



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos relevantes sobre os alimentos gravídicos

Cyntia Campos Giro

Rio de Janeiro
2010

CYNTIA CAMPOS GIRO

Aspectos relevantes sobre os alimentos gravídicos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

RIO DE JANEIRO
2010

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Cyntia Campos Giro

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.
Advogada.

Resumo: a Constituição coloca a salvo a inviolabilidade do direito à vida, na qual se inclui a vida intra-uterina no artigo 5º, caput. A Lei 11804/2008 veio suprir o silêncio do legislador que dificultava a concessão de alimentos ao nascituro. A essência do trabalho é analisar os aspectos relevantes da Lei 11.804/2008, alinhando-se, ainda, o momento da aquisição da personalidade jurídica pela pessoa natural no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos; Direito Civil; Tutela dos direitos do nascituro.

Sumário: Introdução; 1. Teorias acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica pela pessoa natural; 1.1. Titularidade dos alimentos gravídicos; 2. Aspectos de índole material da Lei 11.804/2008; 2.1. Alimentos avoengos; 2.2. Pagamento indevido; 3. Aspectos processuais da Lei 11.804/2008; 3.1. Conversão em pensão alimentícia; 3.2. Legitimidade do Ministério Público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho se dedicará ao estudo dos alimentos gravídicos, vale dizer, modalidade de alimentos introduzida no ordenamento pela Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que concede à gestante o direito de buscar alimentos do suposto pai durante a gravidez.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão necessária sobre a possibilidade de tutela dos direitos do nascituro, com análise das teorias acerca do início da personalidade jurídica da pessoa natural.

O cerne do trabalho consiste em, examinadas a três correntes fundamentais identificadas na doutrina brasileira acerca do início da personalidade jurídica da pessoa natural, verificar a possibilidade de o nascituro figurar como titular do direito a alimentos em face de seu genitor, considerando a interpretação do art. 2º do Código Civil, confrontando-o com a Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, que disciplina os alimentos gravídicos.

Vale destacar que a novel legislação veio suprir o silêncio do legislador que sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro, não obstante a inviolabilidade do direito à vida, na qual se inclui a vida intra-uterina prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Necessário será também analisar os aspectos de índole material e processual abordados na Lei de Alimentos Gravídicos. Ademais, será demonstrado como os tribunais de justiça estaduais estão trabalhando com essas questões.

Esse trabalho se dividirá em três seções, abordando-se no primeiro as teorias acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica pela pessoa natural, com ênfase no nascituro. Na segunda seção, será feita a análise dos aspectos materiais da lei, tendo como principal alvo as questões dos alimentos avoengos e do pagamento indevido. Por fim, serão debatidos os aspectos processuais da Lei 11.804/2008.

1. TEORIAS ACERCA DO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA PESSOA NATURAL

O significado etimológico da palavra nascituro é o que está por nascer. Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que tem vida intra-uterina. (DINIZ, 1998).

O Código Civil atual estabelece no artigo 2º que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. A idéia que resulta de uma primeira leitura do referido dispositivo é que marco inicial da personalidade é o nascimento com vida, embora nosso ordenamento resguarde os direitos do nascituro desde a concepção.

Não obstante, em uma análise mais detida, surgem diversas dúvidas acerca de sua interpretação. Ao nascituro são reservados direitos, isso é fato, mas se ele é sujeito de direito, como o código estabelece que sua personalidade começa apenas depois do nascimento com vida? Como conferir direitos a quem não possui personalidade?

Em virtude disso, a doutrina pátria se divide em três correntes acerca do início da personalidade da pessoa natural, sendo elas a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e Teoria da Personalidade Condicional.

Para a doutrina da escola natalista, somente é dotada de personalidade a pessoa que nasce com vida. O nascituro é mera expectativa de pessoa com meras expectativas de direitos, sendo somente considerado existente para aquilo que a ele é juridicamente proveitoso. Os natalistas sustentam que se ele fosse pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente e o Código Civil não teria declinado um por um os seus direitos. Os direitos destinados ao nascituro são, portanto, taxativos.

A doutrina concepcionista defende a tese de que a personalidade começa da concepção sem qualquer condição e, somente os direitos de cunho patrimoniais dependem do nascimento com vida.

A doutrina da personalidade condicional reconhece a personalidade desde a concepção, mas sob a condição de nascer com vida.

