



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Lei de Alimentos Gravídicos e Suas Controvérsias

Samanta Cristina da Silva Cruz

Rio de Janeiro
2013

SAMANTA CRISTINA DA SILVA CRUZ

A Lei de Alimentos Gravídicos e Suas Controvérsias

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Rafael Mário Iorio Filho
Mônica Areal
Nelson C. Tavares Junior

A LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS E SUAS CONTROVÉRSIAS

Samanta Cristina da Silva Cruz

Graduada pela Universidade
do Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, Lei de Alimentos Gravídicos tem intuito de beneficiar o nascituro, ou seja, aquele que está para nascer, concedendo à gestante independentemente da realização de exame de DNA alimentos indispensáveis à preservação da vida daquele que está para nascer. No entanto existem pontos controvertidos dentro da própria lei que precisam ficar esclarecidos a fim de que seja mais bem aplicada a norma.

Palavras-chave: Alimentos. Nascituro. Personalidade. Irrepetibilidade. Condenação. Validade.

Sumário: Introdução 1. Da Evolução dos Alimentos. 2. Do Nascituro 3. Da Responsabilidade Civil da Genitora e da Contingência da Repetição de Indébito. 4. Dos Alimentos Gravídicos contra Ascendentes Paternos. 5. Do ônus Probatório. 6. Da Conversão, Revisão e Extinção dos Alimentos Gravídicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.804/2008, em vigor desde o dia 5 de novembro de 2008, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a disciplina dos chamados “alimentos gravídicos”. Lei essa que, apesar de possuir um nome dos mais estranhos¹, estabelece um relevante marco jurídico e institui um grande avanço na doutrina e jurisprudência pátria, uma vez que garante a mulher,

¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 537.

durante o período de gestação, buscar alimentos para o nascituro a fim de lhe proporcionar um desenvolvimento saudável.

Mesmo sendo indiscutível que a obrigação parental fosse devida desde o momento da concepção, o legislador durante longos anos foi silente sobre a concessão de alimentos ao nascituro, pois durante um grande intervalo de tempo discutia-se sobre a personalidade jurídica daquele que havia de nascer e quando esta efetivamente teria início. Hoje, entretanto, é superada essa fase, haja vista que o Código Civil, em seu artigo 2º, garante a proteção jurídica àquele que vai nascer, em consonância ao disposto na Constituição Federal sobre os direitos fundamentais, notadamente, o direito à vida, bem como, à saúde, à alimentação e a um desenvolvimento digno.

Nesse sentido, ao que tudo indica, muito embora parte da corrente doutrinária sustenha, ainda, mesquinho e inflexível entendimento sobre a personalidade de o nascituro começar quando esse nascer com vida, a lei de alimentos gravídicos irrompeu em singular marco ao reconhecer ao ser humano, ainda no útero materno, proteção como titular de direitos subjetivos, tal qual na adoção e sucessão, muito embora essa personalidade jurídica seja retroativamente desconsiderada, caso o pré-concebido venha a morrer antes do nascimento.

Por conta disso, em um contexto jurídico não muito sólido, com apoio em parca doutrina e vacilante jurisprudência, a aprovação do Projeto de Lei n. 7.376/2006 dispendo sobre pensão alimentícia para a mulher grávida, gerou responsabilização ao suposto pai para fornecer alimentos na mesma proporção que é deferida à genitora, sob a égide do ideal de igualdade. E, inegável, houve ganho mesmo que apenas a metade dos doze artigos inclusos no Projeto de Lei tenha sido aprovada e sancionada, visto que a outra metade não entrou em vigor em face do veto presidencial, com estribo nas falhas de ordem técnico jurídicas.

A conjuntura reuniu, dentre outras circunstâncias, um país tradicionalmente paternalista onde a maioria da população é pobre e a responsabilidade familiar,

principalmente por uma criança, encarada como encargo, ou não raro ignorada, porque quando assumida implica alto custo e sacrifício. Em face do desenvolvimento e equilíbrio social é de premente necessidade uma norma que legisle de forma específica sobre alimentos devidos à gestante, a fim de custear despesas adicionais durante o período de gravidez, tais quais as que reclamam necessidade de dieta alimentar especial, assistência médica e psicológica, exames médicos periódicos, internação, parto, medicação e prescrições terapêuticas. Portanto, a norma regulamentadora, depois de recepcionada no ordenamento jurídico, se tornou imprescindível, haja vista que, não raro, a concepção de crianças é recebida de forma irresponsável.

Na incansável busca pelo ideário de justiça, cabe ressaltar na análise da lei de Alimentos Gravídicos não apenas a figura da gestante e do nascituro, mas também a do suposto pai, que muitas vezes é condenado a prestar alimentos baseado em meros indícios e em juízo de possibilidade, fato que entra em conflito com a legislação civil pátria e a própria ordem constitucional que impõe ser cabível condenação apenas com o devido processo legal. Sem observar essas garantias, a condenação à obrigação de alimentar o nascituro estaria sem dúvida esbarrando em cláusulas constitucionais pétreas, por derradeiro, implicando em cerceamento de defesa ao devedor.

Muito embora, seja identificada essa fragilidade, inexistente previsão para que os alimentos percebidos sejam restituíveis, até mesmo quando a decisão judicial em primeira ou em instância superior não acolha a pretensão do alimentado ou quando pagos de forma indevida. Evidente que essa regra não deva prevalecer quando se tratar de alimentos gravídicos, sobretudo quando a gestante age de má-fé, ainda que provoque alguma celeuma na doutrina. Uma vez que, cabe ao julgador atentar para o espírito da norma ao fixar os alimentos de forma provisória, visto que a fixação com base em uma cognição superficial pode induzir o magistrado a não perceber a temeridade da lide. Por consentâneo, demonstrada a má-fé no

curso do processo, ilógico não se reconhecer o locupletamento ilícito e se conceder a restituição do indébito ao devedor.

1. DA EVOLUÇÃO DOS ALIMENTOS

Na antiga Roma, os filhos eram divididos em três categorias. A primeira denominada *iusti* ou *legitimi* que eram aqueles advindos do casamento, bem como os adotados e os legitimados. A segunda categoria citada pertence aos *vulgo quaesiti* ou *vulgo concepti*, termos usados para definir os filhos gerados por uma união ilegítima. Em última posição, surgida apenas com o direito pós clássico, vinham *naturales liberi*, que eram aqueles nascidos pelo concubinato.

