes do oxigênio para viver. Biologicamente, cada ser humano é um evento genético único que não mais se repetirá.

A segunda hipótese, a respeito do início da vida, afirma que se o embrião fecundado artificialmente em laboratório ou naturalmente não for implantado ou aderido no endométrio (tecido que reveste o interior da cavidade do corpo uterino) seu desenvolvimento é interrompido, acarretando a morte do embrião.

Por fim, tem-se a hipótese em que a gênese da vida dá-se a partir da verificação da atividade cerebral. Esta afirmativa é reforçada pela constatação da morte encefálica - regulamentada pela Resolução nº 1.480/97 - pois se a morte é confirmada após a inatividade cerebral poder-se-ia utilizar desse mesmo pressuposto para a verificação do início da vida a partir desenvolvimento da atividade cerebral do embrião.

Rizzardo (2005, p. 158) preleciona que:

Consuma-se a concepção da vida humana com a separação de fragmentos do corpo masculino e do corpo feminino e a sua união, interpenetrando-se. Há uma nova vida humana, ou um indivíduo diferente, separado e distinto do pai e da mãe; um ser humano em si mesmo, que possui tudo o que é necessário para organizar seu próprio desenvolvimento, seu crescimento e sua individualidade, num ambiente apropriado.

Nesta celeuma, percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio, expressamente, a partir da Constituição Federal de 1988, confere proteção abrangente à vida humana, legitimando o direito fundamental à vida e a dignidade da pessoa humana, uma vez que esses princípios encontram-se em posição de destaque no ápice da ordem jurídica.

Ademais, a ordem jurídica constitucional, de maneira irrestrita, é protetora da vida humana, na qual o nascituro está inserido.

Vê-se, portanto, que ao estabelecer tais comandos, a cláusula constitucional de proteção à vida humana não se restringe a proteger os que já nasceram, pelo contrário, no texto constitucional estão salvaguardados os direitos da criança desde o período germinal, período embrionário e período fetal.

Antes do encerramento deste tópico, merece comentar como é curiosa a vida humana: as discussões e a polêmica criada em torno do assunto, produz a sensação de que a ciência sabe quando ela termina, mas ainda não sabe quando ela se inicia!

2.2. Personalidade jurídica do nascituro

Sob o prisma do Direito Civil, a expressão personalidade se refere à aptidão genérica atribuída a todos os seres humanos (pessoas naturais) e a algumas entidades abstratas (pessoas jurídicas) a fim de que possam adquirir direitos e contrair obrigações titularizando relações jurídicas, bem como reclamar a proteção jurídica conferida pelos direitos da personalidade.

Por outro lado, sob a ótica constitucional do direito civil, não cabe limitar a noção de personalidade somente à possibilidade de ser sujeito de direitos, pois, mais do que isso, está relacionada com o próprio ser humano, sendo a consequência mais importante do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a personalidade jurídica não pode se restringir simplesmente ao conceito de sujeito de direito.

O artigo 2º do Código Civil preleciona que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002)

Neste entendimento, a personalidade do nascituro surge no momento de seu nascimento com vida, muito embora o nascituro já possa ser sujeito de direitos. Esta parece ter sido a corrente adotada pelo Código Civil brasileiro, defensora de uma ambígua teoria natalista.

De acordo com a teoria natalista, que se fundamenta na primeira parte do mencionado art. 2º, entende-se que o nascituro não é considerado pessoa, não possuindo, por conseguinte, personalidade jurídica, mas sim mera expectativa de personalidade, sendo então, um sujeito de direitos futuros.

Assinala Salvo Venosa que o nascituro poderá ser sujeito de direito no futuro, ou seja, seu direito está condicionado a uma causa, qual seja, seu nascimento com vida. (VENOSA, 2002, p. 160).

Segundo a doutrina natalista, considera-se que, para se adquirir a personalidade, deve haver não só a separação do filho das vísceras da mãe, bem como a primeira troca oxcarbônica entre o nascido e o meio ambiente, ou seja, a respiração pulmonar. A existência de ar nos pulmões indica vida extrauterina, pouco importando a viabilidade e a forma humana. Destarte, para tal teoria, por possuir órgão em conjunto com a genitora (a placenta), o nascituro não seria dotado de personalidade, qualificando-se como mera expectativa de pessoa.

