

AVALONI GERALDO FERREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE APRESENTADA NA LEI
11.804/2008 - ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

**FIC – MG
CARATINGA - 2011**

AVALONI GERALDO FERREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE APRESENTADA NA LEI
11.804/2008 - ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito de Família.

Orientador: Prof. Oscar Alexandre.

FIC – MG

CARATINGA - 2011

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e ao meu anjo da guarda, pela proteção constante em minha jornada que representa para mim um marco na história dessa existência que é cheia de surpresas. Todas envoltas nas situações que aparecem do nada como que um redemoinho disposto a nos envolver, mas que por trás, representa um elemento da vida, responsável para o despertamento de valores intrínsecos a todos nós que dizemos seres humanos.

À minha esposa pela dedicação constante, sempre na retaguarda buscando em todos os meios uma possibilidade de auxílio que, com certeza vem do céu, como crédito contabilizado em favor daqueles que são os filhos da luz dispostos a ajudar sempre.

À minha família por representar tudo o que há de mais importante em nós. Quando apresentamos perante um embate da vida, trazemos um pouco dela em nossa personalidade como que uma marca de vida.

A todos os meus professores responsáveis diretos pelo nosso perfil educacional. Cada um com sua espontaneidade, o seu jeito peculiar de ser que é inconfundível. Acredito em todos eles, porque além de serem irmãos espirituais, acima de tudo são nossos Mestres. Parabéns a todos.

Agradeço a todos os meus colegas por serem amigos constantes.

RESUMO

O Presente trabalho apresenta um estudo sobre os alimentos gravídicos, que se faz fato inovador ocorrido em novembro de 2008 dentro do instituto dos alimentos. Tal inovação é apresentada através do deferimento de alimentos em favor do nascituro, representado pela gestante, desde o início da gestação perdurando até o nascimento com vida, que após será transformado em pensão alimentícia. Embora a lei apresente amparo ao nascituro e a mãe, traz impasses de ordem processual que é a possibilidade de ferir princípios constitucionais tais como, ampla defesa, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência pois coloca em dúvida de quem seria a titularidade de ação em face do suposto pai. Os alimentos, visando garantir a integridade de quem os exige, bem como a dignidade de quem os oferece baseia-se no binômio necessidade e possibilidade, e são um direito personalíssimo, por outro lado a lei não pode omitir direitos já garantidos pela Constituição que atuam como princípios éticos e aplicadores do direito, transpondo a legalidade.

Palavras-chave: alimentos gravídicos – ampla defesa – Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	8
CAPITULO I – LEI Nº 11.804/08 ALIMENTOS GRAVIDICOS.....	11
1.1 Aspectos da Lei.....	11
1.2 Legitimidade e Titularidade.....	12
1.3 Irrepetibilidade dos Alimentos.....	13
1.4 Conversão dos Alimentos Gravídicos em Pensão Alimentícia.....	14
1.5 Da Competência.....	15
1.6 Citação do réu e a obrigação.....	16
1.7 Das Provas.....	17
1.8 Antecipação da Tutela.....	19
1.9 Do Dever de pagar os Alimentos Gravídicos e a extensão subjetiva.	19
CAPITULO 2 – DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS.....	22
2.1 O devido Processo Legal.....	22
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
2.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	24
2.4 Princípio da Segurança Jurídica.....	26
2.5 Princípio da Presunção da Inocência.....	27
CAPITULO 3 – O NASCITURO E O DIREITO AOS ALIMENTOS	31
3.1 O Nascituro e seus direitos.....	31
3.2 O Binômio Necessidade e Possibilidade.....	32
3.3 Da obrigação alimentar.....	34
CAPÍTULO IV - IMPASSES DA LEI 11.804/2008.....	42
4.1 Dos Impasses.....	42
4.2 Inconstitucionalidade formal e material.....	44
4.3 Crítica Sobre a Lei de Alimentos Gravídicos e a Insegurança Trazida ao Suposto Pai.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho mostra as informações sobre a Lei dos alimentos gravídicos e tem como objetivo buscar as conseqüências negativas que ela trouxe quando da sua aplicabilidade no caso concreto tomando como base o instituto dos alimentos previsto no Código Civil Brasileiro, analisando sobre o aspecto da Inconstitucionalidade.

O Presente trabalho tem como marco teórico o pensamento da juíza de Direito Dra. Fátima Maria Costa Soares de Lima, cujo entendimento é conduzido a uma crítica à lei dos alimentos gravídicos, trazendo a possibilidade do cometimento de injustiças e ainda uma forma de reparação para ser aplicada no caso de equívocos. Além deste, comunga com a mesma opinião o Promotor de Justiça aposentado, Advogado e Reitor da Unorp. Mestre em Direito Público, Doutorando em Biodireito/Bioética, Euclides Quintino de Oliveira Junior.

Desse modo, com o embasamento e a sistematização esboçada acima, restará evidenciada a nossa hipótese, consistente na inconstitucionalidade da lei dos alimentos gravídicos.

A justificativa, para o desenvolvimento deste trabalho, funda-se na importância da Lei n 11.804/2008 Alimentos Gravídicos, pertencentes a mulher gestante e também a sua conseqüência que ela trouxe dentro do ordenamento jurídico com efeitos negativos de inconstitucionalidade ferindo princípios Constitucionais norteadores do direito.

O ato normativo materialmente inconstitucional é, pois, aquele que não realiza os concretos fins constitucionais, desrespeitando direitos ou garantias já expressas no texto constitucional.

