

A LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O ACESSO À JUSTIÇA

THE BRAZILIAN LAW FOR GRAVIDIC FOOD AND THE ACCESS TO JUSTICE

JÉSSICA HIESL DE OLIVEIRA¹
PRISCILA KUTNE ARMELIN²

RESUMO: O presente artigo apresenta um estudo objetivo sobre a Lei de Alimentos Gravídicos (Lei n° 11.804/2008), destacando seus pontos controversos e pontuando os direitos tutelados, observando-os sempre à luz dos direitos da personalidade. Trata-se de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, baseada, principalmente no método teórico. Também foram utilizados os métodos histórico, hipotético-dedutivo e dialético para melhor análise dos dados coletados. Com o estudo dos princípios basilares do Direito, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, foram analisados os direitos de personalidade do nascituro em contrapartida com os direitos da personalidade do suposto pai, uma vez que na Lei de Alimentos Gravídicos, aqueles foram protegidos e os direitos deste, suprimidos. Concluiu-se, assim, que quando dois direitos de igual patamar estão em conflito, o que tiver maior relevância deve prevalecer; o direito à vida do nascituro. Deste modo, para protegê-lo, é essencial a concessão de alimentos ao ser ainda em formação, mesmo que, para isso, se tenha cerceado outros direitos da personalidade, resguardados ao suposto pai.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Direitos da Personalidade. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The present objective study aims at analyzing the Brazilian Law for Gravidic Food (Law n° 11.804/2008), highlighting its controversial aspects and pointing out its protected rights, based on the personality rights. The kind of research carried out was mainly bibliographical research, supported by the theoretical method. The historical, hypothetical-deductive and dialectical methods were also used for analyzing the data. Finally, by studying the law fundamental principle, mainly the principle of human dignity, the fetus's personality rights were analyzed, as in contrast to the supposed father's, once in the Law for Gravidic Food the former ones are protected over the latter one, who had his rights suppressed. It could be concluded therefore, that when two rights on the same level are in conflict, the most relevant one should prevail, the fetus's right to be born. In order to protect it, it is essential to provide it food, even though other personality rights are restricted, such as the supposed father's.

Key-words: Gravidic Food. Personality Rights. Access to justice.

Sumário: Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 A evolução da concessão dos direitos ao nascituro - 2.1.1 As divergências acerca do início da personalidade jurídica do nascituro - 2.2 Os alimentos gravídicos como forma de política públicas – 2.2.1 O acesso à justiça - 2.3 Índícios de paternidade e a responsabilidade civil – 2.4 Desconhecimento da lei pela sociedade - 3 Considerações finais – Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana de Maringá (2011), onde foi laureada pelo desempenho obtido. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2013). Assessora de Promotor no Ministério Público do Estado do Paraná, Vara de Família (2012-2014). Conciliadora do Juizado Especial de Maringá (2014-2016). Email: jessicahiesl@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Professora da Graduação e Pós-Graduação; Coordenadora do Curso de Direito com Ênfase em Políticas Públicas da Faculdade Metropolitana de Maringá. Conselheira da OAB/Maringá, membro da Comissão da Educação Jurídica da OAB/PR. Advogada. Email: priscila@unifamma.edu.br

INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro sempre foi objeto de discussão, tendo em vista que o vigente Código Civil apenas o resguardou no art. 2º, o qual, pelo fato de ter interpretação ambígua, delegava unicamente ao magistrado, a possibilidade de reconhecer ou não o direito à justa proteção quando da análise do caso concreto.

Com a evolução do Direito e, decorrente desta, o aperfeiçoamento dos estudos e pesquisas dos juristas e legisladores, passou-se a reconhecer, pouco a pouco, os direitos do nascituro, não importa se advindo, ou não, do casamento, tornou-se pacífico que ele é detentor dos direitos da personalidade. Entretanto, quanto ao início da proteção jurídica do nascituro, não obstante a criação da Lei de Alimentos Gravídicos, a discussão perdura, hodiernamente, não existindo entendimento pacífico sobre tão importante assunto.

