



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI**

**LUNA MARIA DE ARAÚJO OLIVEIRA**

**OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A RESPONSABILIDADE DA GENITORA COM  
A CONFIRMAÇÃO DA NÃO PATERNIDADE**

TERESINA

2017

**LUNA MARIA DE ARAÚJO OLIVEIRA**

**OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A RESPONSABILIDADE DA GENITORA COM  
A CONFIRMAÇÃO DA NÃO PATERNIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual do Piauí como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Luciana Carrilho de Moraes.

TERESINA

2017

**LUNA MARIA DE ARAÚJO OLIVEIRA**

**OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A RESPONSABILIDADE DA GENITORA COM  
A CONFIRMAÇÃO DA NÃO PATERNIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Estadual do Piauí como requisito  
para obtenção do título de Bacharel em  
Direito, sob a orientação da professora  
Luciana Carrilho de Moraes.

**DATA:** \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Luciana Carrilho de Moraes – Orientadora (UESPI)

---

Professor .....

---

Professor .....

“A mais bela função da humanidade é a de administrar a justiça”.

(Voltaire)

Dedico a Deus e aos meus pais que foram meus maiores incentivadores.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a toda minha família e amigos que estiveram comigo durante essa jornada, me apoiando e me incentivando a continuar e alcançar meus objetivos.

Gratulo também a todos os professores que passaram pela minha vida escolar e acadêmica e que, da melhor forma, contribuíram para o meu crescimento.

Aos meus amigos da UESPI por todos os momentos de felicidade e ensinamentos que me proporcionaram durante o curso.

## **DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

A aprovação desta Monografia não significará endosso da Professora Orientadora Luciana Carrilho de Moraes, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho, a responsabilidade é inteiramente da autora.

Teresina, 12 de Julho de 2017.

---

Luna Maria de Araújo Oliveira

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise da Lei nº. 11.804/2008, onde trata sobre os alimentos concedidos à genitora durante o período de gravidez, com o fim de melhor garantir o direito à vida do nascituro. Em especial, será feita uma pesquisa acerca da possibilidade de responsabilização civil da genitora, quando deferido o pagamento das prestações alimentícias pelo suposto pai e, posteriormente, a paternidade não for confirmada por meio de perícia genética. Para se chegar à solução, é analisado, primeiramente, o instituto dos alimentos no Código Civil brasileiro, através de conceitos, características, espécies e pressupostos. Logo após, passa-se à figura do nascituro e o tratamento que se dá ao início da sua personalidade jurídica, através de teorias a seguir analisadas, uma vez que, a partir daí, poderá depreender-se se este é titular ou não de direitos no ordenamento jurídico, possibilitando a concessão dos alimentos gravídicos. Em seguida, serão observados os aspectos materiais e processuais da Lei nº. 11.804/2008. Por fim, é feita uma análise básica referente ao instituto da responsabilidade civil para, então, chegar ao desenlace do problema suscitado neste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVES:** Alimentos Gravídicos. Nascituro. Lei nº. 11.804/08. Responsabilidade civil.

## **ABSTRACT**

The present study has as the object of study an analysis of Law no. 11.804 / 2008 which deals with subsidized food to the pregnant woman during the period of pregnancy in order to better guarantee the right to life of the unborn child. In particular, a search should be carried out on the possibility of civil responsibility of the mother when the meals' payment by the supposed father is granted and, moreover, a paternity is not confirmed by a genetic expertise. Reaching the solution, we will first analyze the food institute, in Brazilian Civil Code, through concepts, characteristics, species and assumptions. Therefore, it is passed to the figure of the unborn child and the treatment that is given to the beginning of its legal personality, through theories analyzed below, since from there it can be deduced if this one owns or not the rights in the juridical order, making possible the concession of pregnancy foods. Thereafter, the materials and processes of Law no. 11.804 / 2008. Finally, a basic analysis is made regarding the institute of civil responsibility, so get to the end of the problem raised in this work.

**Key Words:** Pregnancy foods, Unborn child, Law no. 11.804 / 2008. Civil responsibility.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O INSTITUTO DOS ALIMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Conceito de alimentos.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Características dos alimentos .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 Espécies de alimentos .....</b>	<b>19</b>
<b>2.4 Pressupostos da prestação de alimentos .....</b>	<b>22</b>
<b>3 O DIREITO DO NASCITURO E A LEI 11.804/2008 .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Considerações relevantes ao nascituro .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 Teorias acerca do início da personalidade do nascituro .....</b>	<b>27</b>
3.2.1 Teoria natalista .....	27
3.2.2 Teoria da personalidade condicional .....	28
3.2.3 Teoria concepcionista .....	29
<b>3.3 A Lei 11.804/08 e seus aspectos materiais e processuais .....</b>	<b>31</b>
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA X NÃO CONFIRMAÇÃO DA PATERNIDADE .....</b>	<b>39</b>
<b>4.1 Noções básicas acerca do instituto da responsabilidade civil .....</b>	<b>39</b>
<b>4.2 A responsabilidade civil da genitora com a não confirmação da paternidade em sede de alimentos gravídicos .....</b>	<b>41</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto dos alimentos é um dos pilares do Direito de Família brasileiro uma vez que garantem as necessidades vitais dos indivíduos que não podem sustentar-se sozinhos. Eles asseguram uma vida digna ao alimentado, propiciando não somente o direito à alimentação, mas também outros direitos fundamentais, tais como vestuário, habitação, saúde, lazer, dentre outros.

Em suma, no mundo jurídico-constitucional, os alimentos proporcionam a subsistência digna do necessitado, fundamentando-se no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Dentre as espécies de alimentos no ordenamento jurídico pátrio, encontram-se os alimentos gravídicos. Estes representam uma pensão fixada judicialmente, em favor do nascituro, destinada à manutenção da gestante durante o período de gravidez, cobrindo o natural aumento das despesas.

Os estudos acerca desse tipo de alimentos sempre giraram em torno dos direitos do nascituro, questionando-se acerca da possibilidade de fixação ou não da prestação alimentícia, por haver dúvidas se o nascituro titular de direitos ou não.

O início da personalidade jurídica é que define se o indivíduo é titular de direitos ou não, dentro do nosso ordenamento jurídico. O art. 2º do Código Civil Brasileiro determina que a personalidade da pessoa natural tenha início do nascimento com vida. No entanto, estabelece, ainda, que os direitos do nascituro deverão ser resguardados desde a sua concepção.

Diante da obscuridade do referido artigo, surgiram três teorias que tentam explicar qual a posição jurídica do nascituro. A teoria adotada pelo nosso ordenamento é a concepcionista que afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e que, por isso, já possui personalidade jurídica própria, muito embora os seus direitos patrimoniais fiquem condicionados ao nascimento com vida.

Diante desse contexto de valorização dos direitos do nascituro, criou-se a Lei nº. 11.804/08, disciplinando o direito de alimentos à mulher gestante que, por conseguinte, garante o direito primordial e fundamental à vida do mesmo.

A referida lei veio para dirimir muitas questões conflituosas decorrentes da legislação anterior, preenchendo lacunas e concretizando os direitos fundamentais do nascituro, ao estabelecer que esses alimentos, devam ser prestados para cobrir despesas adicionais do período de gravidez. Isto porque na Lei nº. 5.478/68 (Lei de Alimentos) nada se falava acerca da possibilidade de fixação da prestação alimentícia para o nascituro, sendo possível apenas

através da análise do caso concreto e por meio de jurisprudências. No entanto, não tinha força suficiente para ser um entendimento consolidado.

Com a Lei n. 11.804/2008, o juiz fixará os alimentos que, após o nascimento, se converterão em pensão alimentícia em favor do menor cujo representante legal será a mãe. Tais alimentos tornam-se definitivos com o nascimento, caso não haja pedido de revisão ou exoneração pelo genitor.

O grande cerne de todo o estudo quanto aos alimentos gravídicos reside na dúvida acerca da responsabilização da gestante quando não for confirmada a paternidade. O projeto de lei trazia em seu bojo que a genitora seria responsabilizada pelos danos materiais e morais causados ao réu, tratando-se, pois, da responsabilidade objetiva.

No entanto, tal dispositivo foi vetado sob a alegação de que seria uma norma intimidadora à gestante que, por impor a ela o dever de indenizar independentemente de comprovação da culpa, esta ficaria receosa de ingressar em juízo. Portanto, restaria impedido o direito ao livre exercício do direito de ação, além de comprometer a finalidade da Lei de alimentos gravídicos.

Pensando sobre a questão da responsabilidade civil neste caso levantamos o seguinte problema de pesquisa: Haverá responsabilização da genitora com a confirmação da não paternidade? Se sim, tal responsabilidade abarcará tanto os danos materiais como morais?

O problema e o interesse de conhecer mais sobre o assunto gerou o seguinte objetivo geral: analisar se existe obrigação de ressarcimento pela genitora dos valores pagos pelo indevidamente pelo pai imputado após a comprovação da não paternidade. E, especificamente, a) identificar como se dará tal responsabilização; b) verificar como será aplicada a indenização.

Desta forma, o presente relatório monográfico, para melhor compreensão, foi elaborado em três capítulos. O primeiro capítulo, intitulado: “O instituto dos alimentos no âmbito do direito de família brasileiro”, trata do conceito de alimentos, além das suas características, espécies e pressupostos da obrigação alimentar.

No segundo capítulo, “O direito do nascituro e a Lei n. 11.804/2008” serão apresentados os argumentos que embasam a personalidade jurídica do nascituro para que este possa titularizar seu direito aos alimentos. Além disso, verificam-se os aspectos materiais e processuais da Lei de Alimentos Gravídicos.

O terceiro capítulo “A responsabilidade civil da genitora X Não confirmação da paternidade” apresenta as discussões acerca do instituto da responsabilidade civil de uma

forma geral, para então, debater a respeito da possibilidade de ressarcimento pela genitora dos valores pagos indevidamente pelo pai falsamente imputado.

Nas considerações finais são destacados os pontos mais relevantes a respeito da temática, bem como sugestões à solução do problema para que, posteriormente, possa ser objeto de pesquisa aos interessados por esse tema.

A seguir, iniciam-se as discussões sobre o tema foco deste estudo, partindo dos fundamentos teóricos.

## **2 O INSTITUTO DOS ALIMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

No presente capítulo será abordado um dos temas mais relevantes no âmbito do Direito de Família: o instituto dos alimentos. Trata-se de um dos institutos mais conhecidos no Direito Brasileiro e, por que não dizer, um dos mais complexos.

Far-se-á uma abordagem a respeito dos alimentos, dando ênfase aos pontos que se entende de maior relevo como o(s) conceito(s) atribuído(s) ao referido instituto, bem como sobre as espécies de alimentos existentes na legislação brasileira, características básicas e os pressupostos que ensejam a prestação alimentar.

Através dessa análise, será possível compreender a relevância que possui os alimentos haja vista serem um dos institutos basilares do Direito de Família Brasileiro, por ser o mecanismo de garantia das necessidades vitais bem como sociais do indivíduo que não pode sustentar-se por si mesmo.

