



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**LEONIDA BIEGING GOMES**

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

**À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL**

**Palhoça/SC**

**2009**

**LEONIDA BIEGING GOMES**

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS  
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Anna Lúcia Mattoso Camargo Martins, Msc.

Palhoça/SC

2009

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça (SC), 11 de novembro de 2009.

LEONIDA BIEGING GOMES

**LEONIDA BIEGING GOMES**

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS  
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 24 de novembro de 2009.

---

Anna Lúcia Mattoso Camargo Martins, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Nome do Professor, Título.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Nome do Professor, Título.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a meu marido Gercino e aos meus filhos Déborah e Francisco com todo o meu amor e carinho. Para minha mãe Erica (*in memoriam*) exemplo de honestidade e fonte de amor incondicional.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as coisas, pois sem Ele nada é possível.

Agradeço aos meus pais Alfons (*in memoriam*) e Erica Biegling (*in memoriam*), pelo amor, dedicação, proteção e pelo empenho para proporcionar uma vida melhor para seus filhos. Jamais os esquecerei!

Agradeço a meu marido Gercino Gerson Gomes Neto, pessoa muito especial em minha vida, pelo amor a mim dispensado, durante esses anos de convivência, sempre estando ao meu lado me apoiando e incentivando para que esse sonho se tornasse realidade. Contribuiu muito para o meu aprimoramento intelectual e espiritual.

Agradeço aos meus filhos Déborah e Francisco, que são as flores preciosas do meu jardim, pois, por causa do tempo dispensado a meus estudos, muitas vezes deixaram de usufruir da minha atenção e companhia.

Agradeço a todos os meus Colegas e Amigos de Faculdade pelo prazer de tê-los conhecido e de estar em sua companhia. Agradeço, especialmente, à Maria Helena (a engraçada e companheira de estágio), à Jaroslana (a sobrinha), à Claudia (a boazinha), à Rita (a estudiosa) e ao Sidney (o pai de todos).

Agradeço à minha orientadora professora Anna Lúcia Mattoso Camargo Martins, que me deu amparo e segurança para que eu pudesse escrever esta monografia. Além de ser mestre, sabe ser amiga sem deixar a ética de lado.

Finalmente, agradeço a todos os professores, indistintamente, pelos ensinamentos ministrados ao longo do Curso de Direito.

"Tu te tornarás eternamente responsável por aquilo que cativas. Se me cativares nós seremos um do outro. Tu serás o único no mundo para mim e eu serei a única no mundo para você." (Antoine de Saint Exupéry)

## RESUMO

O vigente Código Civil modificou a denominação de pátrio poder para Poder Familiar. É um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados. A suspensão do Poder Familiar ocorre quando os pais agem de forma arbitrária prejudicando ou arruinando os bens dos filhos. A perda do Poder Familiar ocorre quando pai/mãe castigam imoderadamente o filho, deixam-no em abandono ou praticam atos contrários à moral e bons costumes e incidem reiteradamente nas penas de suspensão. Alimentos é tudo o que é necessário à vida. Funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar. Os alimentos podem ser classificados em naturais ou necessários, que são só para subsistência, quando resultar de culpa de quem os pleiteia, e em civis ou cômputo, que procuram manter a condição social de quem os pleiteia. Quanto a sua constituição podem resultar de lei, de testamento, de contrato ou de sentença judicial. Quanto a sua finalidade podem ser provisionais, provisórios e definitivos. Os alimentos como dever legal são os de vínculo de família e decorrem da lei. São sujeitos da obrigação alimentar os parentes, os cônjuges ou companheiros, podendo ser sujeito ativo ou passivo. É o princípio da reciprocidade. Na falta dos ascendentes, a obrigação caberá aos descendentes mais próximos. A Lei 11.804/08 disciplina o direito de alimentos à mulher gestante e ao nascituro. Nascituro é o ser concebido e ainda não nascido. Os Alimentos Gravídicos têm como termo inicial a concepção e termina com o nascimento, quando se converte em pensão alimentícia. Não há necessidade de coleta de prova material para o exame de DNA. O juiz para formar seu convencimento deverá se valer dos indícios da paternidade. Poderão ser fixados alimentos sem a citação do réu. Devem ser observados os princípios do direito de preservação à vida e do melhor interesse do menor para resguardar o nascituro. Se comprovada a negativa da paternidade após o nascimento, resta ao réu requerer indenização por dano material e moral, uma vez que os alimentos são irrepetíveis.

Palavras-chave: Poder Familiar. Alimentos. Nascituro. Direito à vida

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PODER FAMILIAR</b> .....	12
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	12
2.2 DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO À PESSOA E BENS DOS FILHOS MENORES.....	17
2.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.....	26
2.4 PERDA DO PODER FAMILIAR.....	28
<b>3 ALIMENTOS</b> .....	31
3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	31
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ALIMENTOS.....	36
<b>3.2.1 Quanto a sua natureza</b> .....	36
<b>3.2.2 Quanto à causa jurídica</b> .....	38
<b>3.2.3 Quanto a sua finalidade</b> .....	41
3.3 ALIMENTOS COMO DEVER LEGAL E SUAS CARACTERÍSTICAS PECULIARES.....	42
<b>3.3.1 Direito personalíssim</b> .....	44
<b>3.3.2 Direito irrenunciável</b> .....	45
<b>3.3.3 Direito irrestituível</b> .....	45
<b>3.3.4 Direito incompensável</b> .....	46
<b>3.3.5 Direito imprescritível</b> .....	46
3.4 SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	47
<b>4 O INSTITUTO JURÍDICO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS</b> .....	52
4.1 O QUE É NASCITURO.....	52
4.2 PROCEDIMENTO JURÍDICO – SUJEITO ATIVO (NASCITURO).....	57
<b>4.2.1 Breves considerações sobre a legislação alimentar</b> .....	57
<b>4.2.2 O direito de alimentos ao Nascituro e seu procedimento jurídico especial</b> .....	59
4.3 PROVA PARA RESGUARDAR O PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DO INTERESSE DO MENOR.....	66
4.4 SENTENÇA (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL) .....	68

<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	71
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	74
<b>ANEXOS</b> .....	79
<b>ANEXO A</b> .....	80
<b>ANEXO B</b> .....	82
<b>ANEXO C</b> .....	87
<b>ANEXO D</b> .....	91
<b>ANEXO E</b> .....	94
<b>ANEXO F</b> .....	99



## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia é um estudo na área do Direito de Família sobre os deveres dos pais para com os filhos menores, bem como sobre a obrigação alimentar decorrente do vínculo de família.

Como o Instituto dos Alimentos é matéria vasta e importante no Direito de Família, delimitamos nosso estudo no direito dos Alimentos Gravídicos decorrentes da Lei 11.804/08, sancionada pelo Presidente da República no dia 05/11/08. Essa lei concede o direito de alimentos à gestante, e conseqüentemente ao nascituro, bem como disciplina o procedimento judicial para a sua concessão.

Embora o nascituro tivesse seus direitos assegurados desde a concepção, esse direito era pouco utilizado devido à falta de procedimento específico para sua aplicação. A nova lei veio preencher essa lacuna existente em nosso ordenamento jurídico, estendendo os direitos da personalidade ao nascituro.

Parte-se da hipótese de que com a aplicação da nova lei o nascituro obtenha os mesmos direitos assegurados a partir da concepção, permitindo que se desenvolva com segurança. Para que isso aconteça é necessário que sua genitora tenha as necessidades decorrentes do seu estado gravídico supridas, proporcionando uma condição saudável para gerar o bebê no seu ventre.

Assim, essa monografia se justifica porque o tema é novo e bastante controvertido, não estando sedimentado ainda na doutrina alguns aspectos relacionados com a sua aplicação. Dentre as questões controvertidas está em como poderá o réu ressarcir as despesas gastas, se for comprovada a paternidade negativa após o nascimento, visto que os alimentos são irrepetíveis ou irrestituíveis.

O objetivo dessa monografia é explicitar o conceito e natureza jurídica do Poder Familiar, bem como os deveres dos pais em relação a pessoa e bens dos filhos menores, à suspensão e à perda do Poder Familiar.

Também temos o objetivo de investigar o instituto dos alimentos, seu conceito jurídico, a sua classificação, os sujeitos da obrigação alimentar, assim como o dever legal de prestá-los.

Por fim, objetivamos estudar os Alimentos Gravídicos concedidos ao nascituro decorrentes da aplicação da Lei n. 11.804/09, e a questão relacionada à prova e a seu deferimento ou não, com a análise jurisprudencial sobre o assunto.

O trabalho está organizado em sete partes. Após a introdução que dá um apanhado geral do tema, o capítulo segundo irá abordar o Poder Familiar, seu conceito jurídico, os deveres dos pais em relação à pessoa e bens dos filhos menores, e a suspensão e a perda do Poder Familiar.

No capítulo terceiro, abordaremos sobre os alimentos de uma maneira geral, conceito e natureza jurídica e sua classificação. Também vamos descrever os alimentos como dever legal e quais são os sujeitos que estão obrigados a prestá-los.

No capítulo quarto, trataremos do tema específico de nosso trabalho, o Instituto Jurídico dos Alimentos Gravídicos. Para um melhor aproveitamento do tema é importante saber o que é nascituro, para em seguida estudar o procedimento judicial da Lei 11.804/08, tendo como sujeito ativo o nascituro.

Ainda no capítulo quarto abordaremos o princípio da inviolabilidade do direito à vida e o princípio do interesse do menor, utilizados como fundamentos para resguardar o direito do nascituro. Por fim, vamos demonstrar os acórdãos dos Tribunais que tratam sobre como o direito ao nascituro vem sendo aplicado.

Finalizando, apresentaremos as nossas conclusões sobre o trabalho realizado e a relação bibliográfica.

O tipo de pesquisa usado para esse trabalho será o exploratório, utilizando para isso levantamento bibliográfico das obras de destacados doutrinadores brasileiros, análise jurisprudencial, bem como o estudo da legislação pertinente e que está em vigor acerca do assunto.

E quanto aos procedimentos técnicos, será utilizada a pesquisa bibliográfica, pois é desenvolvida com base em material já elaborado, tais como livros e artigos científicos.

No que se refere aos procedimentos metodológicos, partiu-se do método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis mais gerais para a ocorrência de fenômenos particulares.

Em relação ao método de procedimento será utilizado o monográfico. Tal método fala do estudo de um determinado tema, que obedece à rigorosa metodologia.

Por fim espera-se que este trabalho esclareça de alguma forma os operadores jurídicos e sirva de fundamento para a sua vida profissional e prática forense.

## 2 PODER FAMILIAR

É no núcleo familiar que o ser humano em processo de desenvolvimento deve receber as condições necessárias para à boa formação de seu caráter, tornando-o apto a viver com dignidade no meio social. Por essa razão, a família foi eleita constitucionalmente como a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, conforme preceitua a Constituição Federal no seu art. 226.

É através do Poder Familiar, que os pais efetivam as práticas para bem educar, orientar, alimentar e proteger aqueles que no futuro serão membros da sociedade. Pondo em prática tais procedimentos, estarão assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana, tendo como meio de proteção e integração o núcleo familiar. Por isso, é de suma importância a análise e estudo do instituto em questão.

### 2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O vigente Código Civil modificou a denominação de Pátrio Poder, que encontra-se disposto nos artigos 379 a 395 do Código Civil de 1916, passando a denominá-lo de Poder Familiar, disposto nos artigos 1.630 a 1.638 e 1.689 a 1.693 do atual Código. A modificação ocorreu para atender ao princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher (art. 226, § 5º, CF).

Esse instituto também é encontrado em legislação extravagante, como, por exemplo, na Lei 6.015/73 – Lei de Registros Públicos; na Lei 6.515/77 – Divórcio e Separação Judicial; na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 8.560/92 – Investigação de Paternidade.<sup>1</sup>

O Poder Familiar é um instituto que sofreu transformações, inclusive em sua estrutura legal, ao longo da história. Isso decorreu das mudanças na formação

---

<sup>1</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, Lucia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 22.

da família e da própria sociedade de um modo geral. Também essa é a conclusão de Pereira<sup>2</sup> sobre a nova estrutura do instituto do Poder Familiar:

Cumpra observar que tais textos legislativos refletem o dinamismo da atual sociedade, a qual impõe que ambos os genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos, em igualdade de condições, em face da inserção das mulheres no mercado de trabalho, bem como da intervenção masculina na administração dos lares, ambiente outrora restrito ao domínio feminino, o que torna o exercício do poder familiar comum aos genitores.

Acrescenta ainda esse autor que “estamos diante de uma nova estrutura familiar marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.”

Para melhor compreender a evolução do Poder Familiar é importante comentar acerca do *pater potestas* do Direito Romano e do poder absoluto que exercia como chefe de família.

O *pater potestas* exercia poder absoluto sobre sua família, alcançando inclusive os seus escravos. Nos tempos mais remotos o *pater potestas* tinha poder até de vida e de morte sobre seus descendentes, como um Deus, pois era detentor do direito à vida. Mas com o passar do tempo esses poderes foram diminuindo.

Para melhor elucidar essa idéia Venosa<sup>3</sup> leciona que:

Desse modo, comparando-se a noção do pátrio poder em Roma, com o instituto moderno, nota-se, destarte, uma profunda e radical modificação, que afeta sua própria estrutura. Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. [...] De fato sua autoridade não tinha limites e, com freqüência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O *pater, sui juris*, tinha o direito de punir, vender e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo. [...] (grifado).

Em Roma, como bem ilustra o autor, o chefe de família exercia um poder eminentemente baseado no princípio da autoridade. Com excessivo rigor punia e vendia seus filhos, determinando inclusive o direito de vida e morte sobre os mesmos. Hoje não é mais um exercício decorrente de superioridade dos pais em relação aos filhos, mas um encargo imposto decorrente de lei.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 443. v. V.

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 295. v. VI

Apesar da modificação ocorrida, alguns doutrinadores teceram críticas a respeito do termo utilizado para defini-lo. Dentre eles encontra-se Rodrigues<sup>4</sup>, que censura o vigente Código por conservar, ainda, traços de domínio:

O novo Código optou por designar esse instituto como *poder familiar*, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra 'pátrio', por relacioná-lo impropriamente ao *pai* (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, que antes de poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.(grifado).

Observa-se que a “denominação Poder Familiar do vigente Código também não se coaduna perfeitamente com sua extensão e compreensão.” É mais aceitável, para os dias atuais, o disposto no futuro Estatuto das Famílias que utiliza a expressão 'autoridade parental', “fugindo a idéia de poder que não deve existir no seio da família.”<sup>5</sup>

Esse não é o mesmo entendimento de Rizzardo<sup>6</sup>, porque, para esse autor, “desapareceu o caráter ou disposição que imperava primitivamente.” Com as transformações ocorridas, hoje não se pode mais falar de uma autoridade exercida baseada em seu próprio interesse, mas um *munus*<sup>7</sup>, função que deve ser exercida no interesse dos filhos menores.

No que diz respeito ao conceito de Poder Familiar, destaca-se que o instituto reúne um conjunto de normas que dizem respeito aos direitos e deveres dos pais relativos à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados. Veronese, Gouvea e Silva esclarece que:<sup>8</sup>

O 'Poder Familiar', conforme a denominação dada pelo novo Código Civil, é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protege-lo e educá-lo.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 355. vol. 6.

<sup>5</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 293, 294.

<sup>6</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 601.

<sup>7</sup> *Munus* – “Condição ou ofício de quem presta serviço público honorário”. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181.

<sup>8</sup> VERONESE; GOUEVA; SILVA. **Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 21.

Como bem coloca a autora, o Poder Familiar é um dever/poder imposto pelo Estado a ambos os pais, que em igualdade de condições devem exercer esse encargo, sempre voltado para o interesse dos filhos menores e não emancipados, devendo o mesmo cuidado ser dispensado em relação ao seu patrimônio. Isto significa dizer que os pais têm deveres que o “Estado lhes outorga direitos que lhes permitem a operacionalização de suas obrigações.”<sup>9</sup>

Como há interesse do Estado em proteger as futuras gerações, o Poder Familiar “é um instituto de caráter eminentemente protetivo”, que tem sérios encargos para o seu titular. Por isso que o Poder Familiar é matéria de direito privado e também de direito público.<sup>10</sup>

O Poder Familiar é fiscalizado pelo Estado, que assume este encargo para evitar o jugo paterno-materno.<sup>11</sup> O ser humano quando nasce é frágil e precisa ter alguém que “o crie, eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens.”<sup>12</sup> As pessoas mais próximas e indicadas para esse exercício são os pais.

Este também é o entendimento de Veronese, Gouvea e Silva<sup>13</sup> sobre o poder concedido aos pais pelo Estado para a proteção dos filhos menores:

Atualmente pode-se dizer que os pais têm deveres em relação aos filhos, e que, para tanto, o Estado lhes outorga direitos que lhes permitem a operacionalização de suas obrigações. Este poder é concedido pelo Estado, e por ele fiscalizado. Tanto o é, que, em caso de abuso destas prerrogativas, o Estado pode e deve interferir, suspendendo, ou mesmo retirando, o poder familiar dos transgressores.

O Estado confere deveres aos pais e para que estes possam desempenhar bem as suas funções também lhes confere direitos. Entretanto, se os pais abusarem desses direitos, o Estado, fiscalizando, intervém retirando ou suspendendo o exercício do Poder Familiar de quem não desempenha bem as suas funções.

---

<sup>9</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA. **Poder familiar e tutela:** À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e Adolescente, p. 19.

<sup>10</sup> RODRIGUES. **Direito civil.** Direito de família, p. 355.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 476.

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 389.

<sup>13</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA, Op. cit., p. 19.

Explicita-se que “o fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de *munus* público do poder familiar. E o torna irrenunciável.”<sup>14</sup> Sendo irrenunciável, não podem os pais deixar do poder voluntariamente, porque o dever de dar assistência aos filhos, enquanto menores e não emancipados, é decorrente de lei.

Além de irrenunciável, o Poder Familiar é indisponível ou indelegável. Isso equivale dizer que “a indisponibilidade do exercício do poder familiar impede a livre disposição dos direitos e deveres concernentes ao instituto, a título oneroso ou gratuito.”<sup>15</sup>

Entende-se que é da natureza do Poder Familiar a imprescritibilidade, porque o fato de deixar de exercê-lo “não implica na perda ou decadência do direito”. O instituto também é incompatível com a tutela porque a “nomeação de tutor ficará reservada as hipóteses legais de seu exercício pelos pais, compreendendo necessariamente a suspensão ou destituição do poder familiar.”<sup>16</sup>

O Poder Familiar não altera as relações entre pais e filhos em caso de dissolução conjugal ou de união estável. Ambos continuam com o poder/dever de exercer o Poder Familiar sobre seus filhos. Embora continuem com a titularidade, o exercício compete àquele que detém a guarda. Ao outro compete o direito de visita.<sup>17</sup>

Este é o pensamento de Rizzardo<sup>18</sup>:

Prosseguem ambos os genitores, após a separação, titulares do pátrio poder. Os direitos e deveres que o compõe, entretanto, é que se distribuem entre os genitores, até porque seria impossível o exercício conjunto de todos os direitos componentes do feixe, à ausência de lar comum.