O método utilizado é o teórico-dogmático nas áreas do Direito Civil, do Direito Processual Civil e da Constituição da República do Brasil de 1988, realizando uma abordagem a lei dos alimentos gravídicos dentro da realidade social.

Buscamos a tese ora apresentada, confirmando a teoria que justifica a hipótese que vem evidenciar a inconstitucionalidade da lei 11.804/2008.

A nova Lei tem sido causa de inúmeras polêmicas, de ordem Constitucional, processual e por esta razão pouco usada, portanto, pra fins didáticos e metodológicos, discorreremos apenas sobre o assunto aludido acima, mencionando as outras divergências só eventualmente, quando preciso.

Nas “considerações conceituais”, abordamos as noções usadas mais freqüentemente nesta pesquisa. Buscamos os principais aspectos conceituais, a fim de circundarmos mais facilmente nosso objeto de estudo. Tratamos do conceito de Alimentos gravídicos, do seu fundamento legal, bem como sua relação com o principio da dignidade da pessoa humana e outros princípios ligados ao tema.

No primeiro capítulo, “A Lei nº 11.804/2008 Alimentos gravídicos “ Os Aspectos da Lei, dando detalhes quando da aplicabilidade no caso concreto e o meio pelo qual foi utilizado pelo Magistrado e pelas partes para resolver o conflito.

No segundo capítulo trataremos dos Princípios Constitucionais, suas funções e características sob o prisma da Constituição bem como a importância que cada um tem no ordenamento jurídico no sentido de expressar o seu valor correspondente ao aludido assunto. Será exposto principalmente o principio da dignidade da pessoa humana, o principio do contraditório e da ampla defesa, o principio da segurança jurídica, o principio da presunção da inocência segundo as regras hermenêuticas por analogia ao processo constitucional, onde estaremos ligando a relação que esses princípios têm com as leis infraconstitucionais, gerando conflitos de normas e desrespeito quanto a hierarquia do comando das normas.

No terceiro capítulo abordamos o direito do nascituro quanto aos alimentos, a garantia desses depois do parto, a obrigação alimentar, trazendo a discussão doutrinaria sobre assunto. Apresentaremos as formas de aplicação de normas que trazem problemas estruturais e a possibilidade de gerarem conflitos em relação aos princípios constitucionais.

No quarto capítulo encontraremos o estudo a respeito dos impasses apresentados na Lei 11.804/2008, bem como a questão da Inconstitucionalidade material e formal. As considerações reforçam a questão da paternidade presumida, com base em indícios como meio de prova para que o juiz fixe os alimentos gravídicos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A fim de melhor compreender a finalidade supostamente proposta pela Lei de Alimentos Gravídicos, importante se faz o estudo acerca de alguns aspectos que ora fazem parte da discussão em questão. Dessa forma é necessário que sejam conceituados os termos: alimentos gravídicos, ampla defesa e inconstitucionalidade.

No que diz respeito a figura dos alimentos gravídicos temos a oportuna definição de Orlando Gomes acerca desse instituto. O ilustre autor diz que ‘são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.’¹

De acordo com a Lei 11.804/08 a definição é que:

Os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicóloga, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.²

Nessa mesma ótica o parágrafo único do mesmo artigo cita que os alimentos referem-se à parte das despesas que deverão ser custeadas pelo futuro pai, contribuição que também deverá ser dada pela gestante, resguardada a proporção dos recursos e possibilidades de ambos.³

A respeito da inconstitucionalidade, esta pode ser entendida como sendo toda e qualquer lei ou norma que venham de encontro com os ditames constitucionais. Segundo Lúcio Bittencourt “inconstitucionalidade é um estado de conflito entre uma lei e a constituição”.⁴

¹ GOMES, Orlando. **Direito da Família**.14 ed. atualização de Humberto Teodoro Junior.RJ:Forense,2002

² Lei 11.804/2008, disponível em www.planalto.gov.br.

³ idem.

⁴ BITTENCOURT, C. A. Lucio. **Controle Jurisdicional da Constitucionalidade da Leis**. Atualizado por Jose Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997

A mesma linha de pensamento é observada por Gomes Canotilho, que lembra que "inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais".⁵

O outro aspecto que será discorrido no presente trabalho diz respeito aos princípios constitucionais, como enfoque temos o Princípio do Contraditório e Ampla defesa.

De acordo com Miguel Reale os princípios são:

Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.⁶

Os princípios Constitucionais são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição, conforme Paulo Bonavides.⁷

Dentre os princípios a serem abordados neste trabalho, temos o princípio do contraditório e ampla defesa. Segundo Cássio Scarpenella Bueno:

A ampla defesa deve ser vista como garantia de todo e qualquer acusado em sentido amplo e qualquer réu ter condições efetivas, isto é, concretas de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Alguém que seja acusado de violar ou, quando menos, de ameaçar violar normas jurídicas tem o direito de se defender amplamente. Neste sentido e considerando a ressalva que diz com relação ao contraditório no sentido de participação, de cooperação, de colaboração, a ampla defesa, desempenha, na Constituição federal o papel que tradicionalmente era reservado para o contraditório, quase que confundido, desta forma, com a ampla defesa"⁸

Impossível falar de alimentos sem citar o Princípio da dignidade do pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, tão celebre devido a sua onipresença nos institutos jurídicos de um Estado Democrático de Direito, traduz-se no respeito aos direitos fundamentais que resguardam a personalidade do homem. Há quem diga que tal princípios surgiu do pensamento cristão fraterno.