Percebe-se que, a controvérsia doutrinária referente à natureza jurídica do nascituro tem como base de discussão somente o Código Civil, porquanto o preceito que disciplina a matéria apresenta-se de forma dúbia.

Por outro prisma, a discussão sobre o modo pelo qual, no plano dogmático, se justificará a atribuição de direitos a alguém que, pela redação legal, ainda não tem personalidade, fica um pouco esvaziada, na medida em que não se poderá desprezar, de forma alguma, que se cuida de direitos, e não de qualquer outra forma jurídica.

Em outras palavras, o nascituro, no ordenamento jurídico brasileiro, tem direitos, seja qual for a explicação dogmática, conquanto ainda não haja adquirido personalidade jurídica. Assim, entende-se que o nascituro já é titular de todo e qualquer direito que lhe seja compatível, e não apenas os indicados em disposições específicas.

É importante registrar que os tribunais vêm assegurando ao nascituro direitos oriundos de situações existenciais, como direito à indenização pela morte do pai (REsp 931556/RS do Superior Tribunal de Justiça). Já se assegurou também o direito de reconhecimento de filiação (Apelação Cível 1999.001.01187 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Por conseguinte, vê-se que cada vez mais há decisões no sentido de se concederem direitos ao nascituro, não obstante, pela interpretação estrita do art. 2º do Código Civil, ainda não seja reconhecido como pessoa para efeitos civis, na medida em que não detém personalidade jurídica, que somente se adquire com o nascimento com vida.

Decerto, em uma ordem jurídica escorada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, I, da CRFB/88), a concepção de personalidade jurídica não pode se ater a afirmação de que se trata da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações revela-se simplista e

anacrônica. O referido instituto, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, é tomado de um valor ético, apto a atribuir a todo ser vivo o reconhecimento de direitos necessários a tornar verdadeiramente digna a existência humana.

Destarte, a doutrina de vanguarda reconhece aos nascituros a titularidade imediata dos direitos de personalidade (como direito à vida, o direito à proteção pré-natal.), com vistas à salvaguarda de sua dignidade. Reconhece-lhes, também, direitos patrimoniais condicionados ao nascimento com vida, como receber doação, ser beneficiado por legado e herança, inclusive com a personalidade de ser-lhe nomeado curador para defesa dos seus interesses.

De toda sorte, afirmava-se que o nascituro já tinha o direito a alimentos para preservação de sua vida, inobstante a personalidade jurídica ter início no nascimento com vida, já que o art. 2º do Código Civil põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção; o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre as políticas sociais públicas que devem permitir o nascimento com vida e as condições dignas de sua existência, e o artigo 5º, caput da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, na qual se inclui a vida intra-uterina (BERTI, 2008).

Como se não bastasse, também era invocado o art. 130 do Código Civil, que garante ao titular de direito eventual – e o nascituro está entre eles, como visto – o exercício dos atos destinados à sua conservação. Entre os atos de conservação, certamente está o direito aos alimentos, sem os quais o desenvolvimento do feto pode ficar comprometido, assim como podem se comprometer todos os seus direitos que aguardam o nascimento com vida para ter eficácia.

A Lei 11.804, de 04/11/2008, surge, então, objetivando assegurar a efetividade desse direito à vida, ou de nascer em condições mínimas de sobrevivência digna, disciplinando a prestação dos chamados alimentos gravídicos, apesar de toda a interpretação do ordenamento já apontar nesse sentido.

1.1 TITULARIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

O cabimento do ajuizamento da ação de alimentos por parte do nascituro tem esbarrado na problemática acerca do início de sua personalidade. A redação do art. 1º da Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, estabelece: “esta lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

Note-se que o titular do direito de alimentos, pela redação do dispositivo, seria a mulher gestante. Isso porque é a ela que a lei expressamente se refere, além do que tal prestação tem caráter patrimonial e, assim sendo, somente quem tem personalidade jurídica pode titularizar tais direitos. O nascituro somente seria o titular dos alimentos após seu nascimento com vida, quando, então, lhe seria dada a legitimidade de pleitear a revisão, com fulcro no parágrafo único do art. 6º da lei em estudo.

Os defensores de que os alimentos destinam-se à gestante baseiam-se ainda na redação do *caput* do art. 2º da Lei 11.804/2008, a qual determina que os alimentos gravídicos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Com efeito, o direito brasileiro, mediante exegese dos arts. 2º do CC, 1º e 2º da Lei 11.804/2008, teria se vinculado à teoria natalista, consoante a qual a personalidade é adquirida tão somente a partir do nascimento com vida, assegurando-se ao nascituro apenas expectativa de

direito. Contudo, a previsão legal tem sido criticada ao atribuir os alimentos à mulher grávida, e não ao nascituro.

