



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

*Alimentos Grávidicos: Aspectos Polêmicos.*

Angélica Nahoum Gonçalo Nunes

Rio de Janeiro  
2010

ANGÉLICA NAHOUM GONÇALO NUNES

Alimentos Gravídicos: Aspectos Polêmicos.

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do RJ, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup> Kátia Silva

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ASPECTOS POLÊMICOS

**Angélica Nahoum Gonçalo Nunes**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica –  
PUC Rio.

**Resumo:** A Lei n. 11.804/08 inovou no ordenamento jurídico ao prever o direito a alimentos à mulher gestante. Sendo o objetivo do legislador garantir o direito à vida do nascituro, discute-se se o titular do direito não seria a criança, visto que o Código Civil somente prevê o dever de pagar alimentos aos cônjuges ou companheiros, ascendentes, descendentes e parentes colaterais de 2º grau. Possível se debater ainda se não teria o ordenamento, neste ponto, adotado a teoria da concepção no tocante ao surgimento da personalidade, já que, considerando os alimentos gravídicos um direito do nascituro, este, já considerado pessoa desde a sua concepção, teria legitimidade, representado pela mãe, para requerê-los. Outro ponto a ser debatido é a fixação dos alimentos com base em apenas indícios de paternidade, e não com base em provas, o que pode gerar injustiças. Isso porque, nascida a criança e certificado que não há relação de paternidade, os alimentos, diante da sua natureza irrepetível, não poderiam ser recuperados. Este trabalho tem como fim abordar tais questões, de forma a suscitar a discussão jurídica e demonstrar que a titularidade dos alimentos gravídicos pertence ao nascituro.

**Palavras-chaves:** Direito Civil. Alimento Gravídico. Titularidade. Legitimidade.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito a Alimentos. 2. Alimentos Gravídicos. 3. Titularidade do Direito aos Alimentos Gravídicos e seu Reflexo no Campo da Legitimidade. 4. Condenação em Alimentos com Base em Indícios de Paternidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O ser humano, para se desenvolver mental e fisicamente, necessita de bens como alimentação, vestuário, educação, lazer, entre outras. Por isso, o ordenamento pátrio preocupou-se em prever o direito alimentar àquele que não tem condições de se prover por meios próprios.

Como é cediço, a obrigação alimentar pode se originar de imposição legal, nas hipóteses de alimentos entre parentes, cônjuges e companheiros. Além disso, pode ocorrer de ter como fonte a vontade do alimentante, o contrato, o testamento ou a sentença condenatória decorrente de responsabilidade civil aquiliana.

Este trabalho, não obstante a relevância das demais formas de surgimento da obrigação alimentar, restringe-se a analisar a obrigação legal, mas especificamente aquela criada pela Lei n. 11.804/08, que instituiu os alimentos gravídicos.

O Código Civil já previa, em seu artigo 1.694, que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Entretanto, a Lei n. 11.804/08 admitiu a possibilidade da mulher que engravida de um homem que não é seu marido, companheiro ou parente pleitear em face dele alimentos. Esses alimentos teriam como fim fornecer o suporte econômico para uma gravidez saudável, e, por conseguinte, proteger a vida em formação.

Imputa-se, portanto, ao alimentante tal obrigação, por se entender que ele é responsável, tanto quanto a mulher que dele espera um filho, pela integridade, saúde e desenvolvimento do feto. A lei nada mais fez do que criar uma paternidade responsável que se inicia não só a partir do nascimento da criança, mas sim de sua formação fetal.

Ressalte-se que a referida norma impõe-se à medida que o ordenamento jurídico passou a enxergar o indivíduo como pessoa humana, devendo lhe ser garantido o mínimo de dignidade, conforme imposto pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Diante dessa nova ótica civil-constitucional, foi necessário rever as relações jurídicas, de forma a reconhecer a responsabilidade, tanto do Estado, quanto da família, na promoção do bem-estar da pessoa humana. Assim, seja qual for a sua relação com a mãe, inegável a co-responsabilidade do pai de prestar auxílio, ainda que material, no bom andamento da gestação. Isso porque o nascituro tem direito à vida e os pais devem zelar por ela.

O advento da Lei nº 11.804/08 ensejou várias discussões, dentre elas a real titularidade do direito aos alimentos gravídicos. Essa questão surgiu em razão da previsão do artigo 6º, parágrafo único, que determina que, “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Tal redação aponta a titularidade à gestante, porém isso pode gerar situação de obrigação entre pessoas que não são unidas nem por matrimônio ou união estável, nem por relação de parentesco. Em razão disso, esse trabalho defende que a titularidade do direito a alimentos gravídicos deve repousar sobre o nascituro, e não sobre a gestante.