Por tais razões, Pereira (1997) conclui que se o nascituro ainda não é pessoa, também não é ser dotado de personalidade jurídica, e deste modo, os direitos que lhe reconhecem estão em estado potencial, de tal forma que, nascido e adquirida a personalidade, estará completa a trilogia essencial: sujeito, objeto e relação jurídica. Todavia, caso reste frustrado o nascimento, o direito não chega a se constituir. Logo, não se reconhece a personalidade jurídica ao nascituro, nem se admite que antes do nascimento ele seja sujeito de direitos.

Em oposição, temos a segunda teoria, conhecida como da personalidade condicional, que considera como início da personalidade do nascituro a sua concepção, com a condição de que nasça com vida, configurando-se, pois, como uma condição suspensiva.

Desse modo, se o nascituro vier a nascer, a sua personalidade jurídica irá retroagir à data de sua concepção. Caso contrário, se o nascimento não ocorrer, não terá se efetivado a condição, não existindo, pois, personalidade jurídica.

Dentre os defensores desta corrente temos Monteiro (2005) doutrina que, seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, sendo assim, uma pessoa em desenvolvimento, não podendo a lei ignorá-lo, de modo que lhe salvaguarda os eventuais direitos.

Por último, temos a corrente concepcionista, também intitulada como verdadeiramente concepcionista, sustentando que a personalidade inicia-se a partir da concepção e não do nascimento com vida, sendo que, desde aquele momento, o nascituro é tido como pessoa.

Essa teoria busca respaldo na segunda parte do artigo 2º do Código Civil, que garante direitos ao nascituro, desde a concepção. Afirmam os seus defensores que, possuindo direitos assegurados por lei, o nascituro é considerado pessoa e, portanto, detentor de personalidade jurídica.

Em síntese, os defensores desta teoria declaram que não há como explicar que o nascituro possa ter direitos legalmente assegurados, sem que seja visto como pessoa, sendo que o sinal mais forte de que possui personalidade jurídica é o fato do legislador ter disciplinado o crime de aborto no título referente aos "Crimes contra a pessoa" (Código Penal Brasileiro).

Conforme se percebe, existe grande divergência entre os doutrinadores no que diz respeito à natureza jurídica do nascituro. Contudo, é preciso estar atento que, a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, só se pode sustentar

a existência de uma única teoria para instituir o início da personalidade jurídica, qual seja, a teoria concepcionista. Isso porque esta teoria encontra-se apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, protegendo a vida desde o seu início e considerando o nascituro como pessoa, sujeito de direitos.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica adota a doutrina concepcionista, ao corroborar em seu art. 4º: “Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (COSTA RICA, 1969). Pacto este incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do ar. 5º, § 2º da Constituição Federal, que confere *status* supra legal aos tratados internacionais aprovados nos termos do artigo supramencionado.

Em resumo, sendo a personalidade jurídica a consequência mais importante do princípio da dignidade da pessoa humana, e sendo o nascituro protegido por tal princípio, percebe-se que o mesmo é dotado desse atributo. A preocupação com a tutela da vida humana e o reconhecimento de que esta começa com a concepção devem servir como premissas, mais do que suficientes, no sentido de que o nascituro possui personalidade jurídica e, em consequência, é pessoa.

A personalidade jurídica é, pois, o atributo necessário para que o nascituro possa fazer jus a direitos instrumentais ao seu desenvolvimento com dignidade, dentre os quais se destaca o direito a alimentos. Negar a personalidade ao ser já concebido é impedir que este venha a exercer os direitos e garantias idôneos à efetivação do seu direito à vida.

Ademais, considerando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais atualizado, a Lei nº 11.804/08, Lei dos Alimentos Gravídicos, ao reconhecer direito da personalidade do nascituro a uma gestação saudável, manifesta ter acolhido a teoria concepcionista, ainda que indiretamente.

Para finalizar, vale fazer referência à observação feita por Chinellato (2009), professora da Universidade de São Paulo, considerada uma das maiores especialistas na área jurídica da tutela dos direitos do nascituro, rebatendo entendimento doutrinário que a ele se reporta como pessoa condicional (citado em linhas atrás) e sobre a teoria concepcionista, ao comentar o art. 2º do Código Civil:

Considerando a não-taxatividade do art. 2º, a previsão de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, e, antes, a ele visam [...].