Antes do advento da Lei 11.804, a dificuldade gerada pela comprovação do vínculo de parentesco não era óbice para a jurisprudência que já admitia a fixação de alimentos, inclusive provisórios, em favor dos nascituros, para garantir-lhe um desenvolvimento sadio e completo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de reconhecer, em casos ímpares, a obrigação alimentar antes do nascimento, garantindo, assim, os direitos do nascituro e da gestante, consagrando a teoria concepcionista do Código Civil e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, havia entendimento no sentido de que, evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, era cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes (Agravo de Instrumento 70017520479 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

O Tribunal em questão já se posicionou no sentido de que as despesas pré-natais com o nascituro podem sustentar a fixação de alimentos provisórios, conforme AI nº 596067629.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendia que eram legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante (Processo nº. 1.0024.04.377309-2/001).

Nessa ótica, seria até mesmo desnecessária a edição da Lei 11.804/2008. O direito do nascituro aos alimentos já era reconhecido, embora a referida lei contenha outros aspectos que, vistos a seu tempo, revelam-se convenientes.

Com a novel legislação, a doutrina entende que o titular desses alimentos é o nascituro, e não a mulher. Justificam-se os alimentos ao nascituro, porque é titular do direito à vida, à dignidade e, para sua preservação, faz-se necessário alimentos.

Registre-se que se trata de alimentos indispensáveis à própria manutenção do saudável estado de gravidez da mulher, sem o qual o feto estaria inviabilizado de se tornar pessoa.

Nesse diapasão, complementando o preceito do caput do art. 227 da Constituição da Republica, o qual dispõe ser dever da família, da sociedade e do estado, entre outros ali elencados, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, e ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, os arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) contemplam norma protetiva dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Ademais, o Pacto de San Jose de Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992, estabelece que o direito à vida deverá ser protegido por lei e, em geral, a partir da concepção. É sabido, ainda, que o direito a alimentos, além do aspecto patrimonial, tem nítido caráter de direito da personalidade do credor, pois tem por razão de ser a manutenção de sua incolumidade física e psíquica, como meios de garantir a efetividade do principio e valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Visando reforçar o posicionamento de que os alimentos destinam-se ao nascituro, utiliza-se como fundamento o parágrafo único, do art. 2º da nova lei, o qual versa que os alimentos de que trata esse artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Percebe-se que a gestante também deve contribuir, porquanto se refere a uma "paternidade" responsável, analisando o binômio necessidade-possibilidade. Com isso, utilizando o mesmo artifício dos argumentadores contrários de interpretarem a lei numa visão positivista, para que afirmar que a gestante também deverá contribuir com os alimentos se estes lhe forem

destinados? Vislumbra-se, portanto, que tais alimentos destinam-se ao nascituro (SANTOS, 2010).

O parágrafo único do art. 6º da Lei 11804 o qual dispõe que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, também é apontado para fundamentar o equívoco do legislador. Vale dizer, com o nascimento com vida, os alimentos gravídicos automaticamente convertem-se em pensão alimentícia, agora diretamente direcionada ao neonato. Portanto, seguindo essa linha de pensamento, os alimentos gravídicos são devidos ao nascituro, e não à mulher, que tem direito autônomo de pleiteá-los por direito próprio, porquanto é titular do direito à vida e, para sua preservação, faz-se necessário alimento pela necessidade.

Além do mais, na prática isso ocorrerá, em especial, na hipótese de a mãe do concebido não ser cônjuge nem companheira do alimentante, sendo o nascituro o único que, em tese, teria algum vínculo familiar com o futuro pai.

A jurisprudência, de outro lado, ainda não está pacificada. Por um lado, entende-se que, havendo indícios da paternidade, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia (Agravo de Instrumento Nº 70 028 804 847 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Por outro lado, a jurisprudência entende que há diferença entre alimentos gravídicos e alimentos em favor da prole. Compreende que a lei 11.804, de 05/11/2008, disciplinou o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como ele será exercido. O artigo 2º da referida lei estabelece que “os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto” (Agravo de Instrumento nº 70034460113, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

2. ASPECTOS DE ÍNDOLE MATERIAL DA LEI 11.804/2008

2.1 ALIMENTOS AVOENGOS

A lei dos alimentos gravídicos, na visão da doutrina, apesar das imprecisões, dúvidas e equívocos, vem referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez mais forte, busca resgatar a responsabilidade paterna (DIAS, 2008).