Após o desenvolvimento histórico, até os dias atuais, correlaciona-se a criação da Lei de Alimentos Gravídicos com as políticas públicas, isto é, o Estado delega a terceiro algo que é de seu dever, permitindo o acesso à justiça da gestante, como proteção indireta ao nascituro.

Neste artigo, a Lei de Alimentos Gravídicos é pormenorizada, nos planos materiais e processuais, com o objetivo de demonstrar sua aplicabilidade e eficácia na atualidade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A EVOLUÇÃO DA CONCESSÃO DOS DIREITOS AO NASCITURO

Na legislação brasileira, foi a Constituição Federal de 1988, a primeira a assegurar a filiação, quando reconheceu no bojo de seu art. 226³ a família como base da sociedade e concedeu à criança muitos direitos, dentre eles, o mais importante, o direito à dignidade, de onde derivam todos os demais.

A sua origem no Direito Romano traduz-se em um direito marcadamente preconceituoso, o filho que não adviesse da cerimônia religiosa do casamento não

³ CF, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

eram considerados como filhos; não portavam o nome da família, tampouco eram considerados herdeiros do pai. Também não eram considerados filhos legítimos os que nascessem durante o matrimônio, porém concebidos antes deste. Não só princípios legais eram quebrados, mas principalmente, os princípios humanitários, disseminados no seio da sociedade.

Prova disso é o conteúdo da Lei das XII Tábuas, elaborada 450 anos antes de Cristo que, em seu bojo, não discriminava o aborto, pelo fato de o nascituro não ser considerado ser autônomo. Como se não bastasse, a Lei das XII Tábuas permitia, do mesmo modo, a morte dos filhos recém-nascidos, considerados na tábua IV⁴ como simples posse do pai.

Outra prova de que há muito tempo já se havia menção à figura do nascituro, é a passagem contida na Bíblia, mais especificamente no Salmo 139 escrito pelo Rei Davi, que destacava todo conhecimento de Deus acerca da formação do nascituro, desde a sua concepção. Senão vejamos:

[...] pois tu formaste o meu interior, tu me teceste no seio de minha mãe. Graças te dou, visto que por modo assombrosamente maravilhoso me formaste [...]. Os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui formado, e entretecido como nas profundezas da terra. Os teus olhos me viram a substância ainda informe.

Sendo assim, a cada documento ou lei que surgia, mais um direito era concedido, até que restasse estabelecida a igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos. Hoje, tem-se um arcabouço vasto de leis que asseguram todos os direitos concedidos aos filhos legítimos, inclusive aos concebidos fora do casamento, tais como, a Lei Magna de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, a Lei de Alimentos, a Lei de Investigação de Paternidade e também, a Lei de Alimentos Gravídicos. Todas são leis que demonstram, de forma contundente, a vontade do legislador em conferir proteção integral a todas as crianças; advindas do casamento ou não, todas devem ser tratadas de forma igualitária pelo Estado.

Os direitos da personalidade são aqueles que transcendem a positivação; vão muito além, não podem estar condicionados a uma norma ou a um critério formal, já que são direitos inerentes à condição humana e, assim, não podem ser limitados.

⁴ LEI DAS XII TABUAS. TÁBUA IV. Do pátrio poder e do casamento. 1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.

É indiscutível o fato de que a evolução da sociedade é mais rápida do que a lei e, assim, a sociedade reclama novas formas de proteção pela legislação após longos períodos de convivência da sociedade com um direito preconceituoso. Hoje, o Direito aprimorou-se e tornou-se pacífico que os direitos da personalidade não são inerentes somente às crianças frutos da união ou não, mas, também, se estendem aos nascituros, seres concebidos, porém ainda não nascidos.

A preocupação do legislador, em que os seres humanos vivessem com dignidade, foi que o levou a dar maior respaldo aos direitos do nascituro. De acordo com Rolf Madaleno

[...] o nascituro é destinatário dos direitos da personalidade, como o direito à paternidade, direito à identidade, direito à indenização por morte do pai que não conheceu, direito ao alimento para uma adequada assistência pré-natal, direito à imagem, direito à honra, detendo capacidade de direito, mas não de exercício de direito, cujos interesses do nascituro serão representados pelos pais ou por um curador. (MADALENO, 2007, p. 6)

Tendo em vista as diversas relações jurídicas envolvendo o nascituro, a doutrina formulou diversas teorias com o intuito de explicar a sua condição jurídica, partindo da premissa da definição concreta acerca do início de sua personalidade.