Será visto que os alimentos compreendem todos os meios que propiciem ao alimentado uma vida digna e, não apenas a alimentação em si falando, uma vez que envolve também outras nuances dos direitos fundamentais do alimentado, sejam elas, vestuário, habitação, saúde, lazer, entre outros.

Por conta disso, os alimentos se tornaram garantidores de direitos da personalidade, ligados à dignidade da pessoa humana, uma vez que passou a ter força de direito fundamental com status constitucional. Assim sendo, trata-se de matéria de ordem pública.

### **2.1. Conceito de alimentos**

De início é importante frisar que a Carta Magna de 1988 dispõe em seu art. 227<sup>1</sup>, ser obrigação da família garantir à criança e ao adolescente de forma efetiva o direito à vida, ao lazer, à saúde, à alimentação, à educação.

Afirma ainda ser dever incondicional dos pais a assessoria, criação e educação dos filhos menores bem como ser um dever dos filhos ampararem seus pais na velhice.

Da leitura do citado dispositivo legal, pode-se abstrair um conceito para o termo alimentos no mundo jurídico, bem como compreender a relevância que o instituto dos

---

<sup>1</sup> Constituição Federal: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

alimentos possui uma vez que trata de garantir a subsistência digna do necessitado, fundamentado pelo direito à vida (art. 5º, caput, CF/88<sup>2</sup>) e pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88<sup>3</sup>).

Nesse sentido, defende Chaves e Rosenvald (2015, p.136) que o direito a alimentos "reside na própria afirmação da dignidade da pessoa humana o fundamento axiológico da obrigação alimentícia".

O Código Civil faz alusão ao direito a alimentos do seguinte modo, *verbis*:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Destarte, frise-se que, em nossa legislação, o conceito de alimentos não foi estabelecido de modo preciso. Sua natureza jurídica é que permite entender que se trata de prestações periódicas, onde se destinam a prover as necessidades básicas de um indivíduo, cruciais ao seu sustento, proporcionando-lhe uma vida digna.

É o que se pode concluir também da leitura do art. 1.920, do referido diploma legal, ao definir que “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Ademais, observa-se, de forma cristalina, a partir da leitura dos dispositivos acima mencionados, que a expressão – alimentos – adquiriu sentido notoriamente amplo, uma vez que abrange muito mais do que apenas alimentação.

Nessa esteira, Gomes (1999, p.427) ao afirmar que os alimentos:

São prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência. Quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação.

Dias (2015, p. 231) também explana sobre o tema ao afirmar que a expressão “alimentos” vem adquirindo uma dimensão mais abrangente ao longo do tempo. Segundo a

<sup>2</sup> Constituição Federal: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

<sup>3</sup> Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana; [...]”

mesma, tal expressão “engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar seu valor”.

Pondera ainda a referida autora, para o direito, alimento não significa apenas o que assegura a vida, pois há uma finalidade essencial, o qual é atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência.

Nesse diapasão, Cahali (2013, p.19) denomina alimentos como prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, ou seja, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física como intelectual e moral.

Percebe-se, pois, que o termo alimentos compreende toda e qualquer necessidade para a conservação da vida de um ser humano. No âmbito jurídico, abrangem muito além da alimentação propriamente dita, pois inclui gastos com educação, saúde, habitação, lazer, vestuário, dentre outros.

Levando em conta toda essa relevância da qual os alimentos se revestem, consagrando-os como um dos ramos com mais expressão e repercussão na área de Direito de Família, e tendo em mente que a obrigação alimentar concerne não apenas a interesses privados, como também a interesses públicos, são os alimentos considerados matéria de ordem pública.

Nessa perspectiva, Madaleno (2015, p. 853) entende que o direito alimentar é de ordem pública. E explica o porquê ao afirmar que “por prevalecer o interesse social na proteção e na preservação da vida, e da família, cometendo associar sua ordem pública com o princípio constitucional do artigo 3º, inciso I, da Carta Federal de 1988”.

Sem dúvidas, o Estado possui interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois sua não observação e obediência poderão contribuir de maneira significativa para o aumento do número de pessoas carentes e desamparadas, que devem em consequência, ser por ele protegidas.

Por conta disso, as normas são consideradas de ordem pública, tanto é que prevê pena de prisão ao sujeito infrator, quando não cumpre seu dever de prestar alimentos.

Assim, tendo em vista sua indiscutível importância, é que as normas atinentes ao direito alimentar são de ordem pública, cujo objetivo está em proteger, bem como preservar a vida humana.

Gonçalves (2014, p.450) assevera que:

O Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência,

ser por ele amparadas. Daí a razão por que as aludidas normas são consideradas de ordem pública, inderrogáveis por convenção entre os particulares e impostas por meio de violenta sanção, como a pena de prisão a que está sujeito o infrator.

Pode-se, pois, verificar que o direito aos alimentos, é, sem dúvidas, o reconhecimento da responsabilidade jurídica, além de ética e moral, inerente aos membros de uma mesma família (vínculo familiar), de uns para com os outros e se difere das demais relações obrigacionais devido a sua relevância, bem como pelas características peculiares a tal instituto as quais serão detalhadas adiante.

## **2.2 Características dos alimentos**

De início, ressalta-se ser a obrigação alimentar um direito personalíssimo. O fato de que os alimentos são fixados levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto, em especial à situação, bem como às circunstâncias pessoais, tanto do credor quanto do devedor de alimentos, é o que explica caráter personalíssimo.

Ademais, é cediço que o seu objetivo é preservar a integridade física de um indivíduo em específico, o alimentando. Posto isto, a titularidade do direito não pode jamais ser transferida a outrem, pois perderia sua razão de existir.

Conclui-se, pois, que esta é a característica mais importante dos alimentos, pois dela derivam as demais.

Segundo Gonçalves (2014, p. 511) “a obrigação de prestar alimentos é transmissível, divisível, condicional, recíproca e mutável”. Entretanto, há muitas outras características que também se fazem relevantes e que merecem ser destacadas.

É válido assinalar o aspecto da divisibilidade, que significa dizer que, cada alimentando responde por sua quota-parte na obrigação alimentar, de tal modo que não é solidária, respondendo cada devedor tão somente por sua parte e na proporção de sua possibilidade econômica, exonerando-se, pois, aquele que é financeiramente incapaz.

O Código Civil de 2002 estipulou em seu art. 1.700, que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694". Da leitura deve-se entender que os herdeiros do devedor só terão a obrigação de prestar alimentos limitadas às forças da herança e não se valerem de seus próprios recursos, uma vez que não se transmitem alimentos.

A intransmissibilidade decorre do caráter personalíssimo do direito a alimentos. Com o falecimento do credor ou do devedor extingue o direito ou o dever, respectivamente. Encontra-se disposta no art. 1.707 do Código Civil<sup>4</sup> ao estabelecer que o crédito alimentar é intransmissível. Permitida, contudo, a transmissão da obrigação alimentar, segundo disposto no art. 1.700, Código Civil<sup>5</sup>.

Sobre o caráter intransmissível dos alimentos, Chaves e Rosenvald (2015, p.589) ensinam que o direito a alimentos não permite cessão, seja ela gratuita ou onerosa e não tolera compensação. Além disso, será impenhorável o crédito alimentício e terá preferência de pagamento nos casos de concursos de credores.

Desse modo, os alimentos, por manterem o caráter de personalidade, não são transmitidos aos herdeiros, somente atingem a dívida comum, em que o alimentário reveste-se como credor, de prestações vencidas e não pagas pelo devedor, no caso de seu falecimento.

Ademais, não podem ser os alimentos transacionados ou acordados, em razão de seu caráter público e personalíssimo e devem ser pagos, de preferência, mensalmente. Mas outros períodos de frequência são admitidos, desde que não ocorra um lapso temporal muito grande entre uma prestação e outra (eis a periodicidade).

Sobre o caráter condicional dos alimentos, explica Gonçalves (2014, p. 521) que:

A obrigação de prestar alimentos é condicional porque a sua eficácia está subordinada a uma condição resolutiva. Somente subsiste tal encargo enquanto perduram os pressupostos objetivos de sua existência, representados pelo binômio necessidade – possibilidade, extinguindo-se no momento em que qualquer deles desaparece.

Nesse sentido, o alimentando, adquirindo condições de prover à própria manutenção, ou o alimentante não mais podendo fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento, é fator para que seja extinta a obrigação de prestar alimentos.

Deve-se destacar o caráter impenhorável dos alimentos, uma vez que a prestação alimentícia objetiva manter a subsistência do alimentando, que não pode prover suas necessidades. É cediço, por ter o fim precípua de preservar a vida, o crédito alimentar não pode ser também objeto de penhora.

Entretanto, há quem defenda que é admitida a penhora sobre os valores decorrentes de prestações vencidas e não pagas que tenham perdido o caráter de sobrevivência, pois se

---

<sup>4</sup> Código Civil: “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

<sup>5</sup> Código Civil: “Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

transformaram em crédito comum, podendo assim, serem disponibilizados pelo credor os bens adquiridos com a verba alimentar.

A impenhorabilidade, como aduz Gomes (1999, p.355), resultaria da própria finalidade do instituto, que é a supressão do estado de miserabilidade do alimentando.

Tendo em vista a natureza desta verba é proibido compensar os alimentos com qualquer outra obrigação. Trata-se de mais uma das características dos alimentos: a incompensabilidade.

Outra característica é a reciprocidade, pela qual a obrigação à prestação de alimentos é recíproca no direito brasileiro, pelo fato de se estender em toda a linha reta entre ascendentes e descendentes, e na colateral entre os irmãos, nos quais são parentes recíprocos por sua natureza. Ressalta-se estar seu fundamento legal nos arts. 1.694<sup>6</sup> e 1.696<sup>7</sup> do Código Civil.

Destarte, assevera Cahali (2013, p.130), “à evidência, reciprocidade não significa que duas pessoas devam entre si alimentos ao mesmo tempo, mas apenas que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se credor alimentar no futuro”. Também não se confunde com a reciprocidade das obrigações bilaterais derivadas de um contrato sinalagmático, onde ambos são credores e devedores ao mesmo tempo, pois, na relação alimentar, é impossível que recaia sobre as mesmas pessoas um dever e um direito a alimentos.

Pode-se afirmar ser a mutabilidade outra característica da prestação de alimentos. Ela decorre do fato de que havendo alteração de qualquer pressuposto objetivo da obrigação alimentar, dá a outra parte o direito de revisar ou exonerar tal obrigação. Assim, pode haver revisão, majoração ou redução, tão logo mude a situação econômica do alimentante ou alimentando.

Sobre o assunto aduz Gonçalves (2014, p.522):

A variabilidade da obrigação de prestar alimentos consiste na propriedade de sofrer alterações em seus pressupostos objetivos: a necessidade do reclamante e a possibilidade da pessoa obrigada. Sendo esses elementos variáveis em razão de diversas circunstâncias, permite a lei, que, nesse caso, proceda-se a alteração da pensão, mediante ação revisional ou de exoneração, pois toda decisão ou convenção a respeito de alimentos traz ínsita a *clausula rebus sic stantibus*.

---

<sup>6</sup> Código Civil: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

<sup>7</sup> Código Civil: “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Há de se destacar ainda a atualidade, através da qual a prestação alimentar se encontra submetida a um critério de valor de correção, mantendo seu caráter atual, pelo fato da referida obrigação ser de trato sucessivo.