⁵ CANOTILHO, J.J Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina.1995.p.401

⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. SP,Saraiva,1996

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed.,ver.,atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.p.254

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, in **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2.006.

O princípio da Dignidade da pessoa humana, na dicção de Maria Berenice Dias: “É o princípio maior fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal, a preocupação com a promoção dos direitos humanos e com a justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.”⁹

Prosseguiremos com a análise da Lei dos Alimentos gravídicos, após esta breve conceituação dos principais temas que serão tratados durante este trabalho de pesquisa, sabendo que tal Lei já está em vigor, porém cheia de impasses, como veremos à frente.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3^o ed. Rt: São Paulo, 2006 p.52

CAPÍTULO I - LEI Nº 11.804/2008 – ALIMENTOS GRAVÍDICOS.

1.1 Aspectos da Lei

A presente Lei garante direitos às gestantes, na medida em que pleiteia proteger o futuro nascituro para que venha atender as suas necessidades básicas, indispensáveis no seu desenvolvimento e sobrevivência.

A lei visa amparar as despesas decorrentes do período de gravidez como: alimentação, assistência médica e psicológica se houver, exames complementares, medicamentos, internações, parto, além de outras despesas que o juiz considere como pertinente e indispensável.

Havendo indícios da paternidade o juiz fixará alimentos gravídicos que perpetuará até o nascimento da criança sendo que após o nascimento com vida este dispositivo legal se converte em pensão alimentícia em favor do menor, representado por sua genitora, podendo uma das partes solicitar a posterior sua revisão.

Portanto, como se verifica esta Lei tem como caráter a proteção tanto em favor da gestante como ao nascituro, pois é dever do Estado e função fundamental dirimir conflitos e promover a justiça.

No entanto, é um tema que suscita questionamentos e provoca discordância. Pois, quando se fixa estes alimentos ainda não há uma confirmação da paternidade e sim indícios. É neste quesito que alguns doutrinadores se mantêm aquém, pois contradiz o que dispõe o art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁰, Portanto seria ferir o princípio da defesa.

O texto legal traz em seu cerne impasses os quais vão desde a problemática do ponto de vista processual, onde paira dúvida de quem seria titularidade de ação em face do suposto pai até a afronta direta a princípios Constitucionais, como da ampla defesa e dignidade da pessoa humana.

¹⁰ CONSTITUIÇÃO, Federal de 1988/Emilio Sabatovisk, Iara Fontoura/Curitiba: Juruá, 12. ed. 2006

1.2 Legitimidade e Titularidade

A primeira questão que surge diz respeito à *titularidade* – pergunta que conduz ao problema da legitimidade *ad causam* ativa – destes alimentos: seria da gestante ou do nascituro? Numa primeira leitura, a titularidade é da gestante, eis que o art. 1º é claro ao se referir a ela. É preciso ter atenção, no entanto, ao que prevê o art. 6º e seu parágrafo único, da Lei, pelo qual os alimentos gravídicos perdurarão até o nascimento da criança, após o que ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Ainda assim, ao que me parece, inicialmente a titularidade – e, portanto, a legitimidade ativa – seria da própria gestante. Após o nascimento com vida, porém, haveria uma *conversão de titularidade*, de modo que os alimentos gravídicos passariam à qualidade de pensão alimentícia em favor do menor. A lei, aparentemente sem querer, teria criado uma restrição ao acesso do nascituro ao pleito judicial de alimentos. A ele só seria dada legitimidade de pleitear sua revisão, após seu nascimento com vida.

Não me parece, contudo, sem razão a formação de um litisconsórcio (mãe e nascituro) ou o pedido feito direta e exclusivamente pelo nascituro, na medida em que a edição da nova lei não é suficiente para afastar as conclusões a que cheguei logo acima, quando tratei dos "direitos" do nascituro e sua proteção judicial. Como se não bastasse, o objetivo da lei é dar suporte à gestação. A proteção se dirige, portanto, ao próprio nascituro (que, embora ainda despido de personalidade jurídica, é titular de um sistema especial de proteção de direitos), de modo que não se afasta o pedido autônomo de alimentos da própria mãe. Volto ao tema mais adiante. Antes de se criar um empecilho processual (ligado à legitimidade *ad causam*), é preciso imaginar formas de efetividade do direito material.

1.3 Irrepetibilidade dos Alimentos

Os alimentos não são repetíveis e quando da posterior comprovação de uma não paternidade o até então “pai” fica impossibilitado de requerer a devolução

das prestações pagas a título de alimentos, além de ser vedado a possibilidade de pleitear uma quantum indenizatório em face da genitora do menor que pleiteou os alimentos durante o período gestacional porque atenta contra o livre exercício do direito de ação.

Como afirma Maria Berenice Dias:

Talvez um dos mais salientes princípios que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que serve para garantir a vida e destina-se à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência; assim, inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceitos mesmo não constando do ordenamento jurídico.¹¹

Portanto, em nome da irrepetibilidade, afirma Maria Berenice Dias:” não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado”.¹² É o que se vem chamando de relatividade da não restituição.

Conforme Madaleno, “soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa”.¹³ A boa-fé é um princípio agasalhado pelo direito. Admite-se a devolução exclusivamente quando comprovado que houve má-fé ou postura maliciosa do credor.

Neste sentido a súmula 277, consagrou o entendimento de que das parcelas vencidas desde o momento da fixação dos alimentos até que passe em julgado nas instâncias recursais, não há que se falar em isenção do pagamento, no que se faz mister invocar o princípio da irrepetibilidade dos alimentos salvaguardando o melhor interesse do menor.