2.1.1 As divergências acerca do início da personalidade jurídica do nascituro

Dentre as teorias acerca do início da personalidade, duas se destacam: a teoria concepcionista e a teoria natalista. A teoria concepcionista parte da premissa de que a vida se inicia na concepção, a qual se traduz na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, cuja gestação tornou-se viável com a nidação. Pode-se citar como defensores dessa teoria: Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Guaraci de Campos Vianna, Teixeira de Freitas e Rubens Limongi França.

Por outro lado, os defensores da teoria natalista argumentam, que: o início da personalidade se daria no momento do nascimento com vida. Alguns seguidores desta teoria são: Caio Mário da Silva Pereira, Eduardo Espínola, Silvio Rodrigues, Vicente Raó, entre outros. Para a teoria natalista, a lei apenas protegeria os direitos que estão condicionados ao nascimento da criança com vida, não interessando o tempo de sobrevivência.

Respeitados doutrinadores como Clóvis Bevilácqua defendem uma terceira corrente, denominada de condicional. Como o próprio nome já diz, só é admitida a

personalidade quando ocorrer o nascimento com vida, entretanto retroagirá à concepção, posto que, durante a gestação, são garantidos ao nascituro determinados direitos, portanto, sujeitos à condição suspensiva do nascimento.

Adere-se a teoria concepcionista e concorda-se com o entendimento de doutrinadores adeptos desta corrente, como Néelson Nery Júnior, os quais defendem que, mesmo com a personalidade plena adquirida só com o nascimento com vida, o nascituro merece proteção legal e integral, eis que há muitos direitos que independem dessa condição. Sendo assim, aplicando-se as teorias às leis referentes aos direitos do nascituro, chega-se à conclusão de que a teoria concepcionista é a mais adequada e a única que não afronta o direito fundamental à vida.

Ainda, de acordo com o entendimento de Willian Artur Pussi “[...] deve-se defender a vida e personalidade do nascituro desde a concepção para que o direito independente da regra geral do Código Civil, ou teoria adotada, se posicione em defesa do concebido”. (PUSSI, 2005, p. 94)

O Civil brasileiro de 2002, em seu art. 2^o,⁵ reza que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida. Entretanto, com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, no Brasil, em 1992, a conhecida Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ampliou o conceito do início do direito da personalidade ao expor em seu art. 4^o, que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Como pode-se verificar, no art. 4^o referido não há distinção entre o ser humano de vida intra e extra-uterina, apenas define pessoa como “todo ser humano”, o que faz, cada vez, mais concretizar o pensamento de que o conceito de pessoa também abrange o nascituro.

O próprio Código Civil de 2002 ostenta esta contradição, tendo em vista que, na primeira parte do art. 2^o adota a teoria natalista, quando condiciona a aquisição da personalidade civil do homem ao nascimento com vida e, na segunda parte, segue a teoria concepcionista, uma vez que resguarda os direitos desde a concepção, fato que alastrou, ainda mais, a discussão acerca da interpretação do dispositivo, na doutrina e na jurisprudência.

⁵ CC, Art. 2^o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Embora a discussão acerca da concessão dos direitos da personalidade ao nascituro tenha maior destaque na atualidade, e seja muitas vezes, tratada como novidade, há muito tempo, o Estado vem implantando políticas públicas como forma de proteção, direta, à mulher e, ao mesmo tempo indireta ao nascituro. Pode se citar como exemplos: licença gestante com duração de cento e vinte dias, garantida constitucionalmente no art. 7º, XVIII⁶; estabilidade provisória da gestante, para preservar o nascituro e a criança em seus primeiros meses de vida, conforme art. 10, II, b das Disposições Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil⁷; criação da Carteira Nacional de Saúde da Mulher pela Lei n. 10.516, complementada pela Lei do Parto (Lei n. 11.108/2005); criação da Assistência Social, cuja proteção à família e à maternidade faz parte dos objetivos principais.