Apesar da modificação ocorrida, o Poder Familiar ainda conserva uma relação de autoridade como condição de seu efetivo exercício. Prevalece um vínculo de subordinação entre pais e filhos presente no inciso VII do art. 1.634, CC, quando este estabelece que é um direito dos pais exigir respeito e obediência dos filhos bem como a prestação de serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>14</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 356.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Aparecida Maria Valadares da Costa. O poder familiar: Breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**. 1. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 376.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 377, 378.

<sup>17</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 604.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 605.

Ao discorrer sobre a matéria Pereira<sup>19</sup> leciona no mesmo sentido:

O Código Civil de 2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao Pátrio Poder, identificando-o como 'poder familiar', não abandonou a natureza de 'poder' do instituto, marcado modernamente por obrigações e responsabilidades decorrentes da necessidade de proteção dos filhos, como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

É importante acrescentar que, havendo divergências dos pais em relação aos interesses dos filhos menores, esses devem recorrer à via judicial para a solução dos conflitos. Tal é a regra estabelecida no parágrafo único do art. 1.632 do CC, a qual assegura a qualquer um dos pais o direito de recorrer ao juiz quando não houver um consenso sobre decisões a tomar no exercício do Poder Familiar.<sup>20</sup>

## 2.2 DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO À PESSOA E BENS DOS FILHOS MENORES

O dever de cuidado imposto aos pais para proteção dos filhos menores é princípio constitucional previsto no art. 229, o qual estabelece que “os pais tem o dever de assistir e educar os filhos menores [...]”. Esse dever/poder de que os pais são investidos para desempenhar não é absoluto, pois “às autoridades cabe supervisionar-lhes o comportamento e controlar o exercício.”<sup>21</sup>

As relações decorrentes do Poder Familiar que conjugam direitos e deveres dos pais, com relação aos filhos menores e não emancipados, se desdobram em duas vertentes: os relativos à pessoa do filho e os de cunho patrimonial. Esse desdobramento é importante devido à “[..] complexidade de direitos e deveres decorrentes de seu exercício.”<sup>22</sup>

No que diz respeito aos deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos menores, o Código Civil traz no seu art. 1.634 as seguintes obrigações:

<sup>19</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 446.

<sup>20</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 604.

<sup>21</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 449.

<sup>22</sup> GONÇALVES, O poder familiar: Breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**. p. 380.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O dever de criação e educação imposto aos pais é o mais significativo dentre os demais deveres, pois dele dependem, diretamente, a subsistência dos filhos, e o meio de alcançar um futuro mais promissor.

Sobre o dever de criação e educação dos filhos, Rodrigues<sup>23</sup> também enaltece a sua importância:

Aqui se trata do zelo material e moral para que o filho fisicamente sobreviva e por meio da educação forme seu espírito e seu caráter.

Esse é o dever principal que incumbe aos pais, pois quem põe filhos no mundo deve provê-los com os elementos materiais para a sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e de ser elemento útil à sociedade.

Tanto o zelo material quanto o moral dos pais para com os filhos são fundamentais e determinantes, para que os mesmos tenham um desenvolvimento físico e emocional saudáveis, com o propósito de serem profissionais de sucesso e se tornarem cidadãos úteis à sociedade no futuro.

Também Rizzardo<sup>24</sup> leciona nesse sentido:

Quanto à criação e educação, revelam-se estas incumbências de real significação, e que definirão o sucesso ou insucesso futuro do filho. Aos pais assiste escolher o colégio que melhor convenha à formação, ao estudo, à responsabilidade e à conveniência econômica.

Portanto, cabe aos pais, em primeiro lugar, cuidar da criação dos seus filhos, para que possam ter os meios necessários para sua sobrevivência, bem como

<sup>23</sup> RODRIGUES, **Direito Civil**. Direito de Família, p 360, 361.

<sup>24</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 606.

proporcionar a educação dos mesmos, escolhendo, dentro das suas possibilidades, a escola mais apropriada possível para sua instrução.

Um aspecto importante a acrescentar é que, entre as responsabilidades de criação e cuidados, também cabe aos pais o dever de fornecer tratamento médico aos seus filhos quando destes necessitarem.<sup>25</sup> A saúde mental e física é fator essencial para que o filho possa assimilar e desenvolver as atividades escolares, que servirão de base para o seu futuro profissional.

No inciso II do art. 1.634, o CC traz um direito/dever dos pais: ter os filhos em sua companhia. É indispensável tê-los sob sua guarda, uma vez que a “permanência na companhia dos pais é imposta pelas próprias conveniências para a criação e educação”<sup>26</sup> deles.

Os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores (art. 932, I, CC). Para que possam exercer a devida vigilância é necessário tê-los sob sua guarda e companhia.<sup>27</sup> É na companhia dos pais que os filhos estarão mais bem protegidos dos perigos do mundo. Assim, os pais podem exercer maior vigilância sobre eles, orientando-os com maior eficácia, caso houver necessidade.

Destaca-se que, além do direito de ter os filhos em companhia, os pais têm o poder de tê-los, visto que “podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.”<sup>28</sup>

Deve ser realçado que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável dos pais. Essa regra prevista no art. 1.631, CC, visa atender o melhor interesse do menor.

Sobre o assunto Pereira<sup>29</sup> escreve que:

O regime de visitas, mesmo diminuindo o convívio entre os genitores, não pode restringir os direitos e deveres inerentes ao poder familiar que representam, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes. Assim é que, atender o melhor interesse dos filhos está muito além dos ditames legais quanto ao estrito exercício do poder familiar.

<sup>25</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 302.

<sup>26</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 606.

<sup>27</sup> VENOSA, Op. cit., p. 302.

<sup>28</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 395.

<sup>29</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 450.

Em caso de separação, a guarda é conferida a apenas um dos pais, porém o outro terá o direito de visitas, e ambos continuarão tendo os direitos e deveres inerentes ao Poder Familiar sobre o menor.

O homem e a mulher, a partir dos dezesseis anos, podem casar, mas necessitam de autorização dos pais ou de seus representantes legais. (art. 1.517, CC).

Caso haja discordância de um dos pais sobre o consentimento “há que ser suprido judicialmente esse consentimento quando negado injustificadamente, ou impossível de ser obtido.”<sup>30</sup> Este “deve ser específico para o casamento com determinada pessoa, não podendo ser deferido em termos gerais.”<sup>31</sup>

Observa-se que obter autorização para casar “[...] é uma prerrogativa concedida aos pais, de modo não absoluto, porquanto o consentimento para o casamento poderá ser suprido judicialmente.”<sup>32</sup>

Além do inciso IV, do artigo em estudo, também o art. 1.729, CC, prevê a nomeação de tutor para os filhos menores. Estabelece ainda referido artigo que é de competência de ambos os pais a sua nomeação. A nomeação só se justifica “se o outro dos pais não sobreviver, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar.”<sup>33</sup>

Para complementar a idéia, Pereira<sup>34</sup> explicita que “é atribuição exclusiva dos pais, em conjunto, a nomeação de tutor. Nada impede que a indicação recaia em mais de uma pessoa, desde que os pais indiquem a ordem de preferência. [...]”

A representação, contida no inciso V do artigo em tela, é necessária para os filhos menores até os dezesseis anos. A partir dos dezesseis até os dezoito anos, os menores são assistidos e não mais representados. Esta regra também encontra-se prevista no art. 1.690 do CC.

É como bem assegura Rodrigues<sup>35</sup> quando leciona sobre o assunto:

Na proteção que a lei confere aos incapazes se encontra a proibição de atuarem, por si mesmos, na vida jurídica; pois, no intuito de impedir que sua inexperiência possa conduzi-los à prática de atos prejudiciais, o legislador

---

<sup>30</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 303.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 303

<sup>32</sup> GONÇALVES, O poder familiar: Breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**, p. 382.

<sup>33</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 361.

<sup>34</sup> PEREIRA, *Op. cit.*, p. 451.

<sup>35</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 362.

os coloca debaixo da orientação de uma pessoa capaz, que os represente ou os assista em todos os atos da vida civil.

Tem esse preceito por objetivo proteger aqueles que, pela sua imaturidade, ainda não têm discernimento necessário para decidir por si, evitando, assim, que suas atitudes possam causar prejuízos para a sua vida. Devido a sua falta de experiência, é necessário uma pessoa capaz que os oriente até chegarem a idade plena para poderem decidir por si.

Aspecto importante a destacar é que “ato praticado por menor absolutamente incapaz sem representação é nulo; ato praticado por menor relativamente incapaz sem assistência, é anulável.”<sup>36</sup>

No inciso VI, está previsto o direito dos pais de reclamar o filho de quem o deter ilegalmente. Esta regra objetiva trazer de volta para o lar o filho que dali foi retirado por pessoa não autorizada. É “conseqüência do direito de guarda”<sup>37</sup> e, para exercer esse direito compete aos pais o uso da via judicial.

O instrumento adequado para alcançar esse direito é a medida cautelar de busca e apreensão, que encontra-se prevista no art. 839 do CPC. Embora é ação mais adequada e eficaz, há divergência doutrinária sobre seu uso, como bem expõe Rodrigues:<sup>38</sup>

Discute-se sobre qual a ação competente para o exercício desse direito, havendo os que entendem ser necessário o processo ordinário, em oposição àqueles que acreditam bastar a busca e apreensão, de rito sumário.

A controvérsia encontrou solução na prática dos tribunais. O mero pedido de busca e apreensão é bastante para alcançar o fim colimado. O juiz, ao receber o pedido, se convencer tanto da absoluta ilegalidade da detenção do menor feita pelo réu como da manifesta inconveniência de com ele o deixar, ordenará a expedição de mandado liminar, sem audiência do referido réu.

Embora seja a solução mais adequada, há situações que apresentam peculiaridades, tais como nos casos de “pais separados, nem sempre a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar, será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda.”<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 303.

<sup>37</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 452.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 363.

<sup>39</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 303.

Todavia, nos casos excepcionais como “em casos de rapto da criança por terceiro, ou subtração do menor em desobediência à decisão judicial”<sup>40</sup>, o juiz decidirá pela busca e apreensão com medida liminar sem audiência do réu.

Por fim, o inciso VII do art. 1.634, CC, traz elencado o direito dos pais de exigir dos filhos que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Encontra-se nesse direito dos pais uma relação de hierarquia entre pais e filhos, porque verifica-se a subordinação desses em relação àqueles.

Essa prerrogativa está relacionada com a autoridade decorrente do exercício do Poder Familiar, prevalecendo nesse aspecto o vínculo de subordinação dos filhos em relação aos pais.<sup>41</sup> Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos, embora o bom senso deva prevalecer sempre nas relações de pais e filhos, e o respeito deve ser recíproco.<sup>42</sup>

Analisa-se que, em relação aos serviços próprios de sua idade e condição previstos no mesmo inciso, os pais devem levar em consideração a idade e as condições do menor porque a lei põe restrições (art. 7º, XXXIII, CF e arts. 60 a 69 do ECA) quanto ao trabalho do menor.

Por oportuno, sobre a limitação do trabalho dos filhos menores, vale ressaltar importantes ensinamentos de Veronese, Gouvea e Silva:<sup>43</sup>

Sobre os 'serviços próprios de sua idade e condição' há que se observar as restrições estatuídas pela Constituição Federal (art. 7º, XXXIII) e Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 60 a 69) para a proteção do empregado menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos e a proibição, para os menores de dezoito e maiores de 16 anos, do trabalho noturno, insalubre, perigoso ou penoso, e daqueles realizados em locais prejudiciais à sua formação ou em horários incompatíveis com a freqüência escolar (art. 67 do Estatuto).

Observadas essas regras, é salutar os filhos participarem de pequenas tarefas rotineiras da casa, aprendendo com isso desde cedo o espírito de cooperação dentro das possibilidades de suas forças e aptidões.

---

<sup>40</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 363.

<sup>41</sup> GONÇALVES, O poder familiar: Breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**, p. 382.

<sup>42</sup> VENOSA, Op. cit., p. 303.

<sup>43</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA, **Poder familiar e tutela**: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 35.

Incumbe aos pais a administração dos bens dos filhos menores, tornando-se, por isso, usufrutuários, enquanto no exercício do Poder Familiar. Esta previsão encontra amparo legal no art. 1.689, I e II do CC.

Como os filhos menores não possuem ainda capacidade para administrar seu próprio patrimônio, eles necessitam de alguém que faça isso por eles. “O problema da administração de bens ocorre principalmente no caso de morte de um dos cônjuges, em que o outro, titular do poder familiar, cuida do patrimônio que os filhos menores herdaram do falecido.”<sup>44</sup>

Embora a regra é que a administração dos bens do menor ocorra por falecimento de um dos pais, estes bens também podem “[...] advir de várias formas, mormente por doação ou testamento ou por fruto de seu trabalho.”<sup>45</sup>

A lei dispõe que, enquanto o filho for menor, seus bens serão administrados pelos pais, mas estes não podem dispor desses bens livremente. “Não podem os pais, portanto, alienar, gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da mera administração.”<sup>46</sup>

Temos como exemplos de ônus reais o usufruto, uso, habitação, superfície, a hipoteca. Não permite a lei que tais gravames sejam feitos pelos pais sobre os bens imóveis dos filhos menores porque estes “representam deveres que limitam o gozo da coisa e o poder de dispor”,<sup>47</sup> além de diminuir-lhes o valor.

O usufruto dos bens dos filhos menores pelos pais se justifica como compensação pelos encargos decorrentes do seu exercício. “Assim, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos menores pertencem aos pais que exercerem a administração, podendo consumi-los, sem necessidade de prestação de contas.”<sup>48</sup>

Somente por necessidade ou evidente interesse da prole podem os pais alienar os bens dos filhos menores, mediante prévia autorização judicial. “Em juízo deve ser provada a necessidade ou conveniência de alienação ou oneração do bem

---

<sup>44</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 364.

<sup>45</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p.304.

<sup>46</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 454.

<sup>47</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 45. v. II.

<sup>48</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 306.

com relação ao menor. Os imóveis devem ser avaliados não se admitindo alienação por venda inferior ao preço de mercado.”<sup>49</sup>

Quando houver confronto de interesses do pai com o filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, será nomeado curador especial. Vejamos o exemplo mencionado por Rodrigues:<sup>50</sup>

Por vezes o interesse do pai conflita com o do filho, como ocorre, por exemplo, quando ambos são herdeiros e se cogita de partilha, pois pode convir a um e a outro serem aquinhoados com o mesmo bem, tornando-se manifesta a divergência de interesses. Em tais casos – determina a lei – o juiz deverá dar curador especial ao incapaz, para que fiscalize a solução do conflito, zelando pelo interesse do menor (CC, art. 1.692).

Quando os interesses do pai vão de encontro aos interesses do filho menor, a nomeação de um curador especial se faz necessária. O curador especial fiscaliza o conflito, impedindo, assim, que os interesses do menor sejam feridos.

Durante o exercício do Poder Familiar, o art. 1.693, nos incisos I a IV, CC, enumera os bens retirados da administração e usufruto dos pais, a seguir enumerados:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:  
I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;  
II – os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezesesseis) anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;  
III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;  
IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Como são bens excluídos da administração e usufruto dos pais, compete ao juiz à nomeação de um curador especial para desempenhar tal função, conforme expressa determinação legal prevista do art. 1.733, § 2º, do CC.

Quanto à exclusão dos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento quis a lei proteger o patrimônio do filho “para impedir que o reconhecimento seja apenas produto do intuito do pai de beneficiar-se com o usufruto ou com a administração dos bens do filho.”<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 305, 306.

<sup>50</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 365.

<sup>51</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 366.

Também para Venosa<sup>52</sup> “a norma tem nítido caráter moral: pretende-se não transformar o ato de reconhecimento como incentivo à cupidez do pai reconhecente.”

Em relação aos valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional, e em relação aos bens adquiridos com tais recursos “o novo Código ampliou a abrangência da exclusão para contemplar o produto de qualquer atividade profissional, e não apenas aquelas até previstas.”<sup>53</sup>

Quando o autor se refere “aquelas até previstas”, quis fazer alusão às previstas no Código anterior, que eram os bens adquiridos decorrentes do trabalho da atividade do serviço militar, magistério e função pública.

No inciso III está previsto que os bens deixados ou doados ao filho sob condição, também podem ser motivo de exclusão da administração e usufruto dos pais. Neste caso “o doador ou testador pode incluir cláusula vedando a administração ou usufruto dos bens. Há que ser obedecida à vontade do disponente, nestes negócios gratuitos.”<sup>54</sup>

Outra causa de exclusão do usufruto e administração dos bens é quando os bens couberem aos filhos por herança, por causa da exclusão dos pais. É o caso de herdeiro ingrato, previsto no art. 1.814 e seguintes do CC. Se o indigno pudesse administrar ou ter usufruto deles, a pena a ele imposta perderia parte de sua eficácia.<sup>55</sup>

Finaliza-se, destacando o art. 1.733, § 2º, CC, que determina que o juiz nomeie um curador especial, sempre que os pais não puderem exercer a administração dos bens dos filhos menores e não emancipados.

---

<sup>52</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 307.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 367.

<sup>54</sup> VENOSA, Op. cit., p. 307.

<sup>55</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 368.

## 2.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar é um *munus* público – dever/poder – imposto pelo Estado aos pais, que tem como objetivo salvaguardar os interesses dos filhos menores e não emancipados.

Assim, quando os pais desempenham mal essas funções e os interesses dos filhos são violados, o Estado está legitimado a intervir nessa relação. O juiz está autorizado a suspender, temporariamente, esse encargo dos pais.

Quando os pais agem de forma arbitrária, desleixada, prejudicando os interesses ou arruinando os bens dos filhos, estarão concorrendo para a suspensão do Poder Familiar, conforme estabelece o art. 1.637, CC.

Esse também é o entendimento de Rizzardo:<sup>56</sup>

Em princípio, parte-se de uma realidade: os pais, por seu comportamento, prejudicam os filhos, tanto nos interesses pessoais como nos materiais, com o que não pode compactuar o Estado. Usam mal da função, embora a autoridade que exercem, desleixando ou omitindo-se nos cuidados aos filhos, na sua educação e formação; não lhe dando a necessária assistência; procedendo inconvenientemente; arruinando seus bens e olvidando-se na gerência de suas economias.

Também é causa de suspensão do exercício do Poder Familiar o pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a (2) dois anos de prisão.

Nesse caso, o requisito indispensável é a sentença transitada em julgado, não importando se a pena aplicada é detenção ou reclusão. Basta que haja a condenação, não sendo necessário que se dê o cumprimento em regime carcerário, podendo ser regime de substituição. Uma vez cumprida a pena, poderá o juiz restaurar o Poder Familiar.<sup>57</sup>

É importante considerar que “a condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores poderá ocasionar a suspensão, ou até a perda do pátrio poder, dependendo da gravidade com relação ao filho. Examina-se o caso concreto.”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 609.