Em se tratando dos filhos *legitimi*, a obrigação de alimentar surgia independentemente da confissão de paternidade, isto é da *patria potesta*, porque entre pais e filhos havia o dever recíproco aos alimentos. Porém, os filhos *vulgo quaesti* eram tratados pela lei como se não tivessem pai, até porque, no direito romano não havia possibilidade de o pai vir a legitimá-los, portanto, em relação ao pai eles eram estranhos, não existia, por conseguinte, entre eles direitos e deveres. Assim, esses filhos apenas poderiam em face da mãe reclamar equiparação aos filhos legítimos, se porventura houvesse direitos a alimentos e sucessórios. Por fim, em relação aos *naturales liberi*, ou seja, filhos advindos do concubinato, facultado era, mediante o reconhecimento da paternidade, a *legitimatio*, quando se tornavam filhos legítimos em termos especiais, pois muito embora tivessem direito a alimentos recíprocos, dependiam de testamento paterno para obterem direito sucessório.

Nesse sentido, conclui-se que o direito romano não reconhecia o vínculo de paternidade e sucessório entre os filhos provindos de relações adúltera e incestuosa, bem como não lhes era facultado o direito de pleitear o benefício alimentar, o que, sem dúvida alguma representava uma grande discriminação. Em razão daquela linha doutrinária, Yussef

Said² discorre o seguinte: “O direito moderno descartou aquelas discriminações do direito romano e prosseguiu na trilha do direito canônico, orientando-se no sentido de reconhecer o direito a alimentos do filho com fundamento no simples fato da paternidade, independentemente da natureza jurídica da filiação”.

Por conta disso, o direito brasileiro, desde o diploma civilista de 1916, mas precisamente no art. 405, passou a adotar o princípio *qui fait l'enfant doit le nourrir* que significa em síntese dizer que a obrigação alimentar tanto paterna quanto materna não advinham mais unicamente do casamento, mas também da procriação sem laços matrimoniais, visto que, desde que obtivesse confissão ou declaração escrita de paternidade ou sentença irrecorrível, não provocada por eles, os filhos ilegítimos, até mesmo os espúrios, poderiam ter direitos a alimentos.

No entanto, permaneceram resquícios muito fortes do que ora é nomeado doutrina da desigualdade a qual prevaleceu no sistema romano e irradiou-se entre abalizados magistérios. Por conta disso, doutrinadores como Demante, à época do código de dezesseis, defendiam o pensamento de que embora filhos legítimos e ilegítimos fossem equiparados em condição, a medida das despesas de sustento com o filho ilegítimo era em patamares menores, pois estavam subordinadas a qualidade da filiação, assim, os filhos naturais, incestuosos ou adulterinos ainda eram tratados de maneira discriminatória, não sendo vistos como filhos em sentido amplo³.

Portanto, muito embora os filhos ainda fossem separados por classes, isto é qualificados, tal medida representava um grande marco jurídico pelo fato do filho concebido fora dos laços matrimoniais poder ser reconhecido pelo genitor e, só após a manifestação desse reconhecimento, o filho receberia legitimidade para exercer seu direito aos alimentos, por meio da ação especial de alimentos da Lei n. 5.478 de 25 de julho de 1968. De maneira

²CAHALI, Yussefi Said. *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 454.

³Ibid. p. 455.

geral, o filho espúrio só poderia pleitear alimentos, caso pudesse comprovar de alguma forma a paternidade do suposto genitor, mas o filho natural, mesmo que pudesse propor a ação independentemente de comprovação de paternidade prévia, caso o alimentante contestasse o pedido, essa ação seria julgada carente, isto é, seria extinta sem resolução de mérito.

Para o autorizado magistério doutrinário de Clóvis Beviláqua⁴: “a paternidade seja natural ou ilegítima, impõe ao pai a obrigação de prestar alimentos; não há duas espécies de paternidade”, assim é atribuído ao pai o dever da provisão de subsistência e educação do filho.

Existe um contrassenso lógico, pois de um lado a doutrina se considerava protetora do direito dos filhos ilegítimos, do outro impunha obstáculos legais ao reconhecimento dos alimentos a esses mesmos filhos ilegítimos que dizia proteger, visto que minava esse direito ao impor reconhecimento prévio da paternidade como condição para exercício e validade da ação, sem olvidar as alcunhas discriminatórias no preconceito da filiação, mas, ao mesmo tempo considerava, uma vez comprovado o vínculo sanguíneo parental, estar imposto ao pai o dever de assistência ao filho.

Por fim, o sistema Constitucional adotou o princípio da paternidade responsável, igualitária e mútua, retirando do sistema jurídico a distinção que havia em relação aos filhos e passando a proibir qualquer tipo de designação discriminatória relativas à filiação, ao implementar igualdade entre os filhos, sejam eles adotados, concebidos dentro ou fora do casamento. O filho adulterino passa, inclusive, a poder ajuizar ação de investigação de paternidade com fito de ter reconhecida sua paternidade⁵.

Destaca-se outro marco importante no diploma civilista de 2002, trazido pela Constituição de 1988, o qual imputa no desempenho do poder familiar (art. 229, CRFB/1988; 1.566, IV; 1.634, I; 1.724, Código Civil e 22 da Lei n. 8.069/1990) aos pais atribuição de habilitar o filho para vida, imposta no mínimo obrigatoriamente a instrução primária. Essas

⁴BEVILÁQUA, Clovis. *Direitos das Famílias*, 2. ed. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1905, p. 23.

⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes n. 587036567. Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva. 28 out 1988.

medidas equiparavam o pátrio poder exercido pelos pais com o poder disciplinar do próprio Estado, em consequência, houve o abandono tácito no Código Civil do termo pátrio poder para adoção do termo poder familiar, numa adequação lógica a um paradigma Constitucional que transformou o poder exercido pela força e subordinação em poder de proteção.

Igualmente, destaca-se que, o princípio da paternidade responsável, inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 226, §7º), foi integrado como princípio da dignidade da pessoa humana no que tange análise das provas de investigação de paternidade, permitindo-se a realização de exames por métodos não invasivos de DNA (ácido desoxirribonucléico), de forma tal que a integridade física e intimidade pessoal do indivíduo, ao ser ponderada com o direito a ancestralidade, deixou de ser fator preponderante, ou melhor, os tribunais deixaram de admitir a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA em prol do lídimo direito do filho em saber quem é seu legítimo genitor.

Dessa forma, se consignou na Constituição de 1988, a doutrina da proteção integral, isto é, como dever de todos a tutela da criança e do adolescente, assim como é defendido pelo doutrinador Alexandre de Moraes: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, [...]”⁶, o que abrangeria, em síntese, todas as necessidades do ser humano no desenvolvimento de sua personalidade.