Além das políticas públicas implantadas pelo Estado com forma de proteção indireta aos direitos do nascituro, no Código Civil, encontram-se resquícios de direitos a ele já resguardados, entre outros: o direito à doação, previsto no art. 542⁸, o direito à herança e o direito à curatela, previstos nos artigos 1.798⁹ e 1779, inciso I¹⁰ respectivamente. O Código Penal também já tipificava diversas condutas ilícitas, cuja tutela é direcionada ao nascituro. São exemplos os artigos 124¹¹ e seguintes, que tratam do aborto.

Apesar de já estarem implícitas as obrigações para com o nascituro, conforme mencionado, bem como, já reconhecidos os direitos pela jurisprudência, fez-se necessária a criação da Lei de Alimentos Gravídicos, legislação que uniu ambos

⁶ CF, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. BRASIL.

⁷ CF, Art. 10º. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

⁸ CC, Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

⁹ CC, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁰ CC, Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

¹¹ CP, Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

entes de direito, as mulheres grávidas, como forma de proteção direta e, o nascituro, como forma de proteção indireta.

A presente lei veio para sanar as dúvidas remanescentes no ordenamento jurídico e combater a resistência de magistrados em concederem direitos que não estão claramente expressos em uma legislação.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, também com o condão de proteger de forma indireta o feto e diretamente à mãe possibilitou o direito da gestante em receber a indenização do DPVAT por morte do feto ocasionado por aborto que ocorreu em acidente de carro¹². Neste julgado, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão ressaltou que

[...] o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.

Asseverou ainda o Digníssimo Ministro, que a concessão do direito da personalidade ao nascituro, mas especificamente ao direito à vida, só faz sentido se lhe conceder a garantia do direito ao nascimento, vez que é do direito à vida que decorrem todos os demais.

2.2 OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS COMO FORMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a publicação da Emenda Constitucional n° 64/2010, incluiu-se no art. 6°¹³, da Constituição Federal, o direito à alimentação, compreendida entre os direitos sociais, portanto, elencado entre o rol dos direitos e garantias fundamentais.

Justamente pela característica de serem os alimentos fundamentais para a sobrevivência do ser humano, principalmente no que tange ao direito da dignidade da pessoa humana e, decorrente deste, o direito à vida, é que deve ser garantido pelo Estado.

¹² REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.

¹³ CF, Art. 6° São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os estudos de Maria Berenice Dias vêm ao encontro da tese aqui sustentada, no sentido de demonstrar que

[...] A imposição do dever alimentar busca preservar o direito à vida assegurado constitucionalmente (CF 5º). Os alimentos não dizem apenas com o interesse privado do alimentado. Há interesse geral no seu adimplemento, e por isso se trata de obrigação regulada por normas cogentes de ordem pública: regras que não podem ser derogadas ou modificadas por acordo entre particulares. (DIAS, 2009, p. 460)

A denominada Lei de Alimentos Gravídicos (Lei n. 11.804/2008), nas palavras de Douglas Phillips Freitas foi “[...] uma tentativa do Estado em transmitir à família e a sociedade compromisso que por lei lhe imputa concorrência” (FREITAS, 2009, p. 78) e para suprir a omissão da legislação brasileira que não previa condições mínimas de subsistência para o nascituro, que são imprescindíveis para que possa gozar dos direitos a ele já previstos, principalmente de ter um nascimento saudável, expresso no art. 7º¹⁴, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Chega-se à conclusão de que, o art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente já tratava das políticas públicas e sociais que visam à proteção do nascimento com vida, bem como, as condições dignas de existência. As políticas públicas e sociais surgem, no momento em que o Estado sanciona a violação a estes direitos individuais ou fundamentais.