<sup>57</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 610.

<sup>58</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 309.

Estas são hipóteses genéricas de suspensão “dando margem ampla de decisão ao magistrado”.<sup>59</sup> Dessa forma, o juiz está autorizado a adotar a melhor medida para preservar o interesse do menor.

Este também é o entendimento de Pereira<sup>60</sup> quanto à discricionariedade do juiz segundo o qual: “As causas de suspensão vêm mencionadas um tanto genericamente no Código Civil (art. 1.637) para que se veja o juiz munido de certa dose de arbítrio, que não pode ser usado a seu capricho, porém sob a inspiração do melhor interesse da criança.”

Outra hipótese de suspensão está prevista no art. 24 na Lei 8.069/90, ECA, que se refere ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações constantes do art. 22. Segundo esse art. 22, “incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações legais.”

Os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores a que se refere o ECA são “os encargos mais primários e singelos,”<sup>61</sup> que, se desatendidos abrem caminho para a suspensão do Poder Familiar.

O pedido de suspensão pode ser requerido por algum parente ou pelo Ministério Público, e o procedimento da perda e suspensão encontra-se previsto no art. 155 e seguintes do ECA. A sentença decretada deve constar à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente (art. 162, ECA).

Embora sendo “medida temporária”<sup>62</sup> uma vez decretada a suspensão do Poder Familiar, “[...] perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal”,<sup>63</sup> durante este período.

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 309.

<sup>60</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 458.

<sup>61</sup> RIZZARDO, Op. cit., p. 610.

<sup>62</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA, **Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 41.

<sup>63</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 309.

## 2.4 PERDA DO PODER FAMILIAR

Se o pai ou a mãe castigar imoderadamente, ou deixar o filho em abandono, ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, bem como incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637, CC. - que são causas de suspensão – estará sujeito à perda do Poder familiar. Esta é a previsão legal do art. 1.638, CC.

Analisando o propósito da lei, percebe-se que “[...] a destituição do poder familiar é prevista tanto para os atos mais graves de lesão às obrigações legais impostas aos pais”, e também para aquelas condutas menos graves que são causas de suspensão previstas no art. 1.636, CC, mas que são praticadas de forma reiterada.”<sup>64</sup>

Assim como a suspensão, também a perda do Poder Familiar poderá ser requerida por um parente ou pelo Ministério Público, segundo arts. 24, 155 e 201, III, da Lei n. 8.069/90, e é da competência da Justiça da Infância e da Juventude a análise desses conflitos (art. 148, parágrafo único, b, da mesma lei).<sup>65</sup>

Concorrem como causa ensejadora de perda do Poder Familiar, o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho. Como se deduz, a lei tolera os castigos moderados, porque faz parte da própria educação corrigir o filho quando este comete erros de conduta, mas se houver excessos, o juiz destitui esses do poder.<sup>66</sup>

Devido à imaturidade natural da infância ou adolescência, o filho muitas vezes não consegue medir as conseqüências dos seus atos. É nessas situações que se faz necessário o uso das reprimendas, cabendo aos pais corrigir e alertar os filhos dos perigos, tudo de acordo com a justa medida. Faz parte da boa educação corrigir os filhos quando esse apresentarem algum desvio de conduta, não se admitindo excessos.

Sobre o assunto Rizzardo<sup>67</sup> ensina que:

A lei tolera os castigos comedidos e sensatos, necessários em momentos críticos da conduta do filho, e condena as explosões da cólera e da

---

<sup>64</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA, Op. cit., p. 43.

<sup>65</sup> DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 489.

<sup>66</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 458.

<sup>67</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 612.

violência, que nada trazem de positivo. Pelo contrário, tal repressão conduz à revolta, ao desamor e ao aniquilamento do afeto, do carinho e da estima.

Aos pais cabe o dever de proteger os filhos de todo tipo de violência e, por isso, a lei não admite que sejam eles os protagonistas a praticá-la. Quando os pais castigam seus filhos, tornam estes vítimas de maus-tratos e humilhações, faltando, assim, com um dos deveres que lhe confere o Estado, inerentes do Poder Familiar.

O pai ou a mãe que deixar o filho em abandono também estará sujeito à perda do Poder Familiar. O abandono de que trata o Código “pode ser tanto o material, quanto o moral ou intelectual [...]”.<sup>68</sup> Dentre os tipos de abandono podemos citar a falta de assistência alimentar, educacional, médica e moral.

A falta de um desses recursos podem gerar para o filho as mais variadas conseqüências que podem ser a fome ou até a falta de capacitação profissional, ou até ao convívio com pessoas de conduta moral duvidosa, tais como o uso de drogas.

O abandono de qualquer espécie por parte dos pais, pode gerar várias e sérias conseqüências para o filho, como bem ilustra Rizzardo:<sup>69</sup>

Inúmeros são os casos de menores abandonados, sem habilitação, vadios, mendigos, liberados, entregues à própria sorte, perambulando pelas ruas e dormindo em locais públicos. Mesmo a instigação à mendicância é motivo de perda do poder familiar, pois significa expor o menor às humilhações e ofensas à dignidade humana.

É necessário acrescentar que a “falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”, conforme determinação legal contida no art. 23 do ECA.

Consta no inciso III do art. 1.638, CC, outra causa de perda do poder familiar, que é a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes pelos pais. Tem essa regra como objetivo proteger os filhos dos maus exemplos dos pais, evitando que esses possam ser nocivos à formação moral dos filhos.<sup>70</sup>

Os filhos menores sofrem grande influência do meio familiar em que vivem, visto que o lar é sua primeira escola. É nele que os filhos menores encontram

---

<sup>68</sup> VERONESE; GOUVEA; SILVA, **Poder familiar e tutela**: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 44, 45.

<sup>69</sup> RIZZARDO, Op. cit., p. 612.

<sup>70</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 371.

os primeiros modelos de comportamento. Por isso é “no lar que eles adquirem os princípios que nortearão seu futuro, como a dignidade pessoal, a honestidade, a correção da conduta, o respeito pelo semelhante, a responsabilidade profissional, dentre outras virtudes.”<sup>71</sup>

Com base nesses ensinamentos doutrinários e seguindo a determinação legal, os pais têm o dever de ter bons procedimentos perante seus filhos, pois, como se sabe, na maioria das vezes os pais servem de parâmetro aos filhos.

O inciso IV do art. 1.638, CC, prescreve que está sujeito à perda do Poder Familiar os pais que praticarem mais de uma vez as condutas previstas no art. 1.637, CC, já estudadas acima, e que são as causas ensejadoras de suspensão do Poder Familiar. O Estado evita decretar a perda do Poder Familiar, salvo para proteger o interesse do menor.

---

<sup>71</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 612.

### 3 ALIMENTOS

O ser humano quando nasce é frágil e totalmente dependente de cuidados de outra pessoa. Se não receber esses cuidados por certo morrerá. Por isso, “talvez se possa afirmar que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver.”<sup>72</sup> Ter direito de se desenvolver no ventre, nascer com vida, evoluir ou passar pelas diferentes etapas do desenvolvimento. Para tanto necessita dos alimentos como condição de vida, desde a sua concepção até o seu momento derradeiro.<sup>73</sup>

Deste modo, quando o ser humano, por falta de recursos próprios, por incapacidade, ou até mesmo por intermédio de seu trabalho, não auferir o suficiente para prover a sua subsistência, necessita de outras pessoas que possam prover os meios que lhe faltam.<sup>74</sup> Nestes casos a lei estabelece que determinadas pessoas estão obrigadas a prestar auxílio alimentar para quem deles necessitar, conforme veremos adiante.

#### 3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O instituto dos alimentos constitui um vasto ramo do Direito Civil,<sup>75</sup> tendo como fundamentos básicos o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o princípio da solidariedade familiar.<sup>76</sup>

Consiste o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana em ter pelo menos o mínimo para sua subsistência. Com base nesse princípio e amparado pelo instituto dos alimentos “quem não pode prover a própria subsistência

---

<sup>72</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 373.

<sup>73</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 15.

<sup>74</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 373.

<sup>75</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 716.

<sup>76</sup> DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 496.

nem por isso deve ser relegado ao infortúnio.”<sup>77</sup> Por esta razão a lei determina o dever de prestar alimentos ao necessitado.

É baseado no princípio da solidariedade familiar que a lei determina, em primeiro lugar, aos do mesmo grupo familiar (pais, cônjuge ou companheiro e parentes), o encargo de prestar alimentos de quem deles necessitar (art. 1.694, CC). Além de um dever legal também é um dever moral, sempre cabendo a obrigação aos parentes mais próximos, guardada a ordem de preferência (art. 1.697, CC).

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica porque “o ser humano por sua estrutura e natureza, é carente – carente de afeto, de compreensão, de dotes, de qualidades, de capacidades, precisando de amparo, apoio, atenção, ajuda e meios para fazer frente à própria vida.”<sup>78</sup>

Embora o instituto dos alimentos esteja inserido no Direito Civil, o qual regula as relações da vida privada, suas regras são de ordem pública, devido à importância que os alimentos representam para nosso ordenamento jurídico, como demonstra Rodrigues:<sup>79</sup>

Dada a importância que a questão de alimentos apresenta para o ordenamento jurídico, as regras que a disciplinam são de ordem pública e, por conseguinte, inderrogáveis por convenção entre os particulares. De modo que não se pode renunciar ao direito de exigir alimentos, nem se pode ajustar que seu montante jamais será alterado, nem fazer qualquer espécie de convenção que possa, direta ou indiretamente, suspender a aplicação de uma das normas cogentes.<sup>80</sup> [...]

Por serem normas de caráter público, não podem as partes pactuar determinadas alterações como, por exemplo, a renúncia do direito a alimentos. Nem fazer acordos que sejam humilhantes para uma delas ou impor condições com o intuito de negociar sua suspensão. Também não podem fazer transações, como, por exemplo, dar um automóvel zero, do ano, para trocar pelo dever de pagar alimentos com o intuito de se esquivar de pagá-los ao necessitado, até quando comprove sua necessidade e a possibilidade de pagamento do alimentante ou condenado a pagar alimentos.

---

<sup>77</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 349.

<sup>78</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 717.

<sup>79</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 375.

<sup>80</sup> Norma cogente - “(por oposição a norma dispositiva ou facultativa). Norma cuja aplicação independe da vontade do destinatário”. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184

Também para Venosa<sup>81</sup> a obrigação alimentar é de ordem pública. Para esse autor “há interesse público nos alimentos, pois se os parentes, não atenderem às necessidades básicas do necessitado, haverá mais um problema social que afetará os cofres da Administração Pública.”

O Código Civil estabelece no art. 1.920, no capítulo dos Legados o conceito legal de alimentos, não se preocupando em fazê-lo no capítulo específico dos Alimentos (arts. 1.694 a 1.710).<sup>82</sup> Segundo o art. 1.920: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

Já no sentido vulgar<sup>83</sup>, o conceito de alimentos se limita a simples nutrição: “tudo o que alimenta ou nutre; mantimento; sustento; nutriente; o que conserva; o que fomenta.” Se empregarmos esse vocábulo como obrigação de uma pessoa para com outra, estaremos entrando na seara jurídica e seu significado será bastante ampliado.

Desta forma, analisando o conceito legal e o conceito comum de alimentos, verificamos a diferença entre ambos. Enquanto que no sentido comum alimentos se limita à acepção fisiológica (nutrição), no sentido legal seu significado vai muito além, incluindo tudo o que é necessário para a vida digna, como sustento, habitação, vestuário, remédio, educação.

Usando como fonte os ensinamentos de Venosa<sup>84</sup>, podemos compreender melhor o conceito de alimentos usado na linguagem jurídica, e a sua diferença do sentido comum:

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que no sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também, o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

---

<sup>81</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 349, 355.

<sup>82</sup> Ibid., p. 347.

<sup>83</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1995. p. 48.

<sup>84</sup> VENOSA, Op. cit., p. 348.

Este também é o pensamento de Rodrigues<sup>85</sup> sobre o significado ampliado de alimentos decorrentes de obrigação legal. Segundo esse autor:

A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui, trata-se não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender as necessidades da vida. [...]"

Os alimentos como obrigação de prestá-lo de quem deles necessitar, são decorrentes de uma causa jurídica prevista em lei.<sup>86</sup> Também seu objetivo se amplia quando decorrente de obrigação de abranger as necessidades normais de qualquer pessoa, que vão desde os alimentos propriamente ditos até a instrução ou educação.<sup>87</sup>

Ainda no que diz respeito ao conceito legal de alimentos, merece destaque a definição dada por Gomes:<sup>88</sup>

*Alimentos* são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão-somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. (grifado).

Este conceito bem demonstra que os alimentos devem ser pagos para atender as necessidades vitais do alimentando e as necessárias a sua condição social e podem se destinar para atender as necessidades intelectuais e morais. Quis o autor destacar que, além de atender as necessidades essenciais, os alimentos também se destinam a manter o nível ou condição social do necessitado, conforme o caso.

Com relação à necessidade de prestação de alimentos para educação, é importante acrescentar pertinente lição de Venosa<sup>89</sup> sobre o assunto:

---

<sup>85</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 374.

<sup>86</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 15.

<sup>87</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 716.

<sup>88</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 427

<sup>89</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 351.

[...] Se mostra inadequada a generalização de alimentos que incluam necessidades de educação para todos os parentes e o cônjuge ou companheiro. As necessidades de educação devem ser destinadas exclusivamente aos filhos menores e jovens até completar o curso superior, se for o caso.

Ainda sobre o assunto, para esse autor os alimentos cessam com a maioria fundado no Poder Familiar, mas, quando prestados a partir da maioria como necessidade de educação, o dever de prestá-los tem como fundamento o vínculo de parentesco. Nesse caso, “devem distender-se por mais algum tempo até que o filho complete os estudos superiores ou profissionalizantes, com idade razoável, e possa prover a própria subsistência.”<sup>90</sup>

A doutrina não é unânime quanto à natureza jurídica dos alimentos.<sup>91</sup> Para alguns doutrinadores<sup>92</sup> é considerado um direito pessoal extrapatrimonial. Para essa linha de pensamento, o fundamento do direito alimentar é ético-social, porque o alimentando não tem interesse econômico nos alimentos para aumentar o seu patrimônio, mas para manter o que necessita para viver e manter sua condição social.

Entretanto, para Gomes<sup>93</sup> a natureza jurídica do Instituto dos Alimentos é mista, porque, além de ser um direito de conteúdo patrimonial, também tem finalidade pessoal. Para ele não há como não falar em qualidade econômica que é próprio da prestação alimentar, conforme demonstra nos seus ensinamentos:

[...] Não se pode negar a qualidade econômica da *prestação* própria da *obrigação alimentar*, pois consiste no pagamento periódico, de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, cura e roupas. Apresenta-se, conseqüentemente, como uma relação patrimonial de crédito-débito; há um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica. A patrimonialidade do direito a alimentos é, desse modo, incontestável. (grifado).

Como se deduz desses ensinamentos, há um pagamento de prestações periódicas em dinheiro ou em fornecimento de víveres, roupas ou remédios de um

<sup>90</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 362.

<sup>91</sup> DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família., p. 501.

<sup>92</sup> RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, v. 2, § 47, p. 33; CICU, “La natura giuridica dell'obbligazione alimentare tra coniugi, in *Scritti minori*, v. 1, t. 2, p. 713 e s.; GIORGIO BO, *Il diritto degli alimenti*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 1935. n2. p. 14. apud DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 501.

<sup>93</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 435.

devedor (alimentante) para um credor (alimentando), tendo um conteúdo patrimonial, que são destinados para atender as necessidades pessoais.

### 3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ALIMENTOS

Os alimentos podem ser classificados quanto a sua natureza, quanto à causa jurídica e quanto a sua finalidade. Deste modo, faz-se necessário especificar, abaixo, as seguintes classificações acima relacionadas.

#### 3.2.1 Quanto a sua natureza

Quanto a sua natureza os alimentos são classificados em naturais ou necessários e civis ou cômmodos.

Ao estabelecer a obrigação alimentar, o art. 1.694, do CC, tem expressamente previsto como regra geral à fixação dos alimentos civis ou cômmodos que são mais abrangentes referindo-se ao valor destinado à subsistência de modo compatível com a sua condição social.<sup>94</sup>

Estabelece o art. 1.694:

Art. 1.964 – Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

O *caput* desse artigo, por tratar dos alimentos mais abrangentes, leva em consideração “a condição social dos envolvidos, mantendo, assim, o padrão de vida e *status* social do alimentado, limitada a quantificação, evidentemente, na capacidade econômica do obrigado.”<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> RODRIGUES, *Direito civil*. Direito de família, p. 383.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 383.

No § 1º do mesmo artigo também prevalece “a regra geral dos alimentos amplos denominados cômugros ou civis”<sup>96</sup>, que tem como critério para a sua fixação o binômio necessidade/possibilidade. Trata-se da proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Nesse sentido explicita Venosa:<sup>97</sup>

O dispositivo coroa o princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, complementado pelo art. 1.694, § 1º, já transcrito. Eis a regra fundamental dos chamados alimentos civis. [...]”

De acordo com o autor, o binômio necessidade/possibilidade é o parâmetro a ser adotado como regra geral para a obrigação alimentar. Significa que, segundo esse critério, não pode o alimentante ficar em estado de necessidade por prestar alimentos e nem o alimentado se locupletar as custas do alimentante. Também não é racional obter alimentos de parente que não tem recursos ou de parentes que fiquem em situação precária por causa do pagamento de alimentos.<sup>98</sup>

É importante destacar que é fundamental a efetiva comprovação de necessidade do alimentando, visto que os alimentos não podem servir de prêmio para os “descomprometidos com a vida” e nem “exigir sacrifício do alimentante.” Mas, mesmo que o alimentando “encontra-se em situação de penúria” por culpa exclusivamente sua, ainda assim terá direito a pleitear alimentos.<sup>99</sup>

Já no § 2º do artigo em questão, está previsto limitação para a aplicação dos alimentos quando resultar de culpa de quem os pleiteia. Quando isto ocorrer, estes serão apenas os indispensáveis. Isto significa que, mesmo quem age com culpa, tem direito a ter suas necessidades básicas atendidas para a sua subsistência, vigorando o princípio da solidariedade familiar. São os chamados alimentos naturais ou necessários.

Alimentos naturais ou necessários “são aqueles que possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência.”<sup>100</sup> Limitam-se a atender as necessidades primordiais, não levando em consideração as

---

<sup>96</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 348.

<sup>97</sup> Ibid., p. 350.

<sup>98</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 532.

<sup>99</sup> VENOSA, Op. cit., p. 350.