Tal questão gera conseqüências no tocante à legitimidade para pleitear os alimentos, visto que esta irá variar de acordo com o entendimento adotado. Pertencendo a titularidade ao nascituro, portanto, será ele a ocupar o pólo ativo da demanda em que se pleiteia alimentos gravídicos.

Por fim, a lei suscitou dúvidas no tocante à razoabilidade no ato do juiz em conceder o direito aos alimentos gravídicos com base tão-somente em indícios, sem que haja a produção de provas e a natural observância do contraditório. Essa possibilidade prevista no artigo 6º, *caput*, da referida lei, poderá gerar injustiças, pois, se ao final verificada a inexistência de paternidade, os alimentos já pagos pelo suposto pai seriam irrepetíveis. Contudo, conforme

será aqui demonstrado, a concessão de alimentos com base em indícios é um ônus necessário a ser imposto ao suposto pai, pois a demora pela espera de provas que revelem a paternidade poderia frustrar o fim legal, que é justamente o de garantir a gestação e, conseqüentemente, a vida do bebê.

Nota-se, dessa forma, que a Lei n. 11.84/08 trouxe questões de extrema relevância para a prática processual nas ações em que se busca obter o reconhecimento dos alimentos gravídicos, as quais possuem forte tendência de crescimento, face às alterações do comportamento social no tocante a estabilidade e compromisso das relações entre homem e mulher.

## **I. O DIREITO A ALIMENTOS**

No direito de família, o vocábulo “alimentos” possui uma maior extensão do que aquela empregada usualmente, abarcando não só os alimentos *stricto sensu*, mas tudo aquilo que é necessário à subsistência do indivíduo.

A doutrina<sup>1</sup> costuma diferenciar os alimentos naturais dos alimentos civis, estes também chamados de alimentos cômputos. Enquanto os primeiros compreendem estritamente o indispensável à sobrevivência do indivíduo - saúde, moradia, alimentação, vestuário -, os segundos são aqueles destinados à manutenção da condição social do alimentado, envolvendo lazer e suas necessidades de ordem intelectual ou moral.

---

<sup>1</sup> MADALENO, Rolf. Alimentos e sua configuração atual. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.426.

É também comum a classificação dos alimentos em provisórios e provisionais. Os alimentos provisórios são aqueles que o magistrado fixa ao despachar a inicial de ação de alimentos proposta pelo rito da Lei n. 5.478/68. Também os são aqueles fixados em antecipação de tutela, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil. Já os provisionais são os alimentos estipulados em medida cautelar preparatória ou, incidental de ação de alimentos, separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento (artigos 852 a 854, do Código de Processo Civil). Estes carregam a finalidade de assegurar a subsistência do credor de alimentos durante a tramitação da ação principal e também, de servir ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios.

Não restam dúvidas de que o ser humano precisa de condições mínimas para crescer e se desenvolver em sua plenitude. Por isso, os alimentos se mostram imprescindíveis à boa formação do indivíduo e à sua própria sobrevivência. Nas palavras de Rolf Madaleno<sup>2</sup>:

a sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue prover a sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho.

Diante do imperioso reconhecimento do direito à vida e à sobrevivência e atento ao princípio da solidariedade familiar, o legislador, no artigo 1.694 do Código Civil, estabeleceu que parentes (ascendentes, descendentes e colaterais até 2º grau), cônjuges e companheiros têm o dever recíproco de prover alimentos. Percebe-se claramente que o Estado, sopesando entre os valores solidariedade e liberdade, entendeu como a melhor solução, interferir nesta última e criar para aquele que tem melhores condições a responsabilidade de garantir ao necessitado o fornecimento do que for indispensável ao suprimento de suas necessidades básicas.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 425.

É inegável que a sociedade, por meio do Estado, deve propiciar condições de subsistência àquele que não puder se sustentar por meios próprios. Porém, conforme o saudoso jurista Caio Mário<sup>3</sup>:

o direito não descarta o fato da vinculação da pessoa ao seu próprio organismo familiar. E impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por um elo civil, o dever de propiciar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível.

Há interesse por parte do Estado em atuar somente de forma subsidiária no sustento daqueles que não tem condições, pois esta atuação gera gastos elevados ao erário público. Daí o porquê de o Poder Público imputar a responsabilidade direta por tal encargo ao ente familiar.

Entretanto, importante deixar claro que a lei não é a única fonte da obrigação alimentar. Este dever também pode se originar do cometimento de ato ilícito (artigos 948, inciso II, e 950, do Código Civil) ou da própria vontade do alimentante, que, embora não tenha qualquer responsabilidade em garantir a subsistência do alimentado, assim o faz por livre e espontânea vontade. Nesse último caso, a responsabilidade alimentar pode ser estabelecida por meio de contrato ou através de testamento, em que o alimentante esposará o seu desejo em prover subsídios ao alimentado.