Sob essa ótica por mais que seja forçosa a comprovação da obrigação de prestar alimentos, não existe encargo *ex vi legis*, pois o dever de assistência não pode ser exercido de forma coercitiva, visto que ninguém pode ser obrigado a realizar exame de DNA.

Com a evolução legal consagrou-se nítida a intenção do legislador em assegurar ao filho legítimo ou não o direito de pleitear alimentos, ou seja, a paternidade reconhecida ou não pelo genitor, posto que baste a existência de meros indícios de vínculo de paternidade para se

⁶MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 747.

possibilitar ao filho o ajuizamento ação de alimentos, superado o que se via nos sistemas anteriores, quando era levantada uma verdadeira pendenga jurídica com espoco de coibir os filhos naturais, espúrios e adulterinos de até mesmo buscar o judiciário para ver aquilatar a procedência ou não do seu direito.

2. DO NASCITURO

Em relação ao nascituro, ou seja, àquele que está para nascer, desde o direito romano se consagrava a proteção desse ser humano em desenvolvimento, com o célebre brocado: “*nasciturus pro iam nato habetur quando de eius commodo agitur*”, que equiparava o nascituro com o nascido vivo, no caso de lesão ou ameaça aos seus interesses⁷.

No Brasil, segundo o disciplinado no Código Civil de 2002 (art. 2º), o nascituro também é visto como sujeito de direitos, pois a lei desde a concepção viabiliza seu desenvolvimento embrionário a fim de que esse assegure seus direitos, dentre eles, o direito aos alimentos, que possibilita ao ser aperfeiçoamento como pessoa humana digna.

Outros países, como a França e a Holanda,⁸ entendem que apesar da personalidade começar com a concepção, a capacidade para seu exercício tem início apenas com o nascimento. No Brasil o entendimento é um pouco distinto, pois nosso diploma civilista muito embora assegure que a personalidade começa com o nascimento com vida, a lei garante desde a concepção seus direitos, considerada a expectativa desse ser em formação projetar-se num sujeito de direito no futuro, portanto, um dos primeiros direitos do nascituro seria o direito de nascer com vida, tanto que o diploma penalista, salvo algumas excludentes⁹, considera o aborto, bem como o homicídio cometido em estado puerperal como crimes punidos com

⁷MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 59.

⁸FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos*: comentários à Lei n. 11.804/2008. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

⁹BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 jul. 1984, p. 10217.

restrição da liberdade (art. 128, incisos I e II do Código Penal).

Vale ressaltar, que ainda que seja admitido à mulher o direito de integridade do próprio corpo, liberdade de escolha em querer ser ou não mãe, no momento da nidação, isto é, por volta da sexta a oitava semana de gestação, já se pode falar em vida no útero materno, coibindo-se assim, a essa mulher o ato de disposição do próprio corpo, caso sua opção pelo aborto escape às previsões legais estabelecidas. Tudo isso, porque numa ponderação de interesses, o direito de disposição do corpo da mulher cede em face dos interesses do nascituro.

Como exceção a esse direito de nascer com vida garantido ao nascituro, casos esses em que o aborto é permitido e importam em exclusão de punibilidade. Pode ser citada no código penal a gravidez resultante do estupro e situações em que a vida da mulher durante a gestação esteja em risco segundo abalizada avaliação médica (art. 128, incisos I e II do Código Penal Brasileiro).

Há outras situações disciplinadas em alguns diplomas extravagantes que permitem o aborto também quando se trata de mulher que vive sob extrema pobreza e que, por isso, não tem condições de promover a manutenção de mais uma criança, nesses casos a possibilidade de aborto estaria ligada ao estado de necessidade e condicionada à incapacidade do Estado atuar como provedor universal, teoria essa não recepcionada no direito brasileiro.

A bem da verdade vale mencionar como caso de inadmissibilidade da interrupção da vida intra-uterina, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-54), ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo (não possui cérebro, devido a má formação embrionária) é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal.

Enfim, muito embora o nascituro seja titular do direito maior da personalidade que é

a vida, bem como do direito da identidade pessoal e genética, à integridade genética e física, o nascituro não goza de capacidade para exercer em nome próprio seus direitos.

Assim, conclui-se como certo que o nascituro é o verdadeiro titular do direito ativo da relação obrigacional de alimentos, mas quem receberá efetivamente a prestação alimentícia é a mãe, o que abrange desde alimentação, até o custeio das despesas médicas com o parto.

Nesse diapasão coexistem três teorias que discorrem sobre a personalidade jurídica do nascituro, quais seja a Teoria Natalista, Teoria Concepcionalista e Teoria da Personalidade Condicional.

Para a Teoria Natalista, majoritária entre os doutrinadores e adotada no Brasil, a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida, isto é, para a aquisição de direitos inerentes à pessoa humana será preciso nascer com vida e, somente depois, vir a ser titular da faculdade do exercício de direitos e transmissão de obrigações. O doutrinador César Fiuza afirma o seguinte¹⁰: “*o nascituro não tem direitos propriamente ditos*”, assim, enquanto seres em desenvolvimento, o nascituro seria apenas portador, não de direitos objetivos, mas sim de direitos subjetivos, visto que a própria lei determina regras de proteção ao desenvolvimento saudável a fim de que ele possa existir como pessoa, portanto, a preocupação do legislador gira em torno do mínimo indispensável que possibilitará esse ser nascimento com vida.

Em relação à Teoria da Personalidade Condicional, os direitos daquele que está para nascer ficam subordinados à condição suspensiva de nascer com vida. Basta o nascer com vida para o nascituro ser considerado como pessoa.

Já a Teoria Concepcionalista adotada pelo direito da vanguarda brasileira¹¹, determina que o nascituro é titular de direitos e obrigações desde a sua concepção, não seria necessária nem a viabilidade da vida ou da forma humana, considerando que o Código Civil apenas afirmou que a personalidade se inicia com o nascimento com vida.

¹⁰FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 116.

¹¹CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e aumentada. Niterói: Impetus, 2009, p. 260.

Seguindo essa linha, Maria Berenice Dias¹² afirma o seguinte: “é inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção” de maneira que a Lei de Alimentos Gravídicos apenas veio para sanar uma lacuna legislativa que estava implícita no ordenamento jurídico.

Mesmo assim, antes da Lei de Alimentos Gravídicos, era muito difícil o juiz de Direito deferir a obrigação alimentar antes do nascimento com vida, posto a dependência de prova do vínculo parental. Muito embora, haja casos decididos por analogia, quando a gestante conseguisse comprovar esse vínculo de modo irrefutável ou quando existissem robustos indícios ou, com o resultado positivo do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico).

