

FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

Fábio Vasconcelos Costa

**A RELATIVIZAÇÃO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS
GRAVÍDICOS: o direito à repetição do indébito mediante a não
paternidade**

**IPATINGA/MG
2021**

FÁBIO VASCONCELOS COSTA

**A RELATIVIZAÇÃO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS
GRAVÍDICOS: o direito à repetição do indébito mediante a não
paternidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Ipatinga – FADIPA, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Maria Emília Almeida Souza

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG
2021**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ivo Holanda Costa e Maria Carmem Vasconcelos Costa, pelo incentivo e apoio incondicional em minhas empreitadas, sempre confiando em mim.

À minha amada esposa, Mirian, que além do encorajamento, foi sustentáculo aguerrido, pois “segurou a barra” durante os cinco anos de faculdade em que me ocupava nas noites durante a semana.

Ao meu filho, Lucas, luz na minha vida.

À querida Professora e Orientadora, Maria Emília Almeida Souza Salvador, pela presteza, exemplo, inspiração e por ser apaixonada no que faz.

A todos que acreditam em mim e torcem pelo meu bom êxito.

A Deus, por todas as graças recebidas, sobretudo, o maravilhoso dom da vida manifestado em sua plenitude no Seu Filho, Jesus, trazido ao mundo pela Santíssima Virgem Mãe, Maria de Nazaré.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 BREVE HISTORICIDADE SOBRE OS ALIMENTOS NO BRASIL	9
2.1 Época do Império	9
2.2 Pátrio Poder	10
2.3 Reviravoltas Legislativas.....	13
3 PERSONALIDADE JURÍDICA E O NASCITURO	20
3.1 Início da personalidade jurídica.....	20
3.2 Características dos direitos da personalidade	23
3.3 Questões sobre o nascituro	25
4 O DIREITO AOS ALIMENTOS COMO GARANTIA À DIGNIDADE DO NASCITURO E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE.....	29
4.1 Conceito e características da obrigação alimentar	29
4.2 Alimentos “gravídicos” como modo de proteção ao nascituro	34
4.3 Possível relativização da irrepetibilidade frente ao pagamento de forma indevida dos alimentos gravídicos	37
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

De forma geral, os alimentos destinam-se a assegurar o sustento de quem deles a lei lhe garante, o credor. A obrigação de prestar alimentos decorre do dever dos pais em sustentar seus filhos, portanto, decorre do dever de sustento. É dever de assistência para fornecer condições essenciais à sobrevivência, ao bem-estar.

A legislação brasileira dispõe de expresso fundamento a garantir tal direito alimentar. O rol é robusto, e apenas para citar os de extrema relevância: a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 e, mais especificamente, a Lei 5.478 de 25/07/1968 (a conhecida lei de ação de alimentos) e a Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008 (denominada lei de alimentos gravídicos).

No presente trabalho, foi a Lei 11.804/2008 que recebeu o enfoque tendo em vista a abordagem levantada sobre a possibilidade da relativização do princípio da irrepetibilidade, princípio esse consagrado pela doutrina e jurisprudência.

Não raro, depara-se com casos em que aquele que arcou com a obrigação alimentar por todo o período gestacional, somente após o nascimento da criança, quando é possível a realização do teste pericial, descobre não ser o pai, como fora indicado na propositura da ação judicial dos alimentos gravídicos.

Dessa forma, no primeiro capítulo procurou-se desenvolver de forma clara e sucinta um olhar sobre a história dos alimentos no Brasil. Perceber como a legislação que regula as relações humanas, como a familiar, repercute diretamente sobre o tema dos alimentos. Para tal, iniciou-se com o período imperial, depois perpassando sobre a perspectiva de o pátrio poder e, por fim, foi feita menção de algumas reviravoltas legislativas até o advento da lei 11.804/08, a conhecida lei dos alimentos gravídicos.

No capítulo seguinte, abordou-se sobre a personalidade jurídica e o nascituro. Trazendo a discussão doutrinária sobre o tema do início da personalidade jurídica que proporcionou a elaborações das principais teorias que versam sobre o assunto. Depois o que a mesma doutrina elencou como características dos direitos da personalidade. E concluindo o capítulo, foram abordadas algumas questões sobre o nascituro em relação às referidas teorias sobre o início da personalidade jurídica.

Finalmente, no terceiro capítulo, tratou-se do direito aos alimentos como garantia à dignidade do nascituro e a possibilidade de relativização do princípio da

irrepetibilidade em face a não paternidade. Aqui reside a centralidade do presente trabalho, que num primeiro momento discorre sobre o conceito e características da obrigação alimentar, depois desenvolve acerca dos alimentos gravídicos como modo de proteção ao nascituro e encerra com a possibilidade de relativização da irrepetibilidade frente ao pagamento indevido dos alimentos gravídicos.

2 BREVE HISTORICIDADE SOBRE OS ALIMENTOS NO BRASIL

2.1 Época do Império

Quando se realiza um olhar histórico sobre os alimentos no Brasil, identifica-se de imediato uma expressiva influência tanto do direito canônico eclesial quanto do romano no direito de família. Segundo Alessandro Marques de Siqueira (2010),

No Brasil, a influência no direito de família foi, num primeiro momento, exclusiva dos dispositivos canônicos. Já em 1564, Portugal tornou obrigatórias em todas as suas terras, incluindo as colônias, as Normas do Concílio de Trento relativas ao casamento. Estas foram entre nós introduzidas através das Ordenações Filipinas e vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1916. Portanto, é nítida a influência do direito canônico na formação de nossos valores, bem como da religião e da moral na constituição dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas.

Em consonância com Siqueira, afirma Maragon (2009) que

A concessão de alimentos, positivada no Código Civil, em seu artigo 1694 e seguintes tem sua origem no Direito Romano, no chamado *officium pietatis*, que se configurava como uma obrigação moral dos parentes de se socorrer nas adversidades. No Direito moderno consiste no pagamento de prestações no intuito de satisfazer as necessidades básicas do alimentado, tais como sustento, vestuário, habitação, assistência médica e instrução.

É curioso observar que a primeira constituição brasileira - Constituição de 1824 - na época do império possuía um capítulo intitulado "Da família Imperial, e sua dotação". Nada discorria sobre as demais famílias, conceitos, direitos, formação dentre outros temas relacionados. Ficando claro que o que importava era tão somente a família imperial. O casamento civil era ignorado de tal forma que eram dadas as famílias forma livre para se constituírem. No entanto, como nessa época do Brasil Império predominava a religião católica, o que mais se praticava era o casamento realizado pela igreja, portanto, o casamento eclesiástico.

Essa situação perdurou até 1861. No presente ano, foi publicado o Decreto 1.144 de 11 de setembro de 1861 que em seu artigo 1º, 3º preceituava:

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Imperio serão extensivos:
[...]

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fórma que determinado fôr em Regulamento. (BRASIL, 1861).

Com o referido decreto, cessa a exclusividade detentora e disciplinadora dos direitos matrimoniais da Igreja, passando a dividir tal influência com cristãos também de origem protestante que imigraram à Terra de Santa Cruz. Consoante Siqueira (2010), “permitiu outras formas de celebração do casamento além do realizado pela Igreja Católica”. Assim, o catolicismo começa a perder parte de seu poder e, com isso, abre caminho para o aparecimento do casamento civil.

Assim, percebe-se que há uma estreita relação entre legislação sobre a família e os alimentos. “O modo como a lei regula as relações familiares acaba se refletindo no tema alimentos”. (DIAS, 2017, p. 580). Há, portanto, uma interferência direta de como a sociedade através de suas leis entende a família e suas relações e o tema dos alimentos.

Sendo assim, vale ressaltar o que afirma Venosa (2011, p. 359) quanto à origem da obrigação alimentar de forma mais abrangente nas relações familiares. Salienta-o que “não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida”.

Mas, é percebido no transcorrer da história que a alimentação destaca-se como forma fundamental de manutenção da sobrevivência humana. É reconhecida como necessidade indispensável à vida. O ser humano pode sobreviver sem certo “luxos” que as sociedades produzem em cada época, aqui entendidos como elementos supérfluos, mas jamais sobreviveria sem alimentar-se.

