

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FELIPE SANTOS SOUZA E MELLO DE OLIVEIRA

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

RIO DE JANEIRO
2014

LUIZ FELIPE SANTOS SOUZA E MELLO DE OLIVEIRA

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UniRio, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^ª. **Rosângela** Maria de Azevedo **Gomes**

RIO DE JANEIRO
2014

LUIZ FELIPE SANTOS SOUZA E MELLO DE OLIVEIRA

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UniRio, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a **Rosângela** Maria de Azevedo **Gomes** – Orientadora
UniRio

Prof. **Daniel Queiroz** Pereira

UniRio

Prof.^(a) **Eduardo Domingues**
UniRio

RIO DE JANEIRO
2014

Dedico este trabalho ao futuro, para que este seja o fim de um ciclo, para o início de um novo, vitorioso e honrado.

AGRADECIMENTOS

À meus pais, Fátima e Marcelo, e a minha Avó Esther, pelo apoio incondicional.

A minha namorado Rafaella, pelo carinho e paciência,

À minha orientadora pela condução deste trabalho.

“Dívida de alimento, um crédito de amor!”

Maria Berenice Dias

RESUMO

De OLIVEIRA, Luiz Felipe Santos Souza e Mello. *Alimentos Gravídicos e a Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2014. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho tem por objetivo, não só ressaltar a importância da inovação trazida pela Lei 11. 804, de 05.11.2008, mas também analisar o importante instituto da personalidade jurídica do nascituro, suas teorias, e seu início dentro do ordenamento brasileiro. O estudo buscou demonstrar os aspectos materiais e processuais da Lei de Alimentos Gravídicos, sem deixar de lado as eventuais controvérsias sobre o assunto, fazendo para tal uma análise crítica e detalhada do assunto.

Palavras-Chave: Inovação Legislativa; Direito de Família; Dignidade humana; Lei n. 11.804/2008.

ABSTRACT

The objective of the present paper is not only to highlight the importance of the innovation introduced by Law 11.804 of 11/05/2008, but also analyze the important institution of the legal personality of the unborn child, their theories, and its beginning within the Brazilian legal system. The study sought to demonstrate the substantive and procedural aspects of the Law of Nutrients in the Pregnancy, without leaving aside any controversy on the subject, making for such a detailed and critical analysis of the subject.

Key-Words: Legislative Innovation; Family Law; Human dignity; Law 11804/2008.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	A ESTRUTURA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	12
1.1	Tratamento Constitucional Dispensado às Entidades Familiares	13
2	O NASCITURO	17
2.1	Conceito	17
2.2	Evolução histórica	18
2.3	O Nascituro na Igreja Católica	20
3	A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO	21
3.1	Aspecto Jurídico	21
3.2	Conceitos de Personalidade e Capacidade	21
3.3	O início da Personalidade Jurídica	23
3.3.1	<i>Teoria Natalista</i>	24
3.3.2	<i>Teoria da Personalidade Condicional</i>	25
3.3.3	<i>Teoria Concepcionista</i>	26
4	DIREITOS DO NASCITURO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	28
4.1	A questão trazida pelo Pacto São José da Costa Rica	31
5	ALIMENTOS	34
5.1	Dos Alimentos – Conceito e Natureza Jurídica	34
5.2	Do Projeto de Lei nº. 7.376/06 à Lei nº. 11.804/08	36
5.2.1	<i>Texto original do Projeto de Lei nº. 7.376/06 e seu andamento</i>	36
5.2.2	<i>Crítica do IBDFAM</i>	39
5.2.3	<i>Justificativa do veto presidencial ao Senado</i>	42
6	ALIMENTOS GRAVÍDICOS	43
6.1	Aspectos materiais e processuais da Lei	43

6.1.1	<i>Da natureza dos Alimentos Gravídicos</i>	43
6.1.2	<i>Do quantum</i>	44
6.1.3	<i>Indícios de paternidade</i>	47
6.1.4	<i>Presunção de paternidade</i>	48
6.1.5	<i>Do ônus probatório</i>	49
6.1.6	<i>Do foro competente e da propositura da Ação</i>	51
6.1.7	<i>Dos pólos ativo e passivo</i>	51
6.1.8	<i>Alimentos Gravídicos Avoengos</i>	52
6.1.9	<i>Da instrução processual</i>	53
6.1.10	<i>Do termo inicial da obrigação</i>	54
6.1.11	<i>Do pedido</i>	55
6.1.12	<i>Da participação do Ministério Público</i>	56
6.1.13	<i>Do valor da causa</i>	56
6.1.14	<i>Conversão, Revisão e Extinção</i>	57
6.1.15	<i>Da contestação</i>	58
6.1.16	<i>Da execução</i>	59
6.2	<i>Outras questões reflexas à lei</i>	59
6.2.1	<i>Da negativa de paternidade</i>	59
6.2.2	<i>A questão do tempo</i>	60
	CONCLUSÃO	62
	REFERÊNCIAS	64
	ANEXOS	66

INTRODUÇÃO

A Lei 11.804/2008, sancionada em 05/11/2008 e publicada em 06/11/2008, foi batizada de Lei de Alimentos Gravídicos.

Tal inovação legislativa, aguardada pelos civilistas, trouxe consigo o significado salutar do direito a alimentos nos casos de gravidez. Ainda que nos pareça inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, a inexistência até então de uma Lei neste sentido dificultava sua concessão.

No primeiro capítulo trataremos da nova concepção de família no ordenamento jurídico, apontando os novos pilares do Direito de Família, o tratamento constitucional dispensado, e os princípios fundamentais inerentes.

Em seguida abordaremos o conceito de nascituro, contemporizando a evolução histórica desse conceito desde a Grécia antiga e o Direito Romano até os dias atuais e ainda a visão da Igreja Católica através de suas Encíclicas e documentos papais. Continuaremos iniciando as explanações dos aspectos jurídicos conceituando a personalidade jurídica do nascituro, conceituando a personalidade e a capacidade sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, e ainda determinando o início da personalidade jurídica segundo as diferentes teorias existentes.

Ultrapassando suas teorias, chegaremos a presença do nascituro no ordenamento jurídicos pátrio, sempre abordando o assunto de forma ampla para que cada um delineie seu próprio convencimento.

Após, se fará uma abordagem detalhada do novo instituto e seus aspectos materiais e processuais, num primeiro momento discorrendo sobre noções propedêuticas dos alimentos em geral, e depois passando a tratar da Lei de Alimentos Gravídicos especificamente.

Introduziremos o projeto da Lei, suas críticas e vetos, até chegarmos então a redação final da Lei de Alimentos Gravídicos que, como foco deste estudo, será em todos os seus aspectos trabalhada.

1 A ESTRUTURA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.

A mudança da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética, na afetividade e na solidariedade. Esse novo conceito evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se completem.

A corroborar com tal pensamento, Gustavo Tepedino¹ sintetiza essa nova ordem que se descortina no âmbito familiar, ao afirmar que:

“As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido a arte e a virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor”.

A entidade familiar deve ser entendida, hodiernamente, nesse aspecto como grupo social fundado, baseado, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar, sob análise do texto constitucional. Assim, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu”, sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele – afeto; decorram efeitos jurídicos diversos. Essa afetividade traduz-se, concretamente, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.

O afeto afirmado como base fundamental do Direito de Família atual, composta a família por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável,

¹TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 64.

apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar e expressar amor, propriamente dito.

A Constituição Federal de 1988 logrou êxito ao enxergar esta nova realidade. Formada por pessoas dotadas de, necessidades, anseios e ideais que se alteram, significativamente, no transcorrer dos tempos, mas com um sentimento comum, a família deve ser compreendida como um ponto de referência comum na sociedade. Pode-se dizer que ocorreu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor.

A Carta Magna assume, portanto, um papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites do Direito Civil, inclusive no que concerne a proteção dos núcleos familiares, ocorrendo verdadeira migração dos princípios e regras atinentes às instituições privadas, que antes eram, historicamente, tratadas exclusivamente sob a égide do Código Civil de 1916, de feição nitidamente patrimonialista, para o texto constitucional.

Assim a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, sendo alicerce primordial para o alcance da felicidade.

1.1 O Tratamento Constitucional Dispensado às Entidades Familiares.

A Carta Constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento, modificando de forma revolucionária a compreensão do direito de família, que até então se assentava necessariamente no matrimônio.

O legislador constituinte, no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural, e o casamento uma solenidade, adaptando, por esta forma, o direito aos anseios e necessidades da sociedade, passando a

receber proteção estatal não somente a família oriunda do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental, formada esta na comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. Pode-se afirmar que esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

Dessa forma, a entidade familiar, nos dias atuais, deve ser entendida, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, à luz do texto constitucional. Assim, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu”, sendo fundamental compreender a possibilidade de que do afeto decorram efeitos jurídicos dos mais diversos possíveis.

Ao analisar a jurisprudência nacional, vislumbramos algumas aplicações do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família.

Podemos citar como exemplo o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é bem de família, estando protegido pela impenhorabilidade constante da Lei n. 8.009/90.10 Como reconhece a própria ementa do julgado (aqui transcrita), o que almeja a lei referenciada é a proteção da pessoa, e não de um grupo específico de pessoas, a família em si. Com isso, protege-se a própria dignidade (art. 1º, inc. III, da CF/88) e o direito constitucional à moradia (art. 6º da CF/88).

Com a especial colaboração do Texto Constitucional, torna-se inquestionável que a ciência jurídica, como um todo, e, por conseguinte, o Direito de Família, é um

sistema aberto a valores fundados em princípios que indicam um caminho a ser percorrido, em busca da efetivação da dignidade do homem, da solidariedade social, da igualdade e da liberdade.

Nessa nova arquitetura jurídica, não resta dúvida de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função social, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais.

Naturalmente, não pode ser diferente na seara do Direito de Família. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos – é o que se pode chamar de função social da família.

Neste sentido, em importante ponderação, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro Santos Guerra² pontificam:

“Os institutos do Direito de Família como um todo devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização.”

Seguindo tal orientação, torna-se válido asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoísta e individualista das entidades familiares, para se tornar um ambiente seguro para a boa convivência e dignidade de seus membros.

Afirmada a imprescindibilidade do cumprimento de uma função social pelo direito da família, vale destacar, inclusive, a premente necessidade de adaptação do conteúdo de seus clássicos institutos aos valores constitucionais, podendo implicar

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. **Função Social da Família**. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo, Atlas, 2007, p. 134.

modificação de situações históricas, como se nota da admissibilidade de união estável entre pessoas ainda casadas, mas separadas de fato.

Assim a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, sendo alicerce primordial para o alcance da felicidade.

2 O NASCITURO

2.1 Conceito

Após analisar a nova concepção da família, no contexto do presente trabalho, é fundamental que se faça uma breve análise do conceito de nascituro para que se possa admitir ou não a sua personalidade jurídica.

Para Silmara J. A. Chinelato e Almeida³, grande estudiosa do assunto, propõe o conceito de que o nascituro é a pessoa que ainda está por nascer, mas já concebida no ventre materno.

Derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, quer precisamente indicar aquele que há de nascer. Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno, está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa⁴.

Portanto, nascituro é aquele que está por vir ao mundo, já estando concebido, mas não tendo ainda consumado o seu nascimento. Entretanto, é importante que se distinga o nascituro da prole eventual, que também se encontra protegida pela legislação brasileira no artigo 1799, I⁵ do Código Civil, antigo artigo 1718 do Código civil de 1916, que trata da sucessão testamentária e no artigo 1952⁶, *caput*, que trata da substituição fideicomissária em nosso ordenamento civilista.