Portanto, a jurisprudência do STJ¹³ inovou ao publicar a súmula 301, que dispõe sobre a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA caracterizar presunção *juris tantum* de paternidade, logo a resistência do suposto pai em realizar o exame de DNA começou a embasar os requisitos para a antecipação de tutela em alimentos.

Dessa forma, quando se promove ação de investigação de paternidade cumulada com demanda de alimentos, mesmo quando promovida depois da criança nascer com vida cabia ao juiz fixar os alimentos desde a concepção, caso ficasse comprovado que o genitor ao tomar conhecimento da paternidade da criança, ainda assim recusasse a reconhecê-la, porque o próprio Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da doutrina da proteção integral, resguardam o direito da criança desde a concepção.

Porém, ainda que seja garantido alimentos desde a concepção do nascituro, isso não significa que a legislação pátria adote a Teoria Concepcionalista, principalmente porque ao que tudo indica o legislador brasileiro assegura os alimentos à gestante.

Cumprindo observar, não obstante, ao tratar do nascituro que não se pode confundir capacidade com personalidade, pois são figuras distintas. A personalidade seria um atributo de pessoa, isto é, aptidão para ser titular ou sujeito de direito, enquanto a capacidade seria

¹²DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. rev., aument., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹³DIAS, Maria Berenice. O direito a um pai. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3764, 21out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25554>>. Acesso em: 21 out. 2013.

definida com uma maior ou menor extensão de direitos de um ser humano.

Considerável se torna definir a personalidade como o bem inicial da pessoa, ou seja, um agrupamento de características pessoais, individuais e intransferíveis do ser humano, tais quais como os direitos subjetivos à honra, liberdade e identidade que são tutelados de maneira ampla pelo diploma pátrio. Enfim, visam resguardar a dignidade da pessoa humana.

O nascituro é relevante para o direito assim como qualquer outro ser humano, porém a lei lhe atribui personalidade própria e exclusiva, o que o difere completamente na capacidade para exercício de direitos, que só poderá vir a ser gozada com o nascimento com vida.

A individualidade genética daquele que está para nascer é determinada desde o momento que o óvulo é fecundado, assim, a partir disso já podemos considerar o nascituro como um ser em formação, detentor de um código genético próprio e distinto dos demais seres humanos, tanto que se pode considerar que esse pré-nascido é titular não só do direito de viver e nascer, mas também do direito de não ser vítima de manipulação ou perturbação genética.

Nesse diapasão, quando o ordenamento pátrio reconhece o nascituro não só como detentor de direitos subjetivos, mas também objetivos, há reflexo no fato de criar a possibilidade de ser alvo de adoção ou de direitos sucessórios, o que só virá a ser desconsiderado caso esse titular em formação não venha a nascer com vida. A personalidade do nascituro começa com a concepção e se extingue com a morte. Assim, caso esse pré-nascido venha a falecer antes de nascer ocorre um fenômeno retroativo de desconsideração de personalidade.

Com isso, até o embrião desenvolvido em laboratório deve ser tratado como indivíduo em formação da espécie humana, visto que recebe também como atributos existenciais o direito à vida, à integridade corporal e a dignidade da pessoa humana.

Em função disso, a lei veda o descarte de embriões excedentes, estudando-se no biodireito meios para sua utilização como insumos em processos terapêuticos, transformados esses embriões em bens a serem aplicados no ciclo biológico da vida, que abrange o nascer, crescer, reproduzir e eventualmente morrer.

Por conseguinte, todo e qualquer ser humano, até o pré-nascido, é detentor de personalidade e, portanto, sujeito de direitos, não apenas e tão somente por ter sua capacidade dependente do nascimento com vida, inferido assim o concepturo como titular de expectativas de direito condicionadas ao seu nascimento com vida.

Admitido desse modo, meros indícios bastam à imputação de paternidade, facultado ao juiz conceder os alimentos gravídicos. Não é necessário também que o réu comprove sua possibilidade, nem a gestante sua necessidade em perceber os alimentos, visto que essa responsabilidade provem da paternidade, ou melhor, do parentesco presumido do nascituro com o suposto pai.

Em suma, não faz diferença se o nascituro é legítimo ou ilegítimo. Os alimentos serão obrigatórios e devidos, regulados tanto pela Lei de Alimentos Gravídicos quanto pelos demais diplomas legais que regem o assunto, quando se trata de filhos nascidos com vida, visto que, apesar de terem a capacidade condicionada ao nascimento com vida, o nascituro é titular de direitos e expectativas tal qual o nascido vivo.

Em se tratando ainda do nascituro não há que se falar em reciprocidade, visto que muito embora possa ser sujeito ativo das obrigações alimentares, esse não pode ser sujeito passivo, posto que como pessoa capaz de assumir obrigações, o nascituro é considerado como ficção jurídica. Dessa maneira, não se pode exigir alimentos do nascituro.

No entanto, caso venha nascer com vida, não existe óbice legal ao exercício da reciprocidade, desde que tanto o nascituro, nesse caso, como sujeito passivo, possa oferecer e o sujeito ativo, respectivamente, preencha as condições para pleitear alimentos daquele.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA E DA CONTINGÊNCIA DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Visto isso, porquanto o nascituro, de acordo com a lei e a doutrina, é titular de expectativas e que sua personalidade está condicionada ao seu nascimento com vida, cumpre esclarecer que até a Constituição de 1988, não havia nenhum arcabouço normativo que de fato garantisse direitos a ele. Apenas, com a consagração do princípio da paternidade responsável, quando foi implementada a idéia que os deveres da paternidade advêm do poder familiar, por conseguinte, devem ser exercidos desde o momento da concepção e, não desde o nascimento com vida, consoante previsto nos artigos 5º, *caput* e 227 da Carta Magna, artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 7º do Estatuto da Criança e Adolescente e artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse sentido, uma vez concebido aquele que está para nascer se cria uma série de obrigações a serem suportadas pelo pai, o que serviu de subsidio legal para a edição da Lei nº 11.804 de 2008, que em seu artigo 2º define alimentos gravídicos como valores aptos a cobrir a futura mãe durante o estágio gestacional.

No entanto, por mais que tenha havido esforços louváveis na elaboração dessa norma é evidente que ocorreu atecnia legislativa, que levou a aprovação de apenas seis dispositivos dos doze apresentados no texto original do Projeto de Lei n. 7.376 de 2006 e, mesmo assim, com um legado de disparidades ao intérprete e ao aplicador da norma.

