



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito do Nascituro a Alimentos à luz da Constituição da República

Victor Mantuano da Nóbrega

Rio de Janeiro
2011

VICTOR MANTUANO DA NÓBREGA

O Direito do Nascituro a Alimentos à luz da Constituição da República

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Fetzner

Prof.^a Kátia Silva

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

O DIREITO DO NASCITURO A ALIMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Victor Mantuano da Nóbrega

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Técnico de Atividade Judiciária. Assessor de Desembargador.

Resumo: O direito subjetivo aos alimentos tem como contraponto o respectivo dever de prestação alimentícia, que é personalíssimo, moral e jurídico. O fundamento dessa bilateralidade decorre de princípios constitucionais fundamentais: além do direito ao mínimo existencial – direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição da República), emerge a solidariedade familiar (art. 3º, I, c/c art. 227, caput, art. 229 e 230 da Constituição da República), ínsita a própria natureza da família, tudo com o fito de socorrer o partícipe que, por diversos motivos, não tem como prover a sua própria manutenção. É sob tal enfoque que se analisa a constitucionalidade da Lei de Alimentos Gravídicos, que veio colmatar lacuna existente no ordenamento jurídico, na medida em que a Lei de Alimentos exige a comprovação de vínculo de parentesco ou de obrigação alimentar para tal fim. A insegurança da presunção de paternidade cede em face do reconhecimento do nascituro como sujeito de direitos da personalidade, em decorrência do princípio que norteia a ordem constitucional - a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Nascituro. Gestante. Início da Personalidade Civil. Presunção de paternidade. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Direito à vida. Solidariedade familiar.

Sumário: Introdução. 1. Os alimentos à luz da Constituição da República. 1.1 Alimentos: conceito e características. 2. O início da personalidade civil e a condição jurídica do nascituro. 3. O nascituro como sujeito do direito a alimentos. 4. A Lei dos Alimentos Gravídicos. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito subjetivo aos alimentos tem como contraponto o respectivo dever de prestação alimentícia, que é personalíssimo, moral e jurídico. O fundamento dessa bilateralidade decorre de princípios constitucionais fundamentais: além do direito ao mínimo existencial – direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição da República), emerge a solidariedade familiar (art. 3º, I, c/c art. 227, caput, art. 229 e 230 da Constituição da República), ínsita a própria natureza da família, tudo com o fito de socorrer o partícipe que, por diversos motivos, não tem como prover a sua própria manutenção.

É sob tal enfoque que se analisa constitucionalidade da Lei de Alimentos Gravídicos – Lei nº 11.804/2008 -, que veio colmatar lacuna existente no ordenamento jurídico, na medida em que a Lei de Alimentos exige a comprovação de vínculo de parentesco ou de obrigação alimentar para tal fim. Algo que deveria constituir obrigação natural do pai, auxiliar moral e materialmente a companheira ou esposa grávida, para que possa dar à luz a novo ser saudável, com condições de sobrevivência, constitui, muitas vezes, direito negligenciado, numa sociedade marcada pela injustiça, em que permeia o descaso, a falta de políticas públicas de planejamento familiar e de amparo à maternidade.

Desse modo, busca-se despertar a atenção acerca do direito mais nobre que deve ser assegurado a todo ser humano: o direito a nascer com dignidade e saúde. Frente ao caráter emergencial da demanda alimentícia em face das condições de miserabilidade da mulher, almeja-se fornecer subsídios aos operadores de direito de família para que auxiliem a consolidar o respeito aos princípios constitucionais, fomentando a paternidade responsável, a proteção da mulher na fase gestacional e a correta concepção acerca da condição jurídica do nascituro.

Sob tais contexto e justificativa a este artigo, objetiva-se demonstrar que o nascituro é dotado de personalidade civil, titular de direito subjetivo a alimentos.

De sorte a atingir esse desiderato, três são as questões norteadoras deste artigo científico: saber se, entre as teorias desenvolvidas sobre o início da personalidade civil, por que a teoria concepcionista é a que melhor retrata a correta condição jurídica do nascituro? Por que, a partir do juízo de razoabilidade, o direito do nascituro a alimentos deve prevalecer em face da presunção de paternidade? E, por fim, perquirir qual direito assiste ao suposto pai quando provada a negativa de paternidade?