Paulatinamente entre as pessoas, a ideia de cooperação racional firmada vai estabelecer que se tornasse uma obrigação, com passar dos anos, a prestação de alimentos, protegida pelo Direito. Prestação essa entendida não só em sentido estrito de alimentação, mas ampliada consoante às necessidades apresentadas pelos indivíduos. (VENOSA, 2011).

2.2 Pátrio Poder

Nessa caminhada histórica surge um conceito que influenciará expressivamente a legislação brasileira e, sobretudo, o código civil de 1916: o pátrio

poder. Termo profundamente patriarcal, pois retrata o poder do homem, pai e chefe da família. Aquele responsável por sua manutenção, inclusive a alimentar. Como afirma Maria Berenice Dias (2017, p. 581), “ele era “o cabeça” do casal, o chefe da sociedade conjugal. Assim, era dele a obrigação de prover o sustento da família, o que se convertia em obrigação alimentar”.

Nessa compreensão, quando ocorria o rompimento do casamento era do chefe da família, o homem varão, o dever de fornecer todo o necessário ao sustento dos seus membros, o que se tornava em obrigação alimentar.

O Código Civil de 1916 adotou a ideia de que a prestação alimentícia se inseria no rol dos deveres dos cônjuges, sendo compelido ao marido tal obrigação, pois este seria o chefe da sociedade conjugal. Dizia também que a obrigação derivava do parentesco. (MARAGON, 2009).

Expressa Maria Berenice Dias (2017, p. 581) que “Quanto à obrigação alimentar decorrente do casamento, persistia o perfil conservador e patriarcal da família.” Portanto, o paradigma patriarcal também estava assentado na base da legislação brasileira no início do século XX. A obrigação era dele - homem, chefe da família - uma vez que concentrava o papel de mantenedor, provedor, sustento econômico da família, pois a mulher, na sua grande maioria, mantinha seu papel de dona de casa se ocupando exclusivamente com tarefas domésticas, mantidas economicamente pelos seus maridos.

Do enraizamento dessa perspectiva patriarcal do pátrio poder depreendia-se do Código Civil de 1916 reflexos da compreensão legal da época. Aqui destacamos os assim denominados filhos ilegítimos como também a prestação alimentar à mulher.

Nessa época, o Código de 1916 dividiu os filhos ilegítimos em duas categorias: naturais e espúrios. Os primeiros ocorriam quando os genitores não possuíam vínculo matrimonial ou não eram casados com terceiros ou ainda quando não existia entre eles impedimento para o casamento. Dessa forma, os filhos naturais poderiam ser reconhecidos e legitimados pelo posterior casamento dos pais e, por conseguinte, terem a paternidade reconhecida, pois assim preceituava o artigo 355 do CC/1916: “O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

Sorte diversa foi estabelecida pelo referido Código em relação aos segundos, os denominados espúrios. Estes havidos fora do casamento eram denominados filhos ilegítimos incestuosos e adulterinos, e conforme o artigo 358: “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Na compreensão de Dias,

com o nítido intuito de proteger a família, o Código Civil de 1916, quando de sua edição, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes ao não permitir o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, os filhos havidos fora do casamento. Com isso, eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade e, em consequência nem pleitear alimentos. (DIAS, 2017, p. 581, grifo nosso).

Portanto, não era apenas discriminatória a classificação, mas aos filhos ilegítimos (incestuosos e adulterinos) lhe eram negados o direito tanto do reconhecimento da paternidade, elemento essencial a constituição de sua identidade, quanto pleitear judicialmente os alimentos para garantir sua subsistência.

Somente com o advento da Lei 883 de 21 de outubro de 1949, portanto, após mais de 30 anos da edição do CC/1916, é que houve a permissão ao filho de homem casado ingressar com ação de investigação de paternidade, em segredo de justiça, apenas com o intuito de pleitear os alimentos. Dessa forma, “embora reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que só podia ocorrer depois de dissolvido o casamento do genitor.” (DIAS, 2017, p. 581).

Assim sendo, a relação de parentesco só poderá ser declarada com o surgimento da Lei 7.841 de 17 de outubro de 1989. É justamente essa lei que revogará o artigo 358 da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (o Código Civil de 1916), fazendo jus, portanto, ao princípio da igualdade entre os filhos, consagrado pela Constituição Federal de 1988. A referida Carta Magna defende que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Art. 227, § 6º).

Em relação à prestação alimentar à mulher, acima destacado, o Código Civil de 1916 também faz referência sobre como deveria ser tratado tal tema. Antes de qualquer coisa, a visão patriarcal também aqui persiste, pois embora a obrigação alimentar fosse decorrente do casamento, ainda não existia o divórcio, dessa forma, o matrimônio não podia ser dissolvido, somente extinguindo-se através da morte ou

pela sua anulação. Restava, entretanto, o instituto do desquite como forma possível de encerrar o matrimônio, pois ocorria desse modo, a separação de fato e a dispensa do eminente dever de ser fiel e, ao mesmo tempo, o término do regime de bens. Contudo, “o vínculo matrimonial permanecia inalterado, tanto que os desquitados não podiam casar” (DIAS, 2017, p. 581), e mais, independentemente de qual foi a causa do desquite e o modo como foi realizado, era lícito aos cônjuges restabelecer a sociedade conjugal nos termos em que foi constituída antes, desde que por ato regular e no juízo competente (Art. 323, CC/1916).

Isso posto, facilita a compreensão do que diz o artigo 320 do mencionado Código Civil: “No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.” Assim, embora o Código tivesse atribuído a ambos os cônjuges o dever de assistência mútua (Art. 231, III), o marido era o chefe da sociedade conjugal, o que lhe impunha a obrigação de assistência à mulher, e essa desde que inocente e pobre, desobrigando-o do dever de sustentar somente no caso em que ocorresse o abandono do lar sem motivo justo. Dessa forma, contata-se na acertada afirmação de Maria Berenice Dias, que:

A preocupação não era com a necessidade, mas com a conduta moral da mulher, pois sua honestidade era condição para obter pensão alimentícia. O exercício da liberdade sexual fazia cessar a obrigação alimentar, sem qualquer questionamento sobre a possibilidade de ela conseguir se manter ou não. Assim, a castidade integrava o suporte fático do direito a alimentos. Para fazer jus a eles, a mulher precisava provar não só a sua necessidade, mas também que era pura e recatada, além de fiel ao ex-marido, é claro. (DIAS, 2017, p. 581, grifo nosso).

Assim sendo, se os filhos ilegítimos - incestuosos e adúlteros – tinham uma situação extremamente restritiva de direitos, pois num primeiro momento não podiam sequer reclamar o direito a paternidade e nem mesmo o alimentar, a situação das mulheres também não era tão confortável, tendo em vista as diversas exigências necessárias para que elas obtivessem o direito à prestação alimentar fornecida pelo marido como encargo assistencial.

2.3 Reviravoltas Legislativas

Aos poucos vai ocorrendo o distanciamento da concepção patriarcal que muito influenciara a produção legislativa do início do século XX. Se até então o

casamento não se dissolvia e sua extinção se dava apenas pela morte ou pela anulação, e pleitear alimentos era uma ação praticamente exclusiva da mulher em relação ao marido provedor, desde que cumpridas exigências acima mencionadas, um novo e revolucionário tema entra em cena na ribalta legislativa: o divórcio.

A conhecida Lei do Divórcio, Lei 6.515 de dezembro de 1977, traz em seu subtítulo explicativo, “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”. O divórcio passa a ser uma das formas de encerramento da sociedade conjugal e também de alteração do estado civil dos cônjuges.

Com o divórcio, há a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo divorciado, não adquirindo a condição de viúvo. (DIAS, 2017, p. 235-236, grifo nosso).

Outra novidade trazida pela Lei 6.515/77, que importa destacar pela temática desenvolvida, é o que preceitua o artigo 19, a saber: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.” Dessa forma, agora a compreensão não é a de que somente o homem varão deveria prover o sustento em forma de prestação alimentar. Conforme impõe a referida lei, é o consorte responsável pela separação que deverá pagar os alimentos ao outro inocente. Consoante Maria Berenice Dias (2017), não havia margem para outra interpretação, pois ao culpado pelo rompimento não lhe restava o direito de pleitear alimentos, somente a quem não lhe dera causa.