Ao analisar o artigo 6º da Lei de alimentos gravídicos tem-se um dos dispositivos mais polêmicos da norma, visto que determina que os alimentos sejam concedidos com base em indícios, o que de fato implica em uma contradição, se considerarmos que o Código de Processo Penal (art. 239) define como indícios, circunstâncias conhecidas e comprovadas que tenham relação com fato que autorize por indução a existência de outras circunstâncias, isto é

a partir de algo conhecido se pressupõe algo desconhecido¹⁴.

Percebe-se então, que a condenação à obrigação alimentar fundada na lei de alimentos gravídicos não toma por base fato certo e inquestionável, mas probabilidade e, isto gera indubitavelmente dois problemas. O primeiro quanto à possibilidade da ação de alimentos ao final ser julgada improcedente e o segundo é quanto à repetição de indébito no caso de improcedência.

Doutrina majoritária entende que os alimentos percebidos são irrestituíveis, mesmo diante de provimento jurisdicional que entenda pela improcedência da pretensão do alimentado ou que entenda que eles foram indevidamente pagos, o que é bastante estranho ao considerar-se que a teoria geral das obrigações de forma expressa estabelece como princípio geral a repetição de indébito.

Contudo, em razão dos alimentos terem por fim a subsistência da pessoa humana, caracterizada está a não repetição, posto isso e, com o veto dado ao artigo 10 da Lei de Alimentos Gravídicos que consagrava a responsabilidade objetiva do autor da ação, caso essa venha a ser julgada improcedente, se terá a idéia errônea que o réu não poderá ser compensado, isto é indenizado por todo o constrangimento sofrido.

Todavia há previsão da indenização do suposto pai em casos de improcedência da ação de alimentos, confirmada a inexistência de vínculo de paternidade entre o nascituro e o réu, mediante respaldo em três acanhadas teorias que ganham cada vez maior espaço na doutrina. A primeira é a da responsabilidade subjetiva da genitora, a segunda é a da relativização da repetição de indébito e a terceira é a da ação *in rem verso*.

O veto dado à responsabilidade objetiva, induz ao intérprete da norma cogitar que em casos de culpa será possível responsabilizar a autora, isto é, a genitora pela propositura da demanda alimentícia temerária.

¹⁴SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 17.

De acordo com a lei, mais precisamente nos artigos 186, 187 e 927 do Código de Processo Civil, que traz em seu bojo cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva, basta se comprovar a negligência ou a imprudência da autora para se configurar a culpa, quem dirá na hipótese em que se constatar a vontade de se causar dano ao réu, ou seja, hipótese em que se constatar abuso de direito, ou comprovação do dolo na interposição da demanda. Em tais circunstâncias, seja comprovado o dolo ou a culpa, apura-se a responsabilidade da genitora.

Corrente doutrinária não pacificada entende que se poderia responsabilizar a genitora por litigância de má-fé, ou seja, conforme orientação do doutrinador Roberto Arruda, seria falta de senso lógico e ofensa ao princípio da justiça, esculpido nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, não concluir que, uma vez comprovada a má-fé, os alimentos continuassem como não repetíveis, haja vista principalmente o fato que: “Não fora assim, estaria ele se locupletando com a má-fé”¹⁵.

Conclui-se, assim, que uma vez demonstrada a culpa, dolo ou litigância de má-fé da genitora poder-se-ia dizer que a lide de alimentos se transformaria em temerária, o que permitiria a responsabilização daquela tanto por danos materiais causados ao suposto pai do nascituro quanto por danos morais, em função de evidente lesão aos direitos e garantias daquele.

Outro ponto relevante que precisa ser mencionado é que com base no artigo 18, parágrafo 1º do Código de Processo Civil se ficar demonstrado que o pai verdadeiro pactuou para com a lide temerária a fim de lesar o réu, ambos responsáveis serão condenados na proporção que influíram para a causa.

Quanto à relativização da repetição de indébito, antes de qualquer coisa, é importante definir, em linhas gerais, indébito como tudo aquilo que foi pago indevidamente a alguém,

¹⁵ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1986, p. 101.

nos termos do artigo 876 do Código Civil. De maneira que todo aquele que recebeu a prestação indevida é obrigado a restituir.

Como sabido, os alimentos, em regra, são irrepetíveis, pois garantem a vida e a dignidade daquele para quem são prestados, isto configura o que o Prof. Carlos Roberto Gonçalves denomina de matéria de ordem pública impossível de ser afastada.

Em função disso, em uma rápida análise chegaríamos à conclusão de que se alimentos em gênero são irrepetíveis, logo os gravídicos também o seriam, mas isto não seria correto, pois a regra que traz a irrepetibilidade dos alimentos foi criada com base na Lei n° 5.478, de 25 de julho de 1968, que de modo contrário ao da Lei n° 11.804 de 2008, impõe juízo de certeza, ou seja, que se comprove o parentesco entre o alimentante e o alimentado, o que ora não se exige na lei de alimentos gravídicos.

Portanto, é possível que o legislador suprima o direito constitucional da dignidade e da ancestralidade do réu, condenando-o a prestar alimentos baseado em meros indícios, em prol do direito à vida do nascituro, entretanto, com base no princípio da vedação ao retrocesso, não seria razoável cogitar na hipótese de inexistência de vínculo parental, a impossibilidade de se perceber o indébito.

Logo, sob ótica dos alimentos gravídicos, em que o juiz condena com base em indícios, seria possível tornar flexível a regra da não repetição oriunda dos alimentos comuns (Lei n. 5.478, de 1968).

Na doutrina de vanguarda o Prof. Carlos Roberto Gonçalves ¹⁶defende a tese da flexibilização da irrepetibilidade dos alimentos, dispondo, inclusive, que não se trata de regra absoluta, pois pode sofrer limites em caso de dolo e erro no pagamento de alimentos: “[...] porque, em ambas as hipóteses, envolve um enriquecimento sem causa por parte do alimentado, que não se justifica” porque não se pode entender a irrepetibilidade como algo

¹⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

pétreo no sistema jurídico, e sim como algo que deve ser analisado caso a caso a fim de ser evitado o cometimento de injustiças.

Registre-se ainda a posição do magistério doutrinário de Aroldo Wald¹⁷ que admite a restituição dos alimentos em casos em que se demonstre que: “cabia a terceiro a obrigação alimentar, pois o alimentado utilizando-se dos alimentos não teve nenhum enriquecimento ilícito”. A restituição do indébito, nesse caso, seria buscada exclusivamente em face de terceiros, ou seja, o verdadeiro pai da criança ou, no caso de alimentos gravídicos a própria genitora, essa tese encontra amparo na jurisprudência do STJ¹⁸, que negou ao marido restituição do que pagou a título de alimentos a filha adulterina.