Para tanto, impõe-se explicitar que a teoria natalista é inadequada à integral proteção do nascituro. Além disso, há de se atestar que o princípio da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade preponderam sobre o caráter da irrepetibilidade dos alimentos, bem como revelar a impossibilidade de estabelecer a responsabilidade objetiva da gestante em face de posterior negativa de paternidade.

A metodologia utilizada é a revisão da literatura existente em cotejo com a jurisprudência dos tribunais.

Assentadas as premissas deste trabalho, passa-se ao estudo dos alimentos à luz da Constituição da República e a condição jurídica do nascituro.

1. OS ALIMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Inexiste tema mais rico que o dos alimentos e, paradoxalmente, nenhum é tão pobremente regulado pela lei. É preciso coragem e sensibilidade para enfrentá-lo doutrinariamente, ante o novo colorido que o influxo constitucional pintou no direito das famílias. Não mais se cabe cogitar da aplicação da Lei nº 5.478/68, regulamentadora da ação de alimentos, porquanto anterior ao próprio Código de Processo Civil, que introduziu

mecanismos antecipatórios de tutela para serem utilizados quando se persegue direito, cuja morosidade pode gerar dano irreparável ou de difícil reparação, como o é a verba alimentar.

Sequer a execução de alimentos merece a devida atenção. Dispositivos mal redigidos, com assertivas ambíguas, transformam a cobrança de alimentos em verdadeiro martírio. Nem o prazo de prisão do devedor de alimentos é possível identificar com segurança. Enquanto a Lei de Alimentos fala em até 60 dias (art. 19), a lei processual estabelece o prazo de um a três meses (art. 733, §1º).

A sorte é que a doutrina e a jurisprudência tendem a constitucionalizar o tema, buscando a efetividade dos direitos fundamentais, o que evidencia o árduo encargo de escrever sobre alimentos, do qual o operador do Direito não pode se furtar.

A matriz constitucional do direito a alimentos se sustenta no mínimo existencial – direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição da República) - , encontrando na solidariedade familiar (art. 3º, I, c/c art. 227, caput, art. 229 e 230 da Constituição da República) o próprio expoente, porquanto inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento. O Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem obrigação legal de alimentos, porque a inobservância ao comando alimentar eleva a quantidade de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas. Tanto assim o é que as aludidas normas são de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, sujeitando o devedor recalcitrante à pena de prisão.

1.1 ALIMENTOS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A expressão alimentos vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Englobam as prestações que visam satisfazer as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, dispondo o julgador do poder discricionário para quantificar to respectivo valor. Na acepção jurídico-legal, podem significar não só o montante indispensável à sobrevivência do alimentando, mas também o valor que importa na manutença do padrão de vida, subsidiando, inclusive o lazer.

Alimentos naturais ou necessários são os indispensáveis para garantir a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, destinando-se às necessidades básicas, à própria sobrevivência do alimentado. Já os alimentos civis ou cõngruos destinam-se a manter a qualidade de vida do credor, de sorte a assegurar o mesmo padrão e status social do alimentante.

De conformidade com a origem da obrigação, quantificava-se de forma diferenciada os alimentos destinados a filhos, ex-cõnjuge ou ex-companheiro. À prole eram deferidos alimentos civis, assegurando compatibilidade com a condição social do alimentante, concedendo aos filhos a mesma condição de vida dos pais. Os consortes e companheiros percebiam alimentos naturais – o indispensável à sobrevivência com dignidade.

A diferenciação entra alimentos civis ou naturais foi adotada pelo Código Civil, porém com aspecto punitivo. Todos os beneficiários têm assegurado o padrão de vida de que sempre desfrutaram. Merecem alimentos civis, independentemente da origem da obrigação. Já quem, culposamente, dá origem à situação de necessidade, faz jus a alimentos naturais.

No âmbito das relações de família, os alimentos comportam classificações segundo diversos critérios. São devidos por vínculo de parentalidade, afinidade, e até por dever de solidariedade. Em comum, verifica-se que a imposição do dever alimentar busca preservar o direito à vida, que é assegurado constitucionalmente.

Ressalte-se a distinção entre obrigação alimentar e dever de sustento, que se vincula ao poder familiar e diz respeito ao filho menor (CC, 1.566, III, e 1.568). Uma vez cessado o poder familiar, pela maioridade ou emancipação, termina o ciclo do dever de sustento e começa o vínculo da obrigação alimentar. Dita mudança, no entanto, não enseja o término da obrigação, que não prescinde do provimento judicial.