A diferença básica entre nascituro e prole eventual é que o primeiro já está concebido, enquanto a segunda não o foi ainda. De acordo com autora Silmara J. A.

³CHINELATO, Silmara. Juny **Tutela Civil do Nascituro**. Saraivajur. Mai, 2001. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=100>> Acesso em: 20 abr. 2010.

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 942.

⁵ “Art. 1.799,I, Código Civil Brasileiro: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde de que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. O dispositivo legitima a suceder os *filhos*, ainda não concebidos (cf. Código Civil italiano, art. 462, Art. 3; Código Civil português, art. 2.033, 2, *a*). No art. 1.881 do projeto primitivo, de Clóvis Beviláqua, que deu origem ao Código Civil de 1916, a referência era, também, a filhos. In FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 929.

⁶ “Art. 1.799,I, Código Civil Brasileiro: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde de que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. O dispositivo legitima a suceder os *filhos*, ainda não concebidos (cf. Código Civil italiano, art. 462, Art. 3; Código Civil português, art. 2.033, 2, *a*). No art. 1.881 do projeto primitivo, de Clóvis Beviláqua, que deu origem ao Código Civil de 1916, a referência era, também, a filhos. In FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 929.

Chinelato e Almeida⁷, no direito italiano emprega-se as expressões *nascituro*, *concepito* e *nascituro concepito* como sinônimos e em oposição ao termo *nascituro non concepito* que se refere apenas á prole eventual.

Também se deve considerar a distinção entre nascituro e natimorto, que é o ente que nasce sem vida. Segundo Willian Artur Pussi⁸, a palavra natimorto é composta de *natus* (nascido) e *mortis* (morto) e é empregada apenas para designar ou distinguir a criança que nasceu sem vida ou aquela que, apesar de ter nascido com sinais de vida, não conseguiu respirar e morreu.

2.2 Evolução Histórica

Neste tópico, vamos analisar, de forma breve, a evolução histórica da natureza jurídica do nascituro na Grécia antiga e no Direito romano.

A capacidade do nascituro era admitida na Grécia desde a antiguidade mais remota, como nos mostra a história de Plutarco:

“Segundo Plutarco, Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o Rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria a ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de autor.”⁹.

Na Grécia, talvez pela influência dos seus grandes filósofos, havia um apurado senso crítico, e o nascituro era reconhecido como pessoa e a ele eram assegurados direitos.

O Direito Romano, que muito contribuiu para o Direito moderno, produziu diversos textos sobre os direitos do nascituro, nos quais algumas vezes era reconhecida

⁷ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 07.

⁸ PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Op. Cit. P. 17.

a sua personalidade ou estabelecida uma personalidade condicional e em outras a personalidade jurídica das crianças que não possuíam forma humana era totalmente desconsiderada.

De acordo com Willian Artur Pussi ¹⁰, é importante destacar ainda que no Direito Romano dois requisitos eram necessários para que a pessoa física fosse reconhecida: uma condição natural, que era o nascimento perfeito e uma condição civil, que era o status.

Pussi, nos diz ainda que o nascimento perfeito seria apto para produzir efeitos jurídicos quando reunisse certas condições, como o feto estar completamente separado do ventre materno, tivesse forma humana, nascesse vivo e fosse viável¹¹.

Apesar da dependência dos quatro requisitos acima indicados, alguns direitos eram resguardados ao nascituro, independente do nascimento com, vida, como podemos observar no seguinte texto do Código Civil à Luz do Direito Romano, citado por Pussi (2008, p. 61): *D. 1.5.7. – Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos sempre que se trate dos seus interesses.*

Para o direito Romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto nas entranhas maternas era uma parte da mãe e não uma pessoa, um ente, ou um corpo. Por isso mesmo, não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecidos ao homem. Mas, isto não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se reconhecesse que o nascimento era requisito para a aquisição de direitos, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, dizendo-se que o nascituro é considerado como já nascido, toda vez que se trata de seu interesse.

Desta forma, pode-se concluir que havia contradições acerca do início da personalidade civil da pessoa no Direito Romano. Esta contradição também se apresenta no Direito Brasileiro, uma vez que este apresenta uma forte influência do Direito Romano.

¹⁰ PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 59.

¹¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

2.3 O Nascituro na Igreja Católica

De acordo com o artigo 5º da nossa Carta maior, a liberdade de consciência e de crença é inviolável, e o exercício dos cultos religiosos é livre, sendo garantida na forma da lei a proteção aos locais de culto e às liturgias (BRASIL, 1988). Este dispositivo disciplina constitucionalmente a liberdade religiosa. Apesar desta garantia constitucional, a Igreja Católica sempre exerceu influência no Direito Brasileiro e, em relação ao nascituro, esta influência se faz sentir principalmente no que diz respeito ao aborto.

No Código Canônico promulgado pelo Papa João Paulo II, a Igreja Católica não faz nenhuma exceção quanto aos motivos do aborto, nem mesmo no que se refere aos abortos legais, citados por Delmanto et alii¹², como previstos no Código Penal.

Através das suas Encíclicas e documentos papais, a Igreja Católica defende o direito do nascituro à vida, mesmo antes deste ter assegurados os seus direitos patrimoniais. Desta forma, independente do Direito Penal ser flexível em relação a certos tipos de aborto, a Igreja mantém firme a sua opinião em relação a respeito da violação do direito à vida¹³.

¹² Aborto legal (art. 128, CP) – Impunível: Em duas hipóteses diferentes o legislador declara lícito o aborto, excluindo sua antijuridicidade: 1. Aborto necessário (inciso I) – é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. 2. Aborto sentimental (inciso II) – trata-se de gravidez conseqüente de estupro. In DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. JUNIOR, Roberto Delmanto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. P. 269.

¹³ Ibidem. Op. Cit. Loc. cit.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

3.1 Aspecto Jurídico

Para se iniciar o estudo da personalidade jurídica do nascituro é fundamental que se aborde a definição do termo *pessoa*, uma vez que a noção de personalidade encontra-se ligada intimamente à ideia de pessoa.

De acordo com Willian Artur Pussi¹⁴, a palavra “pessoa” é derivada do latim *per+sonare*, cujo significado era ressoar. *Persona* era um tipo de máscara usada na Grécia e em Roma pelos antigos atores teatrais durante as representações, para que a voz do personagem fosse reconhecida. Essa máscara possuía lâminas de metal e possibilitava que a voz do autor ressoasse de forma cristalina pelos amplos anfiteatros. Com o decorrer do tempo, *persona* passou a designar o papel que o autor representava e, como cada pessoa representa um ou mais papéis nesta vida, o vocábulo passou a designar o próprio ser humano¹⁵.

Juridicamente, a palavra pessoa se deriva do latim *persona*, designando todo ser que é capaz ou suscetível de direitos e obrigações. Na prática, é o ser ao qual se reconhece aptidão legal para possuir direitos, diferenciando-se da coisa, que é entendida como o objeto de uma relação jurídica. Desta forma, nenhum ser humano pode ser excluído da vida jurídica, podendo participar dos direitos que as leis lhe asseguram, bem como suportar os encargos das obrigações que lhe são atribuídas enquanto pessoa¹⁶.

3.2 Conceitos de Personalidade e Capacidade

Apesar de serem muito próximos, Personalidade e Capacidade são institutos distintos. De Plácido e Silva, define os conceitos de personalidade civil e capacidade civil, diferenciando-os da seguinte maneira em seu Vocabulário Jurídico:

Personalidade civil exprime, tecnicamente, a qualidade de pessoa, já legalmente protegida, para que lhe sejam atribuídos os direitos e as obrigações, assinalados na própria lei. É a que decorre da existência

¹⁴ PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 13.

¹⁵ Idem. p. 14.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. Op. Cit. p. 1038.

natural ou jurídica. A personalidade civil, assim, revela-se na suscetibilidade de direitos e de obrigações Na aptidão legal de ser sujeito de direitos. Mas difere da capacidade civil, decorrente da personalidade, visto que a capacidade mostra o poder de intervir por si mesma, enquanto a personalidade dá a ideia de o direito ser protegido por lei, mesmo sem capacidade. A personalidade civil, pois, assegura à pessoa o direito de ter uma existência jurídica própria e de ser sujeito de direitos, integrando conceito mais amplo que o de capacidade, onde não se faz mister somente a existência da pessoa, atributo da personalidade, mas a evidência de outros requisitos indispensáveis para que haja por si, atributo da capacidade.¹⁷

O professor Antônio Elias de Queiroga, conceitua capacidade considerando-a tanto do ponto de vista da capacidade natural como da jurídica. Para este autor, a capacidade natural se refere à prerrogativa de gozo do direito. Desta forma, todo ser humano tem capacidade de direito. Já a capacidade jurídica diz respeito ao exercício do direito. Quem pode atuar pessoalmente possui também capacidade de fato. Embora atualmente não se admitam mais restrições à capacidade de gozo do direito, a lei retira da pessoa, em determinados casos, a possibilidade de *ius disponendi* de certos direitos, estabelecendo uma incapacidade relativa¹⁸ a certos atos ou a maneira de os exercer, de acordo com o Código Civil de 2002, aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito; aos ébrios eventuais, aos viciados em tóxicos; aos que têm discernimento reduzido devido á deficiência mental; aos excepcionais cujo desenvolvimento mental é incompleto e aos pródigos. Os menores de dezesseis anos, os que não possuem o discernimento necessário devido a enfermidades ou deficiência mental e os que não podem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória são considerados absolutamente incapazes¹⁹ de exercer pessoalmente atos da vida civil.

Francisco Amaral faz a seguinte distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato:

Capacidade de direito é a aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações jurídicas. Todas as pessoas físicas têm (CC, art. 1º), como efeito imediato do princípio da igualdade. Têm-na

¹⁷ SILVA, De Plácido e. Op. Cit. p. 1035.

¹⁸ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

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

II- aos ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III- aos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos”; In Código Civil/2002.

¹⁹ QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 49.

também as pessoas jurídicas, se obedecidas as formalidades legais de sua constituição. As pessoas físicas adquirem-na com o nascimento e conservam-na até a morte. Diversa da capacidade de direito é a capacidade de fato, aptidão para a prática de atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm. Embora seja manifestação da personalidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e deveres, a capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica. A primeira é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres, a segunda, a possibilidade de praticar atos com efeito jurídico, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas²⁰.

Comumente se confunde a capacidade de direito com a personalidade. Limongi França afirma que “a personalidade é ampla e abrange todo o âmbito geral da vida do direito, enquanto a capacidade do direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa em face dos direitos particularmente considerados”²¹. Dessa forma, a capacidade de direito é um dos atributos da personalidade.

Embora toda pessoa possua personalidade e capacidade de direito, nem toda pessoa pode exercer seus direitos por força das exceções que caracterizam incapacidade. Assim, a capacidade de fato se caracteriza como a aptidão que a pessoa tem de exercer os atos da vida civil por si mesma.

3.3 O início da Personalidade Jurídica

Conforme o artigo 2º do CC de 2002²² a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida. De acordo com este preceito, o nascimento ocorre quando o feto é separado do ventre materno. Entretanto, é importante destacar que não basta apenas o fato do nascimento, mas é necessário que o recém nascido respire, dando sinais evidentes de vida.

Este tema, porém não é pacífico na Doutrina brasileira, onde encontramos três posicionamentos básicos de análise da personalidade jurídica do nascituro: a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional e a Teoria Concepcionista, as quais

²⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cap. VI. 8.

²¹ FRANÇA, Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 52. apud. PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 32.

²² “Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. In Código Civil/2002.

refletem um conflito de hermenêutica, uma vez que interpretam diferentemente o artigo 2º (antigo artigo 4º) do CC 2002.