Em suma, seria possível a repetição de indébito nas ações de alimentos gravídicos, visto que o réu é condenado à prestação alimentícia baseado em meros indícios o que possibilita o cometimento de erros, assim, não se poderia cogitar a irrepetibilidade como regra absoluta, sob pena de se cometer injustiças e atentar contra o princípio norteador das decisões judiciais que é a razoabilidade, bem como implicaria em afronta à justiça entender em sentido diverso.

Apurado o dolo do verdadeiro pai do nascituro, seria possível ao réu da ação de alimentos gravídicos, ainda, manejar a ação *in rem verso*, pois estaríamos diante do que o doutrinador Flavio Monteiro de Barros¹⁹ chama de: “locupletamento inverso”, considerando que se beneficia indiretamente pela prestação paga indevidamente pelo suposto pai da criança.

Assim, caso o pai verdadeiro tivesse conhecimento de que o concepturo fosse na verdade seu filho e, mesmo assim, permitisse de maneira ardilosa, por meio de conduta omissiva, que um terceiro inocente cumprisse a obrigação em seu lugar, poderia ser responsabilizado.

¹⁷WALD, Aroldo. *Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 146.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 412684/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento 20 ago. 2002. DJ de 25 nov. 2002, p. 240.

¹⁹BARROS, Flavio Monteiro de. Alimentos Gravídicos. Disponível em: <<http://www.cursofmb.com.br>> Acesso em: 15 mar. 2013.

Contudo, a melhor doutrina a ser aplicada no caso de alimentos gravídicos seria a do ilustre doutrinador Silvio Venosa que ao conceituar a ação *in rem verso* entende que esta deve ser aplicada mesmo nos casos em que não se apure o dolo baseando-se no enriquecimento ilícito, disposto no artigo 804 do Código Civil, pois não seria justo beneficiar-se economicamente uma parte em detrimento da outra.

As duas únicas ressalvas que se faz a ação *in rem verso*, ou melhor, de enriquecimento ilícito é que essa só poderia ser interposta em face do verdadeiro pai do nascituro, uma vez que em regra esse seria o único devedor da obrigação de alimentos, a outra, tem relação à natureza subsidiária desta ação, considerando que o próprio artigo 804 do Código Civil afirma que o manejo desta ação só será possível se não se puderem ajuizar outras ações, visto que ela é o último recurso para aquele que foi injustamente condenado na ação de prestação de alimentos gravídicos.

Contudo, vale ressaltar que a ação de enriquecimento ilícito só poderá ser proposta em até três anos, a partir do momento do conhecimento do fato, podendo abranger como causa de pedir apenas as prestações pagas a título de alimentos, porque decorrido esse prazo, ocorre a prescrição tanto da ação indenizatória quanto da ação de repetição de indébito.

4. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS CONTRA ASCENDENTES PATERNOS

A Lei n. 11.804 de 2008 afirma que no pólo passivo da Ação de Alimentos Gravídicos está o suposto pai do nascituro²⁰, porque foi apontado como responsável pela paternidade da criança, em razão dos indícios de paternidade. No entanto, a Lei é omissa em relação à extensão dessa presunção quanto a outros parentes.

Por outro lado, a doutrina aponta como solução a necessidade de se realizar sobreposição do Código Civil com a Lei de Alimentos Gravídicos a fim de se obter a

²⁰BRASIL. Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 nov. 2008.

ampliação do rol de devedores de alimentos utilizando-se para tanto dos artigos 1.696 ao 1.698²¹ do Código Civil, bem como do artigo 11 da Lei de Alimentos Gravídicos²² para se levar os avós, por exemplo, ao pólo passivo da demanda.

Ainda o Prof. Carlos Roberto Gonçalves, em lúcido magistério doutrinário, esclarece o seguinte: “A ação deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avós”²³, porque a obrigação dos ascendentes paternos de pagarem a pensão para os netos nasce apenas quando comprovadamente os genitores não tiverem possibilidades de arcar com essa responsabilidade.

Ainda que a lei de Alimentos Gravídicos seja omissa, não poderá o juiz se esquivar de dizer o direito no caso concreto, ou seja, deverá, nesses casos, decidir de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito²⁴.

Todavia, o magistrado deve ter cuidado maior ao condenar um suposto ascendente do nascituro, haja vista que a ação de alimentos gravídicos é de cognição sumária, conquanto abalizada em rastro probatório mínimo, pois bastam indícios da paternidade para sua concessão.

Em autorizado magistério Douglas Phillips Freitas discorre, inclusive sobre o seguinte aspecto: “Os avós, salvo casos muito específicos sequer poderão argumentar se o filho conhece ou não a autora, quanto mais [...] se as circunstâncias narradas na exordial são verdadeiras [...]”²⁵. Diante disso, é notável que existe um amplo prejuízo probatório a esses ascendentes demandados.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a obrigação dos avós de

²¹BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

²²BRASIL. Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 nov. 2008.

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 492.

²⁴BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez 2010. .

²⁵FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: comentários à Lei nº 11.804/2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 82.

prestar alimentos é sucessiva e complementa a dos genitores a fim de sustentar os netos²⁶.

Sendo assim, apesar da possibilidade de se ampliar o pólo passivo da demanda para alcançar os avós por força da analogia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que essa abrangência não possa abarcar tanto tio quanto sobrinhos²⁷.

Por fim, após análise dos alimentos avoengos tradicionais, conclui-se a existência da obrigação alimentar gravídica avoenga com a mesma peculiaridade subsidiária ou complementar, em consequência da comprovação da incapacidade financeira dos genitores para prover o sustento dos filhos ou que estejam esgotadas as possibilidades de prestação alimentar pelo pai, defronte premente necessidade do nascituro aos alimentos.

5. DO ÔNUS PROBATÓRIO

Embora o art. 1.597 e seguintes do Código Civil indiquem casos em que seja possível presumir a paternidade cumpre à genitora esse ônus, até mesmo porque o suposto pai não pode alegar como matéria defensiva pedido de exame de DNA, uma vez que foi excluída essa possibilidade no projeto de lei promulgado. Em função disso, a genitora é quem deve apresentar "indícios de paternidade", seja se utilizando de fotos, testemunhas, cartas, e-mails²⁸, visto que não existe a previsão de inversão do ônus probatório ao pai.