<sup>100</sup> Ibid., p. 348.

condições sociais dos envolvidos.<sup>101</sup> Podemos citar exemplos de necessidades indispensáveis: a alimentação, vestuário, saúde, habitação.<sup>102</sup> Este tipo de alimentos é aplicado, por exemplo, ao cônjuge ou companheiro(a) quando são culpados pela separação ou divórcio, restando comprovado que descumpriram um dos deveres do casamento.

### 3.2.2 Quanto à causa jurídica

Os alimentos também são classificados quanto à causa jurídica que os origina. Segundo alguns doutrinadores,<sup>103</sup> a obrigação alimentar pode originar-se da lei, de testamento, de contrato, ou de sentença judicial condenatória para ressarcir danos provenientes de ato ilícito.

Origina-se da lei quando a obrigação de prestar alimentos é para determinadas pessoas dentro do mesmo grupo familiar. É um dever que “é imposto por lei a certas pessoas ligadas pelo vínculo de família, que estejam em determinadas condições, consistindo na prestação do necessário ao sustento de quem o necessita.”<sup>104</sup>

Essa é a regra prevista nos art. 1.694 e seguintes do CC. “Mediante este dispositivo, a lei estabelece a obrigação alimentar decorrente do parentesco, do casamento e da união estável.”<sup>105</sup> São os chamados alimentos legítimos por resultarem da lei e decorrerem por direito de parentesco, do matrimônio ou de união estável.

Sobre o assunto, Cahali leciona:<sup>106</sup>

Como *legítimos*, qualificam-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (*ex iure sanguinis*), por um veículo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência do matrimônio; só os

---

<sup>101</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 523.

<sup>102</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 382.

<sup>103</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 427.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 429.

<sup>105</sup> RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 377.

<sup>106</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 22.

alimentos legítimos, assim chamados por derivarem *ex dispositione iuris*, inserem-se no Direito de Família.

Como bem ensina o autor, só os alimentos que derivarem de dispositivos legais estão inseridos do Direito de Família. Por conseqüência, tem suas características e efeitos próprios como, por exemplo, a autorização da execução com pedido de prisão por falta de pagamento, que não é aplicado ao testamento e contrato, por serem decorrentes da vontade das partes.<sup>107</sup>

Também por testamento podem ser instituídos alimentos por disposição de última vontade.<sup>108</sup> Tais alimentos por disposição de última vontade denominam-se legado de alimentos que pode ser instituído em favor de legatário enquanto viver, abrangendo o sustento, a cura, a vestuário e a casa, além da educação, se o legatário for menor.<sup>109</sup> Esta previsão tem como fundamento o art. 1.920, CC, capítulo VII, dos Legados.

Não se aplicam ao legado as regras previstas no Direito de Família, porque a prestação de alimentos decorrente de legado não é devida em razão de parentesco. Isto ocorre porque muitas vezes o beneficiário do legado não é parente nem herdeiro do testador. Para melhor elucidar o assunto Rodrigues<sup>110</sup> ensina que:

Em virtude de legado, constante de testamento, pode o testador impor a um herdeiro o mister de fornecer alimentos a um legatário. É óbvio que não se trata, aqui, de prestação devida em razão de parentesco, pois o legatário pode não ser parente nem do testador, nem do herdeiro. Por conseguinte, não se aplicam a esses casos as regras previstas no capítulo do Código Civil aqui examinado.

O direito a alimentos resultante de testamento ou de contrato são chamados de voluntários, por decorrer de uma declaração de vontade das partes, ou também em razão de contrato. São resultantes da disposição do homem, como bem ensina Cahali:<sup>111</sup>

Voluntários são os que constituem em decorrência de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa*; resultantes *ex dispositione hominis*, também chamados obrigacionais, ou prometidos ou deixados, prestam-se

---

<sup>107</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 376.

<sup>108</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 523, 524.

<sup>109</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 428.

<sup>110</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 376.

<sup>111</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 22.

em razão de contrato ou de disposição de última vontade; pertencem, pelo que, ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.

Ensina o autor, que os alimentos voluntários decorrentes de testamento ou contrato, não estão inseridos no Direito de Família, e obviamente não estão sujeitos as regras deste, mas pertencem ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, conforme o caso, que regulam os negócios jurídicos, pois este é o seu fundamento.

Também é permitido criar a obrigação de prestar alimentos mediante contrato, que é um negócio jurídico bilateral. Neste caso, a prestação de alimentos pode ser o objeto principal do contrato ou “ser uma exigência legal quanto ao comportamento superveniente de uma das partes.”<sup>112</sup>

Da prática de ato ilícito causado a outrem, também poderá resultar obrigação alimentar por determinação judicial, objetivando reparar o mal causado.<sup>113</sup> Neste caso, temos como exemplo o autor de homicídio que, em decorrência do crime praticado, é obrigado a “prestar alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando em consideração a duração provável da vida da vítima (art. 928, inciso II, CC).<sup>114</sup>

O agente poderá ser condenado ao pagamento de obrigação alimentar à vítima que, em decorrência do ato danoso, tenha sua capacidade reduzida para o trabalho, ou aos herdeiros se ocorrer o falecimento daquela. É um ressarcimento que tem como fundamento para sua aplicação o princípio da responsabilidade civil.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 428.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 427.

<sup>114</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 376.

<sup>115</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 544.

### 3.2.3 Quanto a sua finalidade

Os alimentos também podem ser classificados quanto a sua finalidade em provisionais, provisórios e os definitivos ou regulares.

Os chamados provisionais “são estabelecidos quando se cuida da separação de corpos, prévia à ação de nulidade ou anulação de casamento, de separação ou divórcio”.<sup>116</sup> Já os provisórios são regulados pela Lei 5.478/68, e “podem ser requeridos sempre que movida ação de alimentos, com fixação *initio litis* (art. 4º da Lei nº 5.478/68), desde que haja prova pré-constituída do dever de prestá-los.”<sup>117</sup>

Tanto os provisionais como os provisórios têm por finalidade “a manutenção do suplicante, ou dele e de sua prole”, enquanto o processo está em andamento, com o objetivo de prover o necessário, inclusive “para cobrir as despesas da lide.”<sup>118</sup>

Pode o juiz fixar, no despacho da inicial, os alimentos provisionais, quando identificar as hipóteses no art. 852, CPC, conforme leciona Pereira:<sup>119</sup>

O art. 1.706 reporta-se à lei processual ao autorizar ao juiz a fixação dos alimentos provisionais, identificando as hipóteses no art. 852 do Código de Processo Civil. Cabe ao juiz, ao despachar a inicial, fixá-los desde logo, atendendo às circunstâncias do caso, às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante. Prevalecerão na pendência da lide, e serão transformados em definitivos, na mesma ou em diversa cifra, ou revogados, conforme o desfecho da demanda.

Segundo o autor, o valor fixado pelo juiz nos alimentos provisionais ou provisórios poderá ser o mesmo quando estes se transformarem em definitivos, ou seu valor poderá ser revogado conforme decisão final.

Embora a doutrina tenha opinião divergente sobre a distinção dos alimentos provisionais e os provisórios, ambos correspondem a uma quantia fixada pelo juiz na pendência da lide a ser paga ao necessitado, podendo ser, antes mesmo da citação do réu.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 353.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>118</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 27.

<sup>119</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 542.

<sup>120</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 542.

Uma vez decidida a lide, os alimentos passam a ser chamados de definitivos ou regulares. Podem ser estabelecidos pelo juiz ou até pelas próprias partes,<sup>121</sup> mediante o pagamento de prestações periódicas, que na maioria das vezes são em dinheiro ao necessitado.<sup>122</sup>

### 3.3 ALIMENTOS COMO DEVER LEGAL E SUAS CARACTERÍSTICAS PECULIARES

Embora conste na Constituição Federal que cabe ao Estado o dever de socorrer os necessitados (arts. 227, 228 e 229), este socorro é de forma subsidiária, pois, segundo a lei, este dever cabe em primeiro lugar aos parentes, ao cônjuge ou companheiro. Por ser tarefa inviável para o Estado cuidar dos necessitados, este o transfere para os do mesmo vínculo familiar. Essa é a opinião de Rodrigues<sup>123</sup>:

A tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe, ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumpri-lo, o Estado o transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuge ou companheiro do necessitado, cada vez que aqueles possam atender a tal incumbência.

Como se conclui desses ensinamentos “trata-se de um dever, imposto por lei aos parentes, de auxiliar-se mutuamente em necessidades derivadas de contingências desfavoráveis da existência.”<sup>124</sup> O Estado atua de forma subsidiária toda vez que os do mesmo vínculo familiar não puderem prestar auxílio ao necessitado.

Desta forma, a obrigação alimentar no contexto familiar decorre da lei e funda-se no princípio da solidariedade familiar, no dever de caridade, além do dever moral, de prestar socorro aos seus.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 27.

<sup>122</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 354.

<sup>123</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 711.

<sup>124</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 713.

<sup>125</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 32, 33.

Neste contexto, é oportuna a lição de Del Vecchio citado por Cahali,<sup>126</sup> sobre o vínculo de justiça que deve existir entre os gerantes e o gerado até que este alcance a sua independência:

Uma vez que a própria gênese da pessoa, empiricamente considerada, implica uma relação intersubjetiva, mediante tal relação fica já criado e determinado um vínculo de justiça entre os gerantes e o gerado (*justiça parental*); assim como os primeiros devem atribuir a si o nascimento do novo ente, assim também não podem eximir-se da obrigação de seguir a formação do mesmo ente, até que ela seja completa; trazer à vida um novo ser, para deliberadamente abandoná-lo enquanto dura o processo de seu desenvolvimento, ou seja, antes que ele alcance em concreto a sua *autarcia*, revela-se incompatível como o respeito devido ao valor absoluto da pessoa. (grifado).

Como bem ilustra o autor, a partir do momento em que geramos um novo ser, não podemos nos eximir do dever de cuidar dele até que sua formação esteja completa, e alcance a sua autonomia. É um atributo do ser humano cuidar do seu semelhante ainda mais quando este ser é o responsável pela sua geração, estabelecendo antes de tudo um vínculo de justiça parental entre os genitores e seu filho.

Como se deduz, as razões que obrigam os parentes, cônjuge ou companheiro de prestarem assistência uns aos outros, nos casos de necessidade, vão muito além das “simples justificativas morais ou sentimentais.”<sup>127</sup> Devido à existência do direito de ação para o alimentário exigir o socorro de alimentos, “surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral.”<sup>128</sup> É um dever decorrente de lei imposto pelo Estado.

Em decorrência disso, o Estado tem evidente participação e interesse para que as normas de que tratam da matéria alimentar do Direito de Família, sejam eficazmente cumpridas. Por isso, dispõe de meios específicos para o seu cumprimento, objetivando garantir a subsistência do necessitado por tratar-se da própria preservação da vida.

Nesse sentido é a lição de Rizzardo:<sup>129</sup>

Funda-se, outrossim, a obrigação alimentícia sobre um interesse de natureza superior, que é a preservação da vida humana e a necessidade de

<sup>126</sup> DEL VECCHIO, *A Justiça*. p. 131 apud CAHALI, **Dos alimentos**, p. 29.

<sup>127</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 717.

<sup>128</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 375.

<sup>129</sup> RIZZARDO, **Direito de família**, p. 718.

dar às pessoas certa garantia no tocante aos meios de subsistência. Neste sentido emerge evidente participação do Estado na realização de tal finalidade, que oferece uma estrutura própria para garanti-la. Assim, os instrumentos legais que disciplinam este direito, e os meios específicos reservados para a sua consecução, revestem de um caráter publicístico a obrigação alimentar.

Além dos meios específicos utilizados pelo Estado para a sua consecução, o Instituto dos Alimentos possui características próprias que o diferenciam dos demais institutos, tornando seu caráter público. Isto significa que suas regras, dentre outras coisas, não podem ser derogadas ou modificadas entre as partes<sup>130</sup>, conforme veremos a seguir.

### 3.3.1 Direito personalíssimo

A primeira das características, que merece destaque e que torna peculiar o Instituto dos Alimentos, é que se trata de um direito personalíssimo. Isto significa que o direito a alimentos não pode ser transferido a outra pessoa, pois tem por objeto preservar a vida da própria pessoa.<sup>131</sup> É como bem ilustra Gomes:<sup>132</sup>

*É direito pessoal no sentido de que a sua titularidade não passa a outrem por negócio ou por outro fato jurídico. Consideram-no *direito personalíssimo*, como uma das manifestações do *direito à vida*, vale dizer, um direito que se destina a tutelar a própria integridade física do indivíduo. (grifado).*

Por ser um direito pessoal, a prestação de alimentos é intransferível, justamente porque visa assegurar a sobrevivência de quem caiu em estado de miserabilidade.<sup>133</sup> Mas, segundo o art. 1.700, CC, “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.”

---

<sup>130</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 35.

<sup>131</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p 354.

<sup>132</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 430.

<sup>133</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 432.

### 3.3.2 Direito irrenunciável

O direito a alimentos é irrenunciável. “O direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco.”<sup>134</sup> Só quanto aos alimentos devidos e não prestados, é permitido expressamente deixar de exercer esse direito.<sup>135</sup> (art. 1.707,CC).

Segundo Gomes,<sup>136</sup> “Não se pode renunciar o direito a alimentos. A proibição decorre do caráter necessário da prestação alimentar, sendo supérflua, por conseguinte, a sua expressa declaração na lei. ”Como não se admite renúncia também não se admite transação. “O *quantum* dos alimentos já devidos pode ser transigido”, mas o direito em si não.<sup>137</sup>

### 3.3.3 Direito irrestituível

Não existe possibilidade de restituição dos alimentos pagos. Uma vez pago os alimentos “é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo o seu montante.”<sup>138</sup> Esta regra vale tanto para os alimentos provisionais como para os definitivos.<sup>139</sup>

---

<sup>134</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 355.

<sup>135</sup> GOMES, Op. cit., p. 432.

<sup>136</sup> Ibid., p. 432.

<sup>137</sup> VENOSA, Op. cit., p. 357.

<sup>138</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 356.

<sup>139</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 124.

### 3.3.4 Direito incompensável

Como tem por finalidade primordial a subsistência do necessitado, a obrigação alimentícia não pode ser compensada com dívida “mesmo em relação às prestações acumuladas por atraso no seu pagamento.”<sup>140</sup> Também pela mesma razão os alimentos não podem ser penhorados.<sup>141</sup>

### 3.3.5 Direito imprescritível

O direito a alimentos é imprescritível, porque pode a pessoa, a qualquer momento da vida, necessitar de alimentos e requer o direito. As prestações alimentícias fixadas judicialmente prescrevem em dois anos.<sup>142</sup>

Além dessas, outras características há que regulam o Instituto dos Alimentos, porém aqui foram apresentadas as que mais destaque receberam pelos doutrinadores consultados.

## 3.4 SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Estabelece a lei que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” (art. 1.694, CC). Na falta dos ascendentes a obrigação alimentar caberá

---

<sup>140</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 432.

<sup>141</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 376.

<sup>142</sup> VENOSA, Op. cit., p. 357.

aos descendentes mais próximos, pois guarda a ordem de sucessão, e estes faltando caberá aos irmãos germanos como unilaterais. (art. 1.697, CC).

De início, é importante destacar que há distinção entre a obrigação alimentar entre parentes e entre cônjuges ou companheiros. Para os vínculos de parentesco existe um dever de alimentar, enquanto que para os do vínculo conjugal ou companheirismo existe um dever de mútua assistência.<sup>143</sup> Por essa razão o cônjuge não se encontra na ordem de sucessão da obrigação alimentar. A ordem sucessiva deve ser guardada para os vínculos resultante de parentesco.

Para esclarecer melhor a matéria, colhemos importantes ensinamentos de Rodrigues<sup>144</sup> sobre o assunto:

*O cônjuge não se encontra nessa ordem sucessiva, porque deve alimentos em circunstâncias especiais. Normalmente seria despropósito cogitar-se de obrigação de alimentos entre cônjuges, eis que, na constância do casamento, têm a obrigação de se ajudarem mutuamente, cada qual devendo concorrer para as despesas do casal. (grifado).*

A obrigação alimentícia dos pais para com os filhos menores resulta do Poder Familiar, que é uma obrigação decorrente da menoridade dos mesmos. Quando a obrigação persiste após o alcance da maioridade, o seu fundamento é diverso, passando a ser o vínculo de relação de parentesco em linha reta.<sup>145</sup>

Segundo a determinação legal, são potencialmente sujeitos da obrigação alimentar os pais, os outros ascendentes (avós e bisavós), os descendentes, os irmãos, o cônjuge ou companheiro. Vale acrescentar que quem é credor também poderá ser devedor, conforme o caso, por causa do princípio da reciprocidade familiar. (art. 1.696, CC).<sup>146</sup>

Com relação à reciprocidade é importante acrescentar que “reciprocidade não significa que duas pessoas devam entre si alimentos ao mesmo tempo, mas apenas que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se credor alimentar no futuro.”<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p 349.

<sup>144</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 437.

<sup>145</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 525.

<sup>146</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 436.

<sup>147</sup> PELISSIER, *Les Obligations Alimentaires*. p. 287 apud CAHALI, **Dos alimentos**, p. 130

Denomina-se alimentando quem encontra-se em estado de necessidade e pode exigir alimentos, é o sujeito ativo. O que tem o dever de cumprir a prestação alimentícia é denominado alimentante ou obrigado, é o sujeito passivo da relação obrigacional.<sup>148</sup>

A lei determina quais são os primeiros do círculo familiar obrigados a prestar alimentos. Desta forma “o alimentando não poderá, a seu bel-prazer, escolher o parente que deverá prover seu sustento.”<sup>149</sup> Na falta do parente mais próximo, a obrigação recai sobre o parente mais remoto.

A primeira possibilidade determinada por lei é a obrigação dos ascendentes de primeiro grau, que são o pai e a mãe. Isto quer dizer que os filhos deverão pedir alimentos aos pais em primeiro lugar. E só na falta ou impossibilidade destes, é que poderão pedir aos avós, tanto paternos quanto maternos. Na falta destes recai a obrigação nos bisavós.

É como bem esclarece Gomes:<sup>150</sup>

A lei os distribui em categorias. Na primeira, encontram-se os *ascendentes* de primeiro grau, isto é, o pai e a mãe. Quem careça de alimentos deve reclamá-los, em primeiro lugar, isto é, o pai e a mãe. Na falta destes, a obrigação passa aos outros ascendentes, paternos ou maternos, recaindo nos mais próximos em graus, uns em falta de outros. Assim, ocupam o primeiro plano na segunda categoria os avós; em seguida os bisavós, e assim sucessivamente. [...] (grifado).