Vamos analisar individualmente cada uma das teorias acima citadas, para tentar entender melhor a questão.

3.3.1 Teoria Natalista

A Teoria Natalista, com raízes no Direito Romano, fundamenta-se no artigo 4º do CC de 1916²³, afirmando que o nascituro possui direitos futuros, porque a personalidade civil vai se iniciar no instante em que ocorrer o seu nascimento com vida.

A corrente natalista, portanto, corresponde à corrente legal na Doutrina brasileira, porque trata o início da personalidade civil do nascituro com base no marco inicial do que se encontra disposto no artigo 2º do Novo CC.

Pontes Miranda (apud PUSSI, 2008, p. 82)²⁴ nos diz que o direito não pode ser sem sujeitos e que a capacidade de direito se inicia com o nascimento. Desta forma, o nascituro não pode ter direitos, assim como a pessoa jurídica não constituída e aquela cuja determinação dependa de um acontecimento futuro. Nestes casos, o que existem são expectativas de direito, que devem ser resguardadas.

De acordo com os doutrinadores que defendem esta teoria, como Silvio Rodrigues, Vicente Raó e João Luiz Alves, a proteção dada ao nascituro não atribui a ele personalidade jurídica, equivalendo apenas a uma expectativa, que se transformará em direitos subjetivos se o ente concebido adquirir vitalidade. Antes do nascimento, o feto é apenas uma *spes homin*, ou seja., uma esperança humana, uma expectativa de personalidade.

²³ “Art. 4º: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. In Código Civil/1916.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral**. 6ª ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Bookseller. T. I. p. 176. apud. PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 82.

3.3.2 Teoria da Personalidade Condicional

Esta teoria possui caráter eclético e intermediário, reconhecendo o início da personalidade jurídica da pessoa humana desde a sua concepção, embora subordinando-a à condição do nascimento com vida.

Os adeptos desta teoria repudiam a orientação tomada no artigo 2º do Novo Código Civil, que modificou a posição do projeto de Clóvis Beviláqua, que dispunha que a personalidade civil do ser humano tem início com a concepção, sob a condição de nascer com vida.

Adepto desta teoria, Lopes afirma que

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição, mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder; se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição do direito.²⁵

Pussi (op. cit., p. 86) também cita o posicionamento do autor Walter Moraes: “Ao tratar da sucessão legítima do nascituro, o autor é categórico em afirmar que ele não tem capacidade jurídica, visto que esta só é adquirida com o nascimento com vida. Por outro lado, sustenta ter o nascituro capacidade sucessória, de modo excepcional²⁶.”

De acordo com Walter Moraes, a sucessão se caracteriza como um fato concreto que proporciona um exemplo real e prático da condição jurídica do nascituro no Direito brasileiro:

O nascituro não tem personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida. No entanto, tem capacidade sucessória, constituindo isso situação excepcional. Quando a lei “põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, dissocia o conceito de personalidade do conceito de subjetividade. O nascituro não é pessoa, mas já é sujeito de direito, conquanto sob a condição. No plano hereditário, a anômala subjetividade do nascituro se explica pela suspensão da delação. Vale dizer que a herança se difere sob a condição com o nascimento com vida. Trata-se de condição suspensiva, pois a delação não produz efeito se o evento nascimento não se verificar. Da sorte que, se o nascituro não nasce com vida,

²⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. apud. PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 85.

²⁶ PUSSI, Artur Willian. op. cit. p. 86.

realmente não adquiriu a deixa, assim como não adquire outro direito qualquer.²⁷

Desta forma o nascituro tem personalidade, conquanto nasça com vida, ficando assim seus direitos numa posição suspensiva. Caso nasça com vida, o recém nascido terá garantido todos os seus direitos desde a concepção. Caso não nasça com vida, sua personalidade não irá se concretizar juridicamente.

3.3.3 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista reconhece a personalidade do nascituro desde a sua concepção, porque se o CC fala nos direitos do nascituro é por lhe reconhecer a personalidade, uma vez que todo titular de direitos é uma pessoa.

Para Francisco dos Santos Amaral:

No direito brasileiro, a maioria dos autores defende que o nascituro não tem personalidade jurídica, como parece dispor o art. 2º do Código Civil. No entanto, o sistema jurídico brasileiro permite outra conclusão. Na Constituição da República, art. 5º, caput, garante-se o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil os artigos 1609, parágrafo único, 542, 1779 e 1799, I, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, vale dizer, sujeito de direitos. E só pode ser titular de direito quem tiver personalidade jurídica, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide.²⁸

Para os autores que defendem a Teoria Concepcionista, como Limongi França, Francisco dos Santos Amaral e Silmara Chinelato, portanto, não é justo que os direitos do nascituro sejam sempre condicionados ao seu nascimento com vida.

Desta forma, para os adeptos desta teoria, não se pode compreender a taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo CC, sendo que a aplicação da norma jurídica seria restrita e só haveria proteção ao nascituro nos casos expressamente previstos pela lei tais como a doação, a sucessão testamentária e a punição ao aborto.

²⁷ MORAES, Walter. Teoria geral da sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. P.88. apud. PUSSI, Willian Artur. Op. cit. p. 86.

²⁸ AMARAL, Francisco. Op. cit. cap. VI. 4.

Por outro lado, se considerarmos o nascituro como pessoa, a norma civil deverá ser-lhe estendida amplamente, como regra geral²⁹.

A Teoria Concepcionista não considera sob hipótese nenhuma a personalidade condicional do nascituro em relação aos seus direitos fundamentais da personalidade como o direito à vida e demais direitos irrenunciáveis.

A tendência dos autores mais modernos é aceitar esta teoria como a mais adequada, principalmente frente aos avanços da medicina fetal e dos estudos sobre os direitos fundamentais que envolvem a proteção do nascituro³⁰.

²⁹ Pussi, Willian Artur. Op. Cit. p. 88.

³⁰ Idem. Ibidem. p. 90.

4 DIREITOS DO NASCITURO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As controvérsias encontradas sobre a personalidade jurídica do nascituro se tornam ainda maiores quando os fatos concretos são levados aos tribunais. Nossa legislação é bem omissa em relação ao assunto, sendo o artigo 2º da legislação civil a única norma que regulamenta a matéria, gerando inúmeras discussões em nossa doutrina. Desta forma, iremos abordar neste capítulo princípios relacionados ao nascituro e seus direitos, presentes em nosso ordenamento jurídico.

Em nossa Carta Maior, o ápice da legislação brasileira, o assunto personalidade jurídica não é tratado diretamente, não existindo nenhum artigo para regular a matéria. O direito à vida é garantido, mas é falha a definição de quando ela se inicia. Entretanto, na análise de seus princípios fundamentais podemos perceber a preocupação com o nascituro, ao qual é atribuído vida.

De acordo com Freitas (2009), embora haja divergências sobre a existência de direitos ou interesses em direitos no nascituro, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à necessidade de proteção do mesmo, especialmente no que diz respeito à busca da consubstanciação de sua viabilidade no nascimento com vida. Para este jurista, dentre todas as normas e princípios da Constituição Federal de 1988, o que melhor trata dessa questão é o princípio da dignidade da pessoa³¹.

A dignidade da pessoa humana, deve ser entendida como o valor constitucional supremo que agrega ao redor de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem que se encontram expressos na Constituição, dentre os quais o direito à vida³².

A respeito do princípio constitucional da direito à vida, Uadi Lammêgo Bulos faz a seguinte consideração:

O texto constitucional protege todas as formas de vida, inclusive a uterina (TJSP, CDCCP, 4:299-302). E faz sentido, porque o direito à vida é o mais importante de todos. Por isso, tanto a expectativa de vida exterior (vida intra-uterina), como a sua consumação efetiva (vida extra-uterina) constituem um direito fundamental. Sem ele nenhum outro se realiza. Daí o seu significado constitucional amplo,

³¹ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 56.

³² BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 83.

conectando-se com outros, a exemplo do direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre, cidadania.³³

Na Constituição Federal está arrolado ainda como direito do nascituro o acesso à justiça, que se encontra presente no artigo 5º, XXXV, onde está disposto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, embora o seu exercício venha a ser por meio de terceiros³⁴.

Portanto, basta que a pessoa esteja concebida para ser sujeito de direito, naquilo que ao embrião aproveita, intervindo a Justiça a seu favor, provocada à ação pelos representantes legais dos incapazes. Assim, a mãe da criança pode acionar a justiça em nome do filho menor ou nascituro, como tutora ou curadora nata, não se cogitando a reparação à mulher, mas sim de fazer o filho adquirir ou recobrar seu estado civil.³⁵

Também se pode entender como proteção ao nascituro a licença de cento e vinte dias proporcionada à gestante, conforme o artigo 7º, XVIII da Constituição e os artigos 391 a 400 da CLT, bem como os benefícios previdenciários que protegem à maternidade, como o auxílio maternidade e o auxílio natalidade. Estes institutos, conferem à gestante um certo conforto na gravidez, além de preservarem o nascituro e a criança em seus primeiros meses de vida.

No âmbito do Direito Processual Civil, um dos problemas básicos que o nascituro encontra se refere a sua capacidade processual. De acordo com o artigo 2º, o nascituro adquire primeiro direitos e somente mais tarde, após o seu nascimento com vida, vai adquirir personalidade civil. Segundo Willian Artur Pussi, surge desta forma, uma curiosa situação no período que se estende da concepção ao nascimento, onde o nascituro possui direitos sem possuir personalidade:

Parte da doutrina bem como a jurisprudência reconhecem ao nascituro a capacidade de ser parte ativa. E nem poderia ser diferente, visto que, se a lei civil garante-lhe direitos, nada mais óbvio e até mesmo necessário que lhe conceda meios para a defesa destes direitos através de sua capacitação para demandar no polo ativo.

³³ Idem. Ibidem. Op. cit. p. 113.

³⁴ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 53.

³⁵ Idem. Ibidem. loc. cit.

Todavia, o nascituro não pode agir por si mesmo, quer do ponto de vista jurídico (por lhe faltar capacidade de agir), quer do ponto de vista físico (por viver comprimido no ventre materno sem possibilidade de atuação), fato que impõe a representação quer pela mãe, quer pelo pai ou até mesmo pelo curador³⁶.

Dentro da mesma linha de pensamento, Uadi Lammêgo Bulos nos diz:

A vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto: “Ao nascituro assiste no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe ao infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada.” RT JRS 104/418³⁷

O Código do Processo Civil também trata e regula, em seus artigos 877 e 878, a imediata aplicabilidade da posse em nome do nascituro:

Art. 877 – “A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878 – Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se á requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro. “³⁸

Nota-se uma obediência ao que se encontra disposto no artigo 2º do Código Civil no sentido da lei por a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Após o resultado do exame comprovando a gravidez, a gestante ou a pessoa que detém o poder familiar é investida na posse dos direitos que assistem ao nascituro. Fica entendido que

³⁶ Pussi, Willian Artur. Op. Cit. p. 162.

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 113.

³⁸ BRASIL, Código de Processo Civil. São Paulo: **Vade Mecum**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 465/466.

o direito à posse é do nascituro, mas devido a sua impossibilidade fática de ser investido na posse, quem a adquire é a mãe ou a pessoa detentora do poder familiar.

O Código Civil Brasileiro, que já garante na norma disposta no seu artigo 2º os direitos do nascituro desde o momento em que é concebido, também dispõe em vários outros artigos os direitos garantidos ao infante já concebido, com a condição que nasça com vida. Encontramos estas garantias nos artigos 1609, 1779 e 1799.