¹¹ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>> Acesso em: 15. junho de 2011. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹² IDEM

¹³ MADALENO, Rolf Hansen. **A Desregra e a sua efetivação no juízo de família**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999

1.4 Conversão de Alimentos Gravídicos em Pensão Alimentícia

A conversão de Alimentos gravídicos em Pensão alimentícia se dará com o nascimento com vida atendendo a necessidade do menor. Convém observar a pontuação de Cahali na seguinte afirmativa:

Preservando o exato elastério do art. 2º do atual Código Civil, dispõe a nova Lei, no parágrafo único do art. 6º, que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a revisão.¹⁴

Nessas linhas, nada impede que o juiz estabeleça um valor para a gestante e, atendendo ao critério da proporcionalidade, fixe novos alimentos para a criança. A revisão dos alimentos gravídicos, que se torna inexistente após o nascimento com vida, está descrito no artigo 7º da lei 11.804/2008: "O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias."¹⁵, que se faz imprescindíveis pois são distintas as funções dos alimentos gravídicos e a pensão de alimentos, inclusive seus valores.

Nessa mesma linha de entendimento Maria Berenice afirma que:

A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos. Desimporta que tenham sido fixados por acordo ou judicialmente.¹⁶

Até o parto, a gestante reclama o auxílio-maternidade do futuro pai, agindo em nome próprio, em função do seu estado gravídico. Somente depois de dar a luz ao filho, passa a mesma a agir como representante do menor na execução ou revisão da pensão alimentícia que passa a ser devida a este. Colocada a questão nos termos da lei, afasta-se desde logo a discussão envolvendo o problema da legitimidade do Ministério Público para postular em juízo, em nome da mãe, a coparticipação do futuro pai nas "despesas adicionais" do período da gravidez, ainda que ressalve a hipóteses de ser a futura genitora menor ou incapaz. A típica "pensão alimentícia" em favor do filho menor, em forma de conversão, somente

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998

¹⁵ Lei 11.804/2008. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil Acesso em 25 de junho de 2011

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos?** 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>> Acesso em: 10. jun 2011

pode ser devida com seu nascimento com vida, ao adquirir o mesmo a condição de pessoa dotada de capacidade civil.”¹⁷

Ainda no âmbito em questão sustenta Freitas:

Ocorrendo o nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulativamente com a investigação de paternidade, caso não seja esta reconhecida, mediante exame de DNA, lembrando, é claro, que não há possibilidade de retroagir os valores já pagos se der negativo o referido exame, haja vista a natureza desta obrigação.¹⁸

Portanto, a revisão independe do reconhecimento da paternidade, por serem os critérios fundantes da fixação do *quantum* da pensão de alimentos e dos alimentos gravídicos diferentes, não sendo suficientes ou demasiados. Essa revisão acontece de acordo com Lei Civil de 2002, *verbis*: Art. 1.699. Se, “fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”¹⁹

Ressalta Freitas ainda que:

Tal revisão poderá ser realizada, também, durante a gestação, embora pela morosidade processual, dificilmente se verá o fecho da demanda antes do nascimento do menor. Mas, após seu nascimento, quando convertido em pensão de alimentos, não há qualquer óbice à revisão do quantum devido a título de pensão alimentícia. Quanto à extinção da ação dos alimentos gravídicos se dará automaticamente em casos de aborto ou de natimorto e, também, após o nascimento, comprovado que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos gravídicos.²⁰

1.5 Da competência

No art. 3º da nova Lei que acabou por ser revogado, indicava como foro competente aquele do domicílio do devedor. Todavia o veto aconteceu porque, conforme as razões expostas, a regra estaria dissociada da sistemática prevista no Código de Processo Civil, que estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos o do domicílio do alimentando. O artigo em

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 26.

¹⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII - n. 298, 15 de junho de 2009.

¹⁹ VADE MECUM/3. Ed. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007

²⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII - n. 298, 15 de junho de 2009

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.

Assim, adotando-se expressamente as razões do veto ao dispositivo legal, melhor compreender que a competência é mesmo a do domicílio da genitora.

1.6 Citação do réu e a obrigação de pagar

Após ajuizada a ação, o réu será citado para apresentar resposta em cinco dias (art. 7º da Lei de alimentos gravídicos). O art. 5º desta lei previa a realização de uma audiência de justificação. O dispositivo acabou sendo vetado, até porque este procedimento não é obrigatório para qualquer outra ação de alimentos e causaria retardamento desnecessário ao processo (conforme as razões de veto).

O termo inicial da obrigação de pagar alimentos não vem previsto na lei. O art. 9º, que também foi vetado, previa que eles seriam devidos desde a citação do réu. Os motivos do veto são os seguintes: O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer.

A determinação de que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é uma forma de condenação, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.

A finalidade do legislador, como se vê, foi a de fazer os alimentos gravídicos devidos desde o ajuizamento da ação, conforme os critérios do art. 263 do CPC. que apresenta a seguinte redação: “ Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado” ²¹. Dessa forma estabelece o Art. 219 do CPC: “A citação válida torna prevento o

²¹ Vade Mecum -3. Ed.atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2007.

juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e , ainda quanto ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor interrompe a prescrição”.²²

Tal posição encontra suporte no art. 2º da Lei de alimentos, segundo o qual “os alimentos gravídicos se estendem *da concepção ao parto*”²³. Melhor, contudo, compreender que o termo *da concepção ao parto* significa o intervalo de tempo em que se pode ir a juízo pleitear os alimentos gravídicos. Isto é, a partir da concepção até o nascimento, o pedido é possível; após o nascimento, evidentemente, não embora os alimentos "convencionais" possam ser pleiteados normalmente.