Conforme se vislumbra na redação do artigo 2º, que traz mera enumeração exemplificativa, os valores dos alimentos gravídicos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, sem embargo das despesas que o juiz considerar pertinente.

Nos termos do parágrafo único, do art. 2º, os alimentos seriam custeados pelo futuro pai. A dúvida que surge consiste em saber se poderão os avós ser chamados a custear suplementarmente os alimentos devidos ao nascituro. A nova lei nada dispõe sobre esse

particular, entretanto a legislação especial não afasta a aplicabilidade do Código Civil supletivamente, como expressamente dispõe o art. 11.

Logo, é perfeitamente aplicável o art. 1698 do Código Civil, o qual determina que, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Com efeito, se o credor dos alimentos gravídicos demonstrar a incapacidade financeira do pai, nos avós recairá a obrigação e, na falta ou impedimento desses, os parentes até o segundo grau.

Note-se que a responsabilidade dos parentes exterioriza o princípio da solidariedade, e será subsidiária, pois serão convocados apenas se o devedor primitivo (no caso o pai) não tiver condição de suportar a obrigação. Cabe aos avós apenas suplementar a pensão devida pelos filhos ao neto, subsidiariamente.

Convém destacar que a jurisprudência já se pronunciou nesse sentido, ou seja, a inexistência de comprovação *ab initio* de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda, havendo legitimidade passiva dos avós (Agravo de Instrumento 994093320085 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

No voto, o Relator alinhou que os avós têm legitimidade para figurar no pólo passivo, sendo certo que, na hipótese de ficar demonstrada a capacidade ou incapacidade econômica dos pais, outro não é o julgamento adequado quanto àqueles senão o de mérito (artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil).

2.2 PAGAMENTO INDEVIDO

Uma questão que gerou polêmica é a possibilidade de serem condenados homens que não sejam os verdadeiros pais, uma vez que basta a existência de indícios de paternidade. Na redação original, o art. 10 da lei criava uma hipótese de responsabilidade objetiva da mãe, caso ficasse constatada a não paternidade do réu, pretendo pai, o qual foi vetado.

O deslinde da questão passa pela análise das características do direito à prestação alimentícia, notadamente sua irrepetibilidade. O direito aos alimentos é irrenunciável, conforme dispõe o art. 1.707 do CC, sendo certo que o crédito dele decorrente é inacessível, incomensável e impenhorável.

Se o nascituro necessitou dos alimentos, utilizou-os para sua formação gestacional, como forma de efetivação do direito à vida, constante do caput do art. 5º da Constituição da República. Se posteriormente, desconstituído o título que fundamentava aquela cobrança, é forçoso reconhecer que o objeto da prestação foi aplicado na sobrevivência do credor aparente, ou seja, o nascituro que será declarado não credor dessas prestações (GABURRI, 2009).

Nesse contexto, poder-se-ia concluir que não existe possibilidade de repetibilidade dos alimentos, e tampouco a plausibilidade de indenizar o réu pelos prejuízos que lhe tiverem sido causados. Não obstante, tem-se entendido que tal veto não obsta a propositura de demanda ressarcitória, utilizando-se dos elementos que compõem a responsabilidade subjetiva (art. 186 do CC), se ficar demonstrada a má-fé ou o exercício abusivo do seu direito.

Portanto, não fica ao desabrigo aquele que é demandado numa ação de alimentos gravídicos, caso se apure não ser o pai, sendo a ele assegurado o direito à reparação de danos morais e materiais com fundamento na regra geral da responsabilidade civil.

Nesse sentido, o que se sustenta é que é preferível correr o risco de responsabilizar o sujeito que prova, no futuro, não ser o pai (ainda que com sacrifício de valores diante da irrepetibilidade), a manter o nascituro desprotegido por falhas probatórias verificadas na instrução do pedido (ZULIANI, 2009).

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 11.804/2008

A Lei de Alimentos Gravídicos trouxe algumas normas procedimentais, sendo que parte delas foi vetada pelo Presidente da República, cabendo aplicação supletiva das normas do CPC ou da Lei 5.478, de 25/07/1968, conforme expressa disposição do art. 11 da lei em estudo. Assim, cabe fazer uma análise dos artigos em vigor, como também dos vetados.