O artigo 1609 reconhece o filho havido fora do casamento, e seu parágrafo único afirma que este reconhecimento pode preceder o nascimento, estendendo o reconhecimento ao nascituro. O artigo 1779 aborda a curatela dada ao nascituro, e afirma que será dado curador ao nascituro, caso o pai faleça durante a gravidez da mulher e esta não tenha o poder familiar. Já o artigo 1799 trata da sucessão testamentária, afirmando em seu inciso I que os filhos ainda não concebidos, ou seja, os nascituros, podem ser chamados para a sucessão. (BRASIL, 2008)

Pelo que abordamos neste trabalho até agora, percebe-se que existe lacunas em nossa legislação, que possui apenas um artigo específico sobre a matéria. Tal fato não é consonante com o que se encontra disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, que trataremos no próximo tópico.

4.1 A Questão Trazida Pelo Pacto São José da Costa Rica

O §3º do artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988, acrescido da Emenda Constitucional nº 45/2004, determina que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais³⁹”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1992, em seu artigo 1º estabelece que pessoa é todo ser humano e em seu artigo 4º afirma que toda pessoa tem direito de ter sua vida

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418.

respeite sua vida. Tal direito deve ser protegido por lei desde o momento da concepção, sendo que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente⁴⁰.

Este Pacto, portanto, afirma que a vida e a personalidade são protegidas desde a concepção. O nosso Código Civil de 2002, onde está estabelecido que apenas com o nascimento se inicia a personalidade civil, encontra-se, desta forma em conflito com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Uma vez estabelecido o fato de que há um conflito entre os dois sistemas, precisamos saber qual o que prevalece.

Quando o Pacto entrou em vigor em 1992, o STF brasileiro, no julgamento da ADI 1408 (relator Ministro Celso de Mello), decidiu que os tratados internacionais seriam equiparados às leis ordinárias, para isso sendo necessário somente que o Executivo os promulgasse. Com a promulgação do Pacto, passou a existir um conflito de leis, que envolve a norma interna do Brasil e o pacto que foi introduzido em nosso ordenamento⁴¹.

Ainda, a priori, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Pacto São José da Costa Rica foi inserido no corpo da Constituição Federal, passando a ter prevalência sobre todo o ordenamento jurídico⁴².

Dentro deste raciocínio de Antônio Elias de Queiroga, os tratados ou convenções sobre direitos humanos, promulgados antes da EC 45/2004, conforme o posicionamento adotado pelo STF, não passaram a ter equivalência com as emendas constitucionais, por não atenderem ao critério estabelecido pelo §3º, visto que tiveram tramitação semelhante ao previsto para os projetos de leis ordinárias⁴³.

Sob este raciocínio, os tratados ou convenções sobre direitos humanos, anteriores à EC 45/2004, por posição adotada pelo STF, não passaram a ter equivalência com as emendas constitucionais, pois não atendem ao critério disposto pelo §3º, posto que tiveram tramitação semelhante ao previsto para os projetos de leis ordinárias⁴⁴.

⁴⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos – Comentários à Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008**. 1 ed. Porto Alegre: Voxlegem, 2009. p. 58.

⁴¹ QUEIROGA, Antônio Elias de. Op.cit. p. 39.

⁴² Idem. Ibidem. loc. cit.

⁴³ Idem. Ibidem. p. 41.

⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 45.

A controvérsia parecia resolvida. Recentemente, entretanto, a Suprema Corte Federal voltou a examinar a matéria, em grau de recurso extraordinário, e está decidindo de forma contrária aos precedentes, conforme se verifica no voto de Gilmar Mendes Ferreira (Informativo 449⁴⁵)⁴⁶

⁴⁵**Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 2**

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343)

⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 48.

5 ALIMENTOS

5.1 Dos Alimentos – Conceito e Natureza Jurídica

Todos têm direito a viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito à alimentos como princípio da preservação da dignidade humana. Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado, garantir a vida. Assim é o Estado o primeiro a ter obrigação de prestar alimentos aos seus cidadãos e aos entes da família. Mas, como infelizmente o Estado não tem condições de socorrer a todos, transforma a solidariedade familiar em dever alimentar, sendo assim, a obrigação alimentar é um dos principais efeitos que decorrem da relação de parentesco.⁴⁷

Os alimentos não têm um conceito legal específico. Como parâmetro usa-se o artigo 1.920 do Código Civil: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”⁴⁸.

Com base no dispositivo transcrito, Caio Mário da Silva Pereira, no Volume V, da sua obra Instituições de Direito Civil, diz:

Há diversidade entre a conceituação jurídica e noção vulgar de “alimentos”. Compreendendo-os em sentido amplo, o direito insere no valor semântico do vocábulo uma abrangência maior, para estendê-lo, além da acepção fisiológica, a tudo mais necessário à manutenção individual: sustento, habitação, vestuário, tratamento.⁴⁹

Para Douglas Phillips Freitas:

Hoje, o instituto jurídico dos alimentos pode ser definido como o valor destinado a satisfazer as necessidades naturais e sociais do ser humano em seu sentido pleno, sendo sua fixação

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 2009. p. 458.

⁴⁸ FIUZA, Ricardo. Op. cit. p. 999.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495.

ordenada com base nesta necessidade e de acordo com a disponibilidade daquele que vem à pagar, podendo na falta desta, ser complementada por terceiros, mantendo desde o início, a proporcionalidade contributiva entre aqueles que devem o pagamento.⁵⁰

Na fala do professor encontra-se o binômio necessidade-disponibilidade, mas a teoria moderna inclui, ainda, na fixação de alimentos o fator proporcionalidade. Fator este amparado pelo §1º do artigo 1.694, segundo o qual “os alimentos devem ser usados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”⁵¹, que deixa claro que os alimentos devem permitir que seu credor viva de modo compatível com a sua condição social.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. Nesse sentido, indaga Maria Berenice Dias:

Obrigações de natureza alimentar não existem somente do direito das famílias. Há dever de alimentos que tem origem: (a) na prática de ato ilícito; (b) se estabelecido contratualmente; ou (c) estipulado em testamento. Cada um desses encargos com características diversas e sujeitos a princípios outros. No âmbito do direito das famílias, decorre do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável. Sempre pressupõe a existência de um vínculo jurídico. Quanto mais se alarga o espectro das entidades familiares e se desdobram os conceitos de família e filiação, mais a obrigação alimentar adquire novos matizes.⁵²

O dever alimentar é de tamanha importância que nossa Constituição de 88 trouxe em seu texto, mais especificamente em seu artigo 229, o que já estava no Código Civil de 1916 (art. 396 e s.), a ver: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os

⁵⁰ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 75.

⁵¹ FIUZA, Ricardo. Op. cit. p. 867.

⁵² DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 458.

filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”⁵³.

Sendo assim, o dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar, e este por sua vez, repousa na solidariedade familiar presente no artigo constitucional transcrito.

Por último, vale dizer que o alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a distinguir duas modalidades de alimentos. Dessa forma, os alimentos podem ser denominados de alimentos naturais (*necessarium vitae*), pois se destinam às despesas ordinárias de manutenção do alimentado, essenciais à sobrevivência do indivíduo, e também de alimentos civis, ou cômmodos (*necessarium personae*), no qual se inserem não só as despesas básicas como também aquelas que mantenham a condição social do alimentado, inclusive despesas educacionais.

5.2 Do Projeto de Lei nº. 7376/06 à Lei nº. 11,804/08

5.2.1 Texto original do Projeto de Lei nº. 737/06 e seu andamento

O ex-senador Federal Rodolpho Tourinho (PFL/BA), apresentou, em 28 de julho de 2006, o Projeto de Lei nº. 7.376, que teve a redação que se segue:

“Disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido e dá outras providencias.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 1427.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.

Art. 11º Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições da Lei nº. 5.478, de 25 de julho de 1968, e do Código de Processo Civil.

Art. 12º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em de de 2006.

Senador Renan Calheiros
Presidente do Senado Federal
Gab/pls 04-062”.⁵⁴

Numa tramitação relativamente rápida, a matéria foi aprovada por unanimidade na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), em 26 de junho de 2007, e em seguida, em 15 de julho de 2008, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado. A matéria seguiu para Câmara e, sem alarde, foi aprovada também por unanimidade e em caráter terminativo, ou conclusivo, quer dizer, sem necessidade de ir ao plenário ou a alguma outra comissão, na CCJ da Câmara, onde tramitou em regime de prioridade.

A respeito do voto da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Douglas Phillips Freitas assevera:

O Projeto de Lei n. 7.376/06 foi observado pela comunidade jurídica com muito interesse e certo soslaio, pois em seu texto havia flagrante de inconstitucionalidades que, certamente, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC seriam observados e destacados. Para espanto daqueles que compactuavam com o temor da aprovação do referido projeto em seu texto original, a CCJC aprovou com unanimidade, sem qualquer restrição, adição ou exclusão.⁵⁵

Entretanto, apesar de aprovado o parecer por unanimidade na CCJC, o Deputado Regis de Oliveira apresentou voto em separado (Anexo) que trouxe interessantes considerações sobre o tema.

De todo o exposto no voto em separado do Deputado Regis de Oliveira dois pontos merecem destaque. O primeiro no tocante a sua posição em relação ao direito

⁵⁴ PL – 7376/2006, Projeto de Lei em tramite para alimentos gravídicos. Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2008/10/proposio-pl-73762006-projeto-de-lei-em.html>. Acesso em: 28 Mai. 2010.

⁵⁵ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 29.

assegurado na Lei de Alimentos Gravídicos. Para o Deputado o direito assegurado não é da gestante e sim do nascituro, e a partir dessa premissa ele transcreve julgado e, ainda, cita Maria Helena Diniz que afirma ser direito do nascituro, desde a concepção, o direito à alimentos e a uma adequada assistência pré-natal. O segundo ponto relevante é a exposição feita pelo Deputado sobre a matéria dos alimentos provisionais e a sua impossibilidade de serem restituídos, mesmo que o alimentante vença a demanda. Ponto este que será oportunamente revisto adiante.

5.2.2 Crítica do IBDFAM

Como visto o Projeto de Lei nº 7376/06 passou por todo procedimento legal sem qualquer divergência, mesmo com as observações do voto em separado do Deputado Regis de Oliveira.

Em vista disso, o IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade de grande prestígio no mundo jurídico e que desenvolve e divulga o conhecimento sobre o Direito de Família no Brasil e no Mundo, teve atitude providencial nos capítulos finais da aprovação do projeto em questão.

Pouco mais de quinze dias antes de ser sancionada a Lei de Alimentos Gravídicos, a entidade encaminhou uma carta ao Presidente da República, Sr. Luis Inácio Lula da Silva, solicitando especial atenção com o PL 7376/06, e sugerindo a retirada de alguns artigos que apresentavam incongruências.

A seguir um trecho da carta enviada pelo Presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira ao Presidente da República:

O PL 7376/06, que aguarda a sanção de V. Exa., no entendimento do IBDFAM, é inovador e necessário, mas apresenta alguns equívocos que comprometem a sua aplicabilidade. Não se discute a salutar intenção do legislador em fornecer às mulheres grávidas o que lhes é

de direito, mas as disposições dos artigos do PL apresentam incongruências que vilipendiam a Lei de Alimentos e os princípios constitucionais, do acesso à justiça, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança, entre outros.⁵⁶

A Vice Presidente Nacional do IBDFAM, Maria Berenice Dias, também criticou o PL em artigo escrito durante o período de aprovação da lei, dizendo que muitos são os equívocos da lei, a ponto de questionar-se sobre a validade de sua aprovação. Para a professora apesar de o PL consagrar o princípio da proteção integral, visando assegurar o direito à vida do nascituro e de sua genitora, nítida é a postura protetiva em favor do réu.⁵⁷

A seguir destacamos os equívocos do PL e seus fundamentos contidos na carta do IBDFAM:

O primeiro dos quatro artigos contidos na carta é o art. 3º, que tratava do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata a Lei, aplicando para tal o art. 94 do Código de Processo Civil⁵⁸, que aplica, em regra, o foro do réu.