Contudo, caso esta interpretação prevaleça, é preciso dar-lhe uma característica constitucional, à luz da isonomia, e imprimir igual tratamento a toda e qualquer modalidade de alimentos, algo que exige a revisão de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Desta forma, constatamos que os alimentos gravídicos são devidos desde a citação do devedor. A tendência que aponto se confirma pelo que se lê na súmula 277 do STJ, pela qual, “julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.²⁴

1.7 Das Provas

Estamos frente um dos frágeis pontos da lei: como provar a paternidade em relação ao nascituro? Os problemas são mais de ordem prática do que jurídica, porque todos os meios de prova devem ser admitidos conforme cita o art. 332 do CPC, mas nem sempre será fácil demonstrar a relação de filiação de um nascituro.

Hoje, com o progresso tecnológico e genético o meio de prova mais contundente seria o exame de DNA. Porém de acordo com Maria Berenice Dias:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.²⁵

²²Vade Mecum -3. Ed.atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2007

²³Idem

²⁴Idem, p. 415.

²⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Por esse motivo é que o art. 8º da Lei 11.804/2008 foi vetado. Em sua redação, caso houvesse oposição à paternidade (na contestação do pai), a procedência do pedido do autor dependeria da realização de exame pericial pertinente. Como bem destacado nas razões do veto, o dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.

Caberá à mãe, pois, buscar todos os meios possíveis demonstrar o alegado trazendo dessa forma fatos subjacentes que possam guiar a uma presunção de paternidade conforme o art. 1.597 do Código Civil. Elementos como testemunhas e documentos (cartas e mensagens eletrônicas) revelar-se-ão úteis neste ponto específico.

No art. 6º da Lei nº 11.804/2008 fica claro que: “convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos”²⁶. Em relação as provas a Lei não é tão rígida quanto numa ação de investigação de paternidade, onde ocorreria uma fixação provisória das verbas alimentares ao passo que na Lei de alimentos gravídicos, esta pode ser deferida com base apenas em indícios. Faltando, todavia, tais provas, o magistrado não terá outra alternativa senão julgar a ação improcedente.

Importante se faz lembrar que toda atividade probatória deve ser regida pelo princípio do contraditório. É fundamental que o réu não só tenha conhecimento das provas produzidas, assim como possa produzir outras provas, formando assim um processo dialético; caso contrário, a inconstitucionalidade ficaria evidente.

²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm.

1.8 Antecipação da Tutela

Na ação de alimentos gravídicos, nada impede a antecipação dos efeitos da tutela, desde que seus pressupostos legais estejam presentes. O Código de Processo Civil regula a matéria de forma genérica e bastante satisfatória em seu art. 273. O requisito comum ao pedido de tutela antecipada é a existência de prova inequívoca da qual resulte verossimilhança da alegação. A *prova inequívoca* é por assim dizer, aquela segura, contundente ou convincente; a *verossimilhança* significa uma aproximação da verdade.

Tendo tais requisitos sido preenchidos, basta que a situação concreta se encaixe numa das hipóteses de cabimento da medida, que são as situações de urgência, o abuso do direito de defesa e os casos de incontrovérsia.

As *situações de urgência* (art. 273, *caput*, c.c. art. 273, I), isto é, “aquelas em que existe fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”²⁷. Temos ainda o “*abuso do direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório do réu*”²⁸ (art. 273, *caput*, c.c. art. 273, II) e por fim “*pode-se pedir a antecipação dos efeitos da tutela nos casos de incontrovérsia do pedido*”²⁹ (art. 273, *caput*, c.c. art. 273, § 6º).

O direcionamento da tutela antecipada pode se revelar como um instrumento relevante na solução de inúmeros problemas apontados pela doutrina na Lei 11804/08, garantindo assim a pretendida eficácia.

1.9 Do Dever de pagar os Alimentos Gravídicos e a extensão subjetiva

Aos pais cabem as obrigações de pagar alimentos aos seus filhos. Tal afirmativa está disposta na primeira parte do art. 1.696 do Código Civil.

Todavia, importante se faz destacar que a obrigação de pagar alimentos é extensiva a todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (art. 1.696, 2ª parte, do Código Civil). Em complementação, temos o art. 1.697 do Código Civil dispendo que: “Cabe a obrigação aos descendentes, na falta dos ascendentes (guardada a ordem de sucessão). Em falta dos

²⁷ ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum **Código de Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2009

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem

descendentes, cumprirá o pagamento da prestação aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”³⁰

A lei cria preferências ao estabelecer o devedor de alimentos. Antes, os pais; após, os ascendentes, os descendentes e os irmãos.

A regra da preferência, porém, convive de forma harmônica com a regra da complementaridade ou concorrência. Com efeito, a teor do que dispõe o art. 1.698 do Código Civil: "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".³¹

Dessa forma, surge aquilo que se convencionou chamar de alimentos avoengos. É que de acordo com os arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil, o avô pode ser convocado a suplementar os alimentos devidos aos netos quando o encargo não é integralmente satisfeito pelo parente diretamente obrigado normalmente os próprios pais.