Conforme prevê o artigo 1.695 do Código Civil, a obrigação alimentar é pautada no binômio necessidade-possibilidade. Isso implica dizer que o julgador, quando do momento da fixação dos alimentos, deve buscar um equilíbrio entre as reais necessidades do credor de alimentos e as condições financeiras do devedor, de forma a evitar situações injustas. Ou seja, o julgador deve, garantindo a dignidade do alimentando, estabelecer os alimentos num patamar que não leve ao seu enriquecimento indevido e nem ao sacrifício do devedor.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 495.



Nesse ponto, oportuno trazer a brilhante observação de Venosa<sup>4</sup>, citando Luiz Felipe Brasil Santos, acerca da redação do artigo 1.694, do Código Civil:

O artigo 1.694 assegura, em terminologia inovadora, que os alimentos devem preservar a condição social de quem os pleiteia (...) Como assevera Luiz Felipe Brasil Santos, essa expressão é de total improcedência, pois pode dar margem a abusos patentes. Daí porque o texto legal vigente 'compatível com a sua condição social' deve ser substituído pela ênfase à dignidade do necessitado de alimentos (...) Também se mostra inadequada a generalização de alimentos que incluam necessidade de educação para todos os parentes e o cônjuge ou companheiro. As necessidades de educação devem ser destinadas exclusivamente aos filhos menores e jovens até completar o curso superior, se for o caso.

Não sendo aceitável que o credor de alimentos tenha a sua subsistência prejudicada ou, por outro lado, o devedor seja onerado além daquilo de que o alimentado precisa para se manter, admite-se a revisão desses alimentos, em busca da harmonia exigida pelo binômio necessidade-possibilidade. Portanto, sobrevindo mudança nas condições fáticas das condições do alimentante ou do alimentado, é conferido ao interessado o direito de requerer a exoneração, redução ou majoração do encargo, nos moldes do que dispõe o artigo 1.699 do Código Civil.

São características da obrigação alimentar, dentre outras, a transmissibilidade, a divisibilidade, a reciprocidade, a imprescritibilidade e a irrepitibilidade.

Pela transmissibilidade, prevista no artigo 1.700, do Código Civil, se entende que, pela morte, aquele que deve alimentos deixará para seus herdeiros esse encargo. Obviamente, isso se dará com respeito às forças da herança para que o patrimônio pessoal do sucessor não seja atingido por obrigação que cabia ao *de cuius*.

Importante frisar que cada herdeiro deverá prestar a obrigação de forma proporcional ao seu quinhão.

---

<sup>4</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 351.

Diz-se que a obrigação de prestar alimentos é divisível (artigo 1.698, do Código Civil), pois, obrigada mais de uma pessoa, o credor somente pode cobrar parte da prestação que cabe a cada uma delas. Isso porque a solidariedade, como se sabe, não se presume, somente sendo admitida quando decorrente da vontade do legislador ou do contratante. Assim, se a lei não previu hipótese de solidariedade, significa que não se pode exigir a totalidade dos alimentos de somente um dos credores.

Porém, Rolf Madaleno<sup>5</sup> bem ressalta a hipótese de dever de alimentos ao idoso, caso em que, por força do comando do artigo 12 da Lei 10.741/03, a obrigação será solidária, e, portanto, qualquer parente até o segundo grau, em qualquer classe (descendentes, ascendentes e colaterais), cônjuge ou companheiro do idoso pode ser demandado quanto à totalidade do prestação alimentícia. No entanto, aquele que pagar por inteiro poderá exigir a quota-parte dos demais coobrigados.

O caráter recíproco da obrigação alimentar pode ser extraído do artigo 1.696 do Código Civil. Por ele, o parente que um dia prestou alimentos pode, vindo a deles necessitar, reclamá-los, invertendo-se as posições dos sujeitos da relação jurídica alimentar.

Já a imprescritibilidade nada mais é do que se reconhecer que o direito de pedir alimentos pode ser exercido a qualquer tempo. Todavia, importante dizer que isso não significa que, quanto aos alimentos já reconhecidos como devidos e não pagos, não haja um prazo para serem pleiteados. Esse prazo é de dois anos e encontra previsão no artigo 206, §2º, do Código Civil. A prescrição atinge paulatinamente cada prestação, à medida que cada uma delas vai atingindo o quinquênio, no caso do Código Civil de 1916 – artigo 178, §10, inciso I- ou biênio, no caso do Código Civil atual<sup>6</sup>.

Por fim, tem-se a irrepetibilidade, a qual excepciona os artigos 876, 884 e 885 do Código Civil. Embora a regra seja a restituição do pagamento indevido, no tocante aos

---

<sup>5</sup> MADALENO, *op. cit.*, p. 431.