2.2.1 O acesso à justiça

É certo que não se pode restringir as políticas públicas à legislação, de vez que existem outras formas delas se manifestarem, como programas de incentivo e auxílios implantados pelo Estado. Ocorre que, de acordo com o art. 37¹⁵, caput, da Constituição Federal, um dos princípios que devem ser respeitados pela Administração Pública é o princípio da legalidade, assim sendo, nada mais coerente do que a criação de uma lei pelo Estado, para traçar uma diretriz sobre o assunto, o que traduz ainda, segurança jurídica para toda a sociedade.

¹⁴ ECA, Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

¹⁵ CF, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não obstante ter o Estado se esquivado da responsabilidade de garantir os alimentos necessários à sobrevivência de todos os cidadãos, ele possibilitou o pleito jurisdicional, caso a obrigação não seja cumprida voluntariamente por aquele a quem é atribuído o dever.

Em que pese não ser a forma mais efetiva e eficaz de se concretizar um direito fundamental constitucionalmente garantido, não deixa de ser o acesso à justiça uma alternativa de política pública implementada pelo Estado.

Nesse sentido podemos mencionar o notório conhecedor de Direito, Pontes de Miranda que em seus ensinamentos mencionou que “[...] durante a gestação, pode ser preciso à vida do feto e à vida do ente humano, após o nascimento, outra alimentação ou medicação. Tais cuidados não interessam à mãe interessam ao concebido”. (MIRANDA, 1976. p. 438)

Sendo assim, diante da dificuldade em se comprovar a paternidade antes do nascimento e assim garantir os direitos do nascituro, presentes na teoria concepcionista e no princípio da dignidade da pessoa humana, nasceu a Lei de Alimentos Gravídicos (11.804/2008), que veio a preencher, mais uma lacuna no Ordenamento Jurídico e garantir o direito ao reconhecimento de todos os direitos da personalidade inerentes ao nascituro, eis que “é nessa perspectiva que o legislador visa direcionar suas normas para que aquele que não pediu para vir ao mundo, esteja protegido desde o ventre de sua mãe”. (CACHAPUZ, 2007, p. 75)

É nesse sentido também que a lei há muito tempo, buscou amparar o direito do nascituro. Exemplo disso é a Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 1959, a qual expressou a necessidade de proteção legal apropriada à criança antes e após o nascimento, tendo em vista a sua imaturidade física e mental.

2.3 INDÍCIOS DE PATERNIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Pode-se considerar o art. 6º, da Lei n. 11.804/08 como o responsável por ampliar a tutela aos nascituros, uma vez que permite a concessão de alimentos não só aos que comprovarem sua paternidade, quando introduz o vocábulo “indícios” em seu bojo, diferente da comprovação trazida no art. 2º da Lei de Alimentos, que se traduz em algo mais concreto, uma prova que se junta à outra, definição trazida pelo

dicionário, que só seria possível com o resultado positivo no exame de DNA ou até mesmo o reconhecimento voluntário pelo pai.

Por outro lado, o indício de paternidade, exposto pela referida lei, traduz-se em algo mais flexível, denominado como uma indicação, vestígio e até um princípio de prova, onde as testemunhas, fotos, cartas e até uma conversa via aplicativo *whastapp*, se aceitas como indício, pelo livre convencimento do magistrado, são suficientes para a gestante pleitear os alimentos que lhe é de direito. Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina elencou os requisitos que devem ser preenchidos para a concessão dos referidos alimentos.¹⁶

Devido à falta de definição pela de Alimentos Gravídicos do que seriam considerados como indícios é que surgem novas críticas, bem como discordâncias nos tribunais.¹⁷ Demonstra-se assim o perigo e a cautela que devem ter os magistrados ao analisarem os elementos probatórios da paternidade, tendo em vista que uma vez concedidos serão irrepetíveis, posto que, comprovado após o parto, através de exame de DNA, que o suposto pai apontado pela gestante não é o verdadeiro, os alimentos pagos por este não serão ressarcidos devido a característica da irrepetibilidade.¹⁸