No entanto, a demanda judicial envolvia minuciosa investigação das causas que provocaram o desfazimento da vida em comum. Assim sendo, além de levar ao processo uma grande exposição dos assuntos familiares que causaram o término da sociedade conjugal, era necessária sua comprovação. “O autor da ação, para ser contemplado com alimentos, precisava provar, além da necessidade, tanto sua inocência como a culpa do réu.” (DIAS, 2017, p. 581).

Vale ressaltar também o que prescreve o artigo 20: “Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.” Percebe-se, aqui, um avanço sobre a prestação alimentar. O que mais uma vez antes era concentrado apenas como responsabilidade e obrigação em prestar alimentos exclusivamente do homem mantenedor, a Lei do Divórcio promove

a distribuição dessa obrigação aos cônjuges em relação aos filhos, proporcionalmente aos recursos com que cada um poderá contribuir. Portanto, ocorre uma mudança acerca da prestação alimentar para os filhos do casal que se divorcia. Havendo não uma responsabilidade única, mas compartilhada respeitada a proporção contributiva dos cônjuges.

A Constituição Federal de 1988 apresenta importante progresso acerca do tema família. Estabelecendo-a como base da sociedade e assegurando proteção especial do Estado. O seu conceito é, inclusive, estendido e a responsabilidade do casal equalizada, como se lê em seu artigo 226, parágrafos 3º a 5º:

§ 3.º Para efeito da Proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que a Carta Magna também consagrou o princípio da igualdade entre os filhos quando determina que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Art. 227, § 6º). Tal princípio é reafirmado pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002) em seu artigo 1.596, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Por conseguinte, conforme Giancoli (2009, p. 223), não se é admitido mais quaisquer distinções, pois entre os filhos a igualdade é de forma absoluta, portanto, devem receber tratamento igual.

Sobre isso, ressaltar Tartuce (201, p. 1163) que:

Juridicamente todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adúltero, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio ou filho bastardo. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais.

Nesse caminhar legislativo, não poderia ser olvidada a legislação que normatizou a união estável, a saber, a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que

“regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão” e a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que “regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal” de 1988.

Conforme Dias (2017, p. 582), a referida legislação sobre a união estável “concedeu aos conviventes situação privilegiada, se confrontada ao casamento. O encargo alimentar não estava condicionado à postura dos parceiros quando do fim da união.” Enquanto o elemento culpa era perquirido quando do fim do casamento para obtenção do direito aos alimentos. Portanto, havia uma afronta ao princípio da isonomia, pois o tratamento para união estável e o casamento nesse aspecto encontrava-se desigual.

Situação essa superada mediante o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, uma vez que, segundo Dias (2017) e Gagliano (2019), a culpa deixa de ser um referencial para determinar o divórcio, a guarda de filhos e a prestação alimentar. Assim, “as regras do Código Civil atinente ao pagamento de pensão alimentícia, que levem em conta esse elemento subjetivo, deverão sofrer o impacto da Emenda.” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2019, p. 734).

Vale ressaltar nessa breve caminhada histórica que a lei que deu nome a ação própria de alimentos foi a Lei 5478, de 25 de julho de 1968, cujo subtítulo traz: “Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências”.

A mencionada lei possui um cunho mais processual que material. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 399), foi “que ordenou de forma sistemática a pretensão a alimentos, almejando maior celeridade e eficiência.” Dessa forma, estabelece rito próprio, portanto, rito especial. No entanto, devido sua celeridade traz consigo um elemento limitador que é a capacidade de desde já apresentar prova pré-constituída da obrigação. Sobre isso faz menção Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 614):

A Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, conhecida como “Lei de Alimentos”, estabelece procedimento especial, concentrado e mais célere, para a ação de alimentos. Só pode valer-se, todavia, desse rito quem puder apresentar prova pré-constituída do parentesco (certidão de nascimento) ou do dever alimentar (certidão de casamento ou comprovante do companheirismo). Quem não puder fazê-lo, terá de ajuizar ação ordinária.

O Código Civil atual (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) traz um subtítulo próprio denominado “Dos alimentos”, em que compreende os artigos 1.694 a 1.710.

Embora ainda traga à baila a questão da culpa, conforme retratada, por exemplo, nos artigos 1.702 e 1.704, *in verbis*:

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. (BRASIL, 2002).

Tal tema encontra-se superado mediante a emenda constitucional 66/2010, conforme explicitado acima. E mais, consoante Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 733):

Ideia semelhante já era defendida pela doutrina, consoante podemos ler no Enunciado 133 na I Jornada de Direito Civil:

133 — Proposição sobre o art. 1.702:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Na separação judicial, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro pensão alimentícia nos termos do que houverem acordado ou do que vier a ser fixado judicialmente, obedecidos os critérios do art. 1.694”.

Segundo Dias (2017, p. 582), com relação aos alimentos, o atual Código Civil “não distingue a origem da obrigação, se decorrente do poder familiar, do parentesco, do rompimento do casamento ou da união.” O que importa é que seja garantido o direito fundamental à manutenção da vida, conforme traduz o artigo 1.920 do referido Código, que prescreve: “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”, e o artigo 1.694, §1º, o consagrado binômio necessidade-possibilidade, em que será mais bem abordado posteriormente. Dessa forma, destaca Tartuce (2015, p. 420) que os direitos fundamentais descritos no artigo 6º da Constituição Federal é devidamente aplicáveis à ideia de alimentos uma vez que tratam de matéria similar, onde se lê:

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

Introduzindo, portanto, a ideia do interesse público, uma vez que é preocupação do Estado o tema em questão, pois poderá sobrar para os seus cofres mais um contratempo social caso o credor dos alimentos não seja atendido por quem deveria. (VENOSA, 2017).

Por fim, a Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, conhecida como a lei dos alimentos gravídicos, trazendo em seu subtítulo “Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências”.

A citada lei demonstra o cuidado para com o nascituro na medida em que também procura estabelecer elementos práticos para que se cuide da genitora em todo o processo gestacional, a partir da concepção até o parto. Com isso, implica as despesas ao redor da gestação, como: alimentação, assistência médica, exames, tanto a juízo do médico quanto do próprio juiz. Isso fica claro já nos primeiros artigos, conforme transcritos abaixo:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º 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.

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2008).

Defende Maria Berenice Dias (2017. p. 610) que “apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de subsídios gestacionais. Ainda que não haja uma relação parental estabelecida, existe um dever jurídico de amparo à gestante.” Enquanto que para Pablo Stolze Gagliano (2019, p. 740) “muito mais técnico se reconhecer a lei como dos alimentos do nascituro”, uma vez que “o fundamento está na proteção da personalidade desde a concepção do ser humano.” (RIZZARDO, 2019, p. 1318).

Não obstante a nomenclatura pode-se confirmar uma importante novidade na legislação brasileira que visa os cuidados da gestante e, por conseguinte, do nascituro, uma vez que para sua fixação, conforme estabelece o art. 6º, basta o convencimento por parte do juiz de indício de paternidade, sem a exigência de prova

irrefutável pré-constituída. Prossegue ainda no seu parágrafo único que “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.” Portanto, ocorrendo a conversão automática em alimentos para a criança. Assim, conclui Rizzardo (2019, p. 1320) que “Em boa hora, pois, e juridicamente justificada, veio a Lei nº 11.804, dando mais evidência ao direito daquele que vai nascer a receber a assistência do pai presumido”.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA E O NASCITURO

3.1 Início da personalidade jurídica

O termo personalidade está em estreita relação com o ser pessoa. Em um aspecto amplo, pode ser entendido como características próprias de um indivíduo, traços peculiares que identifica um jeito único de ser, sentir, relacionar-se, um modo de ser peculiar do eu, dessa forma, uma configuração acentuadamente psicológica.

No entanto, a ciência jurídica não fica circunscrita a tal entendimento. Não cabe a restrição do conceito jurídico ao psicológico.

Assim, preleciona Beviláqua (p. 81 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 148) que “a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”.