Em seguida, a autora faz outra observação merecedora de destaque neste trabalho:

Importa salientar que nascituro não se confunde com prole eventual, pois ele já está concebido, enquanto esta, como o próprio nome indica, pode jamais sê-lo: são os filhos futuros de determinada ou determinadas pessoas, existente(s) no momento da celebração do testamento ou do instrumento de doação, os quais eventualmente serão concebidos.

3. Alimentos gravídicos e a Lei nº 11.804/2008

3.1. Conceito

Na dicção de Farias & Rosenvald (2012):

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

Os alimentos gravídicos representam valor pago para o custeio das despesas durante o período gestacional, iniciado na concepção e com término no parto, incluindo-se despesas com alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações, medicamentos, dentre outras. No entanto, merece ressaltar que as despesas enumeradas na norma legal são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz, de acordo com o caso concreto, considerar outras, a depender das condições específicas da gestante.

Desse modo, os alimentos gravídicos são buscados pela gestante com o fito de garantir o pleno desenvolvimento do nascituro, tendo como enfoque a

preocupação do ser em formação, desde o momento da concepção, bem como da própria parturiente.

A partir da Lei nº 11.804/2008, a gestante passou a ter a regulamentação do direito à percepção dos alimentos durante o período gestacional. Segundo Dias (2010, p. 528):

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Assim, em muito boa hora foi preenchida a injustificável lacuna. Trata-se de um avanço que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei parra vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos.

Como se observa, diferentemente dos alimentos deferidos à pessoa viva, cobrados ao devedor a partir da citação, a prestação dos alimentos gravídicos retroage ao início da gravidez, posto que dito benefício deve cobrir todo o período gestacional e o parto.

Destarte, com o advento da citada lei foi corrigida a falta de referência legal disciplinadora expressa sobre alimentos voltados para o nascituro, muito embora existissem manifestações doutrinárias e jurisprudência a respeito, como já foi dito. A partir da Lei nº 11.804/2008, o nascituro passou a ter, expressamente, direito a um pré-natal adequado e possibilidades de alcançar um desenvolvimento intrauterino saudável, do ponto de vista nutricional.

Nesse sentido, Almeida (2008, p.1) entende que:

A nova Lei veio a suprir uma triste lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro até ontem: a inexistência de regulamentação dos alimentos gravídicos, ou seja, aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez. A Lei de Alimentos - Lei 5.478/68 - era considerada, pela maioria da doutrina, um óbice à concessão de alimentos ao nascituro, haja vista a exigência, nela contida, da comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar.

Também com a nova lei, o ordenamento jurídico passou a tutelar mais concretamente o direito do nascituro à vida, garantindo-lhe o respeito à dignidade humana e incentivando a paternidade responsável. A propósito, diz Dias (2008, p. 1):

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da

obrigação. [2] O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA. Graças à Súmula do STJ [3], também a resistência em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar.

Realmente, o exercício do direito à vida, considerado o maior direito, restaria seriamente comprometido para o nascituro, caso não houvesse o amparo legal aqui abordado, se à gestante, quando pessoa materialmente carente e necessitada, fossem negados recursos indispensáveis não só a sua sobrevivência, mas, sobretudo, à do ente em gestação no seu ventre, o qual se alimenta por ela.

Nesse contexto, não levar em conta os direitos de personalidade do nascituro constituiria profundo desrespeito ao princípio constitucional da isonomia filial, previsto na Constituição, ou seja, equivaleria a admitir-se que a proteção legal poderia ser dirigida apenas ao nascituro concebido no casamento, quiçá ao concebido na união estável, deixando ao relento o de outras origens. No entanto, a proteção se faz manifesta porque os direitos do nascituro são direitos fundamentais.

3.2. Titulares do direito e crítica doutrinária à impropriedade da denominação legal

Conforme está expresso no conceito de Farias & Rosenvald (2012), o titular dos alimentos gravídicos é o nascituro, não a gestante. Esse entendimento não é pacífico, mas engloba expressiva parte da boa doutrina.