¹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERLOCUTÓRIO DE INDEFERIMENTO NA ORIGEM. (1) ALIMENTOS GRAVÍDICOS. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONCESSÃO. A concessão dos alimentos gravídicos exige, como ônus da alimentanda, essencialmente: A) a comprovação médica de sua gravidez; e b) a demonstração da existência de indícios da paternidade do réu alimentante, os quais se fazem suficientemente presentes quando evidenciada, mediante fotografias e trocas de mensagens eletrônicas (e-mail, sms, whatsapp), a existência de envolvimento amoroso entre as partes no período da concepção e o reconhecimento expresso do réu alimentante da possibilidade de que seja o genitor do infante. (2) alimentos. Critérios de fixação. Ausência de renda certa e fixa do alimentante. Utilização do salário mínimo como base de cálculo. Possibilidade. - A fixação de alimentos é relegada ao prudente arbítrio do juiz, a quem cabe, com base nas regras da experiência comum, sopesar o binômio necessidade-possibilidade à luz da proporcionalidade, inexistindo percentual ou quantitativo preestabelecidos, sendo que, dispondo o alimentante de ganho salarial certo, fixo e não sujeito a oscilações, deve ser sobre este fixado o percentual apropriado ao caso concreto, e, nas demais situações, enquanto base subsidiariamente mais segura, sobre o salário mínimo nacional, porquanto é a verba constitucionalmente prevista como aquela capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas do indivíduo com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, sendo inaplicável a vedação de sua utilização como fator de indexação em se tratando de obrigação alimentar, justamente por esta verba bem refletir a natureza daquele importe. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSC, AI. 2014.074359-8; DJSC 03/03/2015; p. 144).

¹⁷ “[...] recomenda-se a prudência que tais indícios tenham alguma consistência, sejam seguros e veementes, especialmente diante do fato de a contribuição prestada pela parte ré ser considerada não repetível ou reembolsável. Seria leviandade pretender que o juiz deva satisfazer-se com uma cognição superficial”. (CAHALI, 2009. p. 355)

¹⁸ De acordo com Sílvio Venosa “[...] Não há direito à repetição dos valores pagos, tanto os provisionais como os definitivos. Desse modo, o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que ecurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo seu montante.” (VENOSA, 2010, p. 360)

Embora a referida lei transmita a ideia, em uma análise perfunctória, de ser eminentemente injusta, ao analisá-la a fundo, permite-se observar que tal injustiça aparente faz-se necessária para que prevaleça um bem maior, a vida do nascituro. Assim também é o entendimento de Willian Artur Pussi, quando afirma que:

[...] é mais razoável garantir o sustento do nascituro e seu desenvolvimento completo e serem fixados os alimentos provisionais do que, eventualmente, permitir que apenas as dúvidas venham a prevalecer sobre a sobrevivência. (PUSSI, 2005, p. 392)

Por outro lado, verificando-se a presença da má-fé na atitude da gestante, que utilizou-se indevidamente de um instrumento jurídico, pode-se relativizar e flexibilizar o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, a fim de aplicar os fundamentos da responsabilidade civil previstos em nosso Código Civil brasileiro, de forma a indenizar o suposto pai que foi prejudicado.

Também poderá imputar à gestante a litigância de má-fé, prevista no art. 16¹⁹ do Código de Processo Civil, como forma de ser indenizado pela falsa paternidade a ele imputada, assim como aos alimentos pagos indevidamente. Poderá utilizar-se também, da ação de locupletamento contra o verdadeiro pai, o qual enriqueceu-se por se eximir da obrigação.

2.4 DESCONHECIMENTO DA LEI PELA SOCIEDADE

Não é novidade o desconhecimento dos direitos pela população. Diferente não ocorre com relação à lei de alimentos gravídicos, que ainda se faz muito distante de ser reconhecida pela sociedade. Tudo isso se vislumbra ao observar-se o crescente número de ação de alimentos e a pequena porcentagem de ingresso das gestantes com a ação de alimentos gravídicos.

A afirmativa do advogado Rolf Madaleno, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) vai de encontro ao pensamento exposto ao mencionar que o desconhecimento da lei pode ter relação com a “ignorância das pessoas ou por orgulho da gestante que, abandonada pelo suposto pai, por orgulho próprio prefere manter distância do indigitado pai.” (MADALENO, 2013)

¹⁹ CPC, Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Sendo assim, o desconhecimento da lei 11.804/2008 pelas gestantes impedem com que elas usufruam desde direito, tendo em vista que por vezes elas ultrapassam toda a gestação sem auxílio financeiro, muitas vezes com muito sacrifício e passando necessidades, com o objetivo de aguardar o nascimento do filho para que possa ingressar com a Ação de alimentos q, tudo isso por não vislumbrar qualquer indicio da existência do direito aos alimentos gravídicos.