Neste sentido, convém destacar a decisão da lavra do TJDFT:

Alimentos. Incapacidade financeira dos pais para suprir as necessidades dos menores. Obrigação subsidiária do avô, que tem condições de auxílio. Obrigação alimentar reconhecida. 1 - O avô possui legitimidade para a ação de alimentos cuja causa de pedir está assentada na insuficiência dos alimentos prestados pelos pais. 2 - De acordo com os arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil, o avô pode ser convocado a suplementar os alimentos devidos aos netos quando o encargo não é integralmente satisfeito pelos parentes diretamente obrigados. 3 - O fato de o pai dos menores pagar alimentos não inibe nem exclui a responsabilidade subsidiária do avô, desde que vislumbrada a presença dos requisitos emoldurados nos arts. 1.694, § 2º, 1.696 e 1.698 da Lei Civil. 4 - Comprovado o exaurimento da capacidade financeira dos pais e a persistência da necessidade alimentar dos menores, ao avô que ostenta condições econômicas pode ser imposta obrigação complementar. 5 - Recurso conhecido e desprovido". (TJDF, 6ª Turma Cível, Agravo de Instrumento n.º 2007.00.2.005397-9, rel. Des. James Eduardo Oliveira, j. 11.7.2007.,v.u.).³²

³⁰ Lei 10.402, Código Civil de 2002.

³¹ Idem

³² TJDF, 6ª Turma Cível, Agravo de Instrumento n.º 2007.00.2.005397-9, rel. Des. James Eduardo Oliveira, j. 11.7.2007.,v.u.

Neste sentido, pode-se perceber que mesmo quando o pai não possui capacidade financeira de arcar com as despesas decorrentes ao menor, esta obrigação não cessa, mas transfere-se ao avô.

CAPÍTULO II - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 O Devido Processo legal

A constituição da Republica do Brasil consagra em seu art. 5º, inciso LIV, O principio do devido processo legal ao dispor que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”³³

Este princípio assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor.

O devido processo legal deve ser compreendido como uma garantia fundamental do cidadão, servindo de instrumento para superação de eventuais injustiças processuais ou substanciais. O devido processo, como "princípio da justiça", não pode ser um princípio vazio mas, dado o seu caráter principiológico, deve ser a expressão do direito justo (procedimental e material). As inferências que podem ser tiradas da cláusula do devido processo legal são infinitas, principalmente por conta da abrangência extremamente lata do princípio. É uma cláusula aberta; é um super-princípio, o princípio-mor, uma mega cláusula. Além de garantia constitucional do cidadão, o devido processo legal é uma esperança e garantia de justiça no processo e em qualquer decisão.

Acerca deste principio afirma Ernane Fidélis que:

O Processo é meio pelo qual a jurisdição atua. Em conseqüência, falece às partes e ao próprio juiz optar por formas processuais e procedimentais não previstas em lei.³⁴

³³ Constituição Federal de 1988/Emilio Sabatovisk, Iara Fontoura/Curitiba: Juruá,12.Ed., 2006.

³⁴ Santos, Ernane Fidelis dos. Manual do direito Processual Civil: Processo de Conhecimento.Vol.1,14 ed. São Paulo: Saraiva,2010, p.114.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O que caracteriza o ser humana, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo, Immanuel Kant diz que: “O homem, e, duma maneira geral, e todo ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”³⁵ Conseqüentemente cada homem é fim em si mesmo. Se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da Republica Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. No entanto, tomar o homem como um fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele não nos remete a concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito entre o individuo versus Estado, privilegie-se sempre aquele, com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e coletivos: deixando de existir o predomínio do individuo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, ou a compatibilização ou a prevalência de um ou outro valor.

É importante mencionar a importância desse principio em todas as relações jurídicas, tendo em vista que os valores fundamentais citados na nossa Constituição trazem o ser humano como sujeito de direito e não mais como objeto de direito, é o que se pode observar nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Nery: “Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica, está no cerne daquilo que a ciência do Direito experimentou de mais especial, esta naquilo que o conhecimento jus filosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade [...] é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa”.³⁶

A constituição de 1988 trouxe em sua essência uma evolução à sociedade em se tratando da Dignidade da pessoa humana, bem como na igualdade entre os seres humanos. É por isso que o art. 5º reforçou a igualdade para todos sem

³⁵ KANT, Immanuel, **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela Lisboa: ed. 70 São Paulo.p.68.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson, *Código de Processo Civil Comentado*, 8ª edição, RT, São Paulo, 2.005.

qualquer distinção é justamente porque todos tem esse principio imanente dentro de si e que por sua vez, deve ser respeitado em sociedade ou em qualquer contexto que a pessoa humana se encontrar.

2.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito a ampla defesa à categoria de princípio constitucional, ao dispor em seu artigo 5º., inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".³⁷

Cuida-se de uma garantia constitucional. Por isso, o direito a ampla defesa deve ser observado em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos.

Mais do que a simples possibilidade de manifestação no processo, o exercício da ampla defesa pressupõe alguns direitos básicos, sem os quais aquela garantia não passará de mero arremedo de defesa.

Assim, a plena defesa pressupõe irrestrito acesso aos autos do processo - judicial ou administrativo - e, sem exceção alguma, a todos os documentos e informações nele contidos. É impraticável e mesmo difícil imaginar o exercício de qualquer defesa sem o pleno conhecimento da acusação ou dos documentos sobre os quais esta possa estar fundamentada. O Supremo Tribunal Federal faz saber através da Súmula Vinculante n.14 que: *"É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"*.³⁸

Mas isto só não basta. A defesa ampla, garantida pela Constituição Federal, pressupõe também que esse pleno conhecimento das informações e documentos constantes do processo seja viabilizado, sempre, com antecedência e

³⁷ SARLET, Wolfgang, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da Republica de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62

³⁸ Vade Mecum -3. Ed.atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2007.

tempo razoáveis para o exercício do contraditório, outro princípio constitucional de igual relevância.