Por fim, não se pode olvidar da irrenunciabilidade, a qual não permite que haja a renúncia do direito a alimentos. Assim, dá ao credor a liberdade de exercer ou não tal prerrogativa. Não obstante é de se destacar que os alimentos podem ser dispensados em determinado momento e pleiteados novamente sempre que houver necessidade.

### **2.3 Espécies de alimentos**

Sabe-se que os alimentos possuem diversas espécies. A doutrina os classifica utilizando variados critérios.

Para Gonçalves (2014, p. 503), os alimentos se classificam quanto à natureza, à causa jurídica, à finalidade e quanto ao momento em que são reclamados. Representa a classificação indicada pela maioria dos doutrinadores.

Quanto à natureza jurídica, os alimentos distinguem-se em naturais e civis. Ressalta-se que se tratou de uma verdadeira inovação, pois o Código de 1916 não apresentava esta distinção.

No entendimento de Medeiros (2012, p. 258) o alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a dividi-lo em duas classificações e explica que:

De acordo com a abrangência da verba alimentar, também denominada de pensão alimentícia, os alimentos podem ser classificados em civis e naturais. São civis os alimentos destinados a manter a qualidade de vida do alimentando de modo a preservar o mesmo padrão social. São naturais os alimentos indispensáveis para garantir a subsistência, como ocorre com os alimentos prestados ao cônjuge culpado pela separação judicial (art. 1704, parágrafo único, do Código Civil).

Venosa (2014, p.413) pontua as diferenças entre alimentos naturais ou necessários e civis ou cômputos:

Alimentos Naturais ou Necessários possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para subsistência. Alimentos Civis ou Cômputos incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado.

Assim, os alimentos naturais equivalem ao indispensável à satisfação das necessidades mais básicas da pessoa, ou seja, do mínimo necessário para sua subsistência. São aqueles estritamente necessários à manutenção da vida de uma pessoa, incluindo somente alimentação, assistência médica, vestuário, habitação, tudo nos limites das necessidades vitais do ser humano.

Já os alimentos civis, que também são chamados de cômmodos, objetivam a manutenção tanto da condição social como do status da família. São, portanto, compreendidas as necessidades tanto de cunho intelectual quanto moral, inclusive a recreação (lazer), compreendendo outras necessidades do indivíduo.

Antes de abordar acerca de cada uma das espécies acima descritas, cumpre assinalar que os únicos alimentos os quais são compreendidos no Direito de Família, são os legítimos ou legais. Isto porque os voluntários pertencem ao campo do direito das obrigações e os ressarcitórios decorrem de responsabilização civil por delito praticado pelo alimentante contra o alimentado, sendo regulado também pelo direito das obrigações, porém em patamar diverso que os alimentos voluntários.

Gonçalves (2014, p. 505) ensina que “quanto à causa jurídica, os alimentos dividem-se em legais ou legítimos, voluntários e indenizatórios”. Isto significa que os alimentos podem resultar da lei, da vontade do homem ou do delito.

Os alimentos legítimos ou legais, como alguns doutrinadores denominam, são aqueles que decorrem de uma obrigação legal. Podem resultar do vínculo sanguíneo (*iure sanguinis*), do vínculo de parentesco, ou do dever de mútua assistência, qual seja, casamento ou da união estável. Por tal razão que são os únicos contemplados pelo Direito de Família.

Já os voluntários são aqueles decorrentes de ato espontâneo, como o próprio nome deixa a entender de quem os presta. Trata-se de uma declaração de vontade *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo que os primeiros são chamados também de obrigacionais (regulados pelo direito das obrigações), uma vez que são prestados por pessoa que não tinha o dever legal de prestar alimentos, mas, por meio de contrato, se obriga a prestá-los de maneira voluntária.

Os que derivam de declaração *causa mortis* se materializam por meio de disposição testamentária (pertencem ao direito das sucessões), em forma de legado de alimentos, inclusive com previsão legal no artigo 1.920 do Código Civil de 2002<sup>8</sup>. Fica óbvio, pois, o motivo de não ser amparado pelo direito de família, mas sim pelo direito sucessório.

---

<sup>8</sup> Código Civil: “Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Por fim, têm-se os indenizatórios ou ressarcitórios, como assim denominam alguns doutrinadores, que são oriundos da prática de um ato ilícito e constituem forma de indenização do dano *ex delicto*. Nessa espécie de alimentos, o agente é compelido a prestar alimentos à vítima de seu ato. Resultam, pois, de uma sentença condenatória em matéria de Responsabilidade Civil. Por conta disso é que são regulados pelo campo do direito das obrigações (possui característica precipuamente obrigacional).

Já com relação à finalidade a que se destinam, os alimentos podem ser classificados em definitivos, provisórios ou provisionais.

Alimentos definitivos são os permanentes, que decorrem de sentença proferida em ação de alimentos ou em outras ações que tragam pedido de alimentos. Podem ser fixados, ainda, em acordo entre os envolvidos, homologados judicialmente, exceto nos casos em que for estabelecido em divórcio consensual por escritura pública.

São provisórios os alimentos arbitrados liminarmente pelo juiz, em sede de liminar em ação de alimentos, mediante prova pré-constituída de parentesco, casamento ou união estável entre alimentante e alimentado. Constituem, pois, em adiantamento da tutela. Ademais, é obrigatória sua fixação, se requeridos, e se efetivada a prova em questão, não sendo dado ao juiz fazer outro juízo de valor que não o cumprimento deste requisito legal.

Já os alimentos provisionais são pedidos em medida cautelar preparatória ou incidental de divórcio, separação, alimentos ou de nulidade ou anulabilidade de casamento ou de alimentos, dependendo da comprovação dos requisitos do "*fumus boni juris*" e o "*periculum in mora*". Objetivam a manutenção do requerente durante a tramitação da lide principal.

Ademais, o referido tipo de alimentos abrange tanto o necessário ao sustento do alimentante, como também habitação, vestuário e as despesas da demanda. Sujeitam-se, para que haja deferimento, o cumprimento dos requisitos das cautelares em geral.

No tocante ao momento da concessão, leciona Silvio Venosa (2003, p.377) que "quanto ao tempo em que são concedidos, os alimentos podem ser futuros ou pretéritos. Futuros são aqueles a serem pagos após a propositura da ação; pretéritos, os que antecedem a ação".

Nesta senda, pode-se dizer que os alimentos podem ser pretéritos quando o pedido de alimentos retroage a período anterior ao ajuizamento da ação. Podem ser futuros quando devidos a partir da prolação da sentença. Os alimentos futuros independem do trânsito em julgado da sentença final, serão devidos a partir da citação ou do acordo. Por fim, é salutar dizer que os alimentos podem ser atuais quando pleiteados a partir do ajuizamento da ação.

Deve-se atentar ainda para o fato de que a legislação brasileira não ampara a prestação de alimentos pretéritos, pois há o entendimento de que se os alimentos não foram reclamados em momento anterior, é porque deles o indivíduo não necessitava.

#### **2.4. Pressupostos da prestação dos alimentos**

Entre os pressupostos que ensejam a obrigação de prestar alimentos estão: o vínculo de parentesco, a necessidade do alimentando e a possibilidade econômica do alimentante, uma vez caracterizada como binômio necessidade/possibilidade.

Assim entende Rizzardo (2014, p. 346) ao afirmar que os pressupostos da obrigação alimentar são: “o parentesco ou o vínculo marital ou da união estável; a necessidade e a incapacidade de se sustentar por si próprio; e a possibilidade de fornecer alimentos de parte do obrigado”. Consistem, pois, em pressupostos objetivos com fundamento no Código Civil.

Nesse diapasão, frise-se estar o dever de prestar alimentos estritamente relacionado ao vínculo familiar. Sobre isso, aduz Venosa (2014) que “no direito de família, os efeitos do parentesco fazem-se sentir com mais intensidade, ao estabelecer impedimentos para o casamento, estabelecer o dever de prestar alimentos, de servir como tutor etc”.

Desta feita, tem-se a necessidade primeira de que exista um vínculo sanguíneo ou civil entre alimentante e alimentado. Neste aspecto, cumpre assinalar que nem todos os parentes são obrigados a prestar alimentos, pois somente o são os ascendentes, descendentes e colaterais de 2º grau, irmãos, portanto, sejam estes unilaterais não, conforme expressa a lei.

O embasamento legal pode ser encontrado nos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Desta feita, nota-se que sobressaem dois dos pressupostos da obrigação alimentar, nitidamente através da leitura dos dispositivos acima transcritos, sendo eles a necessidade de quem pleiteia a verba alimentar e a possibilidade de quem irá prover.

Nessa perspectiva, Venosa (2014, p.359) aponta que o dever da promoção de alimentos decorre da premissa de que aquele que não pode prover a própria subsistência não deve ser relegado ao infortúnio. Fundamentado, evidentemente, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no da solidariedade familiar.

Tartuce (2014, p. 414-415) entende que “nesse dispositivo e, pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, os alimentos devem manter o *status quo ante*, garantindo uma ponderação entre princípios para chegar a um *quantum justo*”.

Segundo a disposição contida no parágrafo 1º do artigo 1.694 do Código Civil<sup>9</sup>, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Assim sendo, os alimentos devem seguir o binômio: necessidade *versus* possibilidade, isto é, devem ser arbitrados pensando no equilíbrio entre as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa ordenada ao pagamento.

Quando se fala na necessidade do alimentando, o julgador, ao fixar os alimentos, deverá analisar não somente a situação econômica do recebedor, mas também outras situações que envolvem tal necessidade, como a idade e condições sociais, pois elas também influenciam, relevantemente, para se chegar há uma visão da real condição do alimentando.

Sobre o assunto, aduz Gonçalves (2014, p. 256) que “só pode reclamar alimentos, assim, o parente que não tem recursos próprios e está impossibilitado de obtê-los, por doença, idade avançada ou outro motivo relevante”.

Em se tratando da possibilidade econômica do alimentante, deve ser observada a obrigatoriedade no pagamento de tal alimento, de modo que o seu próprio sustento não se abale ou dissipe. Por conta disso é onde a sua possibilidade de pagamento é requisito imprescindível no momento dessa análise da fixação pelo magistrado. Destarte, não poderá ser usado como artifício para se escusar da obrigação a qual é imposta ao devedor.

Merece ser frisado que sempre que houver alteração no binômio necessidade/possibilidade cabe à parte, que sofreu a alteração, o direito de revisar a fixação anterior dos alimentos ou dependendo, claro, do fato concreto. Por isso é necessário verificar tanto a necessidade de comprovação da pessoa que está obrigada como da pessoa que irá se beneficiar dos alimentos.

---

<sup>9</sup> Código Civil: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. [...]”.

É importante consignar também que, quando se fala no dever de fixar os alimentos, não se pode esquecer de analisar o elemento “proporção” uma vez que as condições, tanto do alimentante quanto do alimentando, podem mudar com o passar do tempo e a obrigação alimentar, lembremos, deve, por pressuposto de existência, atender ao binômio necessidade/possibilidade.