Quando faltarem os ascendentes, o dever de prestar alimentos recai sobre os descendentes mais próximos. Portanto, os filhos serão os primeiros obrigados e na falta deles os netos. Faltando os netos, caberá a obrigação para os irmãos, tanto germanos como unilaterais.<sup>151</sup> Vale ressaltar que a falta de parente para prestar a obrigação “deve ser entendida não somente como inexistência, mas também, ausência de capacidade econômica dele para alimentar.”<sup>152</sup>

Quando faltarem os netos, que são os parentes de linha reta, a lei determina que serão chamados a prestar alimentos os irmãos tanto unilaterais como germanos. Estes são os parentes colaterais de segundo grau. Segundo a lei, na

---

<sup>148</sup> GOMES, Op. cit., p. 436.

<sup>149</sup> DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 509.

<sup>150</sup> GOMES, Op. cit., p. 436.

<sup>151</sup> GOMES, **Direito de família**, p. 436.

<sup>152</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p 358.

linha colateral, a obrigação de prestar alimentos vai até o limite dos parentes colaterais de segundo grau.

Para melhor compreender a matéria, colhamos os ensinamentos de Rodrigues:<sup>153</sup>

Não havendo parentes em linha reta, são chamados a prestar alimentos os irmãos, tanto unilaterais como germanos. Observe-se, desde logo, que o legislador não chama os colaterais além do segundo grau para prestar alimentos, embora defira a sucessão legítima aos colaterais até quarto grau. Assim, na linha colateral a obrigação restringe-se aos irmãos do necessitado. (Art. 1.697).

A obrigação alimentar decorre do matrimônio e encontra seu fundamento no art. 1.566, III, CC, o qual estabelece que são deveres de ambos os cônjuges a mútua assistência. Como mencionado anteriormente, o motivo é diverso das obrigações decorrentes do vínculo de parentesco. Mas, em termos alimentares, os cônjuges estão colocados no mesmo patamar dos parentes e dos membros da união estável.<sup>154</sup>

Enquanto perdurar a sociedade conjugal, não há como falar em prestação de alimentos, somente em mútua assistência.<sup>155</sup> Porém, ocorrendo a separação, haverá esse direito e, quando resultar de culpa de quem pleiteia o seu valor, estará limitado ao necessário para a sua subsistência. É nesse sentido o entendimento de Rodrigues:<sup>156</sup>

Assim, mesmo reconhecida a culpa de um dos cônjuges na separação judicial litigiosa, ainda haverá a possibilidade de este responsável reclamar os alimentos *necessários*, ficando privado, todavia, dos alimentos *civis* ou *côngruos*, destinados à manutenção da condição social ou padrão de vida existente por ocasião do casamento. (grifado).

Então, mesmo o cônjuge sendo declarado culpado, terá direito aos alimentos estritamente necessários para sua subsistência. Para tanto, é necessário provar que não tem parentes em condições de prestar-lhe assistência e nem aptidão

---

<sup>153</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 380.

<sup>154</sup> BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Dos alimentos no direito de família e o novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**. 1. ed. São Paulo: Imprensa oficial, 2004. p. 27.

<sup>155</sup> GOMES, Op. cit., p. 438.

<sup>156</sup> RODRIGUES, Op. cit., p. 389.

para o trabalho. O aspecto da culpa tem merecido constantes críticas na doutrina como uma causa inconveniente na separação e divórcio.

Dentre os doutrinadores que criticam o uso da culpa encontra-se Venosa:<sup>157</sup>

Como se observa, nesse caso os alimentos necessários somente serão devidos por um cônjuge ao outro culpado quando este não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho. Já de há muito se discute sobre a inconveniência de ser levada a culpa para as situações de desfazimento da sociedade conjugal. Esse elemento já deveria ter sido suprimido. Há, portanto, vários aspectos de fato, presente essa indesejável noção de culpa na separação ou divórcio, que podem ser trazidos à discussão em um processo de alimentos sob essas premissas. O réu pode, por exemplo, provar que o autor da ação possui parentes em condições de alimentá-lo.[...]

Entretanto, há na doutrina uma “forte tendência em abolir definitivamente a perquirição da culpa na dissolução do vínculo familiar (casamento e união estável)”. Isso se deve à exagerada punição de quem é considerado culpado e que muitas vezes nem feriu as obrigações conjugais.<sup>158</sup> Não combina com as tendências das modernas legislações a insistência do uso da culpa nas dissoluções conjugais.<sup>159</sup>

Se o cônjuge que estiver recebendo alimentos contrair novas núpcias, ou viver em união estável, cessa o direito a recebê-los. (art. 1.708, CC). Também o procedimento indigno do credor de alimentos faz cessar o direito a eles. Quem recebe alimentos, e mesmo assim se entrega à prostituição ou à delinqüência pode perder o direito a eles.<sup>160</sup>

Também age com indignidade o credor de alimentos que afirma não ter recebido o valor completo da pensão alimentícia, mas, na realidade, recebeu dias antes. Ou ainda quando não usar o valor pago em alimentos para os fins previstos em lei, ou seja, comprar uma televisão de plasma e não levar a criança com febre no médico, nem comprar os medicamentos receitados. A pensão alimentícia pode e deve ter sua utilização fiscalizada para o bem estar do alimentado, ou do necessitado do valor da pensão alimentícia.

---

<sup>157</sup> VENOSA, **Direito civil**. Direito de família, p. 364.

<sup>158</sup> RODRIGUES, **Direito civil**. Direito de família, p. 388.

<sup>159</sup> VENOSA, Op. cit., p. 368.

<sup>160</sup> Ibid., p. 365, 366.

## 4 O INSTITUTO JURÍDICO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Foi sancionada no dia 05 de novembro de 2008, a Lei 11.804/08, chamada de Lei dos Alimentos Gravídicos. É assim denominada porque tem por objetivo regulamentar o direito da mulher gestante de pleitear alimentos para atender as suas necessidades e as do nascituro e regulamentar a forma de como esse direito será exercido.<sup>161</sup>

Com a regulamentação dos Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/08), foi suprimido, no ordenamento pátrio, uma lacuna existente até então no Direito de Família, que era a inexistência de um procedimento específico para pleitear alimentos ao nascituro. “Agora, com o nome de gravídicos os alimentos são assegurados desde a concepção.”<sup>162</sup>

Antes do advento dessa lei, o direito a alimentos era condicionado ao nascimento com vida, além de que era necessário a comprovação do vínculo de parentesco. Estas limitações constantes na Lei de Alimentos de n. 5.478/68, eram um óbice para que o mesmo direito fosse aplicado ao nascituro, deixando-o muitas vezes desprotegido dos seus direitos.

Para conceder alimentos ao nascituro não há necessidade de prova material pré-constituída para a comprovação da paternidade. A prova material que, neste caso, é a coleta do líquido amniótico para a realização do exame de DNA, não é necessária por apresentar risco para o feto. Há necessidade da comprovação da gravidez e indícios da paternidade.

### 4.1 O QUE É NASCITURO

O vigente Código Civil dispõe no art. 2º que a personalidade civil inicia do nascimento com vida, mas que desde a concepção estão assegurados os direitos do

---

<sup>161</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 7, 8, jan/fev. 2009.

<sup>162</sup> DIAS, Maria Berenice. Alimentos gravídicos: Alimentos para a vida. **Revista magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 27, p. 87, nov./dez. 2008.

nascituro. Embora o nascituro não é considerado sujeito com personalidade jurídica, tem seus direitos preservados desde o momento da concepção.<sup>163</sup>

Para iniciarmos o estudo sobre o direito de Alimentos Gravídicos, é necessário saber o que é nascituro e em que momento começa a sua evolução biológica para que possa ser reconhecido seu direito.

No sentido etimológico, a palavra nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer, que está por nascer.”<sup>164</sup> Assim, nascituro “é o ser humano desde a concepção até o nascimento.”<sup>165</sup> É o ente já concebido e ainda não nascido. Segundo Pussi<sup>166</sup>, nos dicionários de destaque a palavra nascituro “indica exatamente o que está para nascer”.

Muitas são as teorias que foram desenvolvidas no mundo jurídico para tentar explicar a personalidade jurídica do nascituro. É um tema que também é cercado de muitas discussões em outras áreas de estudo, tais como a medicina e a biologia.<sup>167</sup>

Dentre os doutrinadores Miranda<sup>168</sup> merece destaque, dado que realizou minucioso estudo sobre as muitas teorias que foram elaboradas nas diferentes legislações sobre o nascituro. No Brasil, as teorias da personalidade são divididas basicamente em duas correntes: a corrente natalista e a corrente concepcionista.<sup>169</sup>

A discussão é qual o momento em que começa a personalidade e conseqüentemente o reconhecimento como pessoa.<sup>170</sup>

---

<sup>163</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. **Revista dos tribunais**, São Paulo, vol. 882, p. 33, abr. 2009.

<sup>164</sup> BUENO, Francisco da Silva. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: São Paulo: Saraiva, v. 6, 1960. p. 168.

<sup>165</sup> Nascituro. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. **Dicionário compacto do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182.

<sup>166</sup> PUSSI, Willian Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 47.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>168</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.175-178.

<sup>169</sup> ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O Direito do nascituro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 28, 29.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 23.

Para a teoria natalista, que é predominante e adotada pelo vigente Código Civil<sup>171</sup>, a personalidade civil começa com o nascimento com vida. Portanto, só é considerado ser humano quem nasce com vida. Nesse sentido leciona Venosa<sup>172</sup>:

A questão do início da personalidade tem relevância porque, com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos. O ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código francês que estabelece começar a personalidade com a concepção. Em nosso Código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

De acordo com a opinião do autor, foi uma opção do nosso ordenamento jurídico adotar a teoria natalista, diferentemente de outras legislações que adotam a teoria concepcionista, como a legislação francesa. A teoria concepcionista reconhece o início da personalidade desde a concepção, e não só desde o nascimento com vida.

Também há outras legislações, a exemplo da francesa, que adotam a teoria da concepção. Dentre elas podemos destacar o Código Civil da Áustria que apesar de ser do ano de 1811 (art. 22), adota por completo essa teoria, deferindo ampla proteção ao nascituro, visto que protege a criança desde o dia de sua concepção.<sup>173</sup>

Entre os adeptos da teoria natalista encontra-se Pereira<sup>174</sup> que assim leciona:

O Nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem, permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Para esse autor, o nascituro não é considerado pessoa e também não é sujeito de direitos, ficando os direitos que lhe são reconhecidos em suspenso, condicionados a seu nascimento com vida. Se nasce morto, o direito fica frustrado

---

<sup>171</sup>ALBERTON, **O Direito do nascituro**, p. 29.

<sup>172</sup>VENOSA, **Direito civil**. Parte Geral. p. 160, 161.

<sup>173</sup>PUSSI, **Personalidade jurídica do nascituro**, p. 117.

<sup>174</sup>PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 18. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 144,145.

porque não haverá sujeito. Para Pereira, quando a lei põe a salvo o nascituro desde a concepção, tem como principal objetivo proteger “o direito à própria vida.”<sup>175</sup>

Já para a teoria concepcionista, existe um ser humano a partir do momento da concepção com a cadeia geneticamente formada, que só terminará com a morte. Nessa linha de pensamentos destacamos os ensinamentos de Alves, citado na doutrina de Alberton:<sup>176</sup>

É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que normalmente ocorre na trompa, é o estágio em que começa o ciclo de uma nova vida humana. É o início de um processo vital que só terminará com a morte. Assim, o novo ser humano evolui segundo um plano inexorável até a plenitude do desenvolvimento de todo o seu organismo, cujas características já estavam contidas nos cromossomos da célula inicial. Com a fusão dos gametas constitui-se uma unidade bem-estruturada que, pela transmissão dos caracteres hereditários paternos e maternos, tem suas características futuras essenciais bem determinadas: sexo, grupo sanguíneo, fator Rh, cor dos olhos, da pele, dos cabelos [...].

Assim, para os adeptos da teoria concepcionista, no momento da concepção já temos um ser humano no primeiro estágio da vida, com todas as suas características determinadas. As fases seguintes por que passa o ser humano para o seu desenvolvimento têm a mesma essência da célula inicial, não ocorrendo nenhuma mudança substancial, além da forma, tamanho, etc.<sup>177</sup>

Isto quer dizer que, biologicamente, a vida começa com a fusão do óvulo com o espermatozóide quando, então, ocorre a fecundação. Nesse sentido destacamos os ensinamentos da ciência biológica:<sup>178</sup>

O desenvolvimento humano começa com a concepção ou fertilização, quando um gameta masculino, ou espermatozóide, se une a um gameta feminino, ou óvulo, para formarem uma única célula, chamada **zigoto** (do grego **zigotos**, acoplados). Esta célula marca o início de cada um de nós como indivíduo singular. Embora seja uma célula grande, o zigoto é visível a olho nu como um ponto diminuto. Ele contém cromossomos e genes (unidades de formação genética), provenientes do pai e da mãe. O organismo unicelular conhecido como zigoto, divide-se e vai progressivamente se transformando em um ser humano multicelular. (grifado)

<sup>175</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 546.

<sup>176</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos, **Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida**. p. 212, 213 apud. ALBERTON, **O Direito do nascituro**, p. 35.

<sup>177</sup> Ibid., p. 212, 213 apud ALBERTON, **O Direito do nascituro**, p. 35.

<sup>178</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia clínica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 13 apud PUSSI, **Personalidade jurídica do nascituro**. p. 182.

Embora o direito se valha do conhecimento do médico para diagnosticar o início da vida bem como para comprovar o seu fim, entretanto, ao jurista cabe fazer o seu enquadramento legal.<sup>179</sup> Nesse sentido, oportuna é a lição de Almeida, citada por Alberton<sup>180</sup>, sobre o início da condição de nascituro:

Somente se poderá falar em 'nascituro' quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, na fecundação *in vitro*, não se considera nascituro, isto é, a 'pessoa', o ovo assim fecundado, enquanto não foi implantado no útero da futura mãe. (grifado)

Com base nesses ensinamentos, é somente após a nidação, momento em que o óvulo fecundado se fixa no útero da mulher, que podemos falar em nascituro. Desse modo, o óvulo que é fecundado em laboratório só passa a ter a condição de conceito a partir do momento em que é implantado no útero, tornando-se viável a gravidez.

A partir desse momento um novo ser começa seu ciclo vital já com os dados genéticos determinados, tornando-se único. Essa carga genética o acompanhará da concepção até sua morte. Nesse sentido colhamos os ensinamentos de Silva<sup>181</sup>:

[...] Após a concepção humana, não se pode falar de um ser humano em potência, mas de um ser humano em ato. Há uma diferença substancial entre a mera possibilidade de converter-se em um ser humano e a capacidade atual de desenvolver-se, relativa a um ser que já existe e cujo potencial de desenvolvimento é intrínseco a ele mesmo. Em verdade, o potencial que pertence a cada ser humano em desenvolvimento está determinado pela sua própria natureza humana. [...] A concepção, portanto, é o início da existência de um ser humano distinto em relação aos seus genitores e também único em relação aos demais seres humanos. A vida concebida é distinta da dos genitores também por causa da meiose, que garante a todos os seres humanos sua individualidade genética [...].

---

<sup>179</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 12, 13.

<sup>180</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e, **O Nascituro no código civil e no direito constituendo do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, n. 97, vol. 25, jan/mar. 1998. p. 182. apud ALBERTON, **O Direito do nascituro**, p. 20.

<sup>181</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. Os dilemas moral e jurídico do abortamento eugênico. In: \_\_\_\_\_ e; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.) **Bioética e direitos humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 134-156.

Como se depreende desses ensinamentos, após a concepção há potencialmente um ser humano na sua fase inicial de desenvolvimento, com sua individualidade genética já determinada, diferente dos seus pais e também das demais pessoas.

## 4.2 PROCEDIMENTO JURÍDICO – SUJEITO ATIVO (NASCITURO).

### 4.2.1 Breves considerações sobre a legislação alimentar

Segundo Cahali,<sup>182</sup> a obrigação alimentar é instituto “cujos princípios são remarcados por acentuada complexidade, com reclamo de permanente atualização de seus estudos.”

Devido a sua importância, o direito alimentar foi elevado à norma constitucional que, no art. 229, estabelece o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, bem como os filhos maiores que tem o dever de amparar os pais na necessidade, doença, ou na velhice. “Dada a clareza constitucional, não restam dúvidas: Ninguém pertencerá a uma família impunemente.[...]”<sup>183</sup>

O Código Civil disciplina, nos artigos 1.694 a 1.710, a obrigação alimentar, delimitando a responsabilidade de quem deve prestá-la, utilizando como parâmetro para sua fixação o binômio necessidade/possibilidade. Disciplina, também, a responsabilidade dos pais para com os filhos, e a reciprocidade da obrigação dos demais parentes, ascendentes ou descendentes.<sup>184</sup>

A Lei 5.478/68, que disciplina a Ação de Alimentos, estabelece em seu art. 2º que o credor de alimentos, quando formular o pedido (alimentos provisórios) deverá comprovar o grau de parentesco com o devedor.

---

<sup>182</sup> CAHALI, **Dos alimentos**, p. 15.

<sup>183</sup> ALMEIDA JÚNIOR, **Revista dos tribunais**, p. 32.

<sup>184</sup> PEREIRA, Clovis Brasil. Os alimentos gravídicos: Um importante passo na plena proteção da infância. **Revista bonijuris**. Curitiba, n. 544, p. 8, mar./2009.

De acordo com a Lei 8.560/92, no art. 7º, serão concedidos os alimentos provisionais ou definitivos quando for reconhecida a filiação na ação de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.<sup>185</sup>

A Lei n. 8.069/90, ECA, assegura claramente o direito a alimentos quando estabelece no seu art. 4º que compete à família, à sociedade e ao Poder Público assegurar os direitos básicos da infância e juventude. No entanto, quando se refere à proteção da gestante, remete esse dever de proteção ao Poder Público.

Nesse sentido leciona Fonseca<sup>186</sup>:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), por sua vez, que poderia acertar definitivamente a questão dos alimentos ao nascituro, colaborou para a imprecisão, dispondo que 'incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem' (art. 8º, § 3º).

Quis o autor destacar que o legislador, na elaboração do Eca, perdeu uma excelente oportunidade de determinar que o dever de proteção da gestante e do nascituro fosse compartilhado com o indigitado pai, mas optou por delegar esse cuidado ao Poder Público, criando uma imprecisão na lei sem nada resolver.

Com estas breves análises sobre o direito de alimentos na nossa legislação, podemos concluir que esse direito apenas era concedido, via de regra, nos casos de filiação devidamente comprovada, constituindo um óbice para a concessão desse direito ao nascituro. “[...] O silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro.”<sup>187</sup>

Nesse sentido colhamos os ensinamentos de Pereira:<sup>188</sup> “[...] a legislação brasileira tratava o direito à prestação alimentar apenas para os casos de filiação devidamente comprovados, através do registro do assento de nascimento, atestando o grau de parentesco entre o credor e o devedor dos alimentos.”

Também para Fonseca,<sup>189</sup> os alimentos são concedidos, na maioria das vezes, para os filhos já nascidos e/ou crescidos com a devida comprovação de parentesco:

---

<sup>185</sup> PEREIRA. **Revista bonijuris**, p. 8.