O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa a preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Em decorrência direta do caráter personalíssimo, é direito que não pode ser objeto de cessão nem se sujeita à compensação (CC, art. 373, II), a não ser em casos excepcionais em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor do alimentando.

Ante tal feição personalíssima, a pensão alimentícia é impenhorável, uma vez que garante a subsistência do alimentado. Logo, é inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita para assegurar a própria sobrevivência.

O silêncio do legislador acerca da natureza da obrigação alimentar sempre ensejou acirrada controvérsia. Como a solidariedade não se presume (CC, art. 265, I), pacificou-se o entendimento de que o dever de prestar alimentos não é solidário, mas subsidiário e de caráter complementar, porquanto condicionado às possibilidades de cada um dos coobrigados.

Assim, a obrigação alimentar é não solidária e divisível, porquanto a solidariedade não se presume, mas deve resultar de lei ou da vontade das partes e o objeto da obrigação alimentar, uma soma pecuniária, é sempre divisível. Destarte, não se pode impor em uma demanda alimentar na qual exista mais de um alimentante que apenas um deles fique obrigado ao pagamento de toda a dívida. Cada alimentante responderá na medida de suas possibilidades resguardado sempre o princípio da proporcionalidade.

A obrigação alimentar é recíproca entre cônjuges, companheiros (CC, art. 1694) e parentes. É mútuo o dever de assistência, a depender das necessidades de um e possibilidades de outro, o que se funda no dever de solidariedade. Com relação aos alimentos decorrentes do poder familiar, inexistente reciprocidade (CRFB, art. 229). Porém, no momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar e surge, entre pais e filhos, obrigação alimentar recíproca em decorrência do vínculo de parentesco. Ainda que exista o dever de solidariedade da obrigação alimentar a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto ético. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar para pleitear alimentos dos filhos quando alcançarem a maioridade.

Diz-se, ainda, que a obrigação alimentar é irrepitível, à vista de que os alimentos se destinam a garantir a vida e a sobrevivência, sendo incogitável pretender que sejam devolvidos. Vale dizer que o que foi pago não pode ser objeto de ação de repetição de indébito e tampouco objeto de compensação de dívidas. Esse princípio é salutar porque o devedor não poderá se escudar da pensão alimentícia ao argumento de que teria adimplido a maior. Assim, o que foi pago não será devolvido, nem compensado.

Ressalve-se que se tem admitido a devolução quando se demonstrar a má-fé do alimentando, tendo em vista que a irrepitibilidade dos alimentos não pode cancelar o enriquecimento sem causa (CC, art. 884).

Além da irrepitibilidade, registre-se a característica da alternatividade. Em regra, os alimentos são fixados em dinheiro, dentro de determinada periodicidade. Todavia, cabe ao julgador, nas circunstâncias do caso, estipular modo diverso do cumprimento da obrigação, arbitrando alimentos *in natura*, como a concessão de hospedagem e sustento.

O direito a alimentos também é irrenunciável, podendo o credor tão só deixar de exercer a pretensão em determinada época, o que não importa na renúncia.

Ressalte-se, ainda, que o direito à prestação alimentar é imprescritível. Assim, a qualquer tempo, pode-se exercer o direito de requerer pensionamento alimentar, provando-se as necessidades de quem pede e as possibilidades do alimentante.

Os pressupostos da obrigação alimentar embasam-se no vínculo de direito de família, subsidiado nas necessidades do alimentando e nas possibilidades financeiras do alimentante, respeitado o princípio da proporcionalidade.

Entende-se que a prestação do pensionamento alimentar deva se dar de forma antecipada, ou seja, o dinheiro a ser gasto durante o mês já deve ter sido pago pelo alimentante. É até óbvio. Se os alimentos se destinam a garantir a subsistência do credor, precisam ser pagos com antecedência.

Saliente-se que o encargo alimentar é de trato sucessivo e, desse modo, os encargos inflacionários não podem aviltar tal valor. Desse modo, a verba alimentar deve ser fixada com a indicação do critério de correção que mantenha a atualidade da prestação.

Como se depreende, as características do direito aos alimentos levam em consideração à subsistência humana.

Se os alimentos visam a assegurar o piso vital da pessoa, por que não assegurá-los ao nascituro, os quais dele dependem para que possam nutrir-se e desenvolver-se com naturalidade, objetivando o nascimento com viabilidade de vida extrauterina?