Muito embora a concessão de alimentos gravídicos não dependa de juízo de certeza por parte do magistrado, a análise probatória deve se dar de maneira profunda, para que esses requisitos sejam verificados de modo contundente: "forma prudente e responsável, porque por meios de prova indiciária, presunções, a Lei possibilita até a imposição de prejuízos

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1010387/SC, Rel. Min. Vasco Della Giustina. 23 jun. 2009.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1032846/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi. 18 dez. 2008.

²⁸RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0054853-08.2010.8.19.0000. Rel. Des. Ricardo Couto de Castro. 19 abr. 2011.

irreparáveis para uma pessoa, seja sob o plano moral, seja pelo material ou econômico²⁹”.

Aplica-se, com isso, o disposto no art. 333, inciso I, do Código Civil de maneira que o ônus probatório em relação ao fato constitutivo de direito pertença ao autor. No entanto, mesmo que o demandado não possa requerer o exame de DNA, pode se defender produzindo algumas provas tais quais, ter realizado vasectomia, ou comprovar esterilidade, ou impotência sexual.

Enfim, na demanda por alimentos gravídicos será necessário apenas reunir indícios de paternidade que serão comprovados da melhor forma possível a fim de que seja estabelecido o pensionamento ao nascituro.

6. DA CONVERSÃO, REVISÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

De acordo com o previsto no parágrafo único do artigo 6º da Lei dos Alimentos Gravídicos, uma vez que o nascituro nasça com vida se converte os alimentos em pensão alimentícia para o menor³⁰, até que uma das partes peça revisão.

O pedido de revisão deve ser cumulado com o pedido de realização de exame de DNA, para dar fim ao juízo superficial que concedeu alimentos à gestante embasado em certeza provisória de paternidade. Sendo certo que, se o exame apresentar resultado negativo de paternidade, de acordo com a doutrina majoritária, não será possível, considerando a natureza irrepitível de a obrigação alimentar, ressarcimento dos valores pagos, entretanto a demanda será extinta com resolução de mérito³¹.

Sendo possível devolução de valores pela comprovação de “falsa paternidade”, conforme entendimento ora exposto, caso fique constada culpa da gestante ou até mesmo de

²⁹FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Dos Alimentos Gravídicos – Lei n.11.804/2008*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009, p. 13.

³⁰RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Sétima Câmara Cível. Apelação n. 0002591-42.2010.8.19.0207. Rel. Des. Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. 23 mar. 2011.

³¹RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Décima Terceira Câmara Cível. Apelação n. 0000243-66.2009.8.19.0084. Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. 05 out. 2012.

terceiros.

Reconhecida ou não a paternidade, haja vista que o modo de análise e fixação do *quantum* da pensão de alimentos e dos alimentos gravídicos é implementado pelo magistrado de forma diferenciada, se ficar demonstrado que esses não são suficientes ou demasiados, haverá possibilidade de se realizar a revisão dos alimentos na forma e condições estabelecidas no artigo 1.699 do Código Civil de 2002³².

Esse pedido revisional pode, em relação ao *quatum* devido³³, ser feito durante o período gestacional a fim de se recuperar o equilíbrio entre credor e devedor de alimentos, mas dificilmente, considerando a morosidade processual, o pedido será apreciado antes do nascimento da criança.

Autorizado magistério de Douglas Phillips Freitas aclara que para fixação do *quantum* dos Alimentos Gravídicos se deve levar em conta o seguinte: “ todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos”³⁴.

Porém, a revisão de alimentos só poderá ser concedida após a citação e, em função de se revestirem os alimentos do caráter de irrepetibilidade³⁵, não se poderá devolver os valores pagos a maior.

Dessa feita é importante que o magistrado atento para a complexidade do tema abordado, seja ponderado na fixação de alimentos para evitar possível exagero na concessão de alimentos a uma parte em detrimento da outra.

A demanda por Alimentos Gravídicos pode ser extinta de pleno direito e automaticamente caso haja interrupção da gravidez em razão de aborto ou também no caso de

³²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, 11 jan. 2002.

³³RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0010107.21.2011.8.19.0000. Rel. Des. Odete Knaack de Souza. 28 jun. 2011.

³⁴FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos Gravídicos e a Lei nº 11.804/2008. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009, p. 19.

³⁵DIAS, Maria Berenice. Alimentos: desde e até quando? Disponível em: < www.mariaberenice.com.br> Acesso em: 15 set. 2009.

comprovação de paternidade negativa, realizada, após nascimento da criança, por meio de exame pericial de DNA, muito embora, excepcionalmente haja ressalva às despesas para restabelecer a saúde da gestante.

Caso a genitora não busque reembolso das despesas resultantes da gravidez, uma vez que o nascituro haja nascido, carecerá de interesse de agir no ajuizamento de ação de Alimentos Gravídicos e, conseqüentemente será decretada a extinção do processo sem resolução do mérito³⁶ por ausência de condição de ação, restando a essa mulher unicamente ajuizar ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos para ver reconhecido seu direito a alimentos.

Por conta disso, não poderá a ex-gestante obter reembolso por meio da demanda de Alimentos Gravídicos, mesmo que a criança tenha nascido durante o curso da demanda³⁷, nem muito menos a transformação dessa ação em demanda por alimentos invocado o princípio da economia processual, pois o nascimento da criança provoca a falta de condição de ação.

Ademais, a própria Lei de Alimentos Gravídicos no artigo 6º indica que com o nascimento da criança o benefício que era da mãe³⁸ irá para criança, conclui-se, assim, que o nascimento da criança pode ser considerado causa de perda superveniente de interesse de agir, o que com todo respeito seria errôneo, visto que o que se perdeu, na verdade, foi a legitimidade da gestante para interposição da demanda de Alimentos Gravídicos.

Com o nascimento da criança, alguns magistrados, de ofício, convertem a ação de alimentos gravídicos em demanda de investigação de paternidade, com base na economia processual. Porém, de acordo com a jurisprudência³⁹ essa não seria a melhor postura, visto

³⁶SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC. Sexta Câmara de Direito Cível. Apelação Cível n. 20110329887. Rel. Des. Ronei Danielle. 11 mai. 2011.

³⁷RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035118975. Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga. 13 abr. 2011.

³⁸RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Sétima Câmara Cível. Apelação n. 0002591-42.2010.8.19.0207. Rel. Des. Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. 23 mar. 2011.

³⁹SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC. Sétima Câmara de Direito Cível. Agravo de Instrumento n. 2010.0179818. Rel. Des. Jaime Luiz Vicari. 30 jun. 2011.

que o nascimento do menor provoca a extinção da ação de alimentos gravídicos por ausência de condição da ação.