Diante disso, a Lei 10.406, de janeiro de 2002, o atual código civil brasileiro, estabelece em seu artigo 2º que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Sendo assim, logo em seu princípio, o Código Civil determina que o início da personalidade civil se dê com o nascimento, sendo este com vida. Entretanto, conforme segue a leitura, há também uma preocupação em resguardar o nascituro.

Inicialmente se faz necessário entender o que o Código quer dizer com o nascimento com vida. Este acontece no momento de saída do feto do ventre materno, quer por via natural, induzido ou artificial e que, ao final, respire. Assim, “uma só breve respiração basta para que o direito considere pessoa o recém-nascido. É indiferente se a minúscula vida vivida apresenta, ou não, perspectivas reais de evolução.” (COELHO, 2012, p. 343).

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 107):

O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida. Lavram--se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, § 2o). Não importa, também, tenha o nascimento sido a termo ou antecipado.

De acordo com Nader (2018, p. 178):

Ao definir o início da personalidade o legislador dispunha da alternativa de fixá-la a partir do momento da concepção ou do nascimento com vida, assegurando, nesta hipótese, proteção ao nascituro ou embrião. Há doutrina embasadora para ambas posições. Civilistas de expressão defenderam a *teoria concepcionista*, como Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua. Tanto o Código de 1916 quanto o de 2002 optaram pela *teoria natalista*: início da personalidade a partir do nascimento com vida, resguardando os direitos do ser em formação. O não aproveitamento da primeira opção se deveu, notadamente, às dificuldades para o reconhecimento do instante da fecundação.

Diante do que acima foi explicitado por Paulo Nader e o que complementa Flávio Tartuce (2018), há no estudo do direito civil sobre o início da personalidade jurídica em três grandes teorias, a saber: a teoria natalista, que dá ênfase ao nascimento com vida como marco inicial da personalidade; a da personalidade condicional, que se assemelha à anterior, porém dando um passo a mais quanto ao nascituro em lhe resguardar alguns direitos e o condiciona ao nascimento com vida e, por fim, a concepcionista, segunda a qual sustenta que a personalidade se inicia com a concepção.

No entanto, ressalta Tartuce, que “a *teoria concepcionista* é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro.” (TARTUCE, 2018, p. 88). Nesse sentido decidiu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer dano moral ao nascituro pela morte de seu pai ocorrida antes mesmo de seu nascimento:

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição fêrrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do quantum. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^aTurma, j. 26.02.2002).

Não obstante as diversas teorias, o que converge quanto à personalidade no plano jurídico é a sua direta relação com a capacidade de o sujeito adquirir direitos e contrair obrigações. É sobre isso de que se trata a personalidade. A titularidade de

direitos que todo ser humano possui, independentemente de sua raça, cor, sexo, condição social e outros. Portanto, é sobre a aquisição de direito e seu exercício.

Sobre o assunto desenvolve Gonçalves (2020, p. 102) que:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele.

Sendo assim, nessa estreita ligação entre personalidade e capacidade, não há que se confundir capacidade de direito com a de fato. A capacidade de titularizar direitos é conferida pela personalidade jurídica. No entanto, nem todos têm a aptidão necessária para o seu exercício, portanto, a capacidade de fato.

Diante dessa relação entre personalidade e capacidade, percebe-se que embora todo ser humano seja provido de personalidade jurídica, para que haja o exercício de seus direitos e deveres, de acordo com cada ordenamento jurídico, existe a necessidade de que sejam atendidos requisitos básicos.

Dessa forma, em relação aos direitos da personalidade, percebe-se que envolvem bens que não estão adstritos exclusivamente a valores pecuniários, pois há outros de grandeza inestimável, tais como: a vida, a intimidade, a integridade física dentre outros.

Portanto, há teóricos que defendem que a origem dos direitos da personalidade reside no próprio fato de ser: ser humano, assim, são inatas à sua condição, não dependendo de nenhum diploma legal. Por outro lado, há quem defenda a necessidade da figura do Estado para o reconhecimento de tais direitos, previstos em documentos formais.

Presentes, então, essas duas posturas, despontam duas correntes que exerceram expressiva influência acerca da origem dos direitos da personalidade, quais sejam, o positivismo e o jusnaturalismo. Nesse sentido, desenvolvem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que:

A primeira corrente toma por base a ideia de que os direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo estado, que lhes daria força jurídica. Não aceitam, portanto, a existência de direitos inatos à condição humana. [...]

Já a segunda linha de pensamento destaca que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas naturalmente pelo homem, verdadeiros atributos inerentes à condição humana. Tal visão, fortemente influenciada pelo jusnaturalismo, tem encontrado respaldo na

doutrina, propugnando os seus defensores que, por se tratar de direitos inatos, caberia “ao estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p 213).

3.2 Características dos direitos da personalidade

O aprofundamento doutrinário sobre o tema identificou características dos direitos da personalidade, uma vez que estão intimamente ligados ao ser humano, destacando-as como inatas, absolutas, vitalícios, imprescritíveis, extrapatrimoniais, indisponíveis e irrenunciáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019; COELHO, 2012; VENOSA, 2019).

O traço inato ou originário diz respeito ao fato do nascimento da pessoa, portanto, independe da vontade. Adquire ao nascer. (VENOSA, 2019). Portanto, é tido como inato por ser uma condição de ser, de existir do ser humano.

No que diz respeito ao caráter absoluto dos direitos da personalidade este é entendido como sua oponibilidade contra todos, devendo ser respeitado pelos demais, até mesmo por aqueles que não tenham vínculos com o sujeito que reivindica algum direito. Nesse sentido apontam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 221) que “o caráter absoluto dos direitos da personalidade se materializa na sua oponibilidade erga omnes, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los”.

No entanto, vale ressaltar, conforme defende Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 425), que tais direitos embora absolutos não são ilimitados,

Pelo contrário, cedem lugar a outros interesses juridicamente tutelados como de maior envergadura (difusos, coletivos e públicos). Assim, o direito da personalidade à privacidade não pode impedir, por exemplo, o controle da arrecadação de tributos, porque, enquanto o primeiro atende a interesse exclusivamente privado da pessoa do contribuinte, o segundo é de claro interesse público.

Outra característica dos direitos da personalidade é a vitaliciedade, pois não se extinguem com o desaparecimento da pessoa. Pelo contrário, permanecem mesmo no *post mortem*, em que aqueles que a lei constitui seus representantes para o seu exercício, como evidenciam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 225):

Se a lesão, por exemplo, à honra do indivíduo ocorrer após o seu falecimento (atentado à sua memória), ainda assim poder-se-á exigir judicialmente que cesse a lesão (ou sua ameaça), tendo legitimidade para requerer a medida, na forma do parágrafo único do art. 12 do CC/2002, “o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Assim sendo, em razão da vitaliciedade desses direitos é que se depreende a imprescritibilidade. Característica que significa que os referidos direitos da personalidade podem ser exercidos a qualquer momento, com possibilidade de “demandar o ofensor, qualquer que tenha sido o lapso de tempo decorrido desde a ofensa ou o seu conhecimento pelo titular do direito.” (COELHO, 2012, p. 425).

Uma quinta característica a ser destacada diz respeito à extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, uma vez que não podem ser reduzidos a valores pecuniários, devido a “ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 194).

No entanto, ressalva Coelho (2012, p. 426), sobre a referida característica, explicitando que:

Se a quase totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, dependendo do titular, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação de massa. O melhor entendimento da matéria, por conseguinte, é o da distinção entre direitos da personalidade patrimoniais e extrapatrimoniais.

Dessa forma, concluem os autores Gagliano e Pamplona Filho (2019) que mesmo sendo a extrapatrimonialidade uma característica dos direitos da personalidade, existem aspectos, como no caso da violação, que podem ser economicamente mensurados.

No tocante a indisponibilidade, outra identificável característica, compreende-se que os direitos da personalidade não podem ser cedidos a outras pessoas e nem podem também ser limitados, inclusive pelo próprio titular do direito. Nesses termos, Fábio Ulhoa Coelho afirma que o titular dos direitos da personalidade “não pode cedê-los, onerosa ou gratuitamente, nem limitar o seu exercício por ato de vontade.” (COELHO, 2012, p. 426).

Assim, “a indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, o que faz com que os direitos da personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentro dos direitos privados.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 222).