Isso significa dizer que, antes de arbitrar o valor dos alimentos é extremamente indispensável observar uma equidade dentro do binômio (necessidade-possibilidade) já que de nada adianta realizar uma análise quanto aos parâmetros alcançados se deixar de utilizar a proporcionalidade para vislumbrar o valor da fixação, sendo que os fatores necessidade, possibilidade deverão ser utilizados a cada caso.

A proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante é definida por Venosa (2014, p. 388) da seguinte forma:

As condições de fortuna do alimentando e do alimentante são mutáveis, razão pela qual também é modificável, a qualquer momento, não só o montante dos alimentos fixados, como também a obrigação alimentar pode ser extinta, quando se altera a situação econômica das partes. Com isso, pode ocorrer do alimentando passar a prover sua própria subsistência e o alimentante ter sua fortuna diminuída, ficando impossibilitado de prestar alimentos. Assim, nessas hipóteses, poderá ser proposta a ação revisional ou de exoneração de alimentos, porém, a decisão que concede ou nega alimentos nunca faz coisa julgada.

Logo, a busca da proporção é fundamental para que os alimentos sejam fixados de forma equilibrada, atentando-se aos limites das possibilidades daquele que se encontra na condição de responsável pela referida prestação sem deixar de procurar responder as necessidades daquele que os reclama.

Cumpra assinalar, por oportuno, que as prestações embora sejam fixadas pelo juízo, podem, com o decorrer do tempo, serem minoradas, majoradas ou até mesmo extintas, em caso de mudança das condições tanto do alimentante como do alimentado. Isso decorre do elemento da variabilidade da prestação dos alimentos.

Nessa perspectiva, não se pode olvidar jamais, de analisar o binômio: necessidade de quem pleiteia os alimentos x a possibilidade de quem os deve prestar. Sem esquecer também de observar o elemento da proporcionalidade.

Por fim, é salutar dizer que na ausência de algum dos pressupostos supramencionados, cessa para o devedor a sua obrigação pelos alimentos.

### 3. O DIREITO DO NASCITURO E A LEI 11.804/08

No presente capítulo, far-se-á uma análise acerca do início da personalidade jurídica do nascituro, através do estudo das teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

Diante disso, será possível compreender se o nascituro é possuidor de direitos na ordem civil e, assim, poderão ser fixados os alimentos gravídicos em seu favor.

Por fim, serão analisados os aspectos materiais e processuais da Lei n. 11.804/2008 com o fim de compreender todo o procedimento a ser adotado na referida demanda.

#### 3.1 Considerações relevantes ao nascituro

O termo nascituro deriva do latim “nasciturus” e significa aquele que há de nascer. França (2014, p. 221) afirma se tratar “da pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.

Ainda sobre o nascituro, Diniz (2010, p. 134), em seu *Dicionário Jurídico*, conceitua o nascituro como sendo “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”.

Esse conceito atrela-se à segunda parte do art. 2º, do Código Civil vigente, o qual dispõe 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 ressalva que se faz aos direitos do nascituro é motivo de polêmicas dentro da doutrina civilista e por isso, para melhor entendermos o assunto é necessário adentrarmos no conceito de pessoa, personalidade e capacidade civil.

O art. 1º do Código Civil preceitua que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Diante disso, é de bom alvitre trazer à baila a acepção do que vem a ser pessoa, para verificar quem é o titular dos direitos e deveres.

Conceituam Chaves e Rosenvald (2015, p. 257) o termo pessoa como:

A pessoa natural é gente, é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana. Daí a denominação abraçada pelo Texto positivado: pessoa natural, isto é, aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos.

Ademais, é importante ressaltar a distinção entre o termo personalidade jurídica e personalidade no âmbito psicológico. Quando se trata do primeiro consiste na possibilidade

de assumir direitos e deveres na ordem civil. Já o segundo conceito ocupa-se em determinar o modo de ser, agir e pensar de cada pessoa.

Acerca do assunto, Nader (2015, p. 231) também se manifesta:

A pessoa humana é um ser singularizado, que possui vida própria, individualizada e desempenha papel no âmbito da família e sociedade. Identifica-se por um conjunto de atributos, alguns comuns aos semelhantes e outros peculiares. Cada ente humano possui a sua personalidade e esta é o modo individual de ser da pessoa, suas características, seus valores e atitudes. Não há de se confundir a personalidade do ponto de vista da Psicologia – *maneira de ser, agir e de reagir* – da personalidade jurídica. Esta constitui a aptidão para ser titular de direito e de deveres na ordem Civil.

Ademais, é importante salientar que “inerente ao ser humano, a personalidade jurídica, todavia se estende à categoria das chamadas pessoas jurídicas, que são grupos de pessoas ou acervo de bens, formados consoante a lei, a quem a ordem jurídica confere personalidade”.

Diante disso, podemos chegar à conclusão de que toda pessoa natural é detentora de personalidade jurídica, podendo titularizar relações jurídicas. Para Chaves e Rosenvald (p.258, 2015):

É, pois, sujeito de direito. Contudo a personalidade tem uma medida para a prática de atos determinados, que é a capacidade. Assim qualquer pessoa humana pode ser titular de direitos e obrigações, porém nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente.

Portanto, entende-se que para ser exercida a personalidade jurídica é necessário que o sujeito possua capacidade jurídica. Enquanto a personalidade é absoluta, a capacidade pode ser relativizada, pois todo indivíduo “pode ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”.

A capacidade jurídica pode ser dividida em duas espécies: a capacidade de direito ou gozo e a capacidade de fato ou exercício. A capacidade de direito é aquela que todo ser humano possui, é a capacidade para ser sujeito. Portanto, é um atributo intrínseco à personalidade humana. Conforme Tartuce (2015, p. 66), “em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos”. Já a capacidade de fato é aquela para exercer direitos, ou seja, o próprio sujeito exerce seus direitos, ou quando não é possível, é assistido ou representado.

Em relação ao nascituro, é de fundamental importância indicar o início da personalidade jurídica, pois somente assim, é possível identificar se o nascituro é ou não titular de direitos dentro do nosso ordenamento jurídico.

A partir da análise do art. 2º, do Código Civil<sup>10</sup>, se inicia a personalidade da pessoa natural com o nascimento com vida, embora resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ademais, como leciona Chaves e Rosenvald (2015, p. 259):

Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *docimasia pulmonar*. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões que determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida.

Portanto, entende-se que o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico para aquisição da personalidade é o nascimento com vida, caracterizado pela entrada de ar nos pulmões e a separação do ventre materno, formando dois corpos, mãe e filho.

Não obstante os conceitos acima colacionados há uma grande divergência doutrinária acerca do início da existência jurídica do nascituro em razão da obscuridade do art. 2º do Código Civil. Diante de tal fato, surgiram três teorias que buscam uma melhor compreensão da posição jurídica do nascituro, quais sejam: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista, que serão explicadas a seguir.

### **3.2. Teorias acerca do início da personalidade do nascituro**

#### **3.2.1. Teoria natalista**

A teoria natalista interpreta de forma literal a primeira parte do art. 2º do Código Civil que afirma: “A personalidade civil começa da pessoa começa com o nascimento com vida”. Portanto, ao fazer essa exigência, o Código Civil não dá direitos ao nascituro, mas mera expectativa de direitos.

No entanto, o Código Civil, na segunda parte do referido artigo, põe a salvo alguns direitos do nascituro, dentre eles: direito a receber doação (art. 542<sup>11</sup>), direito à herança (art. 1.798<sup>12</sup>), direito a curador (art. 1.779<sup>13</sup>) e direito ao reconhecimento de filiação (art. 1.609, parágrafo único<sup>14</sup>).

<sup>10</sup> Código Civil: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>11</sup> Código Civil: “Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

<sup>12</sup> Código Civil: “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Para Cahali (2009, p.361), ao nascituro não é reconhecido o direito a alimentos pois “pendente a condição do nascimento com vida, o ser humano, ainda que concebido, não é titular da pretensão alimentícia, eis que permanece *mulieris portio vel viscerum*, sem individualidade própria de vida”.

A problemática acerca da referida teoria reside no fato de que não tratam o nascituro como pessoa, e em consequência, admite, então, que ele deve ser tratado como coisa. Ademais, a teoria natalista distancia-se das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião.

Sobre o assunto, confirma o entendimento Tartuce (2016, p. 216):

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Ademais, insta trazer à colação o Enunciado I, da I Jornada de Direito Civil, que desbanca totalmente a teoria natalista: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Com isso, observa-se que predominam os direitos da personalidade do nascituro, motivo pelo qual não deve prosperar a referida teoria.

### 3.2.2. Teoria da personalidade condicional

Para esta teoria, o nascituro somente possui personalidade com o nascimento com vida, embora seus direitos estejam salvaguardados por uma condição suspensiva, qual seja o nascimento daquele que foi concebido.

Corroborar com o entendimento Coelho (2012, p. 341), explanando: “A condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.

---

<sup>13</sup> Código Civil: “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

<sup>14</sup> Código Civil: “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Pode-se entender como fundamento dessa teoria o art. 130, do Código Civil: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar atos destinados a conservá-lo”.

Em suma, o nascituro tem uma expectativa de vida humana e, portanto, uma mera expectativa de direitos.

Adepto a esta teoria encontra-se o ilustre Monteiro (2009) o qual aduz:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A essa situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

O grande problema que envolve essa corrente doutrinária é que ela se prende a questões patrimoniais, não se atendo também aos direitos da personalidade do nascituro. Ademais, segundo Tartuce (2016, p.77), “os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente”. Portanto, diante da realidade atual, em que o Código Civil pugna por uma maior valorização da personalização, não merece prevalecer uma tese essencialmente patrimonialista.

### 3.2.3. Teoria concepcionista

A referida teoria afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e que, por isso, já possui personalidade jurídica, muito embora os seus direitos patrimoniais fiquem condicionados ao nascimento com vida.

Para Chaves e Rosenvald (2015, p. 261), essa teoria valoriza a pessoa humana, respeitando o ser humano e sendo compatibilizada com todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O nascituro já é titular de direitos da personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude.

Para uma melhor explanação acerca da tese, Diniz (2016, p. 363) classifica a personalidade jurídica em material e formal. A formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção. A material é aquela que mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.

Diante disso, afirma Almeida (2000, p.81) que:

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

Partindo de tal premissa, pode-se analisar que a corrente doutrinária em estudo é a que mais tem prevalecido em recentes jurisprudências do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a seguir colacionadas:

EMENTA DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º, e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos

direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido.

Portanto, diante do exposto, a teoria concepcionista é a dominante entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil brasileiro, uma vez que garante ao nascituro a proteção do principal direito fundamental – direito à vida. Esse direito vai ser garantido através do direito aos alimentos para que o nascituro tenha possibilidade de se desenvolver e possa ter um nascimento digno e saudável.

Com o fim de melhor satisfazer esse direito do nascituro, entrou em vigor a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como a Lei dos Alimentos Gravídicos, disciplinando o direito de alimentos à mulher gestante, objeto de discussão no próximo tópico deste Capítulo.