A respeito da titularidade ativa e da impropriedade da expressão alimentos gravídicos, veja-se abalizada crítica feita por Chinellato (2009):

A recente Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados 'alimentos gravídicos' – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei.

Assim, contrariando alguns outros doutrinadores, a exemplo de Lôbo (2011), entende-se também que a legitimidade para a propositura da ação de alimentos gravídicos é do próprio nascituro, evidentemente, representado por sua genitora. Do mesmo ponto de vista comunga Rodrigo da Cunha Pereira (2010). Ao se referir à

imprecisão da Lei de Alimentos Gravídicos, diz o autor que o art. 1º "insinua" que os alimentos são fixados em favor da gestante, porém, no art. 6º, demonstra que eles beneficiam o nascituro (menciona o artigo que os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia em favor da criança nascida com vida). Mais à frente, acrescenta que se a ação for, impropriamente, ajuizada em nome da gestante (e não do nascituro) a irregularidade não gera carência de ação, porquanto a própria redação da lei é ambígua. Ao aceitar a impropriedade como mera irregularidade, Rodrigo da Cunha Pereira (2010) fundamenta-se, com razão, no princípio da instrumentalidade das formas e da celeridade processual.

Cabe ao suposto pai a legitimidade passiva na mencionada ação.

Fora isso, como se trata de direito indisponível, o Ministério Público detém legitimidade para propositura da ação de alimentos gravídicos como substituto processual (quer dizer, pleiteando em nome próprio um direito alheio).

O foro competente para a ação de alimentos gravídicos é o do domicílio da gestante, por conta de sua qualidade de representante do titular do direito.

3.3. Provas da paternidade

Um dos aspectos mais singulares da Lei nº 11.804/08, art. 6º, é sobre a flexibilização na exigência da prova da paternidade. Existe consenso médico de que o exame de DNA feito a partir do líquido amniótico pode comprometer a gestação. Cientificamente, há possibilidade de se fazer o exame de DNA durante a gravidez, pelo processo de amniocentese ou biópsia do viló corial, mas se trata de exame considerado profundamente invasivo e só é feito em casos de extrema necessidade, pois existe risco do bebê morrer no procedimento.

A par disso, reclama-se a comprovação médica sobre a existência da gravidez, como é natural, mas não se exige prova inequívoca da paternidade. A gestante deve apresentar na petição inicial elementos de prova razoável, isto é, que possam gerar uma suficiente convicção de certeza, ou de grande probabilidade, de que o requerido é o pai. São elementos de prova: colheita de testemunhos ou a anexação de documentos (fotografias, filmes, cartas, bilhetes, mensagens cibernéticas, endereços comuns, aquisições comuns, pagamentos de despesas, declarações de pessoas sobre a relação de convívio ou namoro etc.). Portanto, em regra, o juiz deferirá os alimentos gravídicos requeridos com amparo em julgamento

perfunctório da paternidade, quer dizer, sem a prova efetiva do vínculo biológico entre o nascituro e o réu.

Em se tratando de pessoas casadas entre si, não há necessidade de prova de paternidade, porquanto vigora a presunção *pater is est quem justae nuptias demonstrant* (numa tradução livre, presumidamente, o pai é o marido da gestante), contida no *caput* do art. 1.597 do Código Civil.

Deferidos os alimentos gravídicos, a pensão irá perdurar até o nascimento da criança, podendo ser convertida em definitiva, se não houver pedido de revisão (tanto formulado pelo credor como pelo devedor), ou de exoneração (por parte do devedor, provando ele não ser o pai).

Fora isso, é bom lembrar que, sendo espécie do gênero alimentos, os alimentos gravídicos também são irrepetíveis. Mesmo provado, posteriormente, não haver vínculo consanguíneo entre a criança nascido e o alimentante, as prestações pagas não serão devolvidas. Como foi dito sobre os alimentos em geral, poderá caber indenização por dano moral, hipótese de responsabilidade civil subjetiva, desde que comprovada, pelo autor da ação, a má-fé da então gestante ao apontá-lo como genitor. Assim, não basta a prova de que o suposto pai não é o verdadeiro pai biológico, senão também a prova da aludida má-fé.