Quanto à competência, o art. 3º previa que se aplicasse a regra geral do art. 94 do CPC, ou seja, o do domicílio do réu, mas foi vetado pelo Presidente da República. A razão do veto, em síntese, foi de que estaria em desacordo com a sistemática do CPC, que estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos o do domicílio do alimentando.

Ademais, se os alimentos gravídicos podem ser convertidos em pensão alimentícia, não haveria lógica a ação ser ajuizada no foro do domicílio do réu e a conversão em pensão alimentícia no domicílio do alimentando, na forma do art. 100, inciso II, do CPC. Assim, aplica-se o enunciado de sumula 1 do STJ: “O foro do domicílio ou residência do alimentando é o competente para ação de investigação de paternidade, quando cumulada com alimentos”.

Uma peculiaridade da ação de alimentos gravídicos é que essa não exige a prova pré-constituída da paternidade, bastando a existência de indícios da paternidade para que o juiz fixe os alimentos, ou seja, trata-se de juízo de cognição superficial. É difícil para a mãe, de plano,

mostrar que tem um bom direito, mostrar que o filho que ela carrega é daquele que está sendo demandado.

Por isso, nesses casos em que se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se algumas exigências que seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoa já nascida.

Nesse passo, não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Com efeito, havendo indícios de paternidade, como nas hipóteses do art. 1.597 do CC (nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido), os alimentos gravídicos podem ser deferidos independentemente de prova pré-constituída da paternidade.

No entanto, se o conjunto probatório ainda não é suficiente para demonstrar a existência de indícios de paternidade, os alimentos provisórios serão indeferidos por necessidade de dilação probatória.

De outro lado, é imprescindível que se faça a prova da gravidez. Todavia, frise-se, a prova da viabilidade da gravidez que era exigida pelo art. 4º da lei foi vetada.

Ao ser despachada a inicial, os alimentos poderão ser fixados liminarmente, apesar de silente a lei, em virtude da aplicação da Lei 5.478/1968 (art.4º). Registre-se, ainda, por importante, que na redação original da lei havia a previsão de uma audiência de justificação (art.

5º), a qual foi vetada sob o fundamento de que traria retardamento, por vezes, desnecessário para o processo.

O procedimento para resposta do réu é próprio, diferente do previsto no CPC e na Lei Especial de Alimentos. O réu será citado para apresentar defesa em cinco dias, segundo o art. 7º da lei. O réu, em contestação, poderá negar a paternidade, o que não impedirá a fixação dos alimentos e nem a manutenção de seu pagamento.

O art.8º, que foi vetado pelo Presidente da República, previa que “havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente”. A justificativa desse veto foi que a perícia estaria sendo colocada como condição *sine qua non* ao acolhimento do pedido, ferindo o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, que coloca a perícia apenas como elemento de prova, sempre que ausentes outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.

Outro ponto de que tratava a lei era o termo inicial dos alimentos. O art. 9º da lei fixava como marco inicial da percepção dos alimentos gravídicos o momento da realização da citação do réu. No entanto, o dispositivo com essa previsão também foi vetado pelo Presidente da República.

A fundamentação do veto foi que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer, e por isso, determinar que os alimentos gravídicos fossem devidos a partir da citação do réu seria condená-lo à não-existência, uma vez que a demora poderia ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visassem impedir o ato citatório e, assim, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.

A conclusão lógica é que o legislador não queria a aplicação dessa regra. O melhor entendimento é que serão devidos desde a concepção do nascituro, em que pese a excepcionalidade que isso causará as regras da retroatividade *ex tunc* até a data da citação dos pedidos condenatórios (art. 219 do CPC).

O futuro pai, que deverá compartilhar as despesas adicionais do período da gravidez, tais quais, a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e medicamentos, além de outras que o juiz considere pertinentes, fixada, aqui sim, a partir da concepção (vide veto ao art. 9º da lei supra) e convertida, a partir do nascimento, diretamente ao menor (art. 6º, parágrafo único da Lei nº 11.804/2008) utilizando-se para tais fins, no que couber, a Lei nº 5.478/1968 (Ação de Alimentos) e o CPC, consoante o art. 11 do diploma em questão (CARVALHO, 2009).

Nesse ponto, cabe uma reanálise do enunciado de súmula 277 do STJ, o qual possui a seguinte redação: “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos serão devidos a partir da citação”.