<sup>6</sup> VENOSA, *op. cit.*, p. 357.

alimentos, a sua devolução não pode ser requerida por quem os pagou. As únicas situações em que a lei admite que os alimentos sejam devolvidos são aquelas em que o alimentado, se enriquecendo indevidamente, age de má-fé, com dolo ou fraude.

Rolf Madaleno<sup>7</sup> chama atenção para os casos em que os credores de alimentos, se valendo do caráter irrepitível destes, buscam postergar a ação de exoneração, já que só com a decisão final o pagamento dos alimentos cessa. Assim, defende, para essas hipóteses, a aplicação do artigo 876, do Código Civil, de forma a se exigir a restituição dos alimentos recebidos indevidamente.

## **2. ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

Conforme já exposto, os alimentos gravídicos são aqueles reconhecidos pelo ordenamento jurídico como devidos pelo pai do bebê à gestante, durante o período em que assim se encontrar. Ou seja, a lei confere à mãe, ainda que sem possuir qualquer vínculo matrimonial ou união estável com o pai da criança, o direito de pleitear alimentos, de forma a garantir uma boa gestação e conseqüentemente, a vida do ser humano que em seu ventre cresce.

Deve-se tomar por alimentos gravídicos os gastos adicionais oriundos da gestação, nestes incluídos, conforme artigo 2º, da Lei nº 11.804/08, os valores que a gestante despende com alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico. A norma confere, ainda, a possibilidade de o magistrado

---

<sup>7</sup> MADALENO, *op. cit.*, p. 434.

reconhecer outras despesas como pertinentes, no momento da fixação do *quantum* devido pelo réu.

É que, como se sabe, o útero materno é o ambiente em que o feto irá se desenvolver e, para isso, é preciso que a gestante receba cuidados especiais e possa acompanhar o desenvolvimento do bebê através de exames e acompanhamento médico. E tudo isso tem um alto custo, que, indubitavelmente, não pode ser imputado tão-somente à mulher. Reconhece, portanto, o ordenamento, uma responsabilidade comum entre a mãe o pai da criança, independente do vínculo que entre eles tenha se estabelecido ou venha a se estabelecer.

Dispõe o artigo 6º, em seu *caput*, que o juiz fixará o valor com que o réu, pai da criança, deverá arcar, levando em consideração o conhecido binômio necessidade-possibilidade que circunda o dever de pagar alimentos. Assim, a quantia deverá ser suficiente para cobrir os custos com a assistência material, médica e psicológica à grávida, mas sem prejuízo do sustento do réu.

Impende-se ressaltar que, sendo o intuito do legislador ratear as despesas gestacionais entre os pais, deve haver não só o equilíbrio exigido pelo binômio necessidade-possibilidade na prestação dos alimentos devidos pelo pai, mas também um equilíbrio nas prestações devidas para ambos os pais. O que se quer dizer é que não basta que se tenha cautela em verificar a possibilidade do autor no pagamento dos alimentos e, no que ele não puder arcar, onerar a mãe, por ser ela quem carrega o bebê. Ainda que o pai não possa pagar, não é possível deixar as despesas nas mãos da mãe, se esta também não tem condições financeiras de suportar o gasto. Daí se exigir uma justa combinação de forças que, somadas, irão garantir o melhor para a gestação e, conseqüentemente, para o bebê.

Convém trazer à colação julgamento<sup>8</sup> proferido pela Egrégia 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS em que a mãe, autora da ação de alimentos, pleiteou que a sentença de condenação em pensão alimentícia ao filho já nascido retroagisse à data da gestação. Veja:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E INDENIZAÇÃO. MENOR. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PEDIDO POSTERIOR AO NASCIMENTO DO MENOR. INADMISSIBILIDADE. RETROAÇÃO À DATA DA CITAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. Inadmissível o pedido de alimentos gravídicos após o nascimento do menor, para retroagir à gestação. A fixação alimentar, nos termos do §2º, do art. 13, da Lei de Alimentos - Lei nº 5.478/68, deve retroagir à data da citação. O valor da causa, em ação de alimentos, equivale à soma de doze prestações mensais (inc. VI do art. 259 do CPC), devendo a condenação em honorários pela parte sucumbente, ser fixada em percentual sobre o mesmo, conforme regra do § 3º do art. 20 do CPC. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70034830745, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 22/09/2010).

Entenderam os julgadores que a Lei n. 11.804/08 não se aplicava ao caso *sub judice*, tendo em vista que o filho havia nascido em data anterior à publicação da lei, data em que entrou em vigor.