Por fim, o caráter irrenunciável dos direitos da personalidade. Este, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.222) “traduz a ideia de que os direitos personalíssimos não podem ser abdicados. Ninguém deve dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem”.

3.3 Questões sobre o nascituro

Inicialmente o conceito de nascituro provém do termo latino *nasciturum* que remete a ideia daquele que ainda vai nascer, do ser que ainda está em formação, “é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu.” (TARTUCE, 2018, p. 86). Ainda sobre a definição, registra Azevedo (2019, p. 28) que o “nascituro é o embrião, o ser humano concebido, mas não nascido (*nasciturus est conceptus, sed non natus*).” Diante desse contexto, quis o Código Civil brasileiro de 2002, ainda que a personalidade se inicie com o nascimento com vida, resguardar os direitos do nascituro, onde se lê em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Sobre o assunto, retrata Gonçalves (2020, p. 109):

Malgrado a personalidade civil da pessoa comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Este é “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”, segundo a definição de Silvio Rodrigues, que acrescenta: “A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.

Segundo Tartuce (2018, p. 86), a leitura do artigo 2º do Código Civil deixa transparecer dúvidas quanto a personalidade e os direitos do nascituro, pois constata o respeitável autor que “na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o

contrário.” Dessa forma, a questão não é pacífica na doutrina, sendo um tema ao mesmo tempo apaixonante e complexo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Sendo assim, diante da complexidade do tema, e como já abordado mais acima, a doutrina estabeleceu três teorias no intuito de explicar a situação jurídica do nascituro.

A primeira delas, a teoria natalista, é categórica ao afirmar que a personalidade civil se inicia somente com o nascimento com vida, ou seja, desde que respire. E a respiração é comprovada, caso necessária, pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno.

Tal teoria faz uma interpretação literal da lei levando a concluir que o nascituro não possui personalidade, portanto, não é pessoa.

Acerca desse tema, aborda Tartuce (2018, p. 87) que:

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. [...].

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

A segunda teoria, teoria da personalidade condicional, também afirma que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, porém estabelece uma condição suspensiva quanto aos direitos do nascituro: nascer com vida, portanto, são direitos eventuais (TARTUCE, 2018).

Nesse contexto, doutrinadores, como GONÇALVES e TARTUCE, defendem que a teoria da personalidade condicional não seria propriamente uma teoria, mas apenas desdobramento da teoria natalista, uma vez que pressupõe também para o início da personalidade o nascimento com vida. Afirma Gonçalves que:

A teoria da personalidade condicional sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. (GONÇALVES, 2018, p. 109).

E em consonância com Gonçalves, defende Tartuce (2018, p. 88) que:

Na verdade, com devido respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente *natalista*, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.

No entanto, sobre a referida teoria da personalidade condicional, Tartuce (2018, p. 87) levanta crítica quando se posiciona da seguinte forma:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Visto que tanto a legislação quanto a jurisprudência brasileiras garantem diversos direitos ao nascituro, como por exemplo, o direito à saúde, que não depende do nascimento com vida para ser reconhecido ao pequenino ser em desenvolvimento.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu ao nascituro o direito de pleitear alimentos e ação investigatória de paternidade, sendo por sua mãe representada, portanto, direito à jurisdição:

Civil. Família. Processual. Filiação. Ação de Investigação de Paternidade de nascituro, ajuizada pela mãe, julgada extinta por ilegitimidade de parte. Possibilidade, no Direito Brasileiro, ante normas protetivas do interesse do nascituro (arts. 4.; 338 e 339; 458 e 462, c/c os arts. 384, V e 385, do Código Civil), de ser ajuizada a ação investigatória em seu nome, o que resta admitido pelo par. único do art. 26 do ECA, ao permitir, como o antigo par. do art. 357 do Código Civil, seu reconhecimento, sem distinção quanto à forma. Este consiste ainda, pelo art. 27 do ECA, em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Tutela do direito à vida na Constituição (arts. 5.º e 227). Nascimento da criança após a sentença. Recurso provido para ter o feito seguimento, figurando ela, representada pela mãe, no polo ativo. Remessa de peças à Corregedoria-Geral de Justiça por descumprimento do art. 2.º da Lei n. 8.560/92. (TJRJ, Apel. Cív. 1999.001.01187, 7ª C. Cív., rel. Des. Luiz Roldão Gomes, j. em 25-5-1999).

Por fim, a terceira teoria, teoria concepcionista. Tal teoria defende que a personalidade inicia-se com a fecundação, ou seja, no momento em que os gametas masculino e feminino se fundem. “Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 152).

Dessa forma, os mesmos direitos já assegurados aos nascidos devem ser também estendidos àquelas que ainda se encontram no ventre da mãe.

A referida teoria visa desfazer a confusão entre personalidade e capacidade. Sobre isso aduz Gonçalves (2020, p. 111) que:

Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe. [...] Em seguida, aduz Chinelato e Almeida que a personalidade 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.

Portanto, defende o início da personalidade com a concepção, sendo o nascituro desde então sujeito de direitos, mesmo possuindo algumas limitações quanto à capacidade e a alguns direitos patrimoniais, que o nascimento com vida irá aperfeiçoá-los. Esta seria uma posição concepcionista mais moderada em que concede ao nascituro uma personalidade jurídica formal e com o nascimento adquiriria a personalidade jurídica material. Tal postura é claramente explicitada por Diniz (p. 9 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 152) onde descreve que,

na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

No entanto, ressaltam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 152) que “a teoria concepcionista, em sua forma mais pura, ao reconhecer o nascituro como pessoa – desde a concepção – alcançaria, inclusive, determinados efeitos patrimoniais”.

Não obstante a controvérsia doutrinária que procura estabelecer melhor compreensão sobre a situação jurídica do nascituro, certo é, que na atual legislação, embora não seja considerado expressamente pessoa, possui desde a concepção proteção legal de seus direitos, que poderiam ser resumidos nos seguintes pontos: titular de direitos personalíssimos, receber doação, ser beneficiário por legado ou herança, tipificação penal do crime de aborto, promove a estabilidade da gestante no trabalho e direito aos alimentos. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

4 O DIREITO AOS ALIMENTOS COMO GARANTIA À DIGNIDADE DO NASCITURO E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE

4.1 Conceito e características da obrigação alimentar

O ser humano possui como um de seus traços característicos a sociabilidade. Entendido como ser social, uma vez que dependente, necessita conviver com os demais de sua espécie como forma de aprendizado, cuidado, disciplina, proteção, dentre outras funções, a alimentar. Sobre o assunto, preleciona Cahali (1987, p. 1 *apud* RIZZARDO, 2019, p. 1242):

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal – mais ou menos prolongada – a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição devida.

No entendimento dos alimentos, percebe-se uma compreensão ampliada que abrange elementos essenciais para que o ser humano possa estabelecer uma convivência digna em sociedade, não se limitando, portanto, àquilo que seja exclusivamente como necessidade fisiológica.

Conforme expõe Venosa (2017, p. 379):

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. Acrescentemos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente à noção jurídica. No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade.

Nesse sentido, *aduz* Gonçalves (2019, p. 554):

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.

Assim, “alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução.” (VENOSA, 2017, p. 379). Vale ressaltar que o próprio Código Civil de 2002 não se preocupou em definir o termo alimentos, no entanto faz referência ao seu legado, onde se lê em seu artigo 1.920 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”.

Dessa forma, o direito aos alimentos é também entendido como direito fundamental à luz da Constituição Federal de 1988, conforme seu artigo 6º, *in verbis*:

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

“Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da personalização do Direito Civil, e em uma perspectiva civil-constitucional, o art. 6.º da CF/1988 serve como uma luva para preencher o conceito de alimentos.” (TARTUCE, 2018, p. 1373).

Segundo Dias (2017, p. 582), “a expressão alimento não serve apenas ao controle da fome. Outros itens completam a necessidade humana, que não alimentam o corpo, mas também a alma [...] o maior alimento da alma é a liberdade”.