Considerando a situação em que o juiz fixou os alimentos gravídicos, nascendo a criança, esses se convertem em seu favor. Note-se que nesse caso os alimentos perduraram sem que sequer tenha sido discutida a paternidade em ação própria.

Com efeito, a partir da vigência da lei em comento, se fixados alimentos gravídicos, sobrevivendo a ação de investigação de paternidade, não se aplicará mais o enunciado de súmula, porquanto os alimentos já estarão fixados e serão devidos desde a concepção do nascituro, e não mais a partir da citação da investigatória.

3.1 CONVERSÃO EM PENSÃO ALIMENTÍCIA

Acerca do disposto no art. 6º, o entendimento tem sido que após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Isso significa que se o bebê nascer morto, cessa a obrigação alimentar do suposto pai. Por outro lado, se a criança sobrevive, automaticamente passa a receber um pensão alimentícia. Deve-se observar o binômio necessidade-possibilidade, bem como o princípio da razoabilidade (Agravo de Instrumento 0044833-89.2009.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Não obstante, a previsão legal da conversão tem sido alvo de críticas. O que se sustenta é que se a prova da paternidade se escora, antes do parto, em documentos e, mais frequentemente, em depoimentos de testemunhas, não se mostra adequado que os alimentos gravídicos se projetem por prazo indeterminado após o nascimento da criança, fundados em mera presunção, sem necessidade de confirmação do parentesco por prova mais sólida. O que se teme é que a criança não ajuíze ação de investigação de paternidade, acomodada com os alimentos dos quais já é credora.

Alguns doutrinadores entendem que o pai poderá apenas rever os alimentos, mas não extingui-los, pois existe coisa julgada na sua fixação e na sua conversão em pensão após os alimentos. Não caberia nem sequer o ajuizamento de ação negatória de paternidade, pois o devedor ainda não tem vínculo de parentesco estabelecido.

Até mesmo a inconstitucionalidade do dispositivo tem sido sustentada. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que os alimentos gravídicos são em benefício da mulher gestante, portanto o disposto no artigo 6º da Lei 11.804/08 é notoriamente inconstitucional, haja vista que estende a obrigação alimentar até a propositura da ação de investigação de paternidade, ou seja, apesar de não configurado o vínculo biológico, a pensão alimentícia permanece devida,

consequentemente, afronta a dignidade da pessoa humana vinculada à paternidade responsável, conforme artigo 226, § 7º, da Constituição Federal (Apelação 994093264464).

De outro lado, há quem defenda que o suposto pai poderia mover ação negatória de paternidade, na qual deverá ser feito exame de DNA. Caso a mãe impeça a criança de se submeter ao referido exame, seria aplicável o princípio da presunção pela recusa (arts. 231 e 232 do CPC e enunciado de súmula 301 do STJ *a contrario sensu*). Na hipótese de o exame indicar que não se trata do pai biológico, haveria fundamento para pedir exoneração da pensão alimentícia.

3.2 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma questão que não foi tratada pela lei, mas que tem sido alvo de debate refere-se à possibilidade de o Ministério Público promover essa ação.

A Constituição Federal, em seu artigo 127, diz: *“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”*

É de se ponderar que, para parte da doutrina e jurisprudência, o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora (Recurso Especial 2004/0083617-2 do Superior Tribunal de Justiça).

No entanto, em sentido contrário, há quem sustente que não se pode entender que a mulher gestante e seu nascituro estejam em situação excludentes da intervenção do Ministério Público. Argumentam que o art. 201, III, da Lei 8.069/90 (ECA) confere expressamente ao Ministério Público legitimidade para “promover e acompanhar ações de alimentos.” Esse

dispositivo legal não faz qualquer distinção no que diz respeito à situação da criança ou adolescente; tampouco menciona a necessidade de estar o menor necessitado representado por seus tutores ou genitores. O art. 141 do mesmo estatuto, por sua vez, garante “o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.” Logo, se o Ministério Público deixasse de ajuizar a ação de alimentos, estaria cometendo injustificável omissão, furtando-se a cumprir uma de suas funções institucionais, qual seja, a curadoria da infância e juventude.