Após o nascimento da criança, necessariamente o devedor não precisa promover ação negatória de paternidade. Pode fazê-lo na ação de alimentos gravídicos, na fase de instrução.

Por outro lado, comprovada a paternidade alegada, pode-se requerer ao juiz que expeça mandado de registro de filiação ao Cartório do Registro Civil, com amparo na Lei nº 8.560/92, não precisando de ajuizamento de ação investigatória própria.

Considerações Finais

A Lei nº 11.804/08 trouxe a regulamentação dos alimentos gravídicos, alimentos estes que devem ser efetivados em comum, tanto pela participação da gestante, quanto pela do suposto pai, abarcando as despesas com tratamentos médicos e outros despendidos durante a gravidez.

Neste âmbito, o legislador buscou proteger o ente em gestação que, uma vez nascendo com vida, terá a garantia da conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, bem como resguardar a gestante que era deixada à deriva, até que fosse reconhecida a paternidade pelo suposto pai, reconhecimento este obtido muitas vezes após uma longa e penosa batalha judicial.

Em suma, a falta de norma expressa sobre a matéria ficou no passado. Agora a nova lei em comento veio a contribuir de maneira eficiente para a concretização da concessão de pagamento de pensão alimentícia durante o período gestacional, tutelando o direito do nascituro à vida.

Resta evidente, diante do que foi discutido, que o nascituro não é pessoa condicional. Pelo contrário, é detentor de direitos da personalidade, direitos esses cuja titularidade não depende do nascimento com vida, como já afirmado. Além disso, o próprio ordenamento civil reconhece sua capacidade de ser parte, haja vista possuir legitimidade para aquisição de diversos direitos, inclusive o de se posicionar no polo ativo da ação de alimentos gravídicos.

Não se poderia defender a repersonalização do direito se ele não gravitasse em torno do ser humano, em qualquer dos seus estágios de vida. Portanto, se não se reconhecesse a existência e a eficácia do direito da pré-infância, tutelando o nascituro em sua fase gestacional, cujas peculiaridades se fundam na pediatria, o direito, em si mesmo, seria inferior à vida.

Destarte, percebe-se que a garantia dos alimentos gravídicos representa um avanço importante na busca de uma paternidade responsável, com o compartilhamento das responsabilidades, entre o pai e a mãe, desde a concepção até o nascimento, ou seja, desde o preâmbulo da vida.

GRAVIDIC ALIMONY: A GREAT ADVANCE FOR THE CONCRETIZATION OF THE PLENITUDE IN THE PRE-INFANCY PROTECTION

ANDRADE, A.G.

ABSTRACT

The present paper regards about then advance in the pre-infancy protection with the regulation of Gravidic Alimony through the Law n. 11.804/2008, which has come to fill the existing hiatus in our legal regulation, seeking the legislator the protection to the unborn child, with the scope that the latter has a healthy intrauterine development, as well as encouraging the responsible parenthood. The insecurity of the paternity presumption cedes to the acknowledgement of the unborn child as subject of rights of personality, under the principle that guides the constitutional order – the dignity of the human person.

Key-words: Gravidic Alimony; Dignity of the Human Person. Law n. 11/804/2008. Unborn Child Alimony Law.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Donati de. **Lei 11.804/08 – A regulamentação dos alimentos grávidicos**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/165482/lei-11804-08-a-regulamentacao-dos-alimentos-gravidicos>>. Acesso em: 08 mar. 2012.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2005. vol. 1: Lei de introdução e Parte Geral.

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

_____. Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF 08 ago. 1997.

_____. Código Civil - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Presidência da República, Casa Civil**, Brasília, DF, 5 de novembro de 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil Interpretado. Artigo por Artigo. Parágrafo por Parágrafo**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica). **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**, San José de Costa Rica, 22 nov.1969, ratificada pelo Brasil em 25 set. 1992.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos grávidicos?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Alimentos gravídicos? . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1853, p. 1, jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Alimentos**. Campinas: Bookseller, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 40. ed. rev. e atual. por PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**, Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

NALINI, José Renato. Evolução protetiva da vida na constituição brasileira. In. PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte geral**. 2. ed. Coleção direito civil. São Paulo: Atlas, 2002. Vol. 1.

_____. **Direito Civil – Direito de Família**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.