Sendo assim, diante das diversas compreensões doutrinárias (DIAS, 2017; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019; GONÇALVES, 2019; RIZZARDO, 2019; TARTUCE, 2019; VENOSA, 2017), o que há em comum quando tratam da definição técnica dos alimentos é que se trata de prestações contínuas para prover as necessidades de subsistência, de forma ampla, àquele que não pode provê-las por si, com amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional (TARTUCE, 2018). Dessa forma, sendo quem pleiteia denominado alimentando (credor) e quem deve pagar, alimentante (devedor). Assim, como concluiu Venosa (2017, p. 380), “não existe, portanto, divergência conceitual substancial na doutrina e no ordenamento comparado quanto ao conteúdo da expressão”.

Vale ressaltar que dentro desse contexto de definição dos alimentos, a doutrina desenvolveu uma distinção entre alimentos naturais e civis. A referida divisão é abordada de forma clara por Venosa (2017, p. 379) quando diz que:

Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência. Nesse quadro, a doutrina costuma distinguir os alimentos naturais ou necessários, aqueles que possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência; e os alimentos civis ou cômmodos, isto é, convenientes, que incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado.

Mediante ao que foi exposto até o momento sobre a definição dos alimentos, é possível a identificação de características de tal instituto, uma vez que é cercado por traços peculiares que o distingue dos demais direitos e obrigações. “Tanto isso é verdade que o inadimplemento da obrigação de prestar alimentos fundados em vínculo de Direito de Família (alimentos familiares) possibilita a prisão do devedor.” (TARTUCE, 2018, p. 1386).

Uma dessas características é a periodicidade, pois a necessidade do alimentando é contínua, estendendo-se por um período de tempo que precisa ser suprida, não podendo ser feita em parcela única e nem por um período de tempo muito extenso entre as parcelas. “Com isto, evita-se que o favorecido desbarate o valor percebido, com total imprevidência e descontrole.” (RIZZARDO, 2019, p. 1269).

Outra característica diz respeito ao seu caráter personalíssimo, por ser inerente a pessoa do alimentando. “Como os alimentos se destinam à subsistência do alimentando, constituem um direito pessoal, intransferível.” (GONÇALVES, 2019, p. 579). E complementa Tartuce (2018, p. 1376) que “o direito aos alimentos é personalíssimo, uma vez que somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los”.

Tendo em vista o traço personalíssimo dos alimentos, isso implica, necessariamente, em ser um direito intransferível, pois diz respeito às necessidades de alguém em particular, portanto, inseparável à pessoa. O que poderá ser transferível é a obrigação de quem deve prestar os alimentos, quer dizer, a do devedor, pois conforme preceitua o Código Civil de 2002 em seu artigo 1700: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

Outra característica, ainda como consequência do traço personalíssimo, é a de ser incessível. “Sendo inseparável da pessoa, não pode ser objeto de cessão de crédito, pois a isso se opõe a sua natureza (art. 286).” (GONÇALVES, 2019, p. 280). O próprio CC/2002 afirma expressamente da proibição da cessão de crédito proveniente de alimentos, em seu artigo 1707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

A obrigação alimentar possui também a característica de ser irrenunciável. Como já fundamentado no Código Civil no artigo 1707, acima citado, “é vedado renunciar o direito a alimentos.” Sobre a irrenunciabilidade, discorre Tartuce (2019, p. 1380):

Este autor entende que os alimentos são sempre irrenunciáveis. Isso porque o art. 1.707 está em total sintonia com o art. 11 do CC pelo qual os direitos da personalidade são, em regra, irrenunciáveis. Como outrora exposto, os alimentos são inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo o direito aos mesmos um verdadeiro direito da personalidade. Assim, a melhor conclusão parece ser que é possível abrir mão de forma temporária aos alimentos, mas nunca é possível renunciá-lo, conforme está expresso no art.1.707 do CC.

Essa conclusão decorre da discussão doutrinária sobre a diferença entre renúncia e dispensa dos alimentos. A primeira ocorre quando o cônjuge ou companheiro abre mão no momento da dissolução do vínculo do casamento ou união estável, como efeito dessa forma não mais poderá postular. “A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família”. (TARTUCE, 2018, p. 1379). A segunda, apenas não há o exercício imediato do direito, podendo a posteriori exercê-lo.

Mediante a compreensão de que o direito a receber alimentos é irrenunciável, podendo o requerente exercê-lo a qualquer tempo quando necessitar de forma comprovada, conclui-se também que é imprescritível. Alude Gonçalves (2018, p. 251):

O que não prescreve é o direito de postular em juízo o pagamento de pensões alimentícias, ainda que o alimentando venha passando necessidade há muitos anos. No entanto, prescreve em dois anos o direito de cobrar as pensões já fixadas em sentença ou estabelecidas em acordo e não pagas, a partir da data em que se vencerem.

A isso acrescenta-se que se o alimentando for absolutamente incapaz também não correrá a prescrição contra ele (art. 198, I, do CC/2002).

Além de imprescritível, a obrigação alimentar é, por conseguinte, impenhoráveis e incompensáveis ambos sob o fundamento também do artigo 1.707 do CC/2002. “Inconcebível a penhora de um direito destinado à manutenção de uma pessoa. Logo, por sua natureza, é impenhorável.” (GONÇALVES, 2018, p. 250).

Por fim, ressalta-se como característica da obrigação alimentar a irrepetibilidade. Devido a sua natureza peculiar de garantir a vida e subsistência da pessoa, fundamentada no caráter solidário, tornar-se irrepetível, quer dizer, “a impossibilidade jurídica de sua restituição, caso sejam considerados indevidos, a posteriori.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 727).

Segundo Dias (2017, p. 40, grifo nosso):

Talvez um dos princípios mais significativos que rege o tema dos alimentos é que não podem ser devolvidos e nem compensados. Como se trata de verba para garantir a vida e a aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência, inimaginável pretender que sejam devolvidos ou compensados. Não se compensa dívida de natureza econômica com dívida de natureza existencial.

Diante disso, “mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo de filiação, pela procedência de ação negatória de paternidade, descabe a restituição dos alimentos que foram pagos.” (DIAS, 2017, p. 592, grifo nosso).

Nesse sentido, há decisões jurisprudenciais sobre o tema da irrepetibilidade:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. - A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. - A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 412684 SP 2002/0003264-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 20/08/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.11.2002 p. 240).

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE JULGADA PROCEDENTE. PRETENSÃO DE REAVER VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALIMENTOS. DESCABIMENTO. IRREPETIBILIDADE. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. É descabido o pedido de indenização por dano moral sob o argumento de ter sofrido abalo à idoneidade moral com a propositura da ação de investigação de paternidade, se a ação foi julgada procedente, pois não

restou comprovado que a mãe da investigante tenha agido com dolo. 4. Mostra-se, também, descabido o pedido de devolução de alimentos tendo em vista o princípio da irrepetibilidade da verba. Recurso desprovido. (TJ-RS - AC: 70050245026 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 24/10/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 26/10/2012).

Dessa forma, para que não ocorra o enriquecimento sem causa do credor que agiu de má-fé, é possível reaver os valores pagos indevidamente sob a forma de indenização. Tartuce (2019) se posiciona que mesmo diante do pagamento indevido, inclusive quando a parte que propôs a ação de alimentos age com má-fé, não cabe devolução dos valores pagos, mas defende a possibilidade da indenização por danos morais cabendo à parte prejudicada provar as perdas sofridas. Como o assunto retrata o temo central desse trabalho, mais adiante será retomado.

4.2 Alimentos “gravídicos” como modo de proteção ao nascituro

A lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, conhecida como a lei dos alimentos gravídicos, disciplina o direito a alimentos e a forma como ele será exercido. Logo em seu início, mais precisamente no artigo 2º, demonstra, com clareza, a destinação dos referidos alimentos, onde se lê:

Art.2º - 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.

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2008).

Dessa forma, demonstra o cuidado para com o conceito na medida em que também procura estabelecer elementos práticos para que se cuide da genitora em todo o processo gestacional, a partir da concepção até o parto. Com isso, implica as despesas ao redor da gestação, como: alimentação, assistência médica, exames, tanto a juízo do médico quanto do próprio juiz.

A Carta Magna brasileira também resguarda como fundamental o direito a vida:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Nesse sentido, cabe ressaltar que todos têm direito à vida, não só aos que nasceram vivos, mas também aqueles que estão para nascer. Conforme declara Moraes (2004, p. 66), “à Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina”.