Igualmente, a ampla defesa pressupõe a prévia ciência, em tempo razoável, dos atos que se vão realizar, tornando possível fazer-se presente em todos os atos processuais, audiências, inquirições de testemunhas, diligências, podendo deles participar, questionar, argumentar, impugnar e recorrer, nos termos e na forma legal.

Nessa corrente de pensamento temos o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nas questões que envolvem os Princípios da Ampla defesa e do Contraditório como podemos observar:

Jurisprudência

E como consequência disso, o princípio constitucional da ampla defesa assegura o direito de ver efetivamente apreciados pelo julgador os argumentos, impugnações, questionamentos e recursos apresentados pela defesa. Neste sentido, o voto lapidar do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. 24268 / MG reafirma esta questão.

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos deles constantes;
- 2) direito de manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.³⁹

³⁹ MS 24268 / MG - Mandado de Segurança - Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 05-02-2004, DJ de 17-09-2004 PP-00053. **Supremo Tribunal Federal, DJ de 17 de Setembro de 2004**

No que diz respeito ao direito de ver contemplados os argumentos pelo juiz, é possível afirmar que neste caso não cabe somente o direito de atenção, mas também de se considerar as razões apresentadas pelo réu.

É possível compreender, portanto, a existência da obrigação de considerar as razões apresentadas derivadas do dever de fundamentar as decisões.

2.4 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da Segurança Jurídica tem ligação direta com os direitos fundamentais e com outros princípios que dão vitalidade ao ordenamento jurídico. São dotados de flexibilidade, e por essa razão se ajustam na aplicabilidade de cada caso concreto. Ele se encontra diretamente relacionado ao Estado Democrático de direito por representar uma das vigas mestras da ordem jurídica.

Além de se encontrar previsto no art. 5º, XXXIX a LXVII, encontra-se também materializado nas regras do direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada no inciso XXXVI do mesmo artigo e na vedação à retroatividade das leis penais e tributárias entre outros. Este princípio nos traz a idéia de ordem e segurança jurídica quando da aplicabilidade das leis nas relações de conflitos, ocorridas nas diversas situações dentro da sociedade. Jose Afonso da Silva diz que: “A segurança jurídica pode ser entendida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro ela assume o sentido geral de garantia proteção e estabilidade de situação ou pessoa em vários campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos e das decisões judiciais, que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.”⁴⁰

A ideia de justiça para Miguel Reale, liga-se intimamente á idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que não esta na raiz da escala axiológica, mas e degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. Afirma ainda que:

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª. ed. ver. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116-7.

“Em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em ultima instância, o que é lícito ou ilícito.”⁴¹

Dessa forma, podemos observar que a obrigatoriedade do direito compõe a segurança jurídica, estando esta vinculada ao valor de justiça de cada sociedade. Sabemos que todo poder emana do povo, que age através de seus representantes eleitos para fazer valer o bem comum a todos, portanto é função do legislador no momento da elaboração das leis, buscar atender as necessidades sociais que possam ocorrer de seu ciclo evolutivo. As próprias mudanças da sociedade de tempo em tempo, concretizam em novos fatos que automaticamente, necessitam de normas reguladoras para atender os conflitos de interesses que vão surgem como produto do relacionamento social. Um dos fatores que circula o cenário dos fatos sociais é a rapidez das informações, mostrando em tempo real, situações de desrespeito que fere o equilíbrio e a segurança dos envolvidos e da sociedade em geral.

A Lei dos Alimentos gravídicos sancionada visando atender um novo modelo de família que até então era composto de pai, mãe e filhos e agora não mais o segue, vem garantir um direito que em tese já era garantido, o direito do nascituro; porém o modelo da Lei não foi tão cauteloso quanto deveria uma vez que torna possível se atribuir as responsabilidades de uma paternidade sem que haja permitido ao suposto pai se defender, utilizando de todos os meios de provas, no caso a prova pericial, exame de DNA, que tem sido eficaz nas decisões das ações de investigação de paternidade, denotando dessa forma a inconstitucionalidade da lei e sua face arbitrária, tomando como base a apresentação de indícios para fixação de alimentos.

2.5 Princípio da Presunção da Inocência

A nossa Constituição da República prevendo a garantia do Princípio da Presunção da Inocência declara em seu art. 5º, inciso, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado da sentença penal condenatória”.⁴² Significando que ao acusado de um crime não pode ser considerado culpado imediatamente. Essa garantia também foi declarada no Pacto de San José da

⁴¹ REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.p.4

⁴² BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. SP: Ed. RT, 2008

Costa Rica, onde o nosso País foi signatário, firmado em 1969, no art. 8º, II dizendo que:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas.⁴³

O nosso legislador, através desta garantia Constitucional busca a promover um equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade que é também uma garantia prevista na nossa constituição. Nesta linha, o suposto acusado não incorrendo nos requisitos legais do art. 312 do código do processo penal, que é o instituto da prisão preventiva, não poderá ser privado de sua liberdade antes do trânsito julgado de sua sentença. Na possibilidade de uma condenação, o juiz valendo-se da garantia da liberdade da pessoa e estando em dúvida da culpabilidade e da punibilidade, julgará sempre visando a proteção do acusado. O direito a liberdade é tutelado de forma expressa pela Constituição Federal vigente no art. 5º, caput, dentre os direitos e garantias fundamentais.