Tal precariedade de conhecimento poderia ser resolvida com a ampla divulgação da lei em estudo nos meios de comunicação social, a fim de que a gestante possa procurar um advogado ou até mesmo a Defensoria Pública e na sua ausência na localidade da residência, o Ministério Público, para buscar a garantia o que lhe é de direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se então, que, o nascituro é detentor do princípio da dignidade da pessoa humana em seus dois aspectos: ter dignidade desde a sua concepção e, de receber alimentos para que tenha uma vida digna.

Ocorre, que, da maneira com que é aplicada a Lei de Alimentos gravídicos (Lei n° 11.804/2008), um direito fundamental está sendo protegido e outros, deixados de lado, é o caso do direito da liberdade, propriedade, contraditório e ampla defesa e até mesmo proteção da violação à intimidade do suposto pai. Assim, cabe a utilização do princípio da proporcionalidade, instrumento do princípio da dignidade da pessoa humana, para melhor solucionar o conflito de princípios, posto que, o que nos resta fazer é sopesá-los e dar primazia ao direito que se sobressair.

Valorados os princípios utilizando-se dos instrumentos da razoabilidade e da proporcionalidade, de um lado o direito do nascituro em receber os alimentos para que se desenvolva e venha a nascer com dignidade e, de outro o direito do suposto pai em não ter seu direito à liberdade, propriedade, intimidade violada não há dúvidas de que os direitos concedidos ao nascituro é que devem prevalecer, vez que a concessão dos alimentos gravídicos não só garantem que venha a nascer com

vida e dignidade, mas também sua conversão em alimentos após o nascimento o garantirá uma vida digna.²⁰

Conclui-se portanto, que a Lei de Alimentos Gravídicos foi a responsável por resolver grande parte dos conflitos em relação aos direitos do nascituro, foi ela quem se adequou a realidade atual da sociedade, flexibilizou os direitos e minimizou os direitos à qualquer patrimônio para defender um bem maior, o direito à vida.

Resta agora, que tal lei seja amplamente divulgada, a fim de que saia do plano eminentemente formal, que traduz um direito simbólico e passe à esfera material, para que os direitos garantidos possam ser concretamente efetivados e consequentemente muitas vidas resguardadas.

REFERÊNCIAS

Agravo de Instrumento n. 70037374071, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26 jan. 2011.

Agravo de Instrumento n. 70035412253, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 07 jul. 2010.

Agravo de Instrumento n. 70039408901, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28 out. 2010.

AHMAD, Roseli Borim Ramadam. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 97, vol. 25, jan./mar. 1988.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; WOHRNATH, Vinícius Parolin. A figura do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Comentários críticos. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2032, 23 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12237>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, ARRUDA; Tereza, ALVIM. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

BARROS, Flavio Monteiro. **Direito Civil**: Família. Disponível em: <www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico/artigos/download.php?>. Acesso em: 28 nov. 2012.

²⁰ “[...] entende-se por melhor sacrificar o sujeito responsável pelo pagamento de alimentos que poderá provar no futuro que não os deve, do que prejudicar o nascituro e lançá-lo ao infortúnio de não ter suas necessidades vastamente amparadas por ausência de instrução probatória”. (FONSECA, 2009, p. 15)

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. Ivo Storniolo; Euclides M. Balancin; José Luiz G. do Prado. 42. imp. São Paulo: Paulus, 1990. Edição Pastoral.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. **Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 set. 1942.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. **Lei n. 10.404, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n. 11.804/2008, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 nov. 2008.