No mesmo escopo que Moraes, reforça Martins (2017, p. 816), ao dizer que “sendo, pois, um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível.” Portanto, já se percebe que a busca pelos alimentos trata-se, fundamentalmente, como uma forma concreta de tutelar a vida, e no caso dos alimentos gravídicos, a vida desde sua concepção.

Tendo em vista a proteção do direito à vida, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa) desde 1969 expressas, com clareza, onde se lê:

Art. 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Além do anteriormente referido Código Civil de 2002 que põe a salvo os direitos do nascituro, outro documento que prevê, mesmo que indiretamente o resguardo do conceito é o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois em seu artigo 8º, garante à mulher gestante “nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde” (art. 8º, ECA/90).

Conforme situa Venosa (2017, p. 389) acerca da lei de alimentos gravídicos:

Diploma legal mais recente veio beneficiar diretamente o nascituro na pessoa da progenitora. A Lei no 11.804, de 5 de novembro de 2008, inovou e alargou em matéria de alimentos ao permiti-los de forma contundente à mulher gestante, os chamados alimentos gravídicos.

Há quem critique a expressão como a lei 11.804 ficou conhecida, lei de alimentos gravídicos. Defende Chinellato (p. 29 *apud* TARTUCE, 2019, p. 852):

A recente Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei.

Nesse sentido concordam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p 740) que “sendo muito mais técnico se reconhecer a lei como dos ‘alimentos do nascituro’.” Uma vez que, defende Rizzardo (2019, p. 1318), “o fundamento está na proteção da personalidade desde a concepção do ser humano.” Nessa mesma sintonia complementa Tartuce (2019, p. 852) que “desse modo, seria melhor que a lei fosse denominada lei dos alimentos do nascituro, ou algo próximo”.

Por outro lado, Maria Berenice Dias (2017, p. 610, grifo nosso):

A expressão é feia, mas o seu significado é dos mais salutares. A lei 11.804/08 concede à gestante o direito de buscar alimentos durante a gravidez – daí “alimentos gravídicos”. Apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de subsídios gestacionais. Ainda que não haja uma relação parental estabelecida, existe um dever jurídico.

Não obstante as variações quanto a melhor maneira terminológica dos alimentos da lei 11.804, ela visa garantir proteção ao nascituro por meio de auxílio gestacional à mãe fornecido pelo possível pai, uma vez que para sua fixação basta o convencimento de indícios da paternidade, e mais, que após o nascimento com vida serão de pronto convertidos em pensão alimentícia.

Vale ressaltar que em recente decisão, o STJ defendeu que a lei 11.804/08 objetiva à proteção ao nascituro:

Nos termos da ementa de julho de 2017, entendeu a sua Terceira Turma que “os alimentos gravídicos, previstos na Lei n.º 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro” (STJ, REsp 1629423/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.06.06.2017, DJe 22.06.2017 *apud* TARTUCE, 2019, p. 852).

4.3 Possível relativização da irrepetibilidade frente ao pagamento de forma indevida dos alimentos gravídicos

A lei 11.804/08 em sua redação original constava em seu artigo 10º a seguinte composição: “Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.” Tal trecho foi vetado, uma vez que ficou entendido como intimidador, pois estabelecia hipótese de responsabilidade objetiva o simples ingresso em juízo e o não obter êxito. Independentemente de culpa, o exercício do direito de ação que poderia gerar dano a terceiro geraria de imediato o dever do autor em indenizar, sendo, dessa forma, um atentado ao livre exercício do próprio direito de ação.

Assim, se após comprovado através dos exames periciais que o suposto pai não se trata verdadeiramente de ser o pai da criança, como apontara a mãe na ação de alimentos gravídicos, esta seria responsável objetivamente pelos danos materiais e morais que a referida ação causou ao réu.

Contudo, se impõe importante questionamento quando do pagamento indevido pela comprovação da não paternidade: dado que a mãe agiu por culpa deveria restituir os valores pagos por ter responsabilidade subjetiva ou apenas caberia ao prejudicado ajuizar ação contra o verdadeiro responsável do nascido, evitando, dessa forma, o enriquecimento sem causa do verdadeiro devedor.

Como já visto anteriormente, o princípio da irrepetibilidade, embora não expressamente previsto no ordenamento jurídico, mas consagrado pela jurisprudência e doutrina, se justifica pelo fato de se tratar de verbas que visam a garantia da vida humana e uma forma de desestímulo ao seu inadimplemento (DIAS, 2017).

Tal princípio não pode, por outro lado, servir aos abusos que poderão ocorrer em casos de culpa do autor em relação ao devedor que fora cobrado indevidamente por se ter constatado a não paternidade.

Como ilustração do problema levantado, cita-se um caso real noticiado pela mídia¹ em que uma jovem é suspeita de inventar uma gravidez como forma de vingar-se de seu ex-namorado, tendo inclusive realizado uma falsa festa de aniversário de um ano da suposta criança que nunca existiu. Foi utilizado perante a

¹ <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/jovem-e-suspeita-de-inventar-gravidez-para-se-vingar-do-ex-e-fazer-ate-falsa-festa-de-1-ano-do-bebe.ghtml>. Acesso em: 17 dez. 2020.

justiça do Estado de São Paulo um falso exame de gravidez o que a induziu ao erro, de forma que o suposto pai foi obrigado a arcar com despesas impostas pela lei 11.804/08, lei de alimentos gravídicos, conforme preceitua o artigo 2º.

Portanto, percebe-se que o princípio da irrepetibilidade não poderá ser tomado de forma absoluta. Defende Maria Berenice Dias (2017, p. 43) que “quando comprovado que houve má-fé ou postura maliciosa do credor, é possível determinar a devolução das importâncias indevidamente percebidas.”

Nesse sentido, cabe citar decisão jurisprudencial sobre o tema da relativização do princípio da irrepetibilidade:

ALIMENTOS. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DO QUE FOI PAGO INDEVIDAMENTE, NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO DE EXONERAÇÃO. DECISÃO QUE O REJEITOU, DE CUNHO INTERLOCUTÓRIO, QUE NÃO FEZ COISA JULGADA. RECURSO IMPROVIDO. ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Varão exonerado de pagar pensão à filha, por decisão transitada em julgado em agosto de 2001, visto contar ela com 26 anos de idade e ser formada em Direito. Descontos cessados somente em abril de 2002. Princípio da irrepetibilidade que não é absoluto. Direito a repetição reconhecido para que não haja enriquecimento sem causa. Sentença Mantida. Recurso Improvido. (TJSP, 6º Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Waldemar Nogueira Filho, Apelação Cível nº 3055394800, j. 04.10.07).

Ação de exoneração de alimentos c/c repetição do indébito. Constituição de união estável posteriormente ao divórcio. Omissão desta informação ao alimentante. Má-fé demonstrada. Princípio da irrepetibilidade dos alimentos relativizado. Sentença mantida. 1. A demonstração dos autos de ter a alimentanda, de má-fé, omitido do seu ex-esposo ter estabelecido união estável posteriormente ao divórcio, livrando-o, assim, da obrigação alimentar assumida quando existindo o vínculo conjugal, afronta ao princípio da boa-fé objetiva e implica enriquecimento ilícito. 2. Diante da comprovada má-fé da alimentanda e o pagamento indevido dos alimentos posteriormente o início desta união pelo alimentante, impõe-se relativizar o princípio da irrepetibilidade dos alimentos para condenar aquela a restituir os valores indevidamente pagos. (TJMG, AC 10430120013130002, 8ª C. Cív., Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 14/05/2015 *apud* DIAS, 2017, p. 43).

Diante dessa situação, o Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 186 a compreensão de ato ilícito quando preceitua que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, no contexto das relações familiares também há a presença da responsabilidade civil, no entanto, “a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 777).

Sendo assim, além do nexo de causalidade entre o dano e a conduta, deverá também ocorrer a comprovação que a ação ocorreu com negligência, imprudência ou dolo. Tal medida buscar encontrar a intenção que está por trás da propositura da ação de alimentos gravídicos, de modo que se justifica, portanto, o veto do artigo 10 da lei 11.804/08, não prevalecendo a ideia de responsabilidade objetiva.