Em outras palavras, há de se reconhecer à mulher gestante e ao nascituro hipossuficiências dadas as fragilidades de suas condições especiais, apesar de não serem doentes, nem poderem ser tidos como incapazes. Assim, o entendimento que mais protegeria e defenderia a mulher nesse momento específico de sua vida, em consonância com o Texto Maior e as Leis nº. 11.340/2006 e 8.069/90, ao mesmo tempo o nascituro, é o de ser cabível ao Ministério Público intentar ação de alimentos gravídicos (GOMES, DA MOTA e COSTA, 2009).

A legitimação do Ministério Público para patrocinar as causas dos que tem direito à assistência jurídica gratuita onde não houver serviço estatal organizado para prestá-la justifica-se, portanto, também pela defesa do direito fundamental de acesso ao judiciário (art. 5º, LXXIV, da CRFB/88).

Arrematando a questão, a doutrina entende que, o Ministério Público também provoca a prestação jurisdicional quando auxilia um particular ou substitui sua iniciativa no zelo de interesses indisponíveis do indivíduo ou zelo de interesses de grande abrangência social (MAZZILLI, 1998).

CONCLUSÃO

Colocou-se como cerne inicial desse estudo a teoria acerca do início da personalidade da pessoa natural adotada no direito brasileiro, à luz do art. 2º do CC e das inovações trazidas pela Lei 11.804/2008.

Após uma análise superficial das principais teorias, natalista, concepcionista e da personalidade condicional, torna-se incontroverso que o nascituro no direito brasileiro, não importa de qual modo, terá reconhecimento dos direitos necessários para que venha a nascer vivo, como os direitos ligados à sua condição de ser humano já concebido, mas ainda não nascido, tais como o direito à vida, a alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem ou de sua honra.

Ante o exposto, pode-se perceber que a edição da Lei 11.804/2008 veio consolidar o direito do nascituro aos alimentos, que já era reconhecido pela doutrina e eventualmente pela jurisprudência.

Embora haja reclamações quanto a algumas imprecisões, dúvidas e equívocos, o exposto tratamento legal é um avanço na busca incessante pela dignidade da pessoa humana, pessoa esta considerada desde a sua concepção, e demonstra a vontade do legislador de chamar atenção dos envolvidos nas relações familiares a respeito de suas responsabilidades.

Dado o exposto, depreende-se que o verdadeiro resultado buscado pela Lei 11.804/2008 não é somente sustentar a gestante durante o estado gravídico, mas sim, assegurar que o nascituro deve contar com proteção integral e que a mulher grávida merece tratamento especial por sua condição.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *O direito do nascituro à vida*. CD-Rom Magister, 21. Porto Alegre: Magister, 2008.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, Coleção Qualitas, Série Teses, vol. 5, Diretor João Baptista Villela.

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. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

COSTA, Priscilla Tereza de Araújo. GOMES, Nadilson Portilho. MOTA, Carmen Burle da. *O Ministério Público e sua atuação em face dos alimentos gravídicos*. Disponível em: www.ampep.com.br/novo/gravdicos.doc. Acesso em: 12 jun. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos Gravídicos*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONOSO, Denis. *Alimentos gravídicos*. Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219>. Acesso em: 21 jun. 2010.

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

GABURRI, Fernando. *Análise crítica da Lei de Alimentos Gravídicos*. RDF nº 54 – jun-jul/2009.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Alimentos Gravídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Marina Alice de Souza. *Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re) visão das teorias do início da personalidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&autor=Marina%20Alice%20de%20Souza%20Santos>. Acesso em 04 mai. 2010.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Alimentos*. São Paulo: Revista Acadêmica - Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3a Região, 2009.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931556/RS. DJ 05 de agosto de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2004/0083617-2. Relator Ministro Jorge Scartezzini. DJ 14 de fevereiro de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo nº. 1.0024.04.377309-2/001. Relator Desembargador Duarte de Paula. DJ 10 de março de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Cível 1999.001.01187. Relator Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes. DJ 25 de maio de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI 0044833-89.2009.8.19.0000 (2009.002.42469). Relator Desembargador Sidney Hartung. DJ 11 de março de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI 70017520479. Relator Desembargador Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ 28 de março de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI 596067629. Relator Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. DJ 17 de julho de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI 70 028 804 847. Relator Desembargador Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. DJ 30 de setembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 994093320085. Relator Piva Rodrigues. DJ 26 de janeiro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 657.860-4/5-00. Relator Desembargador Erickson Gavazza Marques. DJ 26 de janeiro de 2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 994093264464. Relator Desembargador Natan Zelinski de Arruda. DJ 10 de dezembro de 2009.