### **3.3. A Lei 11.804/08 e seus aspectos materiais e processuais**

A Lei 11.804/08 veio concretizar o direito do nascituro aos alimentos gravídicos. Esses consistem nos alimentos devidos ao nascituro e percebidos pela gestante durante o período de gravidez, com o fim de garantir o saudável desenvolvimento do nascituro. Spengler (2010, p. 710) aduz que “para que a gravidez seja levada a termo, ocorrendo o nascimento com vida do bebê, faz-se necessária uma série de cuidados que vão desde a alimentação da mãe, até acompanhamento médico através de consultas e da realização de exames”.

Nas palavras de Chaves e Rosenvald (2015, p. 716):

Os alimentos gravídicos dizem respeito à pensão fixada judicialmente, em favor do nascituro, destinada à manutenção da gestante durante o período de gravidez, cobrindo o natural aumento das despesas. Vale atentar para o fato de que os alimentos gravídicos levam em conta as despesas da gestante, mas

se destinam, em última análise, à manutenção digna do próprio nascituro. Afinal, ele depende da integridade física e psíquica dela.

Anteriormente à Lei de Alimentos Gravídicos, prevaleciam as regras da Lei nº. 5.478/68 (Lei de Alimentos) a qual obstava a concessão de alimentos ao nascituro, uma vez que exigia a comprovação do vínculo de parentesco, restando impossibilitada em casos de gravidez, por trazer riscos ao feto a perícia de DNA.

Todavia, ao longo dos anos, foi sendo reconhecido esse direito através da jurisprudência dos nossos Tribunais Pátrios e por meio de dispositivos como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, por força dos direitos fundamentais garantidos na nossa Carta Maior, já vinha sendo tendência jurisprudencial e doutrinária a possibilidade de concessão dos referidos alimentos desde a concepção, porque não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação somente após o nascimento com vida do nascituro.

Evidenciando o que foi exposto acima, colaciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da concessão de alimentos ao nascituro, anteriores ao implemento da Lei de Alimentos Gravídicos:

ALIMENTOS EM FAVOR DO NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido.

Portanto, a Lei 11.804/08 veio para preencher as lacunas da legislação anterior e conseqüentemente, concretizar os direitos fundamentais do nascituro desde a sua concepção, tais como o direito à vida e aos alimentos.

O art. 2º da referida lei traz um rol das despesas abarcadas pelos alimentos:

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

Insta mencionar que o rol é exemplificativo, uma vez que ao final, permite ao juiz adicionar outros tipos despesas que não àquelas mencionadas acima.

Ademais, em seu parágrafo único dispõe que “Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”. Assegura, portanto, o princípio da paternidade responsável, este de grande relevância social e almejado constitucionalmente. Fundamenta-se que as despesas não deverão ser suportadas somente por um dos genitores e sim, que sejam rateadas justa e igualmente – na medida de suas possibilidades – entre a gestante e o suposto pai.

Com relação à legitimidade ativa para propor a ação de alimentos ao nascituro, o art. 1<sup>o</sup><sup>15</sup> da lei em questão se refere à mulher gestante como parte legítima da demanda, fazendo com que a mesma figure no polo ativo até dar a luz ao seu filho. A partir daí a mesma age como representante do menor que acabou de nascer.

Acerca do assunto, ainda se observa que é aplicado o art. 53, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que “É competente o foro: II – de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos”. Logo, a gestante deverá ingressar com a ação em seu domicílio, em razão das condições especiais que esta vivencia no momento da propositura.

Ao ser proposta a ação, o réu será citado para apresentar resposta em cinco dias. A justificativa para ser um prazo menor de defesa é a busca por uma maior agilidade no processo, uma vez que a necessidade do nascituro existe desde a concepção, para um melhor desenvolvimento do mesmo.

Em razão disso, foi vetado o art. 9<sup>o</sup> da Lei n. 11.804/08, o qual determinava o termo inicial para concessão dos alimentos gravídicos que seria com a citação do alimentante. Entretanto, nas razões do veto, explana-se o quão dificultosa pode ser uma citação e, portanto, retardaria o cumprimento da obrigação. Então, a motivação do veto:

O art. 9<sup>o</sup> prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos seja devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.

---

<sup>15</sup> Lei n. 11.804/2008: “Art. 1<sup>o</sup>. Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante a forma como será exercido”.

Em relação ao meio de prova, a Lei 11.804/08 veio para facilitar essa garantia ao nascituro. Isto porque, anteriormente ao implemento da Lei de Alimentos Gravídicos, prevalecia o disposto na Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68) e esta exigia a comprovação do vínculo de paternidade.

Atualmente, a ação de alimentos gravídicos não exige essa prova pré-constituída e sim, apenas indícios da paternidade. Por esse motivo, foi vetado o art. 4º da Lei de Alimentos Gravídicos que dispunha sobre a gestante ter que provar, na petição inicial, a viabilidade de sua gravidez. No entanto, a gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro.

Todavia, o ônus de provar tais indícios cabe à gestante através de fotos, cartas, e-mails, recados em redes sociais, mensagens telefônicas, recibos de despesas durante o convívio do casal, testemunhas, dentre outras. Insta ressaltar que tal comando é disposto no art. 373, I, do Código de Processo Civil<sup>16</sup>, ao falar que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, com a ressalva nos casos de presunção de paternidade previstos no art. 1.597, do Código Civil<sup>17</sup>.

Para comprovar o indício de paternidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aceitou como prova as declarações postadas pelo suposto pai na rede social Facebook, além da declaração de mais duas testemunhas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos é de que a parte requerente demonstre "indícios de paternidade", nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08. O exame de tal pedido, em sede de cognição sumária, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, não deve ser realizado com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escorreita do alegado vínculo parental. Caso em que a mensagem postada pelo agravado no "facebook", à época em que a agravante engravidou, as declarações juntadas aos autos, bem como as declarações de duas pessoas, dando conta de que as partes mantiveram relacionamento público e estável, conferem verossimilhança à alegação de paternidade do réu e autorizam o deferimento dos alimentos gravídicos, em sede liminar. Os alimentos vão fixados em 20% da renda líquida do alimentante, na linha de precedentes desta Corte, que entendem suficiente o referido percentual para apenas um filho, sem necessidades especiais. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

---

<sup>16</sup> Código de Processo Civil: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito [...]".

<sup>17</sup> Código Civil: "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]".

Além disso, é de extrema importância que o juiz analise as provas da forma mais contumaz, com o objetivo de trazer mais segurança no deferimento do pleito. Justificando-se, assim, que a gestante seja impedida de obter os referidos alimentos ante a insuficiência de provas da paternidade alegada. Aduz, no mesmo sentido, Venosa (2013, p.390):

O discernimento do juiz no caso concreto torna-se fundamental ao se examinarem os indícios, que devem ser claros e veementes: não se pode negar a defesa do indigitado pai. Há que se coibir tanto a má-fé, situação que, em princípio, não permite que se aplique o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, ensejando perdas e danos.

Da análise de julgados dos nossos Tribunais Pátrios, convém destacar a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA FRÁGIL. DESCABIMENTO. 1. Somente quando existem indícios da paternidade é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até ser possível o exame de DNA. 2. Os elementos de convicção trazidos são muito frágeis para demonstrar que o recorrido seja o pai do nascituro, não sendo possível fixar liminarmente os alimentos gravídicos. 3. Sendo provisória a decisão, poderá ser revista a qualquer tempo, podendo ocorrer a fixação dos alimentos provisórios caso venham aos autos elementos de convicção suficientes. Recurso desprovido.

Ainda sobre o ônus da prova, resta impossibilitada a sua inversão, em razão de que o suposto genitor não pode exigir a realização da perícia genética durante a gravidez, por colocar em risco a vida do nascituro. Assim dispõe Dias (2016, p. 745):

Não há como impor a realização do exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

Corroboram com o mesmo entendimento os ilustres doutrinadores Chaves e Rosenvald (2015, p.715):

Conclui-se, com facilidade, portanto, que a genitora do nascituro não está compelida à realização do exame DNA, mesmo na hipótese de requerimento pelo réu da ação (o suposto pai). É que o juiz pode conceder os alimentos gravídicos com base em meros indícios (juízo de probabilidade) de paternidade, não se reclamando uma prova efetiva, nesse momento.

O suposto pai somente poderá fazer prova negativa da paternidade se comprovar a realização de vasectomia, esterilidade ou impotência. Além disso, poderá também demonstrar que, ao tempo da gravidez, não tinha relacionamentos com a mulher ou que a mesma também mantinha relações com outros homens. No entanto, não é possível o litisconsórcio passivo, no caso de a gestante ter se relacionado com mais de um homem, pois geraria incertezas quanto aos indícios de paternidade e assim, acarretaria a improcedência da ação.

É importante ressaltar que o art. 5º da Lei n. 11.804/08 foi vetado por retardar a demanda a qual necessita de celeridade ao afirmar que “recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas e requisitar documentos”.

Explana-se, então, a razão do veto:

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

Portanto, presentes os indícios da paternidade, o juiz fixará, desde já, os alimentos gravídicos. É o que dispõe o art. 6º da Lei n. 11.804/08: “Convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará os alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.

Acerca do assunto, discorre Freitas (2011):

Embora os critérios norteadores para a fixação do quantum sejam diferentes dos alimentos previstos no art. 1.694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, ou seja, é levado em consideração todas as despesas relativas a gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro.

Assim, se deve levar em consideração o binômio necessidade X possibilidade quando da fixação dos alimentos gravídicos. No entanto, se o suposto pai não possuir condições financeiras suficientes para cumprir com a obrigação, o encargo poderá ser transferido para os supostos avós paternos, em conformidade com o princípio da solidariedade. Tal princípio encontra-se esculpido no art. 1.698, do Código Civil:

Art. 1.698. 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.

Além disso, já existem entendimentos doutrinários acerca da possibilidade de serem estipulados dois valores diferenciados, um referente aos alimentos gravídicos prestados à gestante em benefício do nascituro e outro que passará a vigorar após o nascimento da criança com vida.

É salutar compreender também que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos convertem-se em pensão alimentícia em benefício do menor, sendo a mãe, portanto, sua representante legal. Além disso, tornam-se alimentos definitivos, caso não haja pedido de revisão ou de exoneração de alimentos.

Sobre o tema, discorre Chaves e Rosenvald (2015, p. 719):

O pedido de revisão de alimentos pode ser manejado pelo devedor ou pelo credor e, nesse particular, independe da alteração na premissa *necessidade de quem recebe X capacidade contributiva de quem paga*. Seria o exemplo de ampliação das necessidades do credor, após o seu nascimento, exigindo-se a aquisição de determinado medicamento ou de uma alimentação especial. A outro giro, o pedido exoneratório será formulado pelo devedor, cumprindo-lhe fazer prova efetiva de que não é o genitor. Não sendo formulado pedido de revisão ou de exoneração de alimentos gravídicos, haverá conversão em pensão alimentícia. Efetivamente, essa transformação dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia decorre da lei, independentemente da prova efetiva de filiação, tocando ao devedor a demonstração de que não é o pai ou de que não pode custear o pensionamento antes fixado.

A extinção da pensão gravídica se dá, automaticamente, nos casos de aborto, nas hipóteses de natimorto e ainda, quando, após o nascimento, há a comprovação de que a paternidade não é daquele que foi obrigado a pagar os alimentos gravídicos.