<sup>186</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 9.

<sup>187</sup> LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos: Aspectos da Lei nº 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 24, jan./fev. 2009.

<sup>188</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 8.

<sup>189</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 7.

[...] Os alimentos, no mais das vezes, são gerenciados para (por) filhos já nascidos e/ou crescidos, seja em sede de ação de alimentos, cautelares ou não, em separações judiciais, em oferta de alimentos ou investigatórias de paternidade. Diante do largo contexto da discussão alimentar, pouco se doutrinou sobre os alimentos para o nascituro. [...]

O direito de alimentos tem como condição para sua efetivação, a comprovação da filiação, concluindo-se que esse direito só é concedido, na maioria dos casos, após o nascimento, quando então é possível fazer a investigação através de exame pericial, deixando, portanto, a descoberto a proteção do nascituro, por falta de previsão legal até a chegada da Lei n. 11.804/08.

Com o advento da nova lei especial, o direito a alimentos também foi estendido à gestante e conseqüentemente ao nascituro. Assim sendo “[...] representa um passo importante na complementação da legislação que garante a plena assistência alimentar, ao assegurar o direito a *alimentos gravídicos*, e a forma como esse direito será exercido.”<sup>190</sup> (grifado).

#### 4.2.2 O direito de alimentos ao Nascituro e seu procedimento jurídico especial

A Lei 11.804/08, Lei de Alimentos Gravídicos, tem por finalidade disciplinar o direito de alimentos à mulher gestante e a forma de como será exercido esse direito.<sup>191</sup> A lei garante assistência à mulher gestante com o intuito único de amparar os direitos do nascituro. Nesse sentido a lição de Ferst:<sup>192</sup>

Ora, se a finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida, com acerto agiu o legislador ao regulamentar alimentos à mulher gestante, com a finalidade de proteger os direitos do nascituro.

Para se garantir o desenvolvimento do nascituro com normalidade, deve-se considerar o direito a alimentos em sentido lato, a fim de que seja garantido o desenvolvimento do nascituro com normalidade. [...]

<sup>190</sup> PEREIRA, **Revista bonijuris**, p. 8.

<sup>191</sup> FREITAS, Douglas Phillips Freitas, Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 19, jan./fev. 2009.

<sup>192</sup> FERST, Marklea da Cunha. **Alimentos & ação de alimentos**. Manual do operador do direito. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

Destaca a autora que, para assegurar o desenvolvimento saudável do nascituro, é necessário que a gestante tenha todas as suas necessidades atendidas, pois é ela a garantidora da vida, possibilitando ao ser que está gerando desenvolver-se com segurança.

Também para Angeluci<sup>193</sup>, apesar do texto legal disciplinar o direito de alimentos para a mulher gestante, a finalidade primeira é proteger o nascituro:

Como corolário dessa assertiva, a preocupação primeira do legislador, apesar de afirmar o contrário, não é a mulher gestante, mas sim a criança que ela traz em seu ventre, especialmente porque as despesas decorrentes da gravidez não se encerram exclusivamente com o parto, pois são conhecidos muitos traumas e tratamentos que ela necessita após o nascimento do filho.

Ainda para esse autor, os Alimentos Gravídicos da forma como foi concebida a presente lei “só existem em razão do nascituro, justamente porque não haveria gravidez sem sua presença no ventre materno.”

Com o propósito de proporcionar o desenvolvimento saudável do ser que está para nascer, a lei enumera no art. 2º, as despesas da gestante que podem compreender: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis.

O texto legal informa que os Alimentos Gravídicos abrangerão as despesas adicionais do período de gravidez, a juízo do médico, bem como outras despesas que o juiz considerar pertinentes. Nesse sentido destacamos a lição de Freitas:<sup>194</sup>

A leitura do texto informa claramente que os valores dos alimentos gravídicos compreendem aqueles 'adicionais do período de gravidez', 'a juízo do médico', ou seja, salvo se a genitora não possuir condições de auto-sustento, o que poderá prejudicar o desenvolvimento fetal; deverá ser instruído na exordial o documento médico que determine a 'alimentação especial' ou as 'demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis', e, no tocante à possibilidade de despesas, 'outras que o juiz' considerar pertinentes, deverão ser discriminadas para que não haja julgamento *extra ou ultra petita*. (grifado)

Desses ensinamentos se deduz que a genitora deverá comprovar com laudo médico a necessidade da alimentação especial, e as demais prescrições

---

<sup>193</sup> ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos gravídicos: avanço ou retrocesso? **Revista cej/conselho da justiça federal**. Brasília, n. 44, p. 68, já./mar. 2009.

<sup>194</sup> FREITAS, **Revista iob de direito de família**, p. 18, 19.

preventivas e terapêuticas indispensáveis de que necessitar. Fica a critério do magistrado a fixação das demais despesas decorrentes da gravidez. “Assim entende-se que o rol não é exaustivo, pois pode o juiz considerar outras despesas pertinentes.”<sup>195</sup>

As despesas de que trata a lei serão custeadas pelo futuro pai, contando com a contribuição da mulher grávida. Dessa forma os Alimentos Gravídicos estabelecem uma paternidade responsável porque não se referem unicamente a responsabilidade do futuro pai, mas também à da mulher grávida.<sup>196</sup>

Para a concessão dos Alimentos Gravídicos é necessária a existência de indícios de paternidade, não sendo exigida prova material. A coleta do líquido amniótico, para realização do exame de DNA, apresenta risco ao nascituro, não sendo possível a sua realização.

Apreciados os indícios da paternidade e convencido da sua existência, o juiz poderá fixar os alimentos. Nesse sentido destacamos a lição de Almeida Júnior:<sup>197</sup>

Deste modo, 'convencido da existência de indícios de paternidade', o juiz fixa os alimentos. Assim, podem ser deferidos os alimentos gravídicos independentemente de prova pré-constituída da paternidade, em casos em que existam indícios desta paternidade, como nas hipóteses do art. 1.597 do Código Civil.<sup>198</sup> Em linhas gerais, quando houver um relacionamento estável entre pessoas de sexo diferente e a mulher engravidar, haverá indício da paternidade do parceiro (quer casado, quer companheiro, quer concubino, quer namorado), e o juiz poderá fixar os alimentos.

Argumenta o autor que, quando estiveram presentes os casos previstos do art. 1.597 e seguintes do CC que tem presunção de veracidade, os alimentos podem ser deferidos pelo juiz, independentemente da prova pré-constituída.

---

<sup>195</sup> LOMEU, **Revista iob de direito de família**, p. 24.

<sup>196</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 10.

<sup>197</sup> ALMEIDA JÚNIOR, **Revista dos tribunais**, p. 37.

<sup>198</sup> “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelos menos, depois de estabelecida a convivência conjugal

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Já para Freitas,<sup>199</sup> nos casos de indícios da paternidade, o ônus probatório cabe à genitora que, neste casos, deverá se valer de todos os meios de prova lícitas que dispõe para alcançar seu direito. Assim:

[...] Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de exame de DNA como matéria de defesa, cabe à genitora apresentar os 'indícios de paternidade' informada na lei por meio de fotos, testemunhas, cartas, *e-mails*, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que, ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutada pela jurisprudência.

Em relação ao pai, mesmo não sendo permitido durante a gravidez a realização do exame de DNA, que poderia usar em sua defesa, cabe a este se valer de outros meios de provas, como, por exemplo, a prova de vasectomia.

Da mesma forma que se faz necessário provar os indícios da paternidade, também é essencial que se faça a prova da gravidez. “Não há como trazer indícios ao juiz da gravidez se não houver demonstração desta. Assim, vemos como fundamental a prova da gravidez como fator para o deferimento dos alimentos, sobretudo os provisórios, nos termos do art. 6º. [...]”<sup>200</sup>

O raciocínio para a fixação do valor dos alimentos segue a mesma lógica estabelecida nos arts. 1.694 e seguintes do CC, embora o critério norteador para sua fixação seja diferente. Como a contribuição é de ambos “[...] são levados em consideração todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos.”<sup>201</sup> [...]”

Após o término da gravidez, com o nascimento do filho, os alimentos se converterão em pensão alimentícia em favor do menor, conforme estabelece o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/08, desde que não haja pedido de revisão de uma das partes.<sup>202</sup>

O fundamento da fixação do valor dos Alimentos Gravídicos é um e o da pensão de alimentos é outro.<sup>203</sup>

---

<sup>199</sup> FREITAS, **Revista iob de direito de família**, p.20.

<sup>200</sup> ALMEIDA JÚNIOR, **Revista dos tribunais**, p. 38.

<sup>201</sup> FREITAS, Op. cit., p. 19.

<sup>202</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 15.

<sup>203</sup> FREITAS, **Revista iob de direito de família**, p. 21.

Tão logo ocorra o nascimento com vida e haja o pedido de revisão dos alimentos de uma das partes, esta revisão deverá ser feita com a investigação da paternidade, caso não seja reconhecida a paternidade voluntariamente, conforme explicita Freitas:<sup>204</sup>

Com o nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulada com a investigação de paternidade, caso não seja esta reconhecida, e, com o exame de DNA a ser realizado, se verificará se são ou não devidos os alimentos, lembrando, é claro, que não há possibilidade de retroagir os valores já pagos, se der negativo o referido exame, haja visto a natureza desta obrigação.

O exame de DNA auxiliará na ação de investigação de paternidade para que seja comprovada ou não a paternidade. Caso resultar em negativa, tem o réu, nesta hipótese, a opção de mover ação de indenização por danos materiais e morais, com o propósito de ser reparado o equívoco, já que os alimentos são irrepetíveis.<sup>205</sup>

Nesse sentido destacamos a lição de Fonseca,<sup>206</sup>:

O princípio da irrepetibilidade dos alimentos deve ser flexibilizado, pois, não provada a paternidade, em a gestante poderá responder por perdas e danos, podendo tais dessas serem postuladas junto ao verdadeiro pai da criança, sob pena de enriquecimento indevido.

Se ficar demonstrada a má-fé ou o exercício abusivo do direito por parte da autora, ao requerer os Alimentos Gravídicos, poderá o réu pleitear indenização contra a mãe, embora esse posicionamento ainda é bastante controvertido na opinião doutrinária.<sup>207</sup>

Por adotar claramente a teoria concepcionista o termo inicial da concessão dos Alimentos Gravídicos é a concepção<sup>208</sup>. Isso ficou explícito no art. 2º da Lei n. 11.804/08, quando se refere que compreenderão os valores adicionais suficientes do período da gravidez, da concepção ao nascimento. Seguindo esse raciocínio, assim que for constatado o estado gravídico, os alimentos serão devidos pelo suposto pai.

---

<sup>204</sup> Ibid., p. 21.

<sup>205</sup> FERST, **Alimentos & ação de alimentos**. Manual do operador do direito, p. 61.

<sup>206</sup> FONSECA, Op. cit., p. 17.

<sup>207</sup> ALMEIDA JÚNIOR, **Revista dos tribunais**, p. 40.

<sup>208</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, p. 11.

O juiz está autorizado a fixar os alimentos provisórios, desde a inicial, independente da citação do réu. Caso contrário, este “[...] poderia ensejar manobras no sentido de evitar a concretização do ato.”<sup>209</sup> Foram estas as razões do veto ao art. 9º, que condicionava a dívida de alimentos a citação do réu:<sup>210</sup>

O ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu.

Também é nesse sentido o pensamento de Lomeu<sup>211</sup>:

[...] É direta a possibilidade de se afirmar que se assim fosse determinado, ou seja, que os alimentos gravídicos somente fossem devidos apenas depois da citação do réu, provocaria manobras no sentido de se evitar a concretização do ato, objetivando escapar do oficial de justiça. Talvez fosse possível encontrar o suposto pai somente após o nascimento do filho, perdendo, assim, a finalidade da lei. [...]

Dessa forma, se fosse aplicada a regra contida no art. 13, § 2º da Lei de Alimentos n. 5.478/68, no qual estabelece que os alimentos fixados retroagem a data da citação, na presente lei seria um desastre, já que a demora pode ser causada pelo próprio réu, condenando o pedido a não existência, devido a sua urgência.<sup>212</sup>

Segundo o art. 7º da Lei n. 11.804/08, o réu tem cinco dias para apresentar a contestação. Esse prazo exíguo é para que o processo de Alimentos Gravídicos tenha rapidez e atinja os seus objetivos. Nesse sentido destaca-se lição de Fonseca:<sup>213</sup>

A intenção do legislador é a de que o processo de alimentos gravídicos tenha celeridade e eficácia, sob pena de prejuízos na qualidade gestacional do nascituro ou de ser deferido após o nascimento. Daí a disposição de que o réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias (art. 7º, Lei nº 11.804/2008), tal como disposto no Código de Processo Civil para os procedimentos cautelares (art. 802, CPC). [...]

---

<sup>209</sup> PEREIRA, **Revista bonijuris**, p. 9.

<sup>210</sup> FONSECA, Op. cit., p. 11.

<sup>211</sup> LOMEU, **Revista iob de direito de família**, p. 27.

<sup>212</sup> FONSECA, Op. cit., p. 10, 11.

<sup>213</sup> FONSECA, **Revista iob de direito de família**, 14.

O prazo reduzido para que o réu apresente a contestação é o mesmo utilizado para as medidas cautelares previstas no art. 802 do CPC. Isso se deve ao pouco tempo de que dispõe a autora para se beneficiar do direito pleiteado, com objetivo de proporcionar uma gestação com qualidade ao bebê.

Com relação ao foro competente para a propositura da ação, prevalece a regra prevista no art. 100, II, do CPC, qual seja o domicílio do alimentando.<sup>214</sup> O art. 3º que dispunha como o foro competente o do suposto pai, foi vetado. Veja as razões do veto:<sup>215</sup>

O artigo em questão desconsiderou a especial condição da gestante e atribuiu a ela o ônus de ajuizar a ação de alimentos gravídicos na sede do domicílio do réu, que nenhuma condição especial vivencia, o que contraria diversos diplomas normativos que dispõem sobre a fixação da competência.

Devido à condição especial da gestante, o foro competente para a propositura da ação é o domicílio da gestante.

De acordo com o art. 12, da Lei de Alimentos Gravídicos, serão utilizados, subsidiariamente, os procedimentos previstos no CPC e na Lei Especial de Alimentos n. 5.478/68, no que couber.

#### 4.3 PROVA PARA RESGUARDAR O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DO INTERESSE DO MENOR

A vida humana é o primeiro e principal direito assegurado no *caput* do art. 5º, da CF. É fonte primária de todos os outros direitos. “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.”<sup>216</sup>

Por ser um direito de excelência e natural do ser humano o de estar vivo, consiste este direito em lutar pela própria vida (direito do nascituro e proibição do

<sup>214</sup> FERST, **Alimentos & ação de alimentos**. p. 59.

<sup>215</sup> ALMEIDA JÚNIOR, **Revista dos tribunais**. p. 42.

<sup>216</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 198.

aborto), de se defender da agressão (legítima defesa) e de não ser interrompido seu processo vital (homicídio e eutanásia) senão pela morte espontânea e inevitável.<sup>217</sup>

Assim, o direito à vida é um direito fundamental do ser humano. Embora legalmente previsto, não se constitui um direito criado pelo Estado, mas por este reconhecido, e que pertence ao ser humano pelo simples fato deste ter sido concebido, e não pela evolução histórica-axiológica.<sup>218</sup>

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos.”<sup>219</sup> Deve ser entendido como um nível de vida adequado às condições humanas, a alimentação, vestuário, moradia, educação, assistência médica e hospitalar, e demais condições vitais.

Sobre o início da garantia individual à vida destacamos pertinentes ensinamentos de Moraes<sup>220</sup>:

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. [...]

Conforme ensina o autor, o início da vida começa com a nidação e a partir daí merece ser protegida com a preciosa garantia individual do direito à vida. Já é um ser individualizado, com a carga genética própria. Portanto, não se confunde com o pai nem com a mãe.

Para garantir a proteção à vida, também deve prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, que está contido no art. 227 da CF, e no art. 4º da Lei n. 8.069/90, ECA. Segundo esse princípio é prioridade absoluta assegurar à criança o direito à vida. Isto quer dizer que, em caso de conflito de interesses entre uma criança e um adulto prevalece o interesse da criança.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> Ibid., p. 199.

<sup>218</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 623, p. 27-29, set./87.

<sup>219</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 176.

<sup>220</sup> Ibid., p. 176.

<sup>221</sup> CURY, Munir e outros. Parte geral. Das disposições preliminares. In \_\_\_\_\_, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e, MENDEZ, Emílio García (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 27.

Em relação ao nascituro, Pereira<sup>222</sup> ensina que a CF no seu art. 227 “ao assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, este há de retroceder à existência intra-uterina, como condição essencial à sua subsistência como pessoa em desenvolvimento.”

Ainda a respeito do princípio da absoluta prioridade Ferst<sup>223</sup>, destaca que:

É essa valorização dos direitos, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere ao nascituro o direito a alimentos, pois a Constituição Federal dispõe, no art. 227, que serão atendidos, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, entre outros.

Assim devem ser considerados todos os direitos como complementos do direito à vida “que não pode ser concebida apenas como a sobrevivência física, mas exige a possibilidade de pleno desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, com satisfação das necessidades materiais, afetivas e espirituais”.<sup>224</sup>

Também o nascituro tem direito às prioridades, visto que tem seu direito à vida assegurado desde o momento da concepção. Nesse sentido destaca-se lição de Rizzardo:<sup>225</sup>

Justamente por existir um direito à personalidade, isto é, aos direitos do nascituro, há de se pôr a salvo certas necessidades para o bom desenvolvimento da pessoa intra-uterina do ser humano. Para tanto, todo o ambiente propício para evoluir com normalidade o ser concebido deve assegurar-se à mãe. A ela cabe o direito a uma adequada assistência médica pré-natal, além de outros cuidados e providências, com o que não se poderá furtar em colaborar o pai da criança em formação.

De acordo com o autor para que a pessoa intra-uterina, ou seja, o nascituro, tenha um desenvolvimento saudável deve existir um ambiente propício. Para que isso ocorra é necessário assegurar à mãe o suprimento das suas necessidades, priorizando os interesses do ser que está gerando, atendendo o princípio do melhor interesse do menor.

---

<sup>222</sup> PEREIRA, **Instituições de direito civil**. Direito de família, p. 547.

<sup>223</sup> FERST, **Alimentos & ação de alimentos**. Manual do operador do direito, p. 57.

<sup>224</sup> CURY, Op. cit., p. 26.

<sup>225</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 762.

#### 4.4 SENTENÇA (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL)

A seguir, analisaremos alguns julgados dos tribunais para demonstrar a aplicação do direito de alimentos na gestação.