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

2. O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO.

A norma do art. 2º do Código Civil disciplina que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida e, portanto, a literalidade indica que a eventualidade do exercício dos direitos apresenta-se condicionada a esse evento. Isso significaria que o nascituro não poderia ser titular atual da prestação alimentícia.

A leitura constitucional, porém, obtempera que os alimentos garantem a subsistência do alimentando. Logo, têm afinidade com o direito à vida, que é a todos assegurada, inclusive ao nascituro.

Segundo a doutrina natalista, contudo, adotada pelo Código Civil, para que se adquira a personalidade, deve haver não só a separação do filho das vísceras da mãe, como também a primeira troca oxicarbônica entre o nascido e o meio ambiente, ou seja, a respiração pulmonar. A existência de ar nos pulmões denota vida extrauterina, pouco importando a viabilidade e a forma humana. Desse modo, para tal teoria, o nascituro, porque possui órgão em comum com a mãe (a placenta) não é dotado de personalidade, qualificando-se como mera expectativa de pessoa, assim possuindo não possui mera expectativa de direitos.

Por tais razões, PEREIRA¹ conclui que se o nascituro ainda não é pessoa, também não é ser dotado de personalidade jurídica. E assim, segundo ele, os direitos que lhe reconhecem permanecem em estado potencial, de tal sorte que, nascido e adquirida a personalidade, completada estaria a trilogia essencial: sujeito, objeto e relação jurídica. Entretanto, se frustrado o nascimento, o direito não chega a se constituir. Logo, não se reconhece a personalidade jurídica ao nascituro, nem se admite que antes do nascimento ele seja sujeito de direitos.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 144-145.

A escola concepcionista, por sua vez, parte de premissa de que, sob o ponto de vista biológico, a vida começa desde a concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que gera o ovo ou zigoto. A vida viável daquele que está por nascer começa com a nidação, que representa o início da gravidez. Assim, o nascituro deve ser visto como ser humano, até porque é incorreta a afirmativa de que o feto seja parte integrante do corpo da mãe. O embrião é ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe.

A propósito, confira-se o esclarecimento de PIMENTEL², PhD em genética humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

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

Sob essa visão, portanto, a personalidade começa a partir da concepção e o nascituro é equivalente à pessoa, com capacidade de direito. Além de ser titular de direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, pode ser adotado e reconhecido como filho, fatos que não dependem do nascimento com vida.

2 PIMENTEL apud NALINI, José Renato. Evolução protetiva da vida na constituição brasileira. In PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 270-271

A fim de compatibilizar as duas teorias em epígrafe, despontou a escola concepcionista da personalidade condicional. Com ela, reconhece-se a personalidade, desde a concepção, com a condição de aquele que está por nascer venha à luz com vida. Foi a norma adotada no Projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua, o qual dispunha em seu art. 3º que “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.” Todavia, tal doutrina deixa à margem de suas indagações os direitos da personalidade, que são absolutos e incondicionais.

Vale pontuar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito, na sessão de julgamento do dia 29/05/2008, sinalizou pela adoção da teoria natalista. Veja-se:

[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Pondere-se, contudo, que a adoção da teoria concepcionista não inviabilizaria a pesquisa de células troncos, porquanto o embrião, enquanto não nidado - fato que marca o

termo inicial da gravidez-, não tem expectativa de vida. Logo, na fecundação in vitro, inexistente nascituro. Portanto, embora não se encontre de forma expressa norma constitucional disciplinando o início da vida, há pessoa embrionária, o que se infere a partir do princípio da máxima efetividade da constituição.

Com efeito, a hermenêutica constitucional não deve restringir a amplitude dos direitos fundamentais e nem ir de encontro aos avanços dos estudos alcançados pela ciência biológica, segundo a qual a vida inicia-se com concepção e conseqüente nidadação.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica adota a doutrina concepcionista, a conferir: “ Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Como se infere, ante o status supra legal dos tratados internacionais (Constituição Federal, art. 5º, §2º), torna-se indubitoso que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a teoria concepcionista.

Sendo assim, verifica-se que o direito do nascituro a alimentos tem fundamento constitucional, em face da garantia fundamental ao direito à vida.