Evidente é afirmar que não se pode fixar competência no domicílio do réu, já que o estatuto processual concede foro privilegiado ao credor de alimentos, como se pode verificar em seu art. 100, II⁵⁹.

Além disso, para o IBDFAM, o PL deve ser interpretado da forma que melhor atenda ao interesse da gestante⁶⁰ e, a redação do artigo 3º ao invés de melhor atender à

⁵⁶ OF/PRESI. Nº 415/2007. Belo Horizonte/2008. IN FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 34.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos?**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: ano V, nº 27, p. 87-88. nov./dez., 2008. p.1.

⁵⁸ Art. 94, CPC: “A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”. In BRASIL, **Vade Mecum**. op. cit. 407.

⁵⁹ Art. 100, II, CPC: “É competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos. In BRASIL, **Vade Mecum**. op. cit. p. 408.

⁶⁰ OF/PRESI. Nº 415/2007. Belo Horizonte/2008. IN FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 36.

gestante, fixava a competência judicial no domicílio do suposto pai, forçando-a a deslocar-se a outro foro para as audiências.

O artigo 5º do PL também foi criticado porque impunha a necessidade de audiência de justificação, mesmo com provas de o réu ser o pai do filho que a autora esperava. Segundo o IBDFAM, congestionado como está o nosso Judiciário seria um contra-senso a necessidade da audiência para fixação de alimentos, e a gestante correria o risco de não ter os alimentos fixados antes que seu filho nascesse. Para solucionar tal questão foi sugerido que o juiz, convencido da existência de indícios da paternidade, fixasse os alimentos com a dispensa da solenidade⁶¹.

Tido para muitos como o maior pecado da lei, o terceiro artigo presente na carta do Instituto como incongruente, o artigo 8º, instituía que havendo oposição do réu à paternidade, a procedência do pedido dependeria da realização de exame pericial.

Se não vetada, esta disposição poderia pôr em risco a vida da criança, pois é consenso na comunidade médica que o exame de DNA em líquido amniótico pode comprometer a gestação⁶². Sem falar no alto custo do exame, que pelo jeito teria que ser suportado pela gestante, já que não há justificativa para atribuir ao estado este ônus⁶³.

Por último recebeu críticas o artigo 9º do PL onde os alimentos seriam devidos desde a data da citação do réu. A paternidade não é configurada a partir do momento em que o oficial de justiça cita o réu em uma ação de alimentos. “Pai é assim o é desde a concepção do filho”⁶⁴, é a máxima sustentada pelo IBDFAM.

Este dispositivo favorece as manobras do réu para esquivar-se do oficial de justiça, atrasando o trâmite e a conseqüente fixação dos alimentos. Sem falar que

⁶¹ OF/PRESI. Nº 415/2007. Belo Horizonte/2008. IN FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 37.

⁶² OF/PRESI. Nº 415/2007. Belo Horizonte/2008. IN FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. loc. cit.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos?**p. 1.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2541>. Acesso em: 31 Mai. 2010.

afrenta a jurisprudência e se choca com a Lei de Alimentos que, de modo expresso diz em seu art. 4º: ao despachar a inicial o juiz fixa, desde logo, alimentos provisórios⁶⁵.

Diante ao exposto, o IBDFAM visou garantir os princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade, e assim poder garantir de fato a segurança do bem-estar de milhares de gestantes, futuras mães e crianças brasileiras.

5.2.3 Justificativa do veto presidencial ao Senado

Recebida as sugestões o Presidente da República, em atitude louvável, depois de ouvido o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, realizou veto presidencial a seis artigos do Projeto de Lei antes de publicá-lo como lei, atendendo integralmente as observações realizadas pelo IBDFAM e acrescentando outras.

A Mensagem nº. 853, de 5 de novembro de 2008 (Anexo) vetou os artigos 3º, 5º, 8º e 9º, pelos motivos já expostos na carta do IBDFAM, além dos artigos 4º e 10, aquele por crer desnecessária a juntada de laudo de viabilidade da gravidez à petição inicial, e este por conter norma intimidadora, gerando responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito.

Dessa forma, com o veto coerente e necessário do Presidente, o Projeto Lei nº 7376/06 que tinha doze artigos ficou reduzido à metade.

⁶⁵ OF/PRESI. Nº 415/2007. Belo Horizonte/2008. IN FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 37.

6 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A Lei nº. 11.804/2008, publicada no Diário Oficial da União em 6 de novembro de 2008, e em vigor desde esta data, conforme o seu artigo 12, fez inserir no ordenamento jurídico pátrio, de forma expressa, a figura dos chamados Alimentos Gravídicos.

Embora a expressão seja feia, seu significado é dos mais salutares, conceder a gestante o direito de buscar alimentos do suposto pai durante a gravidez.

Finalmente, após o processo até aqui descrito, foi publicada, em 6 de novembro de 2008, no Diário Oficial da União, a redação da Lei nº. 11.804 de 5 de novembro de 2008.

6.1 Aspectos Materiais e Processuais da Lei

6.1.1 Da natureza dos alimentos gravídicos

Encontramos na doutrina argumentos que consolidam a natureza híbrida dos alimentos gravídicos. Já no escopo da lei nota-se uma vocação indenizatória, na verdade, o objeto do instituto é uma composição de verbas indenizatórias elevadas ao *status* de alimentos, com toda sua prevalência creditícia e proteção institucional⁶⁶.

Tal assertiva baseia-se na proximidade maior da lei ao instituto da indenização do que ao da pensão alimentícia. Veremos exemplos desta proximidade ao longo deste capítulo e do estudo das principais características da Lei de Alimentos Gravídicos, que passamos a chamar, a partir de agora, de LAG.

Porém, para fins exemplificativos citamos o fato de que na pensão de alimentos o computo inicial é da citação e, na indenização, é do sinistro, mesma regra dos Alimentos Gravídicos que impõe o termo inicial na concepção, conforme estudaremos mais adiante. Outro exemplo é que na pensão de alimentos não se pode buscar valores retroativos, sendo devidos somente os valores vincendos, diferentemente das ações indenizatórias onde, respeitada a prescrição, prevalece a regra do *status quo ante*, ou

⁶⁶ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 104.

seja, reembolso integral, mesma regra imposta pela LAG. Além disso, na instrução processual dos alimentos não se fala, de regra, em orçamentos, limites e razoabilidade de despesas e reparação integral, questões essas trazidas no próprio texto da lei regulamentadora dos alimentos gravídicos.

Por fim, sobre esta natureza híbrida dos alimentos gravídicos, ensina Douglas Phillips Freitas:

É natural que nas inovações legislativas a análise do novo se dê com olhos do velho ou pelo menos com aquilo já existente que mais se aproxima do novo para que este seja mais palatável e menos estranho. Por isto, olhar os Alimentos Gravídicos com o viés da Pensão de Alimentos é perder toda a construção e contribuição da jurisprudência relativa às ações indenizatórias, nestas que serão encontradas as respostas para instrução processual que nos alimentos não se encontrará.⁶⁷

6.1.2 Do quantum

A leitura do texto, mais especificamente do art. 2º da LAG, informa claramente que os valores dos alimentos gravídicos compreendem: Aqueles suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, partos, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, e, ainda, outras que o Juiz venha a considerar pertinentes.

O parágrafo único do mencionado artigo informa também que as despesas previstas devem ser custeadas pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deve ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

A partir no exposto e com objetivo de um maior detalhamento sobre o assunto, vejamos abaixo os verbetes trazidos na LAG um a um. Lembrando, que apesar de o *quantum* dos alimentos gravídicos surgir de critérios bem delineados pela lei, este rol

⁶⁷ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 105.

não é exaustivo, quer dizer, podem surgir necessidades diferentes das previstas no art. 2º e que mereçam devida atenção.

- “Despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes”:

Neste primeiro ponto destacamos como necessários os valores garantidores de uma gravidez saudável, a fim de que haja um parto tranquilo e sem riscos para a gestante e o neném. Para alcançar tais objetivos são necessários exames pré-natais periódicos⁶⁸, acompanhamento médico, e, ainda, roupas para a mãe, que adquire nova forma e peso, assim como enxoval para o neném, incluindo todo o aparato necessário para a espera deste, como carrinho, berço, fraldas, etc.

A respeito do reembolso de tais despesas Douglas Phillips Freitas assevera:

Não há equívoco em se pleitear na Ação de Alimentos Gravídicos, dependendo do momento de seu protocolo, valores para reembolso (despesas já realizadas) ou compra (despesas vindouras) de roupas, utensílios indispensáveis tanto para a gestante como, de forma ,para o futuro neném. (...) Todas estas despesas devem sempre respeitar os critérios da indispensabilidade e da razoabilidade, demonstrados por meio de argumentos, documentos e valorados por orçamentos.

É necessário, ainda, salientar que o *quantum* devido na Ação de Alimentos Gravídicos não deve ultrapassar as despesas da mãe e os mínimos para a espera do feto, quer dizer, o *quantum* não deve se projetar para além do primeiro momento após o nascimento, pois essas despesas serão incluídas na posterior Pensão de Alimentos.

- “Alimentação especial”:

Difícilmente haverá um aumento das despesas em relação a alimentação durante a gravidez, a não ser em casos de enfermidade durante a gestação. O que acontece de fato é que durante o período de gravídico a mãe deve ter uma dieta

⁶⁸ “O acompanhamento pré-natal compreende a realização de consultas médicas durante a gravidez, nas quais o médico realiza a avaliação global da gestante e também do crescimento do bebê. Além disso, são realizados diversos exames laboratoriais. Todas essas ações têm como objetivo detectar e tratar precocemente doenças ou condições que possam exercer efeitos danosos na saúde da mãe e/ou do bebê. A assistência pré-natal deve ser iniciada assim que a possibilidade de gravidez for considerada., geralmente devido a atraso menstrual. Quanto antes for iniciado o acompanhamento, melhores serão os resultados alcançados”. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=4856&ReturnCatID=1801>> Acesso em: 17 de jun. 2010.

balanceada, com a reposição de algumas vitaminas como o ácido fólico, o ferro e o cálcio, e para tanto deve ingerir alimentos de maior qualidade nutricional, havendo, portanto, apenas uma substituição alimentar e não necessariamente uma aquisição de novas despesas.

Como vimos, a LAG determina apenas o custeio de alimentação especial se determinado por médico, mas se a mãe comprovar falta de disponibilidade para o custeio de sua alimentação, necessária para a viabilidade do feto, há de se incluir tal valor no *quantum* dos alimentos gravídicos.⁶⁹

- “Assistência médica e psicológica, exames complementares, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico”:

Infelizmente, na grande maioria dos casos, o Sistema Único de Saúde, o SUS, não contempla estas despesas, devendo a gestante apresentar as notas de gastos para reembolso do suposto pai ou, mediante receita médica, requerer a determinação do pagamento das consultas e exames futuros.

Importante neste verbete é sublinhar “a juízo do médico”, pois esta expressão implica em a gestante não poder se valer de argumentações jurídicas para o pleito das questões médicas, psicológicas, laboratoriais ou de medicamentos, devendo trazer a juízo laudo médico determinando suas necessidades básicas e especiais.

- “Internação e parto”:

Neste caso não há o que se discutir, por mais deficiente e irregular que seja o SUS este realiza de forma adequada os serviços de internação e parto, não havendo, portanto, salvo em casos excepcionais, a necessidade de o suposto pai custear estas despesas.