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida sobre a existência da união estável, que está sendo dissolvida, nem da paternidade do filho que está sendo gestado, é cabível a fixação de alimentos em favor da ex-companheira, pois há o dever de solidariedade familiar há responsabilidade do pai de prover o sustento do filho gerado e há o dever de mútua assistência entre os conviventes, não se podendo ignorar que a gestação provoca sensível redução da capacidade laborativa da mulher. 2. Sendo assalariado o alimentante, é mais razoável a fixação dos alimentos em percentual incidente sobre seus ganhos líquidos, o que assegura a proporcionalidade decorrente da incidência do binômio possibilidade e necessidade. Conclusão nº 47 do Centro de Estudos do TJRS. 3. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender o sustento da alimentanda, dentro da capacidade econômica do alimentante. Inteligência do art. 1.699 do CCB. 4. Tratando-se de uma fixação provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, mas desde que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso provido em parte.<sup>226</sup>

Neste caso, não pairam dúvidas sobre a união estável (indícios de paternidade) que está sendo dissolvida e nem sobre a da paternidade do filho em gestação. O Tribunal decidiu que, devido ao dever de solidariedade familiar, há responsabilidade do pai de prover o sustento do filho que está sendo gerado e há o dever de mútua assistência por causa da redução da capacidade laborativa da mulher.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. IEI nº 11.848/08. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE. O deferimento de alimentos gravídicos à gestante pressupõe a demonstração de fundados indícios da paternidade atribuída ao demandado, não bastando a mera imputação da paternidade ( Lei 11.848/08). Ônus da mulher diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais, resta inviabilizada, na fase, a concessão dos alimentos gravídicos, a esta altura prejudicado em razão do nascimento da criança, prosseguindo a ação de alimentos com regular instrução probatória. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.**<sup>227</sup>

<sup>226</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 70.028.448.77.** Relator: Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves. Comarca de Caxias do Sul. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 16/09/09.

Neste caso, a genitora alega ter convivido em união estável com o suposto pai, estando grávida de 8 meses à época da dissolução. Pleiteia Alimentos Gravídicos, alegando que está passando por privações e que teve complicações decorrentes da gravidez.

No entanto, seu pedido foi indeferido porque os indícios apresentados pela autora não guardam a verossimilhança que a lei exige para a concessão dos Alimentos Gravídicos. O pleito deverá se aprofundar em dilação probatória, o que não ficou devidamente demonstrado nos autos.

Além de que o prazo da gestação já acabou, não se tratando mais de Alimentos Gravídicos e sim de pedido de alimentos conforme o art. 6º da Lei 11.804/08.

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS** – Concessão - Necessidade - Oitiva das partes em audiência de justificação confirmando o relacionamento amoroso – Idade gestacional compatível com o início do namoro - Fortes indícios de paternidade - Redução dos alimentos - Descabimento - Observância do binômio necessidade e possibilidade - Incidência do percentual sobre férias, 13º salário, horas extras e verbas rescisórias - Impossibilidade - Rendimentos que possuem caráter indenizatório ou de prêmio ao esforço empreendido pelo trabalhador – Decisão parcialmente reformada - Recurso provido em parte.<sup>228</sup>

No presente caso, o agravante (suposto pai) está pedindo a reforma da decisão do juiz de 1º grau, alegando que a genitora já estaria grávida quando foi viver em união estável com o agravante. Essa alegação não ficou provada nos autos, por coincidir o início da gravidez com a união estável.

Nesse sentido o pedido foi indeferido por ser ele o provável pai. Assim enquanto não foi possível realizar o teste do DNA, deve o agravante contribuir com os alimentos, conforme preceitua a Lei 11.804/08.

O pedido de redução do valor dos alimentos foi indeferido porque não se justifica sua redução, por ser a quantia modesta estando dentro da atual capacidade do agravante.

---

<sup>227</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 70.030.552.160**. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Comarca de Passo Fundo. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 16/09/09.

<sup>228</sup> SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 646.712-4/5-00**. Relator: Des. Álvaro Passos. Comarca de Campinas. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/09/09.

Quanto à base de cálculo, esta merece reparo após o nascimento da criança.

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS.** Verba alimentar fixada em 50% do salário mínimo. Índícios de paternidade verificados por meio da prova testemunhal produzida. Existência de relacionamento amoroso entre as partes não contestada pelo agravante. Nascimento da criança. Conversão automática em pensão alimentícia em favor do menor. Resignação acerca do *quantum* arbitrado. Exegese do art. 6º da lei 11.804/08. Decisão mantida. Recurso desprovido.<sup>229</sup>

No presente caso, o agravante (suposto pai) aduz não ser o pai, porém, nos autos, a prova testemunhal confirma que a relação amorosa havida entre as partes à época da gravidez. Assim, estão presentes os indícios de paternidade que provavelmente confirmarão que o agravante é o pai da criança.

Nesse sentido a decisão do juiz de 1º grau deve ser mantida; além do mais não houve insurgência do agravante em relação ao *quantum*.

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE.** 1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido.<sup>230</sup>

O agravante diz ter mantido com a genitora apenas alguns encontros e, por isso, pede a suspensão dos alimentos provisórios deferidos em 1º grau até que seja realizado o exame de DNA.

Segundo a lei de Alimentos Gravídicos, para que seja concedido o direito de alimentos à gestante bastam os indícios de paternidade para formar o convencimento do juiz. Estes foram comprovados em juízo pela genitora. Por essa razão foi indeferido o pedido do agravante.

Mereceu acolhida o pedido do agravante sobre a redução do valor dos alimentos, visto que não ficou demonstrado pela genitora, o percentual alegado por ela a mais dos vencimentos do agravante.

---

<sup>229</sup> SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 2009.015.437-9.** Relator: Des. Marcos Túlio Sartorato. Comarca de Santa Rosa do Sul. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Julgado em 25/09/09.

<sup>230</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 70.028.804.847.** Relator Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves. Comarca de Passo Fundo. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 30/09/09.

Os alimentos permanecem até o nascimento da criança quando poderão ser revistos por uma das partes, senão serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia.

Como bem ficou demonstrado, com essas decisões, a Lei de Alimentos Gravídicos vem sendo aplicada pelos nossos tribunais, surtindo os seus efeitos legais e alcançando a sua finalidade que é dar proteção ao nascituro com o suprimento das necessidades da gestante.

## 5 CONCLUSÃO

A presente monografia não pretende esgotar todas as dúvidas, nem as polêmicas sobre o assunto apresentado. Mas pretende de alguma forma contribuir para o seu esclarecimento, demonstrando, através desse estudo que, apesar das controvérsias doutrinárias, o Instituto dos Alimentos Gravídicos, talvez é mais importante dos alimentos, porque tem por objetivo assegurar a vida no seu estágio inicial.

O direito a alimentos funda-se no direito à vida, sendo este o principal direito da personalidade. Por isso, para que possa ser assegurada a vida, o ser humano, devido a sua fragilidade, precisa, desde o momento da concepção, de cuidados de outra pessoa e de alimentos para que possa sobreviver, conforme lição de Yussef Said Cahali.

Com o propósito de assegurar a vida do nascituro, no dia 05 de novembro de 2008, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei 11.804, que concede o direito de alimentos à mulher gestante e determina a forma como esse direito será exercido. Por certo, essa nova lei possibilitará assegurar o desenvolvimento sadio do nascituro, ser que ainda se encontra no aconchego do ventre materno.

Em muito boa hora foi aprovado esse direito porque a falta de um procedimento específico era um óbice para a sua concessão. O direito a alimentos desde a concepção já estava implícito em nosso ordenamento, porém a falta de uma lei específica fizeram juízes relutarem em conceder direitos não claramente expressos.

A lei vem revestida de boa-fé, com a intenção de proporcionar à mulher gestante os valores suficientes para cobrir as despesas da gravidez, com o objetivo de dar um nascimento com vida digna ao seu filho.

A dificuldade se encontra nos casos de mulheres que mantêm relacionamentos sexuais com vários homens e engravidam. Com certeza, não poderão se valer dos indícios de paternidade para requerer Alimentos Gravídicos. Nestes casos, só o exame de DNA depois do nascimento poderá comprovar a paternidade.

Por isso, na apreciação dos indícios, o juiz deverá agir com prudência e responsabilidade porque, se estes foram utilizados com má-fé pela genitora, poderão causar prejuízos irreparáveis ao réu ao imputar-lhe uma falsa paternidade.

A imputação indevida da paternidade poderá causar, entre outros danos, a destruição de casamentos e união estáveis e também causar prejuízos econômicos, como o pagamento indevido de alimentos muitas vezes irrecuperáveis. Além de tudo isso, também o réu estará sujeito à decretação da prisão pelo não pagamento da dívida.

Observados todos esses cuidados e mesmo assim, após decretada a obrigação alimentar, nascida a criança, não se comprovar a paternidade por exame do DNA, o réu poderá pleitear a indenização por danos morais e materiais contra a genitora. Essa medida com certeza inibirá a atitude de mulheres de má-fé que visam exclusivamente o interesse econômico, ao escolher aleatoriamente um suposto pai abonado.

Só não podemos, sob este pretexto, postergar um direito à vida digna ao nascituro quando efetivamente estiverem presentes os indícios da paternidade. Se fizermos isso estaremos ignorando a primeira e talvez a principal fase do desenvolvimento humano.

Negar sua importância é voltar no tempo quando a falta de técnicas de ultrassonografia não permitiam a visualização da vida intra-uterina que, por isso, era cercada de muitos mistérios. Hoje, com a moderna tecnologia, já se sabe que o bebê reage à voz do pai virando o rosto em sua direção, e, quando se sente agredido, se encolhe para se proteger.

Se somos o que somos um dia já fomos nascituro. Faz parte do desenvolvimento humano passar por todas as fases do ciclo da vida: a concepção, recém-nascido, infância, adolescência, adulto, velhice e que culmina com a morte natural. Ignorar uma dessas fases é romper o elo de uma corrente.

Vivemos num país de grandes desigualdades sociais, onde anualmente, milhares de mulheres grávidas são abandonadas pelos seus maridos e companheiros. Estes saem à procura de novas companheiras, na maioria das vezes gerando mais filhos. Resultam disso mais filhos que desconhecem quem é seu progenitor, gerando vítimas, sendo a primeira delas o nascituro.

Com a gravidez a mulher passa por transformações que a tornam fragilizada, inclusive limitando a sua capacidade física laborativa. Desta forma, não é

justo seja ela a única responsável para arcar com todos os custos decorrentes da gravidez, além de que, muitas vezes, em decorrência dessa gravidez põe em perigo a sua própria vida.

É com fundamento nos princípios da dignidade humana e no princípio do interesse do menor que a vida deverá ser protegida e resguardada desde o seu começo, por ser o maior bem jurídico do nosso ordenamento jurídico, porque sem ela nada faz sentido.

A lei de Alimentos Gravídicos induz à paternidade responsável porque compete a ambos os pais o dever de prestar alimentos ao filho. É como bem leciona Maria Berenice Dias, “a lei não desperta a consciência do dever, mas gera responsabilidades.” Nesse sentido concluímos que ela é justa e se fez necessária.

## REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro. 1. ed. Rio de Janeiro AIDE, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. **Revista dos tribunais**. São Paulo. v. 882, p. 30-44. abr./2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos gravídicos: avanço ou retrocesso? **Revista cej/conselho da justiça federal**. Brasília, n. 44, p. 65-71, já./mar. 2009.

BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Dos alimentos no direito de família e o novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**. 1. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

BRASIL. Lei n. 11.804/08, de 05 de novembro de 2008. **Alimentos gravídicos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2008/Lei/L11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11804.htm)>. Acesso em 14 out. 2009.

BUENO, Francisco da Silva. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: São Paulo: Saraiva, v. 6, 1960.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

CURY, Munir e outros. Parte geral. Das disposições preliminares. In \_\_\_\_\_, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e, MENDEZ, Emílio García (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2000

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5.

\_\_\_\_\_. Alimentos Gravídicos: Alimentos para a vida. **Revista magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 27, p. 87-88, nov./dez. 2008.

FERST, Marklea da Cunha. **Alimentos & ação de alimentos**. Manual do operador do direito. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 7-17, jan./fev. 2009.

FREITAS, Douglas Phillips Freitas, Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 18-23, jan./fev. 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Aparecida Maria Valadares da Costa. O poder familiar: Breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). **Questões de direito civil e o novo Código**. 1. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos: Aspectos da Lei nº 11.804/2008. **Revista iob de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 24-29, jan./fev. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 623, p. 27-29, set./87.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.175-178.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil**. Teoria geral de direito civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. Direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Os Alimentos gravídicos: Um importante passo na plena proteção da infância. **Revista bonijuris**. Curitiba, n. 544, p.7-9, mar./2009.

PUSSI, Willian Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 70.028.448.777**. Relator: Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves. Comarca de Caxias do Sul. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 16/09/09. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php) >. Acesso em: 14 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n. 70.030.552.160**. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Comarca de Passo Fundo. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 16/09/09. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php) >. Acesso em: 14 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n. 70.028.804.847**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Comarca de Passo Fundo. Órgão julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em 30/09/09. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php) >. Acesso em: 14 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Direito de família, v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA **Agravo de Instrumento n. 2009.015.437-9**. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Comarca de Santa Rosa do Sul. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Julgado em 25/08/09. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=alimentos+grav+%EDdicos&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2009.015.437.9&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10>>. Acesso em: 14 out. 2009.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento n. 646.712-4/5-00**. Relator: Des. Álvaro Passos. Comarca de Campinas. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/09/09. Disponível em: < <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do> >. Acesso em: 14 out. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os dilemas moral e jurídico do abortamento eugênico. In: \_\_\_\_\_ e; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.) **Bioética e direitos humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 134-156.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, Lucia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 372-390.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito civil.** Direito de família. v. VI. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.  
**ANEXOS**

**ANEXO A – Lei n. 11.804/08**LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

Art. 2<sup>o</sup> 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.

Art. 3<sup>o</sup> (VETADO)

Art. 4<sup>o</sup> (VETADO)

Art. 5<sup>o</sup> (VETADO)

Art. 6<sup>o</sup> Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. 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.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis n<sup>OS</sup> 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187<sup>O</sup> da Independência e 120<sup>O</sup> da República.

LUIZ	INÁCIO	LULA	DA	SILVA.	
Tarso					Genro
José	Antonio		Dias		Toffoli
Dilma Rousseff					

**ANEXO B – Agravo de Instrumento n. 70.028.448.777****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO E DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ.

Porto Alegre, 16 de setembro de 2009.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, Relator.

**RELATÓRIO**

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Trata-se da irresignação de JAIR M. V. com a r. decisão que redimensionou os alimentos fixados em 15% do salário líquido do recorrente para o valor de meio salário mínimo, nos autos da ação de dissolução de união estável que lhe move JUSSARA O. S.

Sustenta o recorrente, em preliminar, a necessidade do deferimento da assistência judiciária gratuita tanto na origem como para o presente recurso. Alega que o valor do pensionamento foi majorado sem levar em consideração que possui outra filha, para quem alcança alimentos em valor aproximado de R\$ 100,00. Informa possuir apenas uma renda mensal de aproximadamente R\$ 1.000,00, sendo

que possui compromissos financeiros assumidos com instituições financeiras, inclusive com desconto em folha de pagamento. Menciona que a recorrida tem ganhos em razão do seu trabalho como empregada doméstica, e se, em decorrência da sua gravidez, não puder trabalhar, ela perceberá benefício do INSS. Pretende a reforma da decisão recorrida, para que os alimentos sejam reduzidos para 10% do seu salário líquido, incluindo férias, exceto o terço, 13º salário e verbas rescisórias, sendo estas consideradas antecipação de alimentos, e que não incidam sobre os descontos legais obrigatórios. Pede o provimento do recurso.

O recurso foi recebido no efeito meramente devolutivo.

Intimada, a recorrida ofereceu contra-razões aduzindo que o recorrente admite que manteve a alegada união estável e que é o pai biológico do seu filho. Salaria que os rendimentos informados pelo recorrente não englobam o repouso remunerado, nem as horas-extras e o adicional noturno. Considera que o recorrente, baseado no mísero valor repassado à sua filha, a título de alimentos, quer também pagar uma quantia irrisória à recorrida. Alega que o recorrente tem plenas condições de pagar pensão no valor fixado, sendo que devido à condição de saúde da recorrida, tal valor deverá incidir sobre férias, exceto 1/3, 13º salário e eventuais verbas rescisórias, e descontadas diretamente da fonte pagadora. Pede o desprovimento do recurso.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

V O T O S

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

ESTOU ACOLHENDO EM PARTE A PRETENSÃO RECURSAL.

Com efeito, nos autos da ação de dissolução de união estável, foram fixados alimentos gravídicos em favor da ex-companheira do recorrente, o qual

busca, no recurso, apenas a adequação do quantum.

Assim sendo, não pairando dúvida sobre a existência da união estável, que está sendo dissolvida, nem da paternidade do filho que está sendo gestado, é cabível a fixação de alimentos em favor da ex-companheira, pois há o dever de solidariedade familiar, há responsabilidade do pai de prover o sustento do filho gerado e há o dever de mútua assistência entre os conviventes, não se podendo ignorar que a gestação provoca sensível redução da capacidade laborativa da mulher.

Sendo assalariado o alimentante, é mais razoável a fixação dos alimentos em percentual incidente sobre seus ganhos líquidos, o que assegura a proporcionalidade decorrente da incidência do binômio possibilidade e necessidade. Nesse sentido, aliás, a Conclusão nº 47 do Centro de Estudos do TJRGS.

Portanto, tenho que os alimentos devem ser fixados de forma a atender o sustento da alimentanda, dentro da capacidade econômica do alimentante, consoante estabelece o art. 1.699 do CCB, motivo pelo qual estou revisando o valor estabelecido na decisão hostilizada, fixando provisoriamente o encargo alimentar no patamar de 20% dos ganhos salariais líquidos do alimentante, isto é, sobre o valor bruto menos os descontos legais obrigatórios (INSS, Imposto de Renda).

Observo ainda que, tratando-se de uma fixação provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, mas desde que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão.

COM TAIS CONSIDERAÇÕES, ESTOU ADOTANDO, COMO RAZÃO DE DECIDIR, OS DOUTOS ARGUMENTOS POSTOS NO LÚCIDO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE LAVRA DA ILUSTRE PROCURADORA DE JUSTIÇA MÁRCIA LEAL ZANOTTO FARINA, QUE PEÇO VÊNIA PARA TRANSCREVER, IN VERBIS:

Merece parcial provimento a inconformidade recursal.

A Lei nº 11.804, de 05/11/2008, disciplinou o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como ele será exercido.

No caso, o recorrente não questiona o direito da gestante à percepção de alimentos gravídicos, apenas impugna o seu valor.

Em seu artigo 2º, a norma antes mencionada estabelece que “os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, 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*”.

E no parágrafo único, dispõe que “os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”.

Relativamente às necessidades da gestante, observa-se que Jussara, em 08/10/2008, estava com oito semanas de gestação, tendo apresentado episódio de sangramento vaginal importante (ut atestado médico, folha 17).