BRASIL. **Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI 2014.074359-8**. São Bento do Sul; Quinta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Henry Petry Junior; Julg. 19 fev. 2015, publ. 03 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **REsp 1.415.727-SC**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 04 set. 2014, DJ 4 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0024.04.377309-2/001** – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Duarte de Paula.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 583052204**, Primeira Câmara Cível, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julg. 24 abr. 1984.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Os Alimentos Gravídicos no Teatro da Vida. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 17, ago./set. 2007,

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

CAMPANHA, Juçara Ribeiro de Almeida. Nascituro: condição de pessoa ou de personalidade? In: **Cursos Online para OAB e Concurso Público, Seção artigos**. Disponível em: <http://r2concursos.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=2130>. Acesso em: 08 set. 2012.

CORDEIRO, Tatiana de Aquino Louzada. **Dos direitos do nascituro à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Londrina, 2006. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da Universidade Estadual de Londrina.

Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), 22, Nov 1969.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos?** Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/27_-_alimentos_grav%EDdicos.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Alimentos e paternidade responsável**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/25-alimentos_e_paternidade_respons%E1vel.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Alimentos para a vida. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 12, nov. 2008. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de Direito civil brasileiro**. Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 5.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2010.

DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos**. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37977/1>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos: Lei n. 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**, v. 9, n. 51, dez./jan. 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Douglas Phillipis. **Alimentos Gravídicos**. Florianópolis: VOXLEGEM, 2009.

GABURRI, Fernando. **Análise Crítica da Lei de Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/revistas/direito-de-familia/RDF54.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

Gusmão, Paulo Dourado de. *apud* FREITAS, Lúcio R. O. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>>. Acesso em: 23 mai. 2011.

IZIDORO, Frederico Afonso. Direitos humanos e o Direito à alimentação. In: **Cursos Online para OAB e Concurso Público, Seção artigos**. Disponível em: <http://r2concursos.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=2130>. Acesso em: 08 set. 2012.

Lei das XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Fátima Maria Costa Soares. Alimentos gravídicos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 19, nov. 2008. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=543>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/2008. Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 19, nov. 2008. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467>>. Acesso em: 8 mar. 2011.

MADALENO, Rolf. Da Posse em Nome do Nascituro. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 17, ago/set. 2007.

MADALENO, Rolf. Pensão para grávidas: um direito pouco conhecido. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 7, mar. 2013. Seção: notícias. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4972/+Pens%C3%A3o+para+gr%C3%A1vidas%3A+um+direito+pouco+conhecido>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

MARTINS, Fabiana Parente Teixeira. Algumas considerações sobre a lei que disciplina os alimentos gravídicos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 7, out. 2009. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=552>>. Acesso em: 07 mar. 2011.

Mensagem n° 853, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm>. Acesso em: 2 mai. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial**, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ago. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/161/o-direito-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/2>>. Acesso em: 15 set. 2012.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil: de acordo com o novo Código Civil brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLINTO, Antônio. **Minidicionário Antônio Olinto da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, Euclides Quintino de. **Alimentos gravídicos**, 17, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

ORO, Marinete Luiza. **Lei nº 11.804/08- Do direito aos alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/779>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

Projeto de Lei n. 443/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/443584.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005.

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

SANTOS, Maria Alice de Souza. Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re) visão das teorias do início da personalidade. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 30, mar. 2010. Seção Artigos. Disponível em: Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=599>>. Acesso em: 06 mar. 2011.

SILVA, Odacy de Brito. **Filhos da Justiça**. São José dos Campos, SP: Observação Jurídica, 2001.

SILVA Álvaro de Almeida. **Alimentos gravídicos**: norma amparada em princípios. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/772>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

SIMÕES, Fernanda Martins; RODRIGUES FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. **Dos alimentos gravídicos e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/801>>. Acesso em: 25.nov.2011.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho. Alimentos, Solidariedade ou Indiferença, Quem Calcula? Revisitando uma Norma Discutida. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 17, p. 27, ago/set.2007

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

VIANA, Geovane. **Tendências modernas**: o nascituro e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://geovaneviana.wordpress.com/2008/03/17/tendencias-modernas-o-nascituro-e-o-estatuto-da-criana-edo-adolescente/>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

Artigo recebido em: Janeiro/2015

Aceito em: Março/2015