Ainda sobre a Lei 11.804/08, o art. 11<sup>18</sup> traz em seu caput a aplicação supletiva das Leis de Alimentos (Lei 5.478/68) e do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

Acerca da responsabilização da gestante em caso de não confirmação da paternidade, o projeto de lei propôs em seu art. 10 que “em caso de resultado negativo do exame pericial de

---

<sup>18</sup> Lei n. 11.804/2008: “Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nos 5.478, de 25 de julho de 1968, e 13.105, de 16 de Março de 2015 - Código de Processo Civil”.

paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”.

Entretanto, o citado artigo restou vetado, pelos motivos expostos a seguir:

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

Depreende-se do veto que a Lei de Alimentos Gravídicos adotou uma postura protetiva, em que prevalece a dignidade da pessoa humana, no caso, o nascituro, desde a sua concepção. Haverá, portanto, um conflito de direitos, de um lado a dignidade e vida do nascituro e do outro a questão patrimonial, a propriedade do devedor que foi indevidamente diminuída. Além disso, não há de ser negada a existência do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, porém há de ser questionada a sua aplicação absoluta, o que será melhor explanado no capítulo a seguir.

## **4 A responsabilidade civil da genitora x não confirmação da paternidade**

Neste capítulo, será feita uma abordagem sobre o instituto da responsabilidade civil em razão da ocorrência de um ato ilícito que, por consequência, gera o dever de reparar o referido dano.

Na situação ora em estudo, o ato ilícito praticado seria a falsa imputação da paternidade pela genitora durante o período gestacional.

Por isso, também será analisada a responsabilidade civil da genitora com fundamento na relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, uma vez que foi vetado a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu.

### **4.1 Noções básicas acerca do instituto da responsabilidade civil**

A concepção de responsabilidade civil sempre esteve atrelada à lesão de direito, ou seja, ao cometimento de um ato ilícito. Conceitua-se ato ilícito como o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Assim preleciona o art. 186, do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Depreende-se do supracitado artigo que o ato ilícito está atrelado a ideia de culpa. Esta se divide em sentido amplo (dolo) – quando o autor do dano age ou omite-se voluntariamente – e em sentido restrito – quando a ação ou omissão do sujeito causador do dano ocorre através de negligência ou imprudência.

Diante da ocorrência do ato ilícito, surge o dever de reparar o dano, isto é, nasce a responsabilidade civil. Esta é uma situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.

Assim também conceitua Tartuce (2015, p. 319):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.

Nesse contexto, verificou-se as finalidades da responsabilidade civil, quais sejam: função reparatória, punitiva e precaucional.

A função reparatória visa, precipuamente, ao ressarcimento da lesão sofrida pelo ofendido, retornando, pois, ao seu *status quo ante*. Tal reparação deve abranger todos os danos impostos à vítima, seja material ou moral, sendo possível a cumulação dessas modalidades. Assim também entende Chaves e Rosenvald (2015, p. 39-40):

Especificamente quanto ao ressarcimento, este assume a finalidade de neutralizar as consequências do ilícito. Enquanto a responsabilidade permite imputar um fato danoso a um sujeito, o ressarcimento, por sua vez, permite estabelecer o montante e o modo (ressarcimento pelo equivalente ou pela forma específica) em que se compensará o ofendido.

A finalidade punitiva da responsabilidade é própria da esfera criminal. No âmbito civil, nem sempre o dever de ressarcir impõe sacrifícios pessoais ao ofensor, principalmente quando integrante de classe social favorecida.

Já a finalidade precaucional consiste no fato de que a previsão legal de reparar o ato ilícito faria com que fosse inculcado na mente das pessoas a não praticar tal ato. Estabelece Nader (2016, p. 24) que “ao impor a obrigação de reparar os danos, as sentenças judiciais desenvolvem uma atividade pedagógica, educativa, evitando, em muitos casos, a prática de atos ilícitos”.

Constata-se, portanto, que a função primordial da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível, restando caracterizadas as funções reparatória e preventiva. Em relação à classificação da responsabilidade civil, divide-se em responsabilidade objetiva e subjetiva.

A responsabilidade subjetiva é baseada na teoria da culpa, ou seja, é aquela em que se exige a presença e demonstração da culpa para ser obtido o ressarcimento. Por isso, seus elementos devem ser a violação de um dever jurídico, o dano causado à vítima, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano além da culpa – demonstrada quando o sujeito tem a intenção de praticar o ato ou produzir o resultado – dolo – ou quando havia a intenção de praticar o ato, mas sem intenção do resultado – negligência ou imprudência. Essa é a responsabilidade abarcada pelo art. 186, do Código Civil de 2002<sup>19</sup>.

Já a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, é aquela em que a demonstração da culpa é prescindível, para que se possa exigir a reparação do dano. Para

---

<sup>19</sup> Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

tanto, são necessários apenas o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Encontra respaldo no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil<sup>20</sup> ao determinar que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nesta senda, passaremos a questionar o grande cerne da questão envolvendo os Alimentos Gravídicos prestados à gestante para manutenção do nascituro. Isto porque, quando da ocorrência do nascimento e realização da perícia do DNA, o suposto pai imputado como verdadeiro pode não ser o pai biológico.

A grande divergência gira em torno do ressarcimento dos valores pagos erroneamente pelo imputado à gestante, uma vez que restou vetado o art. 10, do Projeto de Lei o qual responsabilizava objetivamente a autora pelos danos materiais e morais causados ao réu. No entanto, debate-se acerca do ressarcimento ocorrer através da responsabilização subjetiva da genitora.

#### **4.2 A responsabilidade da genitora com a não confirmação da paternidade em sede de alimentos gravídicos**

Inicialmente, é importante rememorar que uma das características da obrigação alimentar é a irrepetibilidade dos alimentos. Não há nenhum dispositivo legal determinando que os alimentos pagos indevidamente não podem ser devolvidos. No entanto, é um princípio sedimentado na doutrina e jurisprudência com o único fim de proteger o alimentando em razão da natureza assistencial da prestação alimentar cujo destino é serem consumidos, e uma vez consumidos não possibilita de restituição.

Esse também é o posicionamento de Chaves e Rosenvald (2015, p. 690):

A premissa fundamental de que os alimentos estão presos ao direito à vida (digna), representando um dever recíproco de subsistência entre os parentes, os cônjuges e os companheiros, conduz à justificativa lógica do princípio da irrepetibilidade. Equivale a dizer: a quantia paga a título de alimentos não pode ser restituída pelo alimentando por ter servido à sua sobrevivência. Assim, mesmo vindo a ser desconstituído o título que serviu de base para o pagamento dos alimentos (é o exemplo de uma superveniente negativa de paternidade ou mesmo anulação do casamento), descaberá a restituição dos alimentos pagos regularmente, em face da regra da irrepetibilidade.

---

<sup>20</sup> Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Todavia, a maior parte dos estudiosos acerca dos alimentos já defendiam uma relativização do referido princípio, corroborada, então, por tribunais pátrios através de julgados recentes. Tal princípio encontra limites no dolo em sua obtenção bem como no erro quanto ao pagamento, caracterizando, nessas hipóteses, o enriquecimento ilícito por parte do alimentando.

Neste pórtico, traz-se à baila o argumento de Bonfim (2013), em entrevista ao portal do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família):

Portanto os alimentos não podem ser simplesmente irrepitíveis, deve haver uma flexibilização sobre esse entendimento, analisando caso a caso, evitando que injustiças terríveis sejam deflagradas, pois não sendo dessa forma, a função da justiça de promover a paz social não seria alcançada. Entendo que na hipótese de pagamento de verba alimentar por quem não deveria surge, para quem forneceu erradamente, a pretensão de ressarcimento que deve ser deduzida contra a mãe ou contra os responsáveis pela manutenção do alimentado. A relativização da irrepitibilidade dos alimentos na Lei 11.804/08 é necessária devendo ser analisada caso a caso e não como um dogma, uma vez que as relações jurídicas devem ser norteadas pelos princípios constitucionais e diante da repetida aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como das cláusulas gerais do direito como a boa-fé, e tornar essa regra inflexível, seria desafiar esses princípios.

Por isso, é nesse contexto de relativização do princípio da irrepitibilidade que nasce a possibilidade de responsabilização da genitora, quando há a confirmação da não paternidade do pai imputado, uma vez que concebível a restituição dos valores pagos indevidamente a título de alimentos.

Porém, o problema surge ao ser questionado como será feita tal responsabilização em razão do veto ao art. 10, da Lei 11.804/08 a qual responsabilizava a gestante objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu. O motivo do veto encontra respaldo na ideia de que seria um ato atentatório contra o livre exercício do direito de ação, intimidando a gestante a ingressar em juízo pelo simples fato de que, se não obter êxito, teria que indenizar o réu.

Neste pórtico, ficaria desamparado o pai falsamente imputado o qual teve prejuízos de toda a ordem com os gastos despendidos àquela mulher, que não trazia dentro de si o seu filho. Surge, assim, um conflito de direitos entre a dignidade da pessoa humana e o patrimônio do suposto pai.

Diante da impossibilidade da aplicação de responsabilidade objetiva, surgem divergências acerca de como será solucionado o conflito supracitado. No entanto, a doutrina majoritária defende o emprego da responsabilidade subjetiva, esculpida no art. 186 e 187, do Código Civil de 2002.

Já a outra parte da doutrina defende que não há responsabilização da gestante, uma vez que os alimentos têm caráter irrepitível. Chaves e Rosensvald, grandes defensores dessa corrente, explana da seguinte maneira o tema (2015, p.720):

Não é demais sublinhar que os alimentos gravídicos, seguindo a trilha dos alimentos em geral, são irrepitíveis, não sendo possível reclamar o seu ressarcimento mesmo que comprove, posteriormente, não ser o réu o genitor do nascituro-beneficiário. E é justificável esse posicionamento, afinal de contas os alimentos, na hipótese, são fixados com base em juízo de probabilidade (indícios) e servem para a subsistência, a manutenção do credor, não sendo possível recobrá-los. (...). Com efeito, havendo indícios de paternidade, já se justifica a concessão dos alimentos gravídicos, a partir do princípio da paternidade responsável, insculpido constitucionalmente.

Trazer como verdade absoluta a irrepitibilidade dos alimentos no que diz respeito aos alimentos gravídicos é retroceder à aplicação da Lei nº. 5.478/68, anterior à Lei 11.804/08 onde veio para inovar e preencher lacunas da lei supracitada. Isto porque a irrepitibilidade foi criada na Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/68) com a finalidade de abranger situações genéricas derivadas da obrigação alimentar decorrente desta lei, ou seja, alimentos fixados para indivíduos já nascidos, diferentes, pois, do nascituro.

Além disso, tal princípio encontra aplicabilidade quando há certeza do vínculo de parentesco, através de perícias genéticas. Em observância ao exposto anteriormente, isso não ocorre quando da fixação dos alimentos gravídicos, que é fixado com base apenas em indícios de paternidade, sendo impossível a realização do exame de DNA por ser prejudicial ao feto.