- “Além de outros que o Juiz considere pertinente”:

Esta última parte do art. 2º da LAG dá ao Juiz a liberdade de incluir no cálculo do *quantum* dos alimentos gravídicos mais alguma despesa que considere necessária como por exemplo, a inclusão de alimentos para a própria gestante, quando esta fica sem trabalhar devido a seu estado, em casos de trabalhos informais.

⁶⁹ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 117.

6.1.3 Indícios de paternidade

Como já visto anteriormente o art. 8º do Projeto de Lei nº. 7376/06 foi vetado pelo Presidente da República. Tal artigo previa que caso o suposto pai negasse a paternidade deveria ocorrer a realização de exame pericial pertinente, quer dizer, deveria ocorrer realização de exame de DNA intra-uterino para a prova da paternidade. Ressalvamos mais uma vez aqui a boa intenção do veto, visto que o exame mencionado não é bem visto na sociedade médica e pode gerar riscos à gravidez.

Ante esta ausência probatória as outras provas da possível paternidade ficam eivadas de dúvidas, pois não são conclusivas como a proveniente de exame técnico. Sendo assim, a LAG, como consta em seu art. 6º, permite a concessão da tutela com o simples indício de paternidade.

Deste fato surgem críticas e dúvidas. Uma carta, um e-mail, ou uma simples fotografia da gestante ao lado do requerido poderá ser considerada como indício de paternidade? Porém, estes tipos de questionamentos só serão respondidos pelos tribunais. Os Juízes com base no princípio do livre convencimento motivado deverão ter a cautela e o discernimento necessário para refutar o uso deste instrumento para a obtenção de vantagem indevida por parte da gestante de má-fé, que por vezes poderá se valer da fragilidade dos indícios para exigir alimentos de quem não seja realmente o pai de seu filho.

No entanto, a posição adotada pelos que criticam esta característica da Lei de Alimentos Gravídicos, vem de encontro à construção jurídica da presunção da boa-fé, devendo ser lembrados que o abuso de direito é ato ilícito e conseqüentemente fonte para indenização por danos materiais e morais, ponto este que será oportunamente aprofundado.

Para o professor Douglas Phillips Freitas:

Não há como esperar , em falando do atual sistema dos Alimentos Gravídicos num conjunto probatório de maior complexidade. Salvo as presunções de paternidade que basicamente dispensam qualquer outra prova, deve a parte autora trazer alguma prova de seu relacionamento, mas, deve também, o magistrado, entender que prova de relacionamentos, principalmente os mais efêmeros é de difícil

produção, e, sua não apresentação por si só não pode ser motivo de negativa de tutela.⁷⁰

Ainda a respeito, o Desembargador Rui Portanova, nas razões apresentadas em decisão monocrática, analisa a concessão dos alimentos gravídicos sob a ótica do risco:

“Risco. Para além dos termos da lei, não se pode perder de vista que está na base do instituto, um certo grau de risco que o juiz deve correr. Não se vá exigir tanta prova que o instituto fique inviabilizado. O risco do erro judicial, bem sopesado, deve elevar em conta um juízo de proporcionalidade. Com efeito, menor será o dano ao se punir, num eventual erro, o agravado com o ônus de uma obrigação que não é sua. Por outro lado, maior será o dano se o futuro mostrar que o agravado é o pai.”(TJRS, Agravo de instrumento nº 70029315488, 8º Câmara Cível).⁷¹

De acordo com a jurisprudência, ainda que mínimos, deve a gestante-pleiteante apresentar indícios de paternidade capazes de formar a convicção do julgador, caso contrário os alimentos tendem a ser negados, já que o ônus da prova compete à autora, como veremos adiante.

Por último, vale dizer, que ao nascer a criança, deverá se realizado o procedimento de investigação de paternidade através do exame de DNA para sanar qualquer dúvida e reparar possível injustiça.

6.1.4 Presunção de Paternidade

Encontramos nos incisos I e II, do art. 1.597 do Código Civil de 2002 que:

“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;

⁷⁰ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 93.

⁷¹ In MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. **Algumas considerações sobre a lei que disciplina os alimentos gravídicos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=552>>. Acesso em: 26 de out. 2009.

II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;⁷²”

Diante da leitura do inciso I concluímos que o casamento gera a presunção da paternidade, por presunção da coabitação e da fidelidade. O inciso II é controvertido na doutrina pois a presunção de paternidade prevista não faz muito sentido, porém tal discussão não cabe neste momento.

Certo é que se a paternidade é presumida no nascimento da criança, nos casos descritos, este fato também é, por si só, o indício de paternidade necessário ao convencimento do juiz nos casos de Ação de Alimentos Gravídicos.

Sendo assim, situação muito mais cômoda da exposta anteriormente será a da mãe que se encaixar nas situações de paternidade presumida, pois nesses casos o juiz concederá tutela antecipada *inaudita altera parte* (não ouvida a outra parte) com a simples juntada da certidão de casamento, contrato de convivência⁷³ ou documento que comprove a separação de fato no período informado em lei.

Os artigos 1.598 à 1.602 da nossa Carta Civil, elencam as possibilidades de não paternidade, mesmo presentes as circunstâncias abordadas, de acordo com casos de traição, vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, entre outros.

6.1.5 Do ônus probatório

Inicialmente destacamos dentre todas as opções probatórias o atestado de gravidez, que é condição mínima para a propositura da Ação de Alimentos Gravídicos, pois mesmo sem a certeza da paternidade, não se pode ter dúvida à respeito da gravidez.

⁷² FIUZA, Ricardo. Op. cit. p. 813.

⁷³ “IMPORTANTE esclarecer que a União Estável não depende de contrato para sua validade, por isso muitas pessoas não o possuem, daí, infelizmente, numa Ação de Alimentos Gravídicos somente mediante alternativa produção probatória ou pedido de audiência de justificação, haverá concessão *inaudita altera parte*, pois, geralmente, por cautela, deverá o magistrado seguir o mesmo procedimento de ouvida da parte contrária como fará nos casos de alegação de relacionamento de namoro ou relações mais efêmeras. Deixe-se bem claro que não há qualquer ataque a instituição da União Estável ou requerimento de sua burocratização, mas, não havendo uma prova pré-constituída desta relação no primeiro momento, numa ação de cognição sumária como a de Alimentos Gravídicos, não há que se falar em utilização das regras de paternidade presumida até que se reconheça a existência da ocorrida união estável, assim como se deverá provar a existência de um namoro, noivado ou relação sexual casual ou rotineira entre as partes.” In FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 113.

Neste ponto chamamos a atenção ao art. 4º do Projeto de Lei, que foi vetado acertadamente pela sua má redação, que exigia exame médico de viabilidade da gravidez. Infelizmente, a fim de retirar da Lei o erro apontado, o veto também desapareceu com parte imprescindível da Lei, que balizava a necessidade e responsabilidade da autora na produção probatória mínima para o ingresso da Ação.

Entretanto, mesmo não tendo entrado em vigor o art. 4º do PL suas prerrogativas devem ser atendidas, quer dizer, são condições mínimas para propor e fundar a Ação de Alimentos Gravídicos: A parte autora indicar as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas de que dispõe para provar o alegado, bem como apontar o suposto pai, sua qualificação, os recursos que este dispõe, e, ainda, expor suas necessidades.

Sendo assim, elucidada a questão Douglas Phillips Freitas em Artigo à Revista Magister de Direito Civil:

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar os “indícios de paternidade” informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.⁷⁴

Contudo, não restam dúvidas que o ônus probatório é da gestante, não só pela subjetividade da Lei de Alimentos Gravídicos, mas também em obediência a regra geral do Código de Processo Civil, que em seu art. 333, inciso I, impõe o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

⁷⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros Reflexos.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: ano V, nº 27, p. 89-94. nov./dez., 2008. p. 2/4.

6.1.6 Do Foro Competente e da Propositura da Ação

O art. 3º do Projeto de Lei indicava como foro competente aquele do domicílio do devedor. O artigo foi obviamente vetado, pois tal regra ia contra a já estabelecida sistemática do CPC, que em seu art. 100, II, estabelece como foro competente, para a propositura da ação de alimentos, aquele do domicílio do alimentando.

Assim, podemos afirmar que o domicílio para a propositura da Ação de Alimentos Gravídicos é o da gestante, não só por ser ela a alimentada que se beneficiará pela lei, mas também por deter a posse em nome do nascituro, que ao nascer será o novo alimentado.

Já no que diz respeito ao tempo da Ação de Alimentos Gravídicos, esta deve ser proposta no período situado entre a concepção do neném e o parto deste, não podendo a mãe ingressar em juízo após este limite.

Vale ressaltar que se feita a propositura até o momento anterior ao parto, será válido o pleito de todas as despesas já realizadas, desde a concepção, respeitando o *quantum* já visto

6.1.7 Dos Pólos Ativo e Passivo

No pólo ativo da Ação de Alimentos Gravídicos encontramos, numa primeira leitura do art. 1º da Lei em tela, a mulher grávida.

No entanto surgem dúvidas a respeito de essa titularidade ser mesmo da gestante, visto que o objetivo da lei é dar suporte a gestação, dirigindo a proteção, portanto ao próprio nascituro. Cremos que a titularidade prevista na LAG está em posição contrária aos entendimentos apresentados pelos tribunais antes mesmo de sua aprovação, visto que estes já admitiam a fixação de alimentos, inclusive provisórios, em favor dos nascituros.

Muitos tendem então a afirmar que a verba dos alimentos gravídicos se destina ao nascituro. Afirmativa esta com que concordamos baseados no fato de que a Lei enseja uma paternidade responsável, e como vimos no que concerne ao *quantum* a gestante também deve contribuir, analisando o binômio necessidade-disponibilidade. Dessa maneira, nos parece que os alimentos gravídicos destinam-se ao nascituro, pois

caso contrário para que afirmar que a gestante também deverá contribuir com os alimentos se estes forem destinados a ela mesma.

Contudo, além de nossas idealizações está o plano prático que nos leva a assumir, para fins processuais, a mãe como a legítima dos alimentos gravídicos.

Em contrapartida, o pólo passivo é o suposto pai, quer dizer, aquele que fora indicado pelo pólo ativo como possível pai, por conta dos indícios apresentados ou, pela presunção de paternidade. Frisa-se que o pleito dos alimentos gravídicos pode ser feito em relação à outros parentes, como veremos no tópico que se segue.

6.1.8 Alimentos Gravídicos Avoengos

É bem verdade que a LAG, em seu art. 2º, § único, diz que os alimentos devem ser custeados pelo pai. No entanto, esta legislação especial não afasta a aplicabilidade do Código Civil supletivamente, logo, podemos falar acerca da possibilidade de se requerer dos avós o pagamento de pensão alimentícia nos casos de alimentos gravídicos. Vejamos:

“Art. 1.696 CC/02 – “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.698 CC/02 – “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.⁷⁵

É tranqüilo na doutrina que a obrigação alimentar recai primeiro sobre os pais, passando-se aos parentes de graus mais próximo, e depois aos mais distantes. O alimentante não pode, portanto, eleger discricionariamente os ascendentes que devem socorrê-los.

⁷⁵ FIUZA, Ricardo. Op. cit. p. 867.

O correto é pedir alimentos ao pai ou à mãe e, na falta destes, aos avós maternos e paternos e, na ausência destes, aos bisavós maternos e paternos e assim por diante. Lembrando que se trata de obrigação divisível, razão pela qual todos os avós deverão assumir suas responsabilidades nas proporções de suas condições.