3. O NASCITURO COMO SUJEITO DO DIREITO A ALIMENTOS

A característica fundamental dos alimentos é representada pelo fato de se tratar direito personalíssimo. Isso significa que só podem ser requeridos pela pessoa que deles necessite, porque visa preservar e assegurar a vida de certo e determinado ser humano. E, ainda que representado ou assistido pela mãe, é em nome do titular da verba alimentícia que

se deve requerer a pensão, cuja titularidade jamais se altera, por se cuidar de direito inato, imanente e intransferível.

Como não consta no art. 1694 a possibilidade de os nascituros figurarem nos polos das demandas alimentares, debatia-se a doutrina sobre a possibilidade de o nascituro ser credor de verba alimentar, caso em que a jurisprudência direcionava-se pela impossibilidade, ante a falta de previsão legal.

Refere-se, contudo, ao art. 2º do Código Civil, que põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, sem se olvidar que a norma do art. 130 do Código de Processo Civil autoriza o titular de direito eventual a se valer dos meios necessários a protegê-los e conservá-los.

Sendo assim, como deixar de amparar o ser humano em desenvolvimento em face desses preceitos? Se a mãe de todos os direitos é o direito à vida, inexiste razão para recusá-lo ao nascituro, sob pena de inviabilizar a vida extrauterina ao ser que já recebeu o sopro da vida. Portanto, há de se admitir como nascido o nascituro sempre que se trate de proteção dos respectivos interesses.

Então, a obrigação alimentar pode começar antes do nascimento e depois da concepção, por reconhecer a existência de despesas que se destinam à proteção do concebido.

Note-se, porém, que aqui se mitiga a reciprocidade da prestação alimentícia. Em regra, assim como os pais têm o dever de sustento dos filhos, estes, de igual modo, também possuem obrigação de amparar os pais necessitados. Entretanto, ainda que o nascituro tenha capacidade para adquirir bens, com medidas aptas a salvaguardar os próprios direitos, não se pode utilizar a norma do art. 2º do Código Civil em seu desfavor, visto que ela é expressa em colocar a salvo, desde a concepção, só os interesses do nascituro.

Desse modo, mostra-se cabível figurar o nascituro no pólo ativo da obrigação alimentar, tendo em vista que a vida intrauterina deve ser cuidadosamente preservada, mas

incabível que figure no pólo passivo. Infere-se daí que é essencial proporcionar à gestante assistência médica, de maneira que se assegure a saúde ao feto antes e após o próprio nascimento.

Contextualizado o tema, adentra-se ao exame da Lei dos Alimentos Gravídicos.

4. A LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Em novembro de 2008, foi publicada a Lei nº. 11.804, que veio disciplinar os alimentos gravídicos e respectiva forma de exercício, superando-se o dissenso havido entre doutrina e jurisprudência sobre o direito do nascituro a alimentos. Referem-se a despesas que devem ser custeadas pelo futuro pai, considerando-se ainda a participação da mulher grávida.

Embora a Lei dos Alimentos Gravídicos tenha estabelecido a legitimidade ativa da gestante, isso não afasta a titularidade do nascituro como credor dos alimentos, visto que tal direito é a ele inato, personalíssimo e intransferível. Tanto mais porque o próprio diploma legal estabelece a conversão em pensão alimentícia em favor do filho, logo após o nascimento, cujo valor poderá ser mantido ou modificado a favor do infante.

A gestante, pois, figura no pólo ativo por legitimidade extraordinária, uma vez que defende em nome próprio direito alheio, pertencente ao nascituro.

Com relação à legitimidade passiva, evidencia-se a figura do suposto pai, porém não se retira a possibilidade de os avós figurarem também polo passivo. A propósito, as normas dos artigos 1696 e 1698 autorizam que se busque a prestação avoenga, sendo necessário que se faça a prova de que o pai possui parcas condições financeiras, uma vez que

a obrigação primeira de sustentar os filhos é dos genitores, arcando com a obrigação os avós apenas a título complementar e subsidiário.

Ressalte-se que os alimentos gravídicos são conceituados como 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.

Como se observa, a lei assegura que os alimentos devem cobrir as despesas do período de gestação, tornando-se evidente que a prestação alimentícia deve retroagir à data do início da gravidez.