O julgado não chega a analisar o mérito, visto que de início já afasta a aplicação da Lei n. 11.808/08 ao caso, mas há de se ressaltar que, em sendo aplicável a lei ao caso sob exame, não se vislumbra a possibilidade de retroação, à data da concepção, dos alimentos fixados na ação de pensão alimentícia se não houver pedido expresso neste sentido. Isso porque os alimentos gravídicos não se confundem com a pensão alimentícia. Tanto que a própria lei (artigo 6º, parágrafo único) determina que, após o nascimento com vida, os alimentos

---

<sup>8</sup>BRASIL. Apelação Cível n. 70034830745, Des. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70034830745&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70034830745&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=) Acesso em 04 abr. 2011.

gravídicos sejam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Embora a Lei n. 11.804/08 assim não preveja expressamente, é cabível, quando do despacho de recebimento da inicial, a fixação liminar de alimentos. Isso se deve ao fato de que a referida norma manda aplicar de forma supletiva, aos processos por ela regulados, a Lei n. 5.478/68, bem como o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73). Assim, perfeitamente possível a aplicação do comando exarado no artigo 4º da Lei nº 5.478/68 acerca da fixação de alimentos provisórios.

Essa liminar, por óbvio, não envolve juízo exauriente, baseando-se o juiz na verossimilhança nas alegações da autora e no perigo de fazê-la aguardar por um provimento jurisdicional definitivo.

Uma vez citado, o pai 05 (cinco) dias para apresentar sua resposta, conforme prescrito no artigo 7º, da Lei nº 11.804/08.

A sentença, como se verá à frente, poderá reconhecer o direito da gestante aos alimentos gravídicos apenas com base em indícios, não exigindo a apresentação de provas robustas e inequívocas.

### **3. TITULARIDADE DO DIREITO AOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E SEUS REFLEXOS NO CAMPO DA LEGITIMIDADE**

Muita discussão gerou o artigo 1º da Lei n. 11.804/08, ao estabelecer o seu fim de disciplinar “o direito de alimentos da mulher gestante” e a forma como ele deve ser exercido.

Note-se que a norma fala expressamente em direito da mulher, e não do nascituro que em sua barriga se desenvolve. Daí o surgimento de controvérsias acerca de quem seria o real titular do direito aos alimentos gravídicos. Isso porque o objetivo do diploma legislativo foi o de proteger a vida intra-uterina, de forma a garantir o nascimento saudável no bebê. Então, o razoável seria reconhecê-lo como o verdadeiro titular do direito e não, a gestante.

Contudo, surge um impasse a esta visão, já que ao nascituro, para tanto, seria indispensável a personalidade jurídica, o que não lhe foi reconhecido expressamente pelo ordenamento jurídico.

Isso porque o legislador entendeu por adotar, quando da elaboração da Lei substantiva civil<sup>9</sup>, a teoria natalista, segundo a qual o nascituro somente adquire personalidade jurídica mediante o seu nascimento (desfazimento da unidade biológica) com vida, todavia, resguardando a lei, desde a concepção, os seus direitos. Destarte, constatado que nasceu com vida, o que se verifica com a troca de oxigênio nos pulmões (respiração), o nascituro passa a ser considerado pessoa, e sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção. Antes de seu nascimento, haveria, portanto, mera expectativa de direito.

O artigo 130 do Código Civil confere ao nascituro, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservar o seu direito eventual. Explica Arnold Wald<sup>10</sup> que tal proteção se justifica em razão da existência de uma personalidade condicional do nascituro e que surge quando este nasce, se extinguindo no caso de o feto não chegar a viver.

Em contraposição a esta teoria, há, ainda, uma segunda teoria, não menos importante, que merece atenção. A teoria conceptualista defende que o nascituro já deve ser visto como pessoa antes mesmo de nascer com vida, sob o fundamento de que já há proteção do nascituro

---

<sup>9</sup> Art. 2º do Código Civil Brasileiro: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.* BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em 06. out. 2010.

<sup>10</sup> WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.18.

desde a sua concepção. Conseqüentemente, os seus direitos devem ser assegurados prontamente. Silmara Chinelato de Almeida<sup>11</sup> assim ressalta:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à eficácia total, aperfeiçoando-a.

Diante dessas duas teorias e da redação do artigo 1º, da Lei nº 11.804/08, impende reconhecer que o ordenamento manteve a sua escolha pela teoria natalista, exigindo, portanto, a vida como condição para a atribuição da personalidade civil. E é este o argumento utilizado para se defender que os alimentos gravídicos têm como titular a mulher grávida.

No entanto, não obstante essa ser a conclusão obtida por uma interpretação literal da norma, é mais condizente com o fim precípua almejado pelo legislador ter-se como titular do direito aos alimentos gravídicos o nascituro. É a sua vida que está sendo tutelada quando se busca exigir do pai a responsabilidade pelos custos necessários para o seu crescimento saudável dentro do útero materno.

A discussão sobre a titularidade do direito aos alimentos gravídicos possui relevância, não só para fins de direito material, como para fins processuais. Isto porque a legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda vai depender de quem se considera como titular do direito em voga.