Portanto, revela-se arriscado a aplicação absoluta do princípio da irrepitibilidade dos alimentos, sendo viável a sua relativização.

No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, conforme mencionado alhures, depende da comprovação da culpa, seja ela a culpa em sentido estrito – negligência ou imprudência – seja o dolo, quando há a intenção de provocar o dano.

Neste sentido, defende Silva (2008, p. 30) em seu artigo acerca dos Alimentos Gravídicos:

No entanto, a solução existe, já que o veto ao art. 10 foi realizado porque o artigo estabelecia a responsabilidade objetiva da autora da ação, o que lhe

imporia o dever de indenizar independentemente da apuração da culpa e atentaria contra o livre exercício do direito de ação, mas permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do art. 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução.

Não obstante a responsabilidade subjetiva ser a solução mais viável no que diz respeito ao ressarcimento de valores pagos indevidamente, ainda há divergências quanto a aplicação do dolo ou da culpa em sentido estrito. Isto porque a autora poderá responder civilmente apenas nos casos em que agir de maneira dolosa ou quando comprovada a má fé, ou seja, quando o abuso de direito for atestado e premeditado ou se ela também responderá quando agir com culpa em sentido estrito, ou seja, quando praticar o ato com negligência ou imprudência.

A culpa em sentido estrito é conceituada como aquela em que há a violação a um dever preexistente, mas não houve propriamente uma intenção de violar tal dever jurídico. Assim também entende Cavalieri Filho<sup>21</sup> (2007, *apud* TARTUCE, 2015, p. 377):

Em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito.

Em se tratando dos alimentos gravídicos, resta caracterizada a culpa em sentido estrito quando a genitora imputa a paternidade a um suposto pai, com a certeza de que ele é o verdadeiro pai. No entanto, à época da concepção, manteve relações sexuais com outros homens, não sendo o demandado o único possível genitor.

Há que se observar que, nos dias atuais, os relacionamentos são cada vez mais temporários e temerários. Por conseguinte, há um número maior de gestações indesejadas em que a mãe não sabe quem é o verdadeiro pai de seu filho.

E assim, é diante desse contexto, que parte da doutrina não recepciona a responsabilização da gestante quando caracterizada a culpa em sentido estrito. Por ser cada vez mais comum a ocorrência de relacionamentos infielis, a genitora se veria desencorajada a ingressar em juízo, uma vez que qualquer culpa, até mesmo a levíssima, poderia gerar o

---

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

direito de indenizar o réu. Observa-se, portanto, uma clara afronta ao livre exercício do direito de ação.

Ainda sobre o obstáculo de ingressar em juízo, se considerada a culpa em sentido estrito, também estaria deixando de lado a finalidade da Lei 11.804/08. Justificando-se por ter a referida lei o fim de garantir a proteção do nascituro possibilitando uma melhor gestação à mãe. Portanto, se a mãe não ajuizar a ação, estará desamparada, podendo vir a ter uma gravidez difícil, por não ter condições suficientes de se manter sozinha, ferindo, também, o princípio da paternidade responsável.

No entanto, há que se observar que os nossos Tribunais Pátrios, em julgados recentes, entendem pela culpa em sentido estrito ao fazer uma análise minuciosa do caso concreto.

Assim relatou Piovezani (2013, p. 27):

A Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo condenou uma mulher a indenizar no valor de dez mil reais o ex-companheiro que pagou pensão alimentícia por um longo tempo a um menino do qual acreditava ser o pai. O homem ingressou na justiça pedindo a restituição dos valores pagos indevidamente a título de pensão, e pagamento por danos morais após ficar comprovado através do exame de DNA a negativa de paternidade. Os pedidos feitos pelo autor da ação foram negados em primeira instância, e o autor recorreu alegando ter sido traído pela ex-mulher. De acordo com o relator do recurso, Edson Luiz de Queiroz, ainda que nada indique o dolo por parte da ré, ao omitir que teve um relacionamento paralelo com outro homem, à mulher não agiu com transparência. Em seu voto afirmou que: 'Pouco importa se ela acreditava ser o autor o pai da criança. As questões enfrentadas ultrapassam o aspecto jurídico, atingindo aspectos morais e éticos, que devem prevalecer em todas as relações, notadamente das de família'. Para o relator a ré agiu com culpa, ocasionando ao autor prejuízo não só de ordem econômica como moral. O julgamento foi unânime e ocorreu no mês de Setembro de 2013. O Tribunal de Justiça de São Paulo não informou o número do processo.

Corroborando com o entendimento o Tribunal de Justiça de São Paulo, com o julgado a seguir colacionado:

DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO DE FALSA PATERNIDADE. Ré que imputou paternidade ao autor, sendo que manteve relação com outro homem no mesmo período. Autor que, posteriormente, descobriu não ser pai do menor por exame de DNA. Culpa da ré configurada. Não cumprimento do dever de cuidado, decorrente da ciência de que outro homem poderia ser o pai da criança. Danos morais caracterizados. Situação que gerou transtorno emocional, e abalo anímico. Configuração de todos os elementos da responsabilidade civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelante: R.S.B., Apelado: R.W.K, Ap. Cível nº. 0028830-09.2010.8.26.0007, 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ 04/04/2014).

É de bom alvitre constatar que tais jurisprudências não dizem respeito a alimentos prestados durante a gravidez e sim, após o nascimento, motivo pelo qual podem não ser consideradas pela doutrina majoritária que defende a responsabilização somente através do dolo, por ser a solução mais viável.

Passando a analisar o dolo, podemos caracterizá-lo como sendo a vontade de violar o dever jurídico e que é dirigida para o ato e também para o resultado. Diante disso, configura-se o abuso do direito, esculpido no art. 187 do Código Civil que estabelece: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

França<sup>22</sup> (1977, p.45, *apud*, TARTUCE, 2015, p. 343) define o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Na mesma esteira, Tartuce (2015, p. 343) estabelece:

Em continuidade de estudo, para que o abuso de direito esteja presente, nos termos do que está previsto na atual codificação privada, é importante que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda a um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito.

Com relação aos alimentos gravídicos, o abuso de direito será determinado quando a mãe sabe que o réu não é o verdadeiro pai e, mesmo assim, se aproveita do seu livre exercício do direito de ação para ingressar em juízo e lograr auxílio financeiro do falso imputado.

Verifica-se também, neste caso, a litigância de má-fé da genitora ao acionar o Judiciário para fins ilícitos, devendo, portanto, gerar a reparação.

Pelo exposto acima acerca da problemática no emprego da culpa em sentido estrito, os doutrinadores defendem majoritariamente que a autora deverá responder subjetivamente quando da não confirmação da paternidade apenas quando comprovado o dolo e a má-fé da genitora.

Neste sentido, afirma Dias (2016, p. 973-974):

O ponto que gera maiores questionamentos diz com a possibilidade de a paternidade ser afastada. A preocupação é recente, mas este risco sempre existiu, ao menos desde o momento em que a justiça passou a fixar os alimentos provisórios mediante indícios de vínculo parental. Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de improcedência da ação, cabe

---

<sup>22</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de má-fé ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de danos morais. O eventual pedido indenizatório há que ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido o seu nascimento.

Para confirmar tal entendimento, Chaves e Rosenvald esclarecem (2015, p. 720):

De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral, somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. Ou seja, trata-se, a toda lógica, de hipótese de responsabilidade subjetiva, com o ônus de prova recaindo sobre o suposto pai. (...). Não basta, destarte, a simples comprovação de que o réu não é o pai. É preciso mais que isso, sendo mister provar a má-fé ou o dolo da genitora.

Nesta senda, após concluir pela responsabilização da gestante quando comprovado seu dolo ou má-fé, passaremos a discutir acerca do ressarcimento através do dano material e moral.

Para a configuração do dever de ressarcir, o elemento mais importante é o dano. Isto porque sem a prova do prejuízo causado à vítima surgirá um fato impeditivo inexistindo, pois, um fundamento para a reparação. A ação de indenização não deverá prosperar por falta de objeto. Desta forma explana Tartuce (2015, p. 406) que “como é notório, para que haja pagamento de indenização, além da prova da culpa ou dolo na conduta, é necessário, normalmente, comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém”.

Em relação ao dano material, este consiste na deterioração ou perda de coisas ou valores, além dos prejuízos decorrentes dos lucros cessantes, ou seja, aquilo que se deixou de ganhar.

Já os danos morais são as práticas que constroem, injustamente, outrem, causando-lhes sofrimento na esfera espiritual. São os que atingem a honra, nome, reputação além de ferir os sentimentos mais profundos da pessoa humana, resultando em um atentado aos direitos da personalidade. Podem ser configurados através de injúria, calúnia, difamação, homicídio de parentes próximos, cônjuges ou companheiros, entre outros.

Em sua obra, Nader (2016, p. 30) discute acerca da aplicação dos danos materiais e morais atualmente:

No passado, muitos doutrinadores entendiam que apenas os danos materiais seriam passíveis de reparação, pois a dor moral considerava-se insuscetível de avaliação pecuniária. Prevaleceu entendimento oposto, sob o fundamento

de que realmente a dor moral não teria preço, mas caberia às vítimas uma compensação. A prática desta reparação não seria apenas justa, mas ainda exerceria função preventiva, desestimulando a conduta atentatória à honra e aos sentimentos morais das vítimas. A jurisprudência, sensível aos imperativos da justiça e a tendência do Direito Comparado, mais uma vez abriu caminho para o legislador.

Ainda sobre o tema, muito foi discutido a respeito da cumulação dos danos materiais e morais. No entanto, atualmente, tal questão é pacífica fundamentada pela Súmula nº. 37, do Superior Tribunal de Justiça que estabelece que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

É importante ressaltar que a supracitada Súmula é aplicada no caso ora em debate, qual seja, o dever de reparar material e moralmente o pai falsamente imputado.

Nesta senda, para a adequada instrumentalização da responsabilidade civil, imperiosa se faz a demonstração dos danos pelo injustamente demandado na ação de alimentos gravídicos.

Para a comprovação do dano material, basta a apresentação do título judicial que fixou os alimentos, além, claro, de comprovantes da quantia paga indevidamente. Para isso, o demandado pode utilizar-se de descontos em folha de pagamento, extratos de depósito bancário, recibos assinados pela genitora, bloqueios judiciais, dentre outros.

Já com relação ao reconhecimento do dano moral, a questão é bem mais complexa. Isto porque, nos dias atuais, o dano moral encontra-se totalmente banalizado, pois qualquer situação pode gerar ofensa à honra e imagem da pessoa humana, principalmente nas relações familiares. Tendo em vista o vínculo emocional que envolve tais relações, o motivo da indenização moral pode não ser legítimo e sim, derivado de ódio, ciúme, mágoa, vingança, dentre outros.

Portanto, o magistrado deve ter uma maior cautela ao analisar as provas que serão carreadas aos autos pelo pai falsamente imputado, visando aferir quais realmente feriram a honra ou prejudicou sua imagem perante terceiros.

Pode ser apresentada como exemplo de comprovação do dano moral situações em que a falsa imputação de paternidade pode vir a destruir casamentos, uniões estáveis, relações entre pais e filhos, dentre outros.