Assim, a Ação de Alimentos Gravídicos deve ser dirigida contra o pai, para na impossibilidade dele serem chamados os avós. A prova da impossibilidade, neste caso, deve ser clara, pois enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de arcar com a prestação de alimentos ele será o devedor e não se cogitará na convocação do obrigado mais afastado.

No entanto, não se exclui a possibilidade de a Ação ser proposta contra o pai e os avós juntamente, se evidenciando que aquele não tem condições de arcar sozinho com o débito. Por conseguinte, apenas se no curso do processo ficar comprovado que o autor pode ser sustentado pelo genitor é que irá se excluir os avós da lide.

Para Leandro Soares Lomeu esta ampliação tem como objetivo resguardar um momento primordial do ser humano, onde a eventual deficiência alimentícia pode significar o estágio limítrofe entre a vida e morte, sendo assim, julga-se pela possibilidade da vida e a extensão da obrigação alimentar aos parentes em condições de fazê-la.⁷⁶

Contudo, deve o magistrado tomar os devidos cuidados nessas situações de ampliação dos alimentos gravídicos em face de avós ou outros parentes, pois não se deve esquecer que se trata de medida com pouco lastro probatório

6.1.9 Da Instrução Processual

A lógica processual na Ação de Alimentos Gravídicos segue onze passos, não sendo todos obrigatórios, a ver:

- 1 - Inicial;
- 2 - Audiência de Justificação (se for necessário);
- 3 - Concessão ou não da tutela antecipada *inaudita altera partes*;

⁷⁶LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos Avoengos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 26 de out. De 2009. p. 4/6.

- 4 - Agravo de Instrumento (havendo negativa);
- 5 - Citação;
- 6 - Contestação;
- 7 - Nova audiência (se houver necessidade);
- 8 - Concessão, Revogação ou Modificação da Tutela Antecipada;
- 9 - Agravo de instrumento (pela parte insatisfeita);
- 10 - Ministério Público;
- 11 - Sentença;

Pode-se dizer que a ação dos Alimentos Gravídicos é um procedimento especial que adota o procedimento das cautelares sem que seja uma, pois, além de satisfativa não é instrumental, pois não depende de qualquer ação posterior a concessão da tutela antecipada.⁷⁷

Um sinal da característica de cautelar mencionada é o prazo de cinco dias para contestação, trazido pelo art. 7º da LAG, mas que já era previsto CPC em seu art. 802 que trata de cautelar.

Ainda a respeito da instrução processual, com os passos demonstrados acima percebe-se que mesmo após o veto ao art. 5º do PL, que informava que a cognição da lei seria sumária, não há proibição de realização de audiência de instrução e julgamento se for do interesse das partes ou de necessidade do juiz para seu convencimento. Isto dito com base no diploma subsidiário da LAG, o CPC, que traz no seu art. 803, § único o aqui dito.

6.1.10 Do Termo Inicial da Obrigação

A lei não resolveu a partir de quando os alimentos fixados serão devidos. Uma vez que se trata de pedido condenatório, parecia que o termo inicial seria a citação do réu, pois assim determina o CPC. Contudo, o art. 9º do PL, que dispunha exatamente sobre isto, foi vetado aos argumentos já apresentados, dentre eles as prováveis manobras que seriam realizadas pelo réu para impedir o ato citatório.

⁷⁷ Idem. Op. cit. p. 106.

Ora, se o artigo foi vetado, concluímos que a finalidade do legislador foi a de fazer os alimentos gravídicos devidos desde a concepção do nascituro, pois só assim o dispositivo terá a eficácia que lhe cabe. Além disso, numa interpretação sistemática da norma específica, percebemos a determinação dos alimentos gravídicos como aqueles compreendidos “da concepção ao parto”, corroborando a idéia de o termo inicial se dar na concepção, mesmo antes do ajuizamento da ação.

É claro que tal posicionamento será contraposto pelos processualistas, à exemplo o especialista em Direito Processo Civil Denis Donoso, assevera que:

Se esta interpretação prevalecer – no que não acredito-, é preciso dar-lhe uma pintura constitucional, à luz da isonomia, e imprimir igual tratamento a toda e qualquer modalidade de alimentos, algo que exige a revisão de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial. Desta forma, sustento que os alimentos gravídicos são devidos desde a citação do devedor. A uma, porque só a citação que constitui em mora (art. 219, caput, do CPC); a duas, porque a LAG se aplicam supletivamente as disposições da Lei de Alimentos (conforme previsto no art. 11 da LAG), e esta prevê que os alimentos fixados retroagem à data da citação (art. 13, § 2º). A tendência que aponto se confirma pelo que se lê na Súmula nº 227 do STJ, pela qual, julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação. Não vejo motivos para compreender os alimentos gravídicos de forma distinta.⁷⁸

Entretanto, com todo o respeito preferimos, ainda, a posição anteriormente citada, por acharmos a situação dos alimentos gravídicos diversão da dos alimentos “convencionais”, merecendo por seu estado fugaz tratamento diverso.

6.1.11 Do Pedido

Pelo motivo de ter duplo reflexo, o pedido, na ação de Alimentos Gravídicos, deve ser misto, requerendo a fixação de valores para cobrir, ou, ainda, reembolsar as despesas decorrentes da gravidez, e requerendo também a fixação a título de Pensão

⁷⁸ DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos – Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº. 11.804/2008**. Revista IOB de Direito de Família. São Paulo: v. 11, n. 56, p. 101-111, out./nov., 2009. p. 107.

Alimentícia sobre a remuneração ou mesmo desconto de salário do alimentante, ora, suposto pai.

Esta necessidade de dupla fixação é de técnica processual adequada, porém se o pedido não for realizado desta forma não inviabilizará a concessão, podendo gerar, apenas, um locupletamento por alguma das partes pois o cálculo do *quantum* a título de alimentos gravídicos e pensão alimentícia se faz de maneira diferente, como já evidenciado anteriormente.

6.1.12 Da Participação do Ministério Público

Encontramos no artigo 82 do Código de Processo Civil a seguinte regra:

“Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesse de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”⁷⁹

Com base no dispositivo pode-se afirmar que sendo menor a gestante há intervenção do Ministério Público. A dúvida é então em relação as gestantes maiores e plenamente capazes.

Para esclarecer o questionamento apontado lembremos que a ação de Alimentos Gravídicos não configura posse em nome do nascituro, porém, sua conversão em Pensão Alimentícia, demonstra claro interesse de menor e, conseqüentemente, de incapaz, na resolução da lide, portanto, há de haver a intervenção do Ministério Público.

6.1.13 Do Valor da Causa

Questão tranqüila é a relativa ao valor da causa nas ações de Alimentos Gravídicos. Primeiramente vejamos a regra geral contida no art. 259 do CPC:

“Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

⁷⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. Op. cit. p. 407.

I - na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;

II - havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

III - sendo alternativos os pedidos, o de maior valor;

IV - se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal;

V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;

VI - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor;

VII - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.”⁸⁰

Quando tratamos do pedido vimos que este deve ser cumulado, abrangendo tanto os alimentos gravídicos, quanto a futura fixação de pensão de alimentos. Sendo assim, o valor da causa deve ser calculado com base nos incisos II e VI, do artigo acima transcrito, resultando na soma da quantia correspondente as despesas decorrentes da gravidez com o montante correspondente a doze prestações mensais a título de alimentos.

6.1.14 Conversão, Revisão e Extinção dos Alimentos Gravídicos

Primeiramente, no tocante à conversão dos alimentos gravídicos, a Lei que seguimos estudando, informa em seu art. 6º, § único: “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

Para Fabiane Parente Teixeira, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, nascido o neném a titularidade dos alimentos gravídicos altera-se, passando para o menor.⁸¹

⁸⁰ BRASIL, Código de Processo Civil. Op. cit. p. 417.

⁸¹ MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. Op. cit. p. 6/8.

Em segundo passamos ao ponto concernente à revisão dos alimentos gravídicos. A revisão deverá ser realizada cumulada com a antes impossível investigação de paternidade, nos casos em que esta não seja reconhecida espontaneamente pelo pai. Com o exame de DNA verificar-se-á se são ou não devidos os alimentos.

Frisamos que independente do reconhecimento da paternidade é necessária a revisão dos alimentos, visto serem diferentes os critérios de fixação do *quantum* dos alimentos gravídicos e da pensão de alimentos. Neste sentido informa a lei civil em seu art. 1.699 que se fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira do alimentante, ou na do alimentado, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Em terceiro, e último, a extinção se dará automaticamente nos casos de aborto, ou quando após o nascimento for comprovado que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos gravídicos.

6.1.15 Da Contestação

Na contestação, a parte ré, poderá se valer de alguns argumentos. Tentaremos, a seguir, esgotá-los:

A respeito da negativa da paternidade o suposto pai não deve discutir, visto o pequeno prazo de cinco dias para contestação, a postura desonrosa da gestante, e sim somente levantar questões que possam comprovar cabalmente a impossibilidade de ser o pai, como por exemplo, o fato ser estéril, ou estar em viagem quando da data da concepção do neném, entre outras.

No que tange aos valores imputados pela autora, o réu deve, na sua contestação, trazer provas, orçamentos, e demais comprovações que irão reduzir ou desconstituir as despesas e valores imputados pela autora. Em relação ao reembolso de despesas já realizadas pela gestante, o réu pode requerer o parcelamento da dívida, visto que não pode ser refém do ingresso de uma ação onde os valores são maiores que sua capacidade de pagamento.⁸²

⁸² FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 129.

Por último, como haverá a fixação dos valores em favor da criança em seu nascimento, deve o réu já na contestação, trazer comprovante de renda e pedir a fixação da futura pensão de alimentos com base em seus rendimento.

6.1.16 Da Execução

A própria LAG em seu art. 11 autoriza claramente a utilização supletiva do Código de Processo Civil e da Lei de Alimentos. Sendo assim, a execução da medida se dará por meio da Execução específica trazida nos artigos 732 a 735 do CPC⁸³. Porém, ante a morosidade processual, não se verá, salvo em raras comarcas, a efetivação da ação constitutiva do direito e o cumprimento desta sentença, talvez com pena de prisão ao inadimplente no exíguo prazo de trezentos dias da gestação.⁸⁴

6.2 Outras questões reflexas à Lei

6.2.1 Da Irrepetibilidade dos Alimentos e da Ação Indenizatória por Abuso de Direito

Segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, vige no direito alimentar o princípio doutrinário da irrepetibilidade dos alimentos, que não agasalha a hipótese do

⁸³ Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

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

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

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. ([Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977](#))

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 734. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Art. 735. Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título. In BRASIL, Código de Processo Civil. Op. cit. p. 456.

⁸⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros Reflexos**. Op. cit. p.2/4.

credor dos alimentos ver a ser compelido a devolver as parcelas percebidas por força de decisão judicial.⁸⁵

No caso dos alimentos gravídicos, a possibilidade de serem condenados homens que não sejam os verdadeiros pais é muito mais presente, posto que a lei não exige a prova pré-constituída da paternidade. Sendo assim, podemos afirmar que os alimentos são irrepetíveis, porém não se exclui a possibilidade de se indenizar o réu em casos de abuso de direito.

Como vimos no veto presidencial ao PL nº 7.376/06, o artigo 10 não entrou em vigor por prever a responsabilidade objetiva (independente de culpa) pela revogação da liminar ou mesmo pela futura comprovação da negativa da paternidade. Porém o veto não alcançou a responsabilidade subjetiva (aquela com culpa), possibilitando, portanto, o ingresso de ação de indenização quando comprovado o abuso de direito da gestante.

Tal afirmativa se baseia na inclusão do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil. Entendemos como abuso de direito o exercício irregular de um direito reconhecido.