Por outro lado, a jurisprudência pátria admite em casos que a criança nasça no curso da demanda por alimentos gravídicos a emenda da inicial para, sobretudo indenizar a gestante com as despesas resultantes da gravidez, mas isso só será possível supondo não tenha havido a citação, ou seja, o aperfeiçoamento da relação processual com a triangularização do processo.

Nessa esteira, a demanda por alimentos gravídicos pode apresentar três fins possíveis. O primeiro seria o encerramento sem julgamento do mérito, se ajuizada após o nascimento da criança. O segundo, a extinção do feito com julgamento meritório pela procedência, uma vez comprovados indícios de paternidade. E o derradeiro seria improcedência por falta de produção de provas.

CONCLUSÃO

O advento da Lei nº 11.804, de 2008 com o instituto de Alimentos Gravídicos teve sua recepção no ordenamento jurídico em meio a acalorada discussão entre doutrinadores. Muito embora não seja pequena a celeuma, inegável que a Lei disponibiliza ferramentas de indiscutível importância. Evidente também que, embora seja uma norma relativamente nova, disciplina proveitoso assunto no contexto jurídico-social.

Evidente que esse assunto jamais haja integrado tema pacificado pela doutrina, o que quase sempre vinha a ensejar injustiça, uma vez que não há também jurisprudência uniforme que vincule a aplicação dos dispositivos. Posto isso, o magistrado concedia alimentos na gravidez da mulher se provado nos autos de forma inquestionável sua hipossuficiência ou, geralmente quando essa apresentasse laudos médicos que retratassem problemas de saúde ou

houvesse parecer médico sobre risco do feto vir a ter problemas de desenvolvimento.

Todavia, essa postura do magistrado já não mais se coaduna com o paradigma de uma plena democracia erigida nos ditames da Magna Carta, que após intensa luta, hoje consagra entres seus princípios a igualdade pela responsabilidade solidária entre pais e filhos, filhos e pais, pai e mãe, marido e mulher.

Em face disso, o perfil das famílias mudou, aquele sistema antigo, de tradição patriarcal, radical, sofreu mutações e porque não dizer, caiu em desuso. Pode se dizer que a paternidade responsável não é apenas um instituto isolado, mas um instituto de peso no atual modelo de família previsto além dos ditames da Constituição alcançando a realidade que é retratada no desempenho de papéis sociais.

Não se pode admitir que o Direito tarde a se adequar a essa realidade, visto que ele deve ser aplicado à generalidade de fatos, porquanto é o fruto dos anseios de toda sociedade. Logo, o legislador, numa visão prospectiva, criou a Lei de Alimentos Gravídicos que, em absoluto, não instituiu algo novo, mas veio pacificar uma situação que merecia proteção e disponibilizar instrumentos legais para atender as reais necessidades sociais.

Sendo essa uma Lei que protege exclusivamente os direitos do feto e por meio de sua mãe resguarda os direitos daquele que vem a nascer enquanto desenvolve sua formação física e mental. Ela estabelece algumas obrigações presentes e futuras ao genitor. Além disso, a lei traz em seu bojo celeridade, garantias e busca suprir, amenizar ou, porque não ousar, suprimir toda e qualquer injustiça, disponibilizando as ferramentas legais ao magistrado para agir mesmo que sem suporte probatório sumário a fim de garantir o direito à vida do nascituro.

Indubitável que a Lei de Alimentos Gravídicos, ao ponderar interesses, é extremamente dura com a figura do provável genitor, ao condená-lo a pagar alimentos baseado unicamente em um juízo superficial. Contudo, o ordenamento jurídico dá suporte para que esse provável pai, uma vez que a criança haja nascido, comprovada a má-fé da

genitora ou de terceiro, tenha direito de se ver ressarcido pelo prejuízo suportado, bem como pelo dano moral que por ventura tenha sido vítima.

REFERÊNCIAS

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

ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1986.

BARROS, Flavio Monteiro de. Alimentos Gravídicos. Disponível em: < <http://www.cursofmb.com.br>> Acesso em: 15 mar. 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 2. ed. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1905.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 dez. 1973.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 nov. 2008.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 412684/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 20 ago. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1032846/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi. 18 dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1010387/SC, Rel. Min. Vasco Della Giustina. 23 jun. 2009.

CAHALI, Yussefi Said. *Dos Alimentos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e aumentada. Niterói: Impetus, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*. v. 18, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

_____. *Alimentos gravídicos?* Disponível em: < <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. >. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. *Alimentos para a vida*. Disponível em: < <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>.>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. *Padecer no Paraíso*. Disponível em: < <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. >. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. Alimentos: desde e até quando? Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. *O direito a um pai*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3764, 21out. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25554>>. Acesso em: 21 out. 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. rev. aument., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Dos Alimentos Gravídicos – Lei n. 11.804/2008*. REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre : Síntese, v. 9, n. 51, p. 13, jan./fev. 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: comentários à Lei n. 11.804/2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Alimentos Gravídicos e a Lei nº 11.804/2008. REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre : Síntese, v. 9, n. 51, p. 19, jan./fev. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas*. Revista do Advogado, n. 101, p. 29-36, dez. 2008.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

_____. *Direito civil brasileiro*. v. VI, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Tendências Constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REVISTA DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Brasília: Conselho da Justiça Federal. Ano XIII, n.º 44, p. 65-67, jan./mar. 2009.

REVISTA JURÍDICA: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez, v. 56, n. 374, p. 67-82, dez. 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Sétima Câmara Cível. Apelação n. 0002591-42.2010.8.19.0207. Rel. Des. Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. 23 mar. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0054853-08.2010.8.19.0000. Rel. Des. Ricardo Couto de Castro. 19 abr. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0010107.21.2011.8.19.0000. Rel. Des. Odete Knaack de Souza. 28 jun. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do RJ. Décima Terceira Câmara Cível. Apelação n. 0000243-66.2009.8.19.0084. Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. 05 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes n. 587036567. Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva. 28 out 1988.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035118975. Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga. 13 abr. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC. Sexta Câmara de Direito Cível. Apelação Cível n. 20110329887. Rel. Des. Ronei Danielle. 11 mai. 2011.

SANTA CATARIANA. Tribunal de Justiça de SC. Sétima Câmara de Direito Cível. Agravo de Instrumento n. 2010.0179818. Rel. Des. Jaime Luiz Vicari. 30 jun. 2011.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

WALD, Arnaldo. *Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.