Caso se considere que a mãe gestante é a titular do direito aos alimentos gravídicos, será ela a autora na ação ajuizada com o objetivo de recebê-los. Entretanto, reconhecida a titularidade do nascituro, a legitimidade ativa *ad causam* será atribuída a este, atuando a gestante apenas como sua representante. Ou seja, a ação será proposta em nome do nascituro,

---

<sup>11</sup> CHINELATO E ALMEIDA. Silmara J. A. Tutela Civil do Nascituro. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 81.



e a mãe apenas atuará como sua representante, já que o ordenamento jurídico não lhe confere a capacidade civil que o permitiria praticar, por si só, atos da vida civil. Assim, enquanto não completar seus 16 anos, será considerado absolutamente incapaz, e, embora tenha capacidade processual – de estar em juízo –, não deterá capacidade para figurar, sozinho, como parte na demanda.

Ressalte-se que, na hipótese de o magistrado entender que o pólo ativo da demanda não está ocupado pelo real titular do direito pleiteado, o processo poderá ser extinto, por carência de ação, nos moldes do artigo 267, inciso VI, do CPC<sup>12</sup>. Faltar-lhe-á uma das condições da ação, que é a legitimidade ativa *ad causam*. No entanto, convém frisar que o verdadeiro legitimado não ficará obstado de mover uma nova demanda, uma vez que, na anterior, não houve resolução do mérito (artigo 268 do Código de Processo Civil).

#### **4. CONDENAÇÃO EM ALIMENTOS COM BASE EM INDÍCIOS DE PATERNIDADE**

O artigo 6º da Lei 11.804/08 dispõe que o magistrado, “convencido da existência de indícios da paternidade” fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança. Da redação do dispositivo se depreende a possibilidade de o juiz, com base em mero indício de paternidade, condenar o pai do nascituro a pagar alimentos gravídicos. Portanto, a lei não exige prova da paternidade.

---

<sup>12</sup> Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil: Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) VI – Quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em 06. out. 2010.

A definição de prova pode ser dada como todo meio legal usado no processo capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo<sup>13</sup>; já o indício é tido como sinal aparente e provável de que uma coisa existe<sup>14</sup>. A partir desses conceitos, conclui-se que o indício possui um menor compromisso com a realidade, e, por conseguinte, reflete menor certeza do que a prova. Ou seja, há uma relação de graduação entre os dois conceitos, sendo a prova meio que garante a veracidade das alegações produzidas.

O artigo 8º do Projeto de Lei 7.376/2006, de autoria do Deputado Federal Rodolpho Tourinho – Bahia, previa, no caso de o suposto pai negar a paternidade, a "realização de exame pericial pertinente" para fins de investigação. Isso daria ao magistrado a certeza de que a condenação aos alimentos seria justa. Entretanto, a realização desse exame colocaria em risco a vida da criança, sendo incontroverso na comunidade médica que o exame de DNA em líquido amniótico pode comprometer a gestação<sup>15</sup>. Daí a supressão do artigo, através de veto presidencial, na publicação do texto definitivo.

A lei não traz em seu bojo o que seriam esses indícios necessários para a condenação do alegado pai. Essa ausência legislativa abre espaço para as mais variadas interpretações, cabendo ao juiz da causa, com base no princípio do livre convencimento motivado, e, diante do caso concreto, averiguar se é caso de se julgar procedente o pedido formulado.

Hoje já se tem julgados sobre o que pode ser considerado indício. No Agravo de Instrumento nº 70029315488<sup>16</sup>, o ilustre Desembargador Relator Rui Portanova, integrante da 8ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu que as fotografias podem ser assim consideradas, o que se extrai do seguinte trecho constante de seu voto:

---

<sup>13</sup> KOOGAN/HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Edições Delta, 1997, p. 862.

<sup>14</sup> DE PAULO. Antonio. *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002, p. 250.

<sup>15</sup> FREITAS. Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08*: Primeiros Reflexos. Disponível em [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em 06 out. 2010.

<sup>16</sup> Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70029315488&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70029315488&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=) Acesso em 17 abr. 2011.

Estou em que, de certa forma essas fotografias fornecem indícios suficientes a ensejar algum convencimento de existir alguma "intimidade" entre as partes. Não há negar que as provas acostadas não são inequívocas. Mas não é isso que a lei exige. Como dito, o que se apresenta aqui, com as fotos acostadas, são apenas indícios de que as partes tiveram uma relação como informado pela agravante. Ou seja, ao se cotejar o que se alega no agravo com o que se apresenta nas fotos infere-se acerca de uma "possível" paternidade do agravado.