Nesse ponto, rejeita-se a tese de que esse tratamento ofenderia a isonomia em relação ao tratamento dispensado aos filhos já nascidos e reconhecidos, em razão do teor da norma do art. 13, §2º, da Lei 5478/68, que assegura a pensão alimentícia antes não pleiteada só a partir da citação. Isso porque a peculiar situação de desenvolvimento do nascituro justifica o tratamento desigual, sobretudo em razão do dificultoso exame pericial para pesquisa da filiação, porquanto assegurada a integridade física e a inviolabilidade da vida do nascituro.

Destaca-se o veto presidencial ao art. 9º do projeto de lei inicial, em que constava que seriam devidos os alimentos a partir da citação, o que, a toda evidência, estava em descompasso com a doutrina de vanguarda. Até porque pai é pai desde a concepção, nascendo a partir daí todos os ônus e encargos decorrentes de tal condição, do qual não se exonera o genitor pelo fato de ele se olvidar em assumir a responsabilidade parental. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo à não existência, levando-se em conta que a demora pode ser causada pelo próprio réu, em manobras para

impedir o ato citatório. Se esse expediente fosse chancelado, o auxílio financeiro teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, retirando a efetividade do dispositivo em comento.

Aduza-se que a experiência forense demonstra que os alimentantes tentam se furta ao ato citatório, o que revela ter sido salutar o veto imposto, a fim de que os alimentos gravídicos não se tornem iníquos para os respectivos fins a que se destinam.

Observe-se que a revelia do réu em apresentar contestação conduz à presunção relativa de veracidade sobre a paternidade, podendo o julgador determinar na mesma sentença alimentar o registro da criança como filho do demandante. Oferecida resposta, porém, deve-se designar audiência de conciliação, instrução e julgamento, seguindo-se sentença, na sequência.

Questão que gera celeuma é saber se os alimentos provisórios fixados sem a oitiva da parte contrária ofenderia a ampla defesa e o contraditório do pai virtual.

Evidente que o juiz não terá, quando da fixação dos alimentos provisórios, certeza de que o alimentante é o pai do nascituro. Contudo, esse fato não autoriza que dogmas machistas determine a designação de audiência de justificação antes de fixar os alimentos, porque tal audiência em nada esclarecerá sobre a paternidade, porque dela só se tem certeza com o exame de DNA. E é inviável tal exame enquanto o nascituro está dentro do ventre materno.

O julgador não pode adotar tal postura, porque só protegeria os interesses paternos. Ainda que se suscite a irrepetibilidade da verba alimentar, o princípio da proporcionalidade direciona que regra infraconstitucional não pode se sobrepor ao direito dos direitos, como o é a vida.

O que orienta a fixação dos alimentos provisórios é o princípio do melhor interesse daquele que está peculiar condição de desenvolvimento, respeitando-se, contudo, a

proporcionalidade da obrigação alimentar paterna de acordo com a respectiva possibilidade financeira.

Ademais, a fixação de audiência de justificação não seria recomendável, pois conduziria ao quadro de angústia e insegurança na gestação, prejudicando a saúde do nascituro. Assim como a os direitos fundamentais da criança e do adolescente de ser tratado com absoluta prioridade, igual sorte se estende ao direito alimentar do nascituro. Inadmissível, pois, qualquer entrave judicial à efetivação de direito fundamental.

Daí por que mereceu correto veto o artigo do projeto de lei que estabelecia a despicienda, demasiada e protelatória audiência de justificação.

O que a lei exige são os indícios de paternidade, evidenciando-se o atestado de gravidez como prova indiciária indispensável para o deferimento da verba alimentar. Seguem outros documentos que podem ser juntados, como declarações de terceiros sobre o conhecimento de relacionamento amoroso entre a gestante e o alimentante, a fim de fornecer os elementos de convicção ao julgamento da causa.

Resta saber, então, as consequências advindas de posterior comprovação da negativa de paternidade.

A norma do artigo 10 da lei em comento criava hipótese de responsabilidade objetiva da mãe caso ficasse constatada a não paternidade do réu, pretense pai, porém não entrou em vigor por força de veto presidencial.

O ato político presidencial merece aplausos, tendo em vista que a responsabilidade objetiva da gestante em face da negativa de paternidade vai de encontro ao princípio do acesso à justiça, de tal modo que intimidaria o pleito alimentar, pois determinava obrigação de indenizar sem que houvesse, ao menos, culpa.

Tal veto, contudo, não impede que o apontado como pai, caso tenha pago prestações alimentícias indevidas a favor daquele que não gerou, possa a par do princípio da

irrepetibilidade dos alimentos, propor diretamente em face da mãe a demanda ressarcitória, utilizando-se dos elementos que compõe a responsabilidade subjetiva, conforme art. 186 do Código Civil.