No mesmo documento, há a informação de que a alimentanda tem histórico de abortamento anterior, sendo-lhe recomendado repouso absoluto.

Na inicial da ação proposta (folha 12, item 4), Jussara relatou ter se ausentado do trabalho que desempenhava como empregada doméstica, admitindo estar “encostada” pelo INSS.

Quanto às possibilidades do futuro pai, evidencia-se, dos autos, que Jair trabalha como “operador de serra” na empresa Dambroz S/A (ut carteira de trabalho, folha 68) e percebe R\$ 1.301,40 brutos mensais (demonstrativo de pagamento referente ao mês de janeiro de 2009, folha 64).

O recorrente demonstrou possuir outra filha, Gabriela, nascida em 16/02/1997 (ut certidão de nascimento, folha 71), a quem paga alimentos no valor de R\$ 100,00 mensais (folhas 72/77).

Neste contexto delineado, considerando-se o estado de saúde de Jussara, que, por certo, demanda expressivas despesas com assistência médica, e levando-se em conta o fato de a gestante ter se afastado do trabalho, mais razoável o segundo valor fixado pelo juízo (50% do salário mínimo, em torno de 20% dos rendimentos líquidos do alimentante).

Assim, dispondo o alimentante de ganho salarial certo, convém que os alimentos sejam fixados em percentual de seus rendimentos líquidos, conforme estabelece a Conclusão nº 47 do Centro de Estudos deste Tribunal.

Assim, é de ser parcialmente reformada a decisão, ao efeito de adequar os alimentos gravídicos para o equivalente a 20% dos ganhos líquidos do agravante.

Pelo exposto, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso para fixar os alimentos provisórios em 20% dos ganhos líquidos do alimentante.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO - De acordo com o Relator.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70028448777, Comarca de Caxias do Sul:

"PROVERAM, EM PARTE, PARA FIXAR OS ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 20% DOS GANHOS LÍQUIDOS DO ALIMENTANTE. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ANTÔNIO CLARET FLORES CECCATO

**ANEXO C – Agravo do Instrumento n. 70.030.552.160****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE) E DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ.

Porto Alegre, 16 de setembro de 2009.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, Relator.

**RELATÓRIO**

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Bruna E. L., face da decisão que, nos autos da ação de alimentos ajuizada em face de Rodrigo I., ora agravado, indeferiu pedido de tutela antecipada, consistente em pedido de alimentos gravídicos, tendo em vista estar o feito a mingua de provas da existência de indícios da paternidade em relação ao demandado.

Nas razões de inconformidade, relata a agravante que conviveu em união estável com o agravado por 08 meses. Refere que em fevereiro, quando estava no

quinto mês de gestação, o demandado, mesmo sabendo da gravidez resolveu separar-se. Alega que, sem qualquer ajuda financeira, pegou suas coisas e foi morar com sua genitora. Diz que está passando por privações, eis que pessoa de poucas posses, trabalha como vendedora, recebendo pouco mais de um salário mínimo, e está em licença maternidade, pois teve complicações na gravidez, necessitando de ajuda financeira para consulta e exames, alimentação, farmácia e enxoval do bebê. Refere, por fim que sofre de pressão alta e necessitará fazer cesariana que custa em torno de R\$ 4.000,00. Assim, requer seja provido o agravo, de forma a fixar alimentos gravídicos no percentual de 30% dos rendimentos líquidos do agravado.

Recebi o recurso e indeferi o efeito suspensivo ativo, fl. 37/39.

O agravado não apresentou contrarrazões o recurso, fl. 47.

O Ministério Público, neste grau, através do eminente Procurador de Justiça, Dr. Renato Vinhas Velasques, emitiu parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso, fls. 48/51.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO (RELATOR)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Bruna E. L., face da decisão que, nos autos da ação de alimentos ajuizada em face de Rodrigo I., ora agravado, indeferiu pedido de tutela antecipada, consistente em pedido de alimentos gravídicos, tendo em vista estar o feito a mingua de provas da existência de indícios da paternidade em relação ao demandado.

A recorrente objetiva através do presente recurso, a reforma da decisão *a quo*, sustentando que conviveu em união estável com o agravado por 08 meses vindo desta união a engravidar. Refere que o período de gestação confere com a época em que a possibilidade do nascituro em receber alimentos gravídicos. Requer a fixação dos alimentos provisórios ao nascituro na proporção de 30% dos rendimentos líquidos do apelado.

A Lei 11.804, de 05.11.2008, garante à mulher grávida, que não dispõe de

recursos para sua manutenção e para fazer frente às despesas adicionais decorrentes da gravidez, desde a concepção ao parto, o direito a perceber alimentos, garantindo, assim, o direito do nascituro. Tais alimentos, após o nascimento, se transformam em pensão alimentícia a favor da criança.

Por ocasião do juízo de admissibilidade da ação, assim me manifestei acerca do pedido de liminar no agravo:

“Consoante se depreende da prova trazida à colação, não vislumbro comprovação, ou demonstração, de indícios para deferimento do pleito, ao menos nesta fase processual, a fixação de alimentos provisórios.

Assim, o ônus probatório, na fase, é da mãe, cabendo a ela apresentar “indícios de paternidade”, não sendo suficiente à mera atribuição da paternidade, o simples pedido e a alegação de que não dispõe de recursos para, sozinha, fazer frente às despesas decorrentes de sua condição. Entendimento diverso implicaria em impor ao suposto pai a produção de prova negativa, que é vedada pelo ordenamento jurídico.

Acerca do tema, Douglas Phillips Freitas<sup>231</sup>, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família:

“Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar os “indícios de paternidade” informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência. Há necessidade de aplicação da regra do art. 333, inc. I, do Código Civil de 2002 que informa que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mesmo sem o Exame de DNA há algumas provas que podem ser produzidas pelo suposto pai, como prova de vasectomia, por exemplo.”

A agravante limitou-se a comprovar seu estado de gravidez, bem como de medicação que faz uso, trazendo apenas duas fotografias acerca do relacionamento havido com o agravado. Ainda que se exija apenas a existência de indícios, fundados que devem ser, impunha-se à autora trazer aos autos elementos, mínimos que sejam, a comprovar o alegado em

---

<sup>231</sup> FREITAS, Douglas Phillips, *Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 – Primeiros Reflexos*, [www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468)).

Juízo, ônus do qual não se desincumbiu a contento, inviabilizando, assim, a concessão do pedido, pelo menos na fase.

Tal conclusão não impede que, diante de elementos novos que aportem aos autos, seja revisto o pedido de alimentos gravídicos.

Tal posição não se alterou desde então. Os indícios apresentados pela autora não guardam a verossimilhança que a lei exige para concessão dos alimentos gravídicos, sendo que o pleito deverá se aprofundar em dilação probatória, pois até então não se encontra devidamente demonstrado nos autos.

Ademais, o prazo de gestação já se concluiu, posto que quando proposta a ação e pleiteada a tutela antecipada, em 10 de maio de 2009 (fls.10), a autora agravante se encontrava no oitavo (8º) mês da gestação, a esta altura já tendo nascido a criança. Portanto, já não se trata mais de alimentos gravídicos, mas sim de pedido de alimentos, pois aqueles, uma vez concedidos, se transformam em alimentos, conforme art. 6º da Lei 11804/08. A ação de alimentos, portanto, deve continuar, agora com a possibilidade de realização de exame de DNA entre as partes.

Isto posto, nego provimento ao agravo de instrumento.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70030552160, Comarca de Passo Fundo: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME."

**ANEXO D – Agravo de Instrumento n.70.028.804.847****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO E DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR.

Porto Alegre, 30 de setembro de 2009.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, Relator.

**RELATÓRIO**

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Trata-se da irresignação de SÉRGIO V. B. P. com a r. decisão que fixou alimentos provisórios em favor da gestante no valor de R\$ 1.800,00, nos autos da ação de alimentos gravídicos que lhe move MARTA V. B.

Sustenta o recorrente que o valor foi fixado em patamar muito acima do que pode arcar, alegando que nunca exerceu cargo de gerente executivo de empresa ligada ao ramo farmacêutico, como foi alegado pela recorrida, nem recebe

o salário alegado por ela. Declara, ainda, que paga alimentos para outros dois filhos menores. Alega também que teve apenas alguns encontros com a recorrida, motivo pelo qual pede a suspensão dos alimentos provisórios até que seja realizado o exame de DNA ou que seja readequado o valor para 10% dos seus ganhos.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo, sendo readequado o valor para 20% dos ganhos líquidos do recorrente (fl. 151).

Intimada, a recorrida apresentou contra-razões pedindo pela manutenção da decisão recorrida.

Com vista dos autos, lançou parecer a Douta Procuradoria de Justiça pugnando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTOS

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Estou acolhendo em parte o pleito recursal.

Com efeito, para a fixação de alimentos gravídicos, basta apenas a existência de fortes indícios de paternidade para embasar o convencimento do juiz, o que está revelado nos autos, pois o próprio recorrente confirmou ter mantido alguns encontros íntimos com a recorrida, em período compatível com a concepção, motivo pelo qual existe forte possibilidade de vir a ser o pai do nascituro.

A pretensão da autora está embasada na Lei nº 11.804/2008, que disciplina o direito aos alimentos gravídicos, bem como a forma como devem ser exercidos os direitos do nascituro. Essa nova lei confere direito à mulher grávida, casada ou não, de receber alimentos desde a concepção até o parto, mediante ação própria movida contra o futuro pai. Para que sua pretensão seja acolhida, a lei prevê que cabe ao juiz decidir sobre a fixação de alimentos com base em meros indícios de paternidade. E esses alimentos, uma vez fixados, permanecem em vigor até que ocorra o nascimento com vida, quando então serão convertidos em pensão alimentícia em favor do filho, ocasião em que poderão ser revistos, por provocação de qualquer das partes.

No caso em exame, observo que o valor fixado na decisão recorrida

realmente é muito elevado, pois não foi comprovada efetiva capacidade econômica do alimentante, nem o cargo alegado pela recorrida na referida empresa farmacêutica. Aliás, a CTPS do recorrente, que consta a fls. 33/35, mostra que ele é propagandista e vendedor de medicamentos, com renda bem inferior àquela alegada.

Em razão disso, estou confirmando a antecipação de tutela que deferi a fls. 151, no patamar de 20% dos ganhos líquidos do recorrente, isto é, sobre os ganhos salariais líquidos, que correspondem ao valor bruto menos os descontos legais obrigatórios, não incidindo, também, sobre verbas indenizatórias. É que os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO - De acordo com o Relator.

DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70028804847, Comarca de Passo Fundo:

"PROVERAM EM PARTE. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LUIS CHRISTIANO ENGER AIRES

### **ANEXO E – Agravo de Instrumento n. 2009.015.437-9**

Os alimentos gravídicos foram instituídos pela Lei 11.804/08, que regulamenta este direito da gestante, bem como a forma como será exercido. Compreendem quantia equivalente à necessária contribuição do pai no que tange aos gastos adicionais da mulher durante o período de gravidez, como consultas, exames e alimentação especial, por exemplo, além de incluírem despesas com o parto, internação, medicamentos e demais prescrições médicas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.015437-9, da comarca de Santa Rosa do Sul (Vara Única), em que é agravante D. da S., e agravada V. A. S.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

#### RELATÓRIO

D. da S. interpôs agravo de instrumento em face da decisão que, nos autos da ação de alimentos gravídicos ajuizada por V. A. S., fixou os alimentos provisórios em 50% do salário mínimo, a serem pagos diretamente à agravada, até o dia 10 (dez) de cada mês.

Sustenta o agravante, em suma, que diante do nascimento da criança, não mais cabem alimentos gravídicos, razão pela qual a ação perdeu o seu objeto. Alega, também, que diante da inexistência de provas ou indícios da paternidade, não deveria ter sido concedida a tutela antecipada.

Negado o efeito suspensivo almejado (fls. 61/64).

Conquanto intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contraminuta (certidão de fl. 69).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Mário Gemin, manifestou-se pelo não-conhecimento do recurso (fls. 72/73).

#### VOTO

Os alimentos gravídicos foram instituídos pela Lei 11.804/08, que regulamenta este direito da gestante, bem como a forma como será exercido. Compreendem quantia equivalente à necessária contribuição do pai no que tange aos gastos adicionais da mulher durante o período de gravidez, como consultas, exames e alimentação especial, por exemplo, além de incluírem despesas com o parto, internação, medicamentos e demais prescrições médicas.

Dispõe o art. 6º da lei supracitada:

Art. 6º. Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. 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.

Sobre a necessidade de proteção do nascituro por meio da concessão de recursos à mãe, já lecionava Caio Mário da Silva Pereira antes mesmo da edição da Lei 11.408/08:

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no direito à própria vida e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre (Instituições de Direito Civil - Direito de Família. vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 517).

No presente caso, não obstante as alegações do agravante acerca da inexistência de prova da paternidade, as testemunhas ouvidas em audiência confirmaram a relação amorosa havida entre as partes, circunstância esta que traz grandes probabilidades do agravante ser o pai da criança.

Acerca da prova testemunhal, salientou o Magistrado singular que *"conforme prova colhida em audiência de justificação, há indícios de que as partes mantiveram relacionamento amoroso, o que torna verossímil a alegação de que o requerido é o responsável pela concepção"* (fl. 52).

Além disso, o próprio agravante confirma a existência do envolvimento com a agravada bem como a ocorrência de relações sexuais, ao expressar o seguinte na contestação:

De fato as partes se conheceram no ano de 2008 e tiveram alguns encontros ocasionais de forma esporádica, quando saíam em grupos para festas.

Desta, cabe frisar, que as partes não chegaram a ter um namoro, apenas alguns encontros, e que as eventuais relações, foram protegidas com o uso de preservativo, o que desta forma, não há possibilidade do Requerido ser o pai da criança que a Autora espera (fl. 43).

Portanto, é fato incontroverso o relacionamento amoroso entre as partes, prova esta que convence da verossimilhança das alegações da agravada, que atribui a paternidade da criança ao agravado. Por outro lado, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação é visualizado diante da especiais necessidades da

mulher durante o período gestacional, as quais, caso não providas, podem prejudicar o desenvolvimento do feto.

Nesse sentido, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. CABIMENTO. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a agravada, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Recurso desprovido (Agravo de Instrumento Nº 70029200391, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 22/06/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. CABIMENTO. A lei 11.804/08 regulou o direito de alimentos da mulher gestante. Para a fixação dos alimentos gravídicos basta que existam indícios de paternidade suficientes para o convencimento do juiz. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (Agravo de Instrumento Nº 70029315488, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/03/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. LEI Nº 11.848/08. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Agravo de Instrumento Nº 70028667988, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 06/03/2009).

Por derradeiro, cumpre salientar que o fato da criança já ter nascido não acarreta a perda do objeto da presente ação, pois o mencionado parágrafo único do art. 6º da Lei 11.408/08 converte automaticamente os alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor, sem prejuízo de posterior ajuizamento de ação revisional.

Assim, deve ser mantida a decisão agravada que fixou os alimentos provisórios em meio salário mínimo, mesmo porque não houve insurgência do agravante com relação ao *quantum*.

Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

## DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, negaram provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.<sup>a</sup> Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 21 de julho de 2009.

Marcus Tulio Sartorato, Relator

**ANEXO F – Agravo de Instrumento n. 646.712-4/5-00**

VISTOS.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Judicial de Vila Mimosa que fixou alimentos gravídicos em 8% (oito por cento) sobre os rendimentos líquidos do requerido. Agravo de Instrumento nº 646.712-4/5-00 - Comarca de Campinas - Voto nº 6002 PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Inconformado, alega o agravante que o exame de ultra-sonografia gera dúvidas sobre a paternidade que lhe é imputada, pois o período de gestação da agravada ultrapassa a data do início do relacionamento de ambos, sendo evidente que ela já estava grávida quando o conheceu. Afirma que sempre utilizou preservativo, tendo acompanhado a autora ao posto médico uma única vez, quando ela passou mal. Insurge-se, ainda, contra a incidência de descontos sobre horas extras, 13º salário e verbas rescisórias por não integrarem seu salário habitual. Recurso processado apenas no efeito devolutivo, sem apresentação de contraminuta (fls.52) e com parecer desfavorável do ilustre Procurador de Justiça oficiante.

É o breve relatório.

O agravo merece parcial acolhimento. Ao que consta, a idade gestacional de vinte e uma semanas e quatro dias, constante do exame de ultra-sonografia realizado pela agravada em 10/02/2009 (fls. 24), foi calculada a partir da data de sua última menstruação, ou seja, 12/09/2008. À medida que as partes confirmaram, na audiência de justificação, o início do relacionamento amoroso em 25/09, próximo, portanto, ao período fértil da agravada, há efetiva possibilidade/ de o agravante ser o pai da criança.

Agravo de Instrumento n° 646.712-4/5-00 - Comarca de Campinas - Voto n° 6002. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Desta forma, ao menos enquanto não for possível a realização do teste de DNA, deve o agravante contribuir, na proporção de seus recursos, com as despesas durante a gravidez da agravada, consoante preceitua a Lei n° 11.804/08. Quanto ao valor fixado, não se justifica a redução pretendida, pois 8% dos rendimentos líquidos ou, no caso de desemprego, em 15% do salário mínimo, é uma quantia modesta, que se enquadra perfeitamente na atual capacidade financeira do agravante. Todavia, no que concerne à base de cálculo da pensão após o nascimento da criança, a r. decisão guerreada merece reparo, porquanto as verbas não habituais, como horas extras, 1/3 de férias, abonos, 13° salário ou verbas rescisórias, têm natureza de remuneração indenizatória ou de prêmio ao esforço empreendido pelo trabalhador, não comportando, deste modo, a incidência de alimentos.

Neste sentido, temos decidido:

LIMINAR - Revisional de alimentos. Exclusão nos alimentos de horas extras, FGTS e participação nos lucros da empresa - Concessão - Valores que se referem a verbas de natureza indenizatória - Decisão parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido (Agravo de Instrumento n° 535.455-4/7-00).

ALIMENTOS - Fixação - Incidência sobre 13° salário e férias - Inadmissibilidade - Hipótese em que, não havendo acordo entre as partes, não é possível estender a obrigação alimentar para outras, verbas que não guardam relação com o pactuado - Recurso improvido (Agravo/de Instrumento n° 570.883-4/6-00).

Agravo de Instrumento n° 646.712-4/5-00 - Comarca de Campinas -

Voto n° 6002 PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO AUMENTOS - Fixação - Cálculo sobre rendimentos extraordinários ou esporádicos, tais como horas extras, participação nos lucros e resultados, abono de férias, sejam remuneratórios ou indenizatórios - Inadmissibilidade - Incidência possível de acarretar a perda dessa qualidade de alimentos - Decisão reformada - Recurso provido (Agravo de instrumento n° 423.536-4/5-00). Isto posto, parcial provimento recurso ao Agravo de Instrumento n "646.712-4/5-00 - Comarca de Campinas - Voto n° 6002.