Ainda assim persiste a questão de como fica a parte ré na ação de alimentos gravídicos, após comprovação da não paternidade, tendo em vista que, por motivo de segurança e saúde do feto, o exame de DNA não é viável antes do nascimento da criança. E até a realização do referido exame, já arcou com as despesas por todo período gestacional até o parto. Somente restaria ao suposto pai como provas contundentes a comprovação de infertilidade ou vasectomia. Portanto, o ônus probatório não está a seu favor.

Assim sendo, a fim de que o princípio da boa-fé não seja prejudicado, uma possível forma de resolver situações como colocadas acima, seria:

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 (...). Portanto, não fica ao desabrigo aquele que é demandado numa ação de alimentos gravídicos caso se apure não ser o pai, sendo a ele assegurado o direito à reparação por danos morais e materiais com fundamento na regra geral da responsabilidade civil. (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 545).

Em entendimento similar, postulam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 789) que verificada a má-fé, “nada impediria que fosse ajuizada também ação de reparação civil em face dela, com base em sua responsabilidade civil subjetiva”.

Maria Berenice Dias (2017, p. 592, grifo nosso) defende a repetição do indébito quando comprovado má-fé. Diz a autora:

Admite-se a devolução exclusivamente quando comprovado que houve má-fé ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não é possível dar ensejo ao enriquecimento ilícito injustificado (CC 884). É o que vem chamando de relatividade da não restituição. Conforme Rolf Madaleno, soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa. A boa-fé é um princípio agasalhado pelo direito (CC 113 e 422), a assegurar a repetição do indébito.

Postura outra assume Tartuce (2019, p. 830). Para ele, mesmo diante da má-fé, os alimentos continuam irrepetíveis, restando ao prejudicado ação de indenização por danos morais.

A título de exemplo, se proposta ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e fixados alimentos provisionais e depois ficar comprovado que o réu não é pai da criança, não caberá a devolução dos valores pagos.

Em outro caso, imagine-se um homem enganado por uma mulher, que disse que estava esperando um filho seu; sendo depois constatado, via exame de DNA, que o filho não é do sujeito e que a mulher assim o fez por má-fé. Ora, os alimentos eventualmente pagos pelo enganado, aqui, também são irrepetíveis. Entretanto, deve se entender que, nesse caso, caberá indenização por danos morais pelo engano, desde que evidenciados os prejuízos imateriais, diante de flagrante abuso de direito por desrespeito à boa-fé objetiva, que também deve estar presente nas relações familiares.

Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 789) também sugerem que como forma de evitar o enriquecimento sem causa “a melhor solução seria o suposto pai voltar-se, em sede de ação de regresso, contra o verdadeiro genitor”, em respeito ao princípio da irrepetibilidade quando não houver a má-fé.

Diante das diversas linhas doutrinárias, o que converge é que não pode um princípio ser trampolim para ilegalidade, a saber, o da irrepetibilidade; ainda mais no caso dos alimentos gravídicos (Lei 11804/08) em que basta o convencimento do magistrado sobre a existência de indício da paternidade para que sejam fixados.

Se foi corretamente vetado o artigo 10º da Lei 11.804/08 sobre a responsabilidade objetiva como visto anteriormente, restou, de forma justa, a responsabilidade subjetiva tanto culposa quanto dolosa, em que poderá gerar a condenação indenizatória por danos materiais e morais, conforme preceitua o CC/2002 em seus artigos 186, 187 e 927, *in verbis*:

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.

Art. 187. 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.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Além do CC/2002, também a Carta Magna traz amparo sobre a possibilidade de indenização por dano moral e material, onde prescreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Nessa compreensão, existe decisão jurisprudencial manifestando-se de forma favorável a concessão de indenização aos que foram lesados moralmente pela falsa paternidade que lhe foi imputada:

A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF.(6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, APEL. 272.221-112, 10.10.1996 *apud* DONA, 2020).

Portanto, o tema da relativização da irrepetibilidade dos alimentos gravídicos (Lei 11.804/08) é de suma importância, uma vez que assegura àquele a quem foi incorretamente imputada a obrigação da sua prestação por não ser verdadeiramente o pai, uma forma de ressarcimento, seja ela através da indenização ou da repetição do indébito. Cada caso deve ser minuciosamente analisado por aquele que irá julgar, a fim de não implicar em desproteção ao nascituro e nem impor barreiras ao acesso à justiça; e mais, que o indivíduo assuma responsabilidades e deveres que lhe cabe, assegurando-lhe, quando houver a má-fé, a defesa não só dos bens patrimoniais, mas de sua imagem e de sua honra, ambos amparados no princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou abordar o tema da irrepetibilidade dos alimentos mediante o pagamento indevido no contexto da Lei de Alimentos Gravídicos, Lei 11.804/2008.

Assim sendo, antes de chegar na centralidade do tema, houve num primeiro momento uma breve análise da historicidade dos alimentos no Brasil, em que ficou evidente que no período imperial a legislação sobre direito de família sofrera forte influência do direito canônico eclesial com predominância da religião do Estado e depois se abrindo a outras denominações cristãs. O pátrio poder como referência da centralidade do homem como chefe da sociedade conjugal com a obrigação mantenedora da família dentro do perfil conservador e patriarcal. E, por fim, algumas novidades legislativas que aos poucos foram superando essa visão do pátrio poder para a igualdade de responsabilidade do casal, inclusive na proteção ao nascituro.

Em continuidade, abordou-se a questão da personalidade jurídica e o nascituro, ser que a lei quis resguardar, desde então, os direitos, sobretudo na perspectiva da lei 11.804/2008, como manifestação de proteção. E que mesmo havendo divergências doutrinárias quanto às teorias do início da personalidade jurídica, convergem quanto à necessidade do cuidado ao concepto.

Nessa perspectiva, são os alimentos gravídicos um modo de proteção ao nascituro, pois ao prestar auxílio a mãe no período gestacional até o parto com as despesas que se impõe nessa situação é, em última instância, manifestação de assistência, proteção e cuidado àquele que está sendo gerado e prestes a nascer.

Conforme estabelece a Lei 11.804/2008, para que tal prestação alimentar ocorra, basta o convencimento do juiz por haver existência de indício de paternidade, como forma de cobrir com as despesas que envolvem o período de gravidez e afins. Porém, como ainda não há prova cabal que defina objetivamente que o apontado seja de forma incontestável o pai poderá ocorrer engano por parte da genitora.

Nesse cenário é que foi também abordado sobre o veto do artigo 10º da lei de alimentos gravídicos que previa a responsabilidade objetiva caso fosse verificada a não paternidade após a realização de exames depois do nascimento da criança.

Entretanto, a não aprovação do referido artigo não significou, por outro lado, ausência absoluta de qualquer responsabilidade. Pois uma vez comprovada culpa e

má-fé cabe a responsabilização subjetiva, em forma de indenização por danos materiais, morais ou na busca de ressarcimento por aquele que é o verdadeiro responsável pela obrigação alimentar.

É nessa circunstância que ocorre a relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, não apenas diante das perdas materiais daquele que contribuiu com os gastos da gravidez, mas no intuito de garantir a dignidade daquele que fez o pagamento sem ter real obrigação, prevalecendo, portanto, o princípio da boa-fé.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-norma-pl.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Brasília, DF: Presidência da República, 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH>.

pdf. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T4 - Quarta Turma). **REsp: 399028 SP 2001/0147319-0**, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data de Julgamento: 26/02/2002, Data de Publicação: DJ 15.04.2002 p. 232 RSTJ vol. 161 p. 395 RT vol. 803 p. 193.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T4 - Quarta Turma). **REsp: 412684 SP 2002/0003264-0**, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 20/08/2002, Data de Publicação: DJ 25.11.2002 p. 240.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, v.1: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: direito, ação, eficácia e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DONA, Géssica Amorim. Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22333>. Acesso em: 3 jul. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v.1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v.6: direito de família**, 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.1: parte geral**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARAGON, César Augusto. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de sua concessão entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3370. Acesso em: 12 set. 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil 2: direito de família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v.1:** parte geral. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17628>. Acesso em: 12 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil.** São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.1:** parte geral. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.5:** direito de família. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.5:** família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção direito civil, 5).