Podemos ver tal preceito estabelecido no art. 187, do CC/02, que complementou o antigo art. 186, estendendo a já larga abrangência do clássico conceito de ato ilícito, dizendo que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁸⁶.

Desse modo, através de ação própria o réu da ação de alimentos gravídicos poderá pleitear indenização contra a mãe que promoveu o pedido, se ficar provada a má-fé no exercício de direito desta.

6.2.2 O Questão do Tempo

Não há, depois de todo o exposto neste trabalho, como não se pensar na questão do tempo. Como todos sabem a gestação humana dura nove meses e um processo pode levar anos até ser julgado, realidades tão diversas parecem não se encaixar.

⁸⁵ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Alimentos Gravídicos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: ano 98, vol. 882, p. 09-24, abril de 2009. p. 19.

⁸⁶ FIUZA, Ricardo. Op. cit. p. 117.

Salientamos mais uma vez a proposta interessante da Lei de Alimentos Gravídicos, contudo esta é insuficiente para vencer a morosidade da justiça brasileira incapaz de absorver toda demanda. Sendo assim, salvo os casos que terão a antecipação dos efeitos da tutela, é muito provável que a lei aqui estuda tenha sua utilidade reduzida.

CONCLUSÃO

Começando pela questão referente à personalidade jurídica do nascituro, entendemos que hoje em dia a personalidade pode ser admitida em dois sentidos técnicos, o sentido patrimonial, quer dizer, a aptidão genérica que qualquer sujeito tem de adquirir direitos e contrair obrigações, e o sentido existencial, quer dizer, o conjunto de atributos inerentes a condição de ser humano.

Partindo dessa premissa, para finalidade patrimonial tem que nascer com vida, porém, consideramos que o nascituro tem personalidade existencial desde a concepção, fecundação. Assim, a nosso sentir, e já entrando no campo da Lei de Alimentos Gravídicos, a lei equivocou-se ao atribuir os alimentos à mulher grávida, e não ao nascituro.

Como a gravidez somente existe com a presença do nascituro e, como vimos, a lei civil garante seus direitos a salvo desde a concepção, não restam dúvidas de que a LAG veio tutelar o direito do nascituro aos alimentos.

Além do mais, mesmo se considerarmos, a nosso contragosto, que o nascituro não seja dotado de personalidade, ele é inevitavelmente sujeito de direitos, e o direito à alimentos é de importância ímpar para que se efetive o seu direito fundamental à vida, e não o da gestante.

Assim, a dificuldade gerada pela comprovação do vínculo de parentesco de outrora já não se encontra mais engessada pela justiça, que com LAG e sua flexibilidade, que admitiu se deferir alimentos sem prova pré-constituída da paternidade, tem a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, garantido os direitos do nascituro e consagrando a idéia da teoria concepcionista.

Em conclusão, a Lei de Alimentos gravídicos veio em boníssima hora, consolidando uma tese já defendida pela doutrina e eventualmente pela jurisprudência. Seu Projeto de Lei, parcialmente vetado pelo Presidente da República, de forma muito acertada, retirou pontos chaves que se aprovados gerariam dúvidas e equívocos.

O resultando foi então uma Lei curta, de apenas seis artigos, mas que busca resgatar a responsabilidade paternal, através da tutela e proteção da mulher em estado

gravídico. No entanto, não há como se esquecer do problema do tempo, que ainda tem que ser solucionado para que esta interessante proposta possa ser realmente efetiva dentro do nosso ordenamento jurídico.

Por isso, é importante que esta Lei seja divulgada e implementada também para as gestantes carentes que sem o necessário apoio do suposto pai possam garantir a saúde e integridade de seus filhos durante o período de gravidez.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Alimentos Gravídicos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: ano 98, vol. 882, p. 09-24, abril de 2009.

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

BRASIL, Código de Processo Civil. São Paulo: **Vade Mecum**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. JUNIOR, Roberto Delmanto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos?**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: ano V, nº 27, p. 87-88. nov./dez., 2008.

DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos – Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº. 11.804/2008**. Revista IOB de Direito de Família. São Paulo: v. 11, n. 56, p. 101-111, out./nov., 2009.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos – Comentários à Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008 (2009)**. 1 ed. Porto Alegre: Voxlegem, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros Reflexos**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: ano V, nº 27, p. 89-94. nov./dez., 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. **Função Social da Família**. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo, Atlas, 2007.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravidicos Avoengos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=505>>. Acesso em: 26 de out. De 2009.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. **Algumas considerações sobre a lei que disciplina os alimentos gravídicos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=552>>. Acesso em: 26 de out. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família.** 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PUSSE, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro.** 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil - Parte Geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 49.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 25^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANEXOS

VOTO EM SEPARADO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

Trata-se de projeto de lei que visa disciplinar o direito a alimentos da mulher gestante e a forma como ele será exercido.

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

Submetido à Comissão de Seguridade Social e Família, a proposição foi aprovada nos termos do voto da relatora, ilustre deputada Solange Almeida. Nesta Comissão, o ilustre relator, deputado Manoel Ferreira, manifestou-se pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto de lei em questão.

Quanto aos aspectos constitucional e jurídico, a proposta em questão atende aos pressupostos formais e materiais previstos na Constituição federal e está em conformidade com os princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora o mérito seja louvável, o projeto é sem sentido e apresenta falhas de ordem técnico-jurídica, conforme veremos.

O projeto de lei cria para a mulher gestante tais alimentos em contrariedade com a tradição jurídica brasileira. Foge ao bom senso atribuir à mulher gestante alimentos sobre mera presunção de paternidade.

A mulher, ainda que gestante, não tem direitos a alimentos se manteve com o alimentante prévia relação e casamento ou união estável.

Não obstante, é certo que o art. 2º do Código Civil reconhece personalidade jurídica a toda pessoa nascida com vida, pondo a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

Maria Helena Diniz entende que “o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como direito à vida, à filiação, a integridade física, a alimentos, a uma adequada assistência pré-natal”.

(Diniz, Maria Helena, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pág. 196).

É verdade que a jurisprudência vem assegurando a prestação de alimentos durante a gestação. Entretanto, tal direito não é assegurado à gestante, mas sim ao nascituro.

“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. (TJ/RS, AI nº 700064229096, Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, julgamento em 13/08/2003)”.

Note-se, ainda, que o regime atual prevê no art. 2.706 do Código Civil a figura dos alimentos provisionais que “são provisórios porque não definitivos e guardam natureza antecipatória, porém cautelar. Têm como finalidade manter a subsistência do alimentando, durante o período em que

transcorre a ação principal. Com os alimentos provisionais, o alimentando pretende manter a situação de alimentando que já desfruta e que pode perder com o resultado da ação principal ou obter meios de subsistência com os alimentos, caracterizados como adiantamento da sentença de mérito que pretende obter. Os alimentos provisionais podem ser requeridos tanto com base no CPC, como com fundamento em leis extravagantes” (Junior, Nelson Nery e Nery, Roda Maria de Andrade, Código Civil Comentado”, 5ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pág. 1079).

Para Maria Helena Diniz, os “alimentos provisionais têm natureza cautelar, e serão arbitrados pelo magistrado, nos termos da lei processual” (Diniz, Maria Helena, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pág. 553).

Ressalta-se que “os alimentos provisionais, pagos a qualquer título, são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda” (Junior, Nelson Nery e Nery, Roda Maria de Andrade, Código Civil Comentado”, 5ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pág. 1079).

Conforme ensina Maria Berenice Dias, “a própria natureza dos alimentos justifica, por si só, a impossibilidade de serem restituídos. Por isso, a alteração, para menor do valor da pensão não dispõe de efeito retroativo. Passa a vigorar tão somente aos valores vencidos” (Dias, Maria Berenice, “Manual de Direito das Famílias”, 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 452).

Essa também é a posição de Maria Helena Diniz, para quem “os alimentos, uma vez pagos, não mais serão restituídos, qualquer que tenha sido o motivo da cessação do dever de prestá-los. Quem satisfaz obrigação alimentar não

desembolsa soma suscetível de reembolso, mesmo que tenha havido extinção da necessidade aos alimentos” (Diniz, Maria Helena, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pág. 565).

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência:

“ALIMENTOS. MEDIDA CAUTELAR. ALIMENTOS PROVISIONAIS. PRESTAÇÕES VENCIDAS E NÃO PAGAS. SENTENÇA DEFINITIVA FAVORAVEL AO ALIMENTANTE. EXECUÇÃO (possibilidade). Tendo a mulher obtida a concessão de alimentos provisionais , através de medida cautelar, a superveniência de sentença favorável ao alimentante, na ação principal de separação judicial, não lhe afeta o direito de executar as prestações vencidas não pagas. A característica de antecipação provisória da prestação jurisdicional, somada a de irrepetibilidade dos alimentos garantem a eficácia plena da decisão concessiva dos alimentos provisionais. Do contrário, os devedores seriam incentivados ao descumprimento, aguardando o desfecho do processo principal (STJ, Resp. 36.170.SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10.08.1994).

Diante de tais considerações, conclui-se que o projeto de lei versa sobre tema que já é claramente assegurado pelo Código Civil através da interpretação conjugada de seus art. 2º e art. 1.706.

Além disso, contrariamente às intenções de seus autores, o projeto coloca o nascituro e sua mãe em situação pior do que a que se encontra hoje, pois obriga-os a restituir os alimentos ainda que não tenha havido má-fé em seu pleito.

Por fim, a técnica empregada no art. 6º caput e parágrafo único do projeto é

inadequada na medida em que cria neologismo desnecessário ao empregar a palavra “gravídicos” e determina que os alimentos devidos a gestante sejam, posteriormente, convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, no mais ao dispor sobre a existência de “indícios de paternidade” como fundamento para ensejar o pagamento dos alimentos gera dano irreparável ao suposto pai.

Diante de todo o exposto o voto é pela constitucionalidade, juridicidade e inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.

Sala da Comissão, 06 de fevereiro de 2008.

Deputado Regis de oliveira.104

MENSAGEM Nº 853, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008, carta de justificação

enviada pelo Presidente da República ao Presidente do Senado Federal:

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei no 7.376, de 2006 (no 62/04 no Senado Federal), que “Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências”.

Ouvidos, o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Art. 3º “Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

Razões do veto “O dispositivo está dissociado da sistemática prevista no

Código de Processo Civil, que estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos o do domicílio do alimentando. O artigo em questão desconsiderou a especial condição da gestante e atribuiu a ela o ônus de ajuizar a ação de alimentos gravídicos na sede do domicílio do réu, que nenhuma condição especial vivencia, o que contraria diversos diplomas normativos que dispõem sobre a fixação da competência.”

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

Razões do veto “O art. 5o ao estabelecer o procedimento a ser adotado, determina que será obrigatória a designação de audiência de justificação, procedimento que não é obrigatório para nenhuma outra ação de alimentos e que causará retardamento, por vezes, desnecessário para o processo.”

Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se ainda pelo veto aos seguintes dispositivos:

104 COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DA CIDADANIA PROJETO DE LEI Nº 7.376, DE 2006,

Disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido dá outras providências. Autor:

Senado Federal. Relator: Deputado Manoel Ferreira. VOTO EM SEPARADO DEPUTADO REGIS OLIVEIRA.

In FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 30.

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

Razões do veto “O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual

atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.”

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

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.”

Razões do veto “Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.”

Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres manifestaram-se ainda pelo veto ao seguinte dispositivo:

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

Razões do veto “O art. 9o prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da

gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.”

Por fim, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

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

Razões do veto “O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à petição inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. No entanto, a gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. O próprio art. 2o do Projeto de Lei dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: ‘valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis (...)’. Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada

apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.