Noutro pórtico, alguns doutrinadores defendem a hipótese de o falsamente imputado responsabilizar também o pai verdadeiro. Inclusive sustentam que tal solução seria a mais justa e adequada uma vez que por ter a genitora que recorrer à justiça em busca dos alimentos, já resta comprovada a sua condição de pobreza, logo, também não terá condições de restituir

os valores. Além disso, cabe ao verdadeiro pai cobrir as despesas gestacionais e adicionais, efetivando-se, assim, o princípio da paternidade responsável.

Assim defende Cahali<sup>23</sup> (2009, *apud*, AMORIM, 2012):

Assim, admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente se fizer a prova no sentido de que cabia a terceiro a obrigação alimentar, pois o alimentando, utilizando-se dos alimentos, não teve nenhum enriquecimento ilícito. A norma adotada pelo nosso direito é a seguinte: quem forneceu os alimentos, pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do seu valor de terceiro que realmente devia fornecê-lo.

Por todo o exposto, ainda que o legislador tenha excluído a responsabilidade objetiva da gestante com o veto do art. 10, da Lei nº. 11.804/08, persiste a responsabilidade subjetiva, sendo possível a reparação material e moral do pai falsamente imputado.

No entanto, é de bom alvitre rememorar que tal responsabilização somente será possível com a comprovação do dolo da genitora, ou seja, é necessário a comprovação de que a mesma tinha certeza que o demandado não era o verdadeiro pai da criança. A aplicação da culpa em sentido estrito, no caso de negligência ou imprudência da gestante, deve ser levada em consideração somente após uma análise minuciosa do caso concreto.

Ademais, a condenação por litigância de má-fé e a responsabilização do verdadeiro pai podem ser citadas como maneiras alternativas de reparar os danos sofridos por aquele que prestou os alimentos gravídicos, porém, não os devia.

---

<sup>23</sup> CAHALI, Youssef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a incidência da Lei nº. 11.804/2008 e as consequências que tal Lei traz para o nascituro, a gestante e o pai imputado. Ademais, adentrou-se ao estudo da responsabilidade civil quando da não confirmação da paternidade após o nascimento, o grande problema quando se trata do referido tema.

Para tanto, realizou-se um breve estudo acerca dos alimentos no Direito de Família Brasileiro. Chegou-se à conclusão de que os alimentos devem ser prestados ao necessitado de acordo com o binômio necessidade X possibilidade (necessidade do menor e possibilidade econômico financeira do pai).

No entanto, a dúvida surgia quando se discutia a respeito da possibilidade de concessão dos alimentos em favor do nascituro, uma vez que a Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968) estabelecia que a obrigação alimentar somente deveria ser prestada com a comprovação do vínculo de parentesco.

Portanto, para chegar-se à solução desse problema suscitado, necessário se fez a análise em relação à posição jurídica do nascituro dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Dentre as teorias utilizadas para explicar o tema, afirmou-se o que melhor garante o direito à vida e a dignidade da pessoa do nascituro, é a teoria concepcionista. Isto porque ela reconhece o nascituro como titular de direitos, ou seja, ele é detentor de direitos da personalidade, ficando o conteúdo patrimonial condicionado ao nascimento com vida.

Diante da teoria concepcionista, nasce a possibilidade de fixação da obrigação alimentar ao nascituro. No entanto, ainda com o entrave quanto à comprovação da paternidade através de perícia genética, visto que se considera muito invasivo e traz riscos ao feto a realização do exame de DNA durante a gestação. Por isso, ainda era muito dificultoso a fixação dos alimentos gravídicos. Para tanto, foi criada a Lei nº. 11.804/2008 com o fim de proporcionar uma gestação melhor à gestante em razão do natural aumento das despesas.

Conclui-se, portanto, que a referida Lei veio para preencher as lacunas acerca do direito do nascituro quanto aos alimentos, possibilitando-o a recebê-lo para garantir o seu direito mais fundamental, qual seja, o direito à vida.

A Lei, objeto de debate do estudo, também inovou ao determinar que os alimentos seriam fixados pelo juiz baseados apenas em indícios de paternidade tais como fotos, mensagens em redes sociais, dentre outros. Dessa forma, o entrave suscitado anteriormente quanto à perícia genética encontrou a sua solução.

Não obstante a referida Lei surgir para proteção ao nascituro, a mesma trouxe uma enorme lacuna quanto à responsabilidade civil da genitora quando o pai não for confirmado após o nascimento.

O projeto de Lei continha em seu artigo 10 que a genitora seria responsabilizada objetivamente em relação aos danos materiais e morais infligidos ao pai falsamente imputado. No entanto, restou vetado tal artigo por ser considerado uma norma intimidadora e obstar o livre exercício ao direito de ação.

Apesar do caráter irrepitível dos alimentos, o suposto pai não deve ficar desagasalhado pela justiça. Além disso, a fixação dos alimentos gravídicos já traz uma insegurança ao pai por serem fixados com base apenas em indícios de paternidade. Logo, ele necessita de proteção aos seus direitos.

Para tanto, analisando o instituto da responsabilidade civil, entendeu-se que tal conceito está atrelado a ideia do cometimento de um ato ilícito e que este depende da comprovação da culpa em sentido estrito ou do dolo.

A principal função da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível. Assim, a responsabilidade civil se divide em objetiva e subjetiva.

No entanto, surge outra discussão acerca da comprovação da culpa, uma vez que esta divide-se em culpa em sentido estrito – quando ocorre negligência ou imprudência – e dolo – quando há a intenção do cometimento do ato ilícito.

Analisando também o papel da genitora no caso, conclui-se pela aplicação da responsabilidade subjetiva apenas quando houver a comprovação de que a mãe teve a intenção de prejudicar o réu, ou seja, quando ela sabia que o pai imputado não era o verdadeiro pai.

Ademais, verifica-se também ser possível a responsabilização civil da genitora através da culpa em sentido estrito, em situações extremamente excepcionais. Isto posto, o juiz deve analisar minuciosamente o caso concreto para que não haja injustiça em sua decisão, uma vez que a culpa em sentido estrito se caracteriza por não ser a vontade da genitora em imputar falsamente a paternidade.

Também podem ser colocados como meios alternativos do ressarcimento do dano a possibilidade de ser acionado o verdadeiro pai pelo falsamente imputado. Além disso, a genitora pode ser condenada à litigância de má-fé, por acionar o Judiciário com conhecimento de que estava cometendo um ato ilícito.

Por todo o exposto, estas são as respostas ao problema que se depreendem mais razoáveis, uma vez que se coadunam com o interesse de ambas as partes, solucionando o conflito de interesses levantado anteriormente. Este estudo servirá para embasamento de pesquisas, sendo uma fonte de pesquisa para estudantes do direito, comunidade acadêmica e afins que se preocupe em analisar e estudar sobre o tema proposto. Assume-se a evidência de estar de o mesmo estar aberto a complementos futuros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agravo de Instrumento Nº 70069987790**. Relator: Rui Portanova, Tribunal de Justiça do RS, 2016. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento Nº 70065904088 A**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Tribunal de Justiça do RS, 2015. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento nº. 70018406652**, Relator: Maria Berenice Dias Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 11.804/2008**, 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/111804.htm). Acesso em: 26 Jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 24 Jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 26 Jan. 2017.

BRASIL. **Recurso Especial Nº 1.415.727/SC**. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 24 jan. 2017.

BATISTA, Raissa Nikele. **Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade**. Disponível em: <http://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-os-direitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 01 Jul. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHALA, Bárbara Guerra. **Alimentos Gravídicos e a responsabilidade civil pela não confirmação da paternidade**. Disponível em:

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_1/barbara\\_chala](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/barbara_chala). Acesso em: 30 Jan. 2017.

CHAVES, Cristiano / ROSENVALD, Nelson / PEIXOTO, Felipe. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, vol. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA SILVA, Dannel Gustavo Bonfim Araújo. **A irrepitibilidade da verba alimentar X boa fé**. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5138/Entrevista%3A+a+irrepitibilidade+da+verba+alimentar+X+boa+f%C3%A9>. Acesso em: 01 Jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Alimentos Gravídicos?** Disponível em:

[http://mariaberenicedias.com.br/uploads/27\\_-\\_alimentos\\_grav%EDdicos.pdf](http://mariaberenicedias.com.br/uploads/27_-_alimentos_grav%EDdicos.pdf). Acesso em: 20 Jun. 2017.

DONA, Géssica Amorim. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade**. Disponível em:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12117](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12117). Acesso em: 01 Jul. 2017.

DONIZETTI, Elpídio / QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13 ed. São Paulo. Atlas: 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil 6: Família**. 7 ed. São Paulo. Atlas: 2015.

FILHO, Paulo Takashi Sawaki. **A relativização do princípio da irrepitibilidade dos alimentos em decorrência da má fé e do enriquecimento sem causa**. Disponível em:

<http://happyslide.org/doc/207425/a-relativiza%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-irrepitibilidade-dos>. Acesso em: 02 Jul. 2017.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: Curso Completo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros reflexos**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468)>. Acesso em: 02 Jul. 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1 Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil 6: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08**. Disponível em:

[http://www.acadfcampinas.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16:alimentos-gravidicos-aspectos-da-lei-1180408&catid=1:artigos&Itemid=12](http://www.acadfcampinas.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16:alimentos-gravidicos-aspectos-da-lei-1180408&catid=1:artigos&Itemid=12). Acesso em: 01 Jul. 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6ed. São Paulo: Forense, 2015.

MEDEIROS, Guilherme Luiz Guimarães. **A natureza jurídica dos alimentos**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/a-natureza-juridica-dos-alimentos/>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil 1: parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil 5: direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil 7: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Sebastião de Assis / DE JESUS, Marcelo / DE MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil Volume Único**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

PIOVEZANI, Gabriela. **Alimentos gravídicos: alguns aspectos materiais e processuais**. Disponível em:

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013\\_2/gabriela\\_piovezani.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/gabriela_piovezani.pdf). Acesso em: 24 Jan. 2017.

PRAZERES, Thiago. **Responsabilidade civil da gestante quanto a negativa de paternidade nos alimentos gravídicos**. Disponível em:

<http://thiagoprazeres.jusbrasil.com.br/artigos/371539072/responsabilidade-civil-da-gestante-quanto-a-negativa-de-paternidade-nos-alimentos-gravidicos>. Acesso em: 01 Jul. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Manual de Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Forense. 2014.

ROSENVALD, Nelson / FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil 6: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Diego Gonçalves. **A aplicabilidade dos alimentos gravídicos e sua eventual repetição no erro contra o suposto genitor**.

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013\\_1/diego\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/diego_silva.pdf). Acesso em: 24 Jan. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/alimentos-gravidicos/>. Acesso em 01 Jul. 2017.

SOUSA, Roberta Tassinari de. **Análise crítica sobre a lei de alimentos gravídicos e a insegurança trazida ao suposto pai**. Disponível em: <http://srvwebbib.univale.br/pergamum/tcc/Analisecriticasobrealeidealimentosgravidicoseainsegurancatrazidaaosupostopai.pdf>>. Acesso em: 02 Jul. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1415727/SC, 4a Turma, Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. Ed. São Paulo: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil Volume Único**. 6 ed. São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