Em sentido contrário, tem-se o julgado proferido pela respeitável Desembargadora Cláudia Pires, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>17</sup>:

AGRAVO INTERNO ME AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. Verifica-se nos autos que a agravante se limitou a afirmar que manteve relacionamento amoroso com o agravado, juntando algumas fotos, as quais não configuram indício de paternidade. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL. Súmula nº 59 desta Corte. Em que pese o esforço da agravante, verifica-se que nenhuma situação nova foi trazida aos autos, não se podendo modificar ou alterar o julgamento pertinente a matéria, permanecendo intactas as razões da relatoria, cujo embasamento legal se encontra na própria decisão recorrida. Negado provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 0030843-94.2010.8.19.0000 Decisão Monocrática: 29/07/2010 Data de Julgamento: 31/08/2010).

Já em outro julgado, o eminente Desembargador José Conrado Kurtz de Souza entendeu que a simples juntada de declarações de terceiros confirmando a existência de relação entre a grávida e o alegado pai não seria hábil a permitir a condenação deste em alimentos<sup>18</sup>. Vejamos:

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> Acesso em 17 abr. 2011.

<sup>18</sup> Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70035412253&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70035412253&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=) Acesso em 04 abr. 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE INSUFICIENTES. ART. 6º DA LEI 11.804/08. Não havendo demonstração suficiente acerca da paternidade, não se faz possível a fixação de alimentos gravídicos, mormente ante o fato de os alimentos constituírem obrigação irrepitível. Além do que não se pode presumir a ocorrência de união estável ante a simples juntada de declarações de terceiros acerca de relacionamento afetivo existente entre as partes. AGRAVO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70035412253, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 07/07/2010).

Como se percebe, a tarefa de analisar se o indício existente é capaz de autorizar o direito aos alimentos gravídicos não se mostra fácil. O magistrado deverá ter bastante cautela nessa análise, principalmente porque os alimentos têm como uma de suas características a irrepitibilidade. Conforme já exposto acima, isso significa dizer que, uma vez pagos, ainda que se verifique excesso em seu valor ou até mesmo que não eram efetivamente devidos, aquele que os pagou não terá o direito de recuperá-los. Isso se dá em razão da natureza dos alimentos, por conta da sua função de prover a subsistência daquele que deles usufrui.

Ademais, na análise judicial acerca do indício, existirá sempre o risco de uma decisão injusta. No entanto, ainda que isso possa ocorrer, a previsão legal que permite a condenação em alimentos gravídicos se justifica em nome da dignidade da criança que está por vir. Prioriza-se o bom desenvolvimento do feto, sua incolumidade física e psíquica, e seu direito à vida em detrimento do patrimônio do suposto pai. Nesse sentido, manifestou-se o Desembargador Rui Portanova, no julgado supracitado: “é claro que estou correndo o risco de errar contra o réu. Contudo, se o pedido for indeferido, estarei correndo o risco de errar contra os interesses do feto”.

Outra questão que se enfrenta é o fato de que a decisão que concede os alimentos gravídicos, quando agravada por instrumento, vem sofrendo a sua conversão em agravo

retido<sup>19</sup>. Não ficando comprovada a impossibilidade de prestar alimentos ou a inexistência da alegada paternidade, entende-se cabível a interposição de agravo retido, postergando-se o reexame da matéria e mantendo-se, conseqüentemente, a obrigatoriedade do pagamento dos alimentos gravídicos até que haja o julgamento de eventual recuso de apelação do réu, quando então a decisão poderá ser revista. Se pode extrair daí, mais uma vez, a importância do cuidado que requer a verificação da existência dos indícios, no intuito de se evitar injustiças em face do réu.

Importante a observação de que a Lei 11.804/08, no artigo 10 de seu projeto original, previa a responsabilidade da gestante por danos materiais e morais, caso, realizado exame de DNA, se comprovasse que a criança não era filho daquele que fora condenado aos alimentos gravídicos. Nota-se que o objetivo do legislador foi o de coibir condutas levianas ou mal intencionadas de mulheres, que, se valendo do direito trazido pelo ordenamento jurídico, buscassem obter judicialmente a garantia do custeio dos gastos com a gravidez, através da condenação de alguém que se sabe não ser o pai da criança.

Contudo, o dispositivo do projeto que assim previa foi vetado pela Presidência da República, com total apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que sempre defendeu que a possibilidade de condenação da gestante no caso de confirmação da paternidade negativa acarretaria violação ao princípio do acesso à justiça, protegido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV.

## CONCLUSÃO

---

<sup>19</sup> Agr. de instrumento, nº 70031487085, 8. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Claudir Fidélis Faccenda, data de julgamento: 10/08/2009. Disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70031487085&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70031487085&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=) . Acesso em 17 abr. 2011.

Conforme exposto neste trabalho, foi possível perceber que o legislador, ao prever no artigo 1º da Lei n. 11.804/08 o direito aos alimentos gravídicos à gestante, manteve a adoção da teoria natalista pelo ordenamento jurídico. A lei foi expressa ao atribuir tal direito à mãe em vez de conferi-lo ao nascituro, reforçando, assim, a idéia de que o feto, enquanto não nascer com vida, possui apenas expectativa de direitos, não detendo, portanto, a chamada personalidade jurídica.