Deverá, assim, comprovar o dolo ou a culpa em apontá-lo como suposto genitor do nascituro, objetivando perceber a reparação correspondente aos prejuízos materiais e morais advindos da imputação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se demonstrou, o direito subjetivo aos alimentos tem como contraponto o dever de prestação alimentícia, encontrando fundamento nos princípios constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao mínimo existencial, a inviolabilidade da vida, a solidariedade familiar, tudo com o objetivo de socorrer o alimentando que não tem condições de prover a própria manutenção.

A partir do cotejo das principais teorias sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, evidenciou-se a teoria concepcionista como aquela que melhor reflete os interesses daquele ser que se encontra em peculiar situação de desenvolvimento. Constatou-se que a proteção dos direitos do nascituro encontra, na legislação atual, pronto atendimento, antes mesmo do nascimento, o que nos leva a admitir a aquisição da personalidade desde a concepção, apenas para a titularidade dos direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou à gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

Frente ao caráter emergencial da demanda alimentícia em face das condições de miserabilidade da mulher, há de se consolidar o respeito aos princípios constitucionais, fomentando a paternidade responsável, a proteção da mulher na fase gestacional, de sorte a viabilizar o direito mais nobre que deve ser assegurado a todo ser humano: o direito a nascer com vida, dignidade e saúde.

A razoabilidade impõe que se prestigie a inviolabilidade da vida e da saúde do nascituro e da gestante, porque eventual irrepetibilidade dos alimentos indevidamente pagos configura a gravosidade mínima em face do interesse maior tutelado.

Remanescerá ao suposto pai, caso provada a negativa de paternidade, buscar a reparação civil dos danos materiais e morais suportados com base na responsabilidade subjetiva da gestante, porém sendo imprescindível demonstrar o respectivo dolo ou culpa na indicação dele como genitor.

A Lei de Alimentos Gravidicos, então, colmatou lacuna existente no ordenamento jurídico, por não exigir a comprovação de vínculo de parentesco ou de obrigação alimentar para tal fim, superando-se o dissenso havido entre doutrina e jurisprudência sobre o direito do nascituro a alimentos.

Para que seja concedido o pensionamento alimentar, basta a demonstração dos indícios de paternidade, caso em que o legislador ponderou o corretamente o interesse prevalecente.

Em muito boa hora entrou em vigor a lei em comento, o que anima o otimismo em relação ao comprometimento para com o tema de maior significância do direito. E é essa a realidade: quem deve alimentos é o homem e quem os recebe é a mulher, mesmo quando o crédito é em favor dos filhos que estão sob sua guarda ou sob seu ventre. Assim, é possível concluir que a obrigação alimentar é masculina. Quem paga alimentos é o homem. Quem vai

para a cadeia – raramente, diga-se de passagem – também é o homem. Talvez seja isso que inibe o legislador e os julgadores: um enorme espírito de corpo.

Por isso é que não se pode afastar os olhos da realidade social e da obrigação natural do pai, auxiliar moral e materialmente a companheira ou esposa grávida, para que possa dar à luz a novo ser saudável, com condições de sobrevivência, para que não continue a ser direito negligenciado.

Sobretudo, há de se inculcar e fomentar a paternidade responsável, reprimindo toda tentativa de renitência.

O caminho da felicidade passa pelo direito das famílias, o mais humano de todos os direitos, e se inicia desde o ventre materno. O foco de preocupação não se exaure no mero tecnicismo legal que busca amarrar a vida a um emaranhado de regras e normas. As leis que regem o direito de famílias não são as que estão nos códigos. É muito mais o que se consegue apreender das histórias de cada um dos atores que se apresentam nus quando constatam a falência de frustradas tentativas de transformar em realidade o sonho do amor eterno e o mito da família feliz.

É triste ver a quantidade de demandas cuja morosidade produz danos irreversíveis, uma vez que compromete a vida de quem necessita que sua subsistência seja atendida por alguém que tem, ou deveria ter, um vínculo afetivo com o credor.

Não se pode ficar indiferente.

É preciso coragem, pois, para efetivar o direito, na tentativa de atingir a tão almejada justiça.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de Carvalho. *Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil. Direito de Família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Del Rey, 2008.

PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 144-145.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais orientadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.