Seja qual for a teoria adotada, natalista ou conceptualista, fato é que o nascituro, com o advento da Lei n. 11.804/08, passou a ter uma maior proteção. Nota-se, claramente, que o legislador chamou à responsabilidade o pai do nascituro, em cumprimento ao que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal. Tal dispositivo prevê o dever da família, ao lado da sociedade e do Estado, “de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Também foi observado pelo legislador, quando da elaboração da lei de alimentos gravídicos, o artigo 1º, inciso III da Carta Constitucional, que traz consigo o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Esse princípio serve de diretriz, orientando todo o ordenamento jurídico, no sentido de garantir que o indivíduo seja tratado como ser humano que é, respeitadas as mínimas condições para que tenha uma vida digna. Tal princípio permite se cobrar uma atuação positiva do legislador no sentido de exigir dos pais, ou melhor, da família como um todo, a colaboração, tanto moral quanto financeira, com o nascimento, crescimento, desenvolvimento e promoção dos filhos.

Não se pode olvidar, ainda, de um forte argumento que justifica o dever de alimentos entre familiares: o princípio da solidariedade, segundo o qual cada membro que compõe a

entidade familiar tem que cooperar com o outro para que este se desenvolva biológica e psicologicamente e alcance os seus objetivos, prestando-lhe toda a assistência possível.

Oportuno lembrar que a responsabilidade familiar, na verdade, nunca dependeu de lei para ser reconhecida, pois, como é sabido, a Carta Maior possui aplicação imediata e direta, sendo prescindível a sua regulamentação por lei infraconstitucional. Assim, embora seja a lei de alimentos gravídicos norma de suma importância, pode se dizer que ela apenas dispôs sobre comando já existente em nosso sistema, e que há algum tempo já havia sendo aplicado pelos tribunais pátrios<sup>20</sup>.

Não obstante as várias críticas a ela feitas, em razão de utilização de redação não muito técnica, espera-se que a Lei nº 11.804/08 seja conhecida por um número cada vez maior de mulheres, permitindo que compartilhem os gastos necessários durante o período de gravidez com o pai da criança que está para nascer, ainda que com ele não possua um vínculo estável.

Como bem destaca Maria Berenice Dias<sup>21</sup>, ilustre ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e vice-presidente o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM - o qual teve grande participação na elaboração e críticas à Lei 11.804/08 -, “é claro que leis não despertam a consciência do dever, mas geram responsabilidades, o que é um bom começo para quem nasce”.

---

<sup>20</sup> BRASIL TJMG Apelação Cível 1.0024.04.377309-2/001. Rel. Des. Duarte de Paula, DJ: 10.03.05. Disponível em [HTTP://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt\\_processo=377309&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=alimentos%20nascituro&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=377309&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=alimentos%20nascituro&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=). Acesso em 02 mai. 2011 e BRASIL TJRS Agravo de Instrumento 10006429096. Rel. Des. Sérgio Fernando de VasconcellosChaves, DJ: 13.08.03. Disponível em [HTTP://www.tjrs.jus.br/busca/?q=ALIMENTOS+provis%D3RIOS+EM+FAVOR+DO+NASCITURO&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=ALIMENTOS+provis%D3RIOS+EM+FAVOR+DO+NASCITURO&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em 02 mai. 2011.

<sup>21</sup> Dias, Maria Berenice. *Alimentos para a vida*. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/28\\_-\\_alimentos\\_para\\_a\\_vida.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/28_-_alimentos_para_a_vida.pdf). Acesso em 02 mai. 2011.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 06. out. 2010.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 06. out. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70034830745. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgamento em 22 set. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI nº 70029315488. Relator: Rui Portanova. Julgamento em 31 mar. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI nº 0030843-94.2010.8.19.0000. Relatora: Cláudia Pires. Julgamento em 31 ago. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI nº 70035412253. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento em 07 jul. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Minas Gerais. AC Nº 1.0024.04.377309-2/001, Relator: Duarte de Paula. Julgamento em 10 mar. 2005.
- BRASIL. Tribunal do Rio Grande do Sul. AI Nº 70006429096, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento em 13 ago. 2003.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. Tutela Civil do Nascituro. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE PAULO, Antonio. *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Alimentos para a vida*. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/28\\_-\\_alimentos\\_para\\_a\\_vida.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/28_-_alimentos_para_a_vida.pdf). Acesso em: 02 mai.2011.



FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravidicos e a Lei 11.804/08*: Primeiros Reflexos. Disponível em [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em: 06 out. 2010.

KOOGAN/HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Edições Delta, 1997.

MADALENO, Rolf. Alimentos e sua configuração atual. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo Pinto; WINDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Org.). *Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.