O princípio da presunção da inocência, não pode ser de forma nenhuma ferido, pois vem tipificado na lei fundamental do país. Não há como julgar alguém se essa pessoa ainda não tiver sido considerada culpada perante o juízo competente, e não só “considerada”, mas principalmente que a sentença tenha sido transitada em julgado. Acontece que, essa garantia é afastada, principalmente nas ocorrências dos elementos da prisão cautelar como: prisão preventiva, prisão temporária, em flagrante delito, contrariando não só o princípio da presunção da inocência mas vários direitos fundamentais como: o direito a liberdade, o direito a honra e a imagem, o direito ao tratamento digno, o direito a prova, o direito a vida privada e outros assegurados pela nossa Constituição.

Antes de ser considerada a pessoa culpada ela não pode receber nenhum tratamento desumano, caso contrário não teria nenhum sentido a existência de proteção dos direitos fundamentais, que são elementos intrínsecos a própria dignidade de qualquer ser humano. Esses valores são elementos da própria vida,

⁴³ Pacto de San Jose da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.portaldafamilia.org/artigos/textp065;shhtml>. Acesso em 11 de junho 2011.

iminentes ao indivíduo que vai propiciar o progresso da pessoa na família, na sociedade no trabalho e por toda a sua existência.

Princípio da Presunção da inocência não admite a suspeita de culpa; devendo antes haver trânsito em julgado essa é a compreensão da nossa Constituição quando diz que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado da sentença penal condenatória”.⁴⁴

Este princípio teve origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dizia em seu art. 9º que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. No século XX com a Revolução Francesa, foi reiterado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art.11 dizendo:

Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.⁴⁵

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.⁴⁶

Em 1969 foi lembrado e firmado no Pacto de San José da Costa Rica, iluminando nossos legisladores e servindo de base para a concretização do art.5º, inciso, LVII da nossa Constituição da República Federativa do Brasil. Os princípios são dotados de elasticidade para que possam atingir sua finalidade maior, proporcionando uma aplicação adequada da norma através da analogia. O legislador quando vota a lei, pode deixar de abranger uma disposição que regule especialmente determinada matéria e pode ocorrer que depois de iniciada a vigência da lei, é possível que pela complexidade do convívio social sugira situações não previstas. Surge assim a analogia como subsidio certo, preenchendo o que faltou na norma para resolver o problema não diretamente referido.

⁴⁴ Constituição Federal de 1988/Emílio Sabatovisk, Iara Fontoura/Curitiba: Juruá, 12.Ed., 2006

⁴⁵ http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o

⁴⁶ Idem

Nesse entendimento afirma Bobbio que:

O raciocínio por analogia é um tipo de raciocínio bem conhecido pela lógica. Esse raciocínio é um instrumento fundamental da jurisprudência e é reconhecido explicita ou implicitamente por todos os ordenamentos". Inclusive reconhecido na Lei de introdução ao Código Civil em seu art. 4º "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"⁴⁷.

A idéia da analogia é de semelhança. Aplica-se a uma determinada situação e posteriormente cumpre o seu valor em outra situação.

A analogia tem uma estrutura similar ao silogismo, só que a sua proposição é menor, em lugar de ser constituída por uma afirmação de identidade, é constituída por uma afirmação de semelhança. Ela consiste num processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para levá-las às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado. Para que tenha cabimento, é necessário que se verifique uma omissão, um vazio no texto legal, e que a hipótese guarda relação de semelhança com aquela que o legislador previu.

Atualmente se defende que não há um valor maior do que o da pessoa humana, a primazia do coletivo não pode superar ao valor da pessoa humana. Neste sentido o princípio em questão é considerado absoluto. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância que as regras não tem. Os princípios são normas que determinam que algo seja realizado dentro das possibilidades reais jurídicas existentes.

⁴⁷. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone.

CAPITULO III - O NASCITURO E O DIREITO AOS ALIMENTOS

3.1 O NASCITURO E SEUS DIREITOS

A definição de nascituro encontrada no dicionário da língua portuguesa traz a seguinte ideia: “nascituro é aquele que há de nascer; os seres concebidos, mas ainda não dados à luz”⁴⁸. Sob esta óptica tem-se a figura da pessoa que ainda não possui personalidade, porém mostra claramente a perspectiva de um nascimento, o feto possui perspectiva de direito frente a um possível direito já concebido, direito este exercido por um tutor.

A personalidade jurídica nasce quando há vida, porém acatam a figura do nascituro, interessante se faz mencionar as teorias acerca do começo da personalidade jurídica, inicialmente se vê a teoria concepcionista, onde a personalidade jurídica é atribuída desde a concepção no útero, há também a teoria natalista que defende que a personalidade é adquirida após o nascimento com vida, enfim tem-se a teoria condicional que é aquela que admite a personalidade retroativa à concepção, desde que ocorra o nascimento com vida. Cumpre observar que cada uma dessas teorias deriva de ordenamentos jurídicos internacionais, sendo que a teoria concepcionista advêm do ordenamento francês, já a natalista é a mais adotada pelo ordenamento Brasileiro e por derradeiro a teoria condicional utilizada no ordenamento Argentino.

A dignidade da Pessoa humana nasce quando há vida e a vida é protegida pela Constituição Federal Brasileira, pois esta é o bem mais precioso do ser humano. O direito a vida é um dos pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais protegido pelo ordenamento jurídico dos pais.

O art. 2º do Código Civil reza que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁴⁹. Tendo em vista a evolução da sociedade, bem como os horizontes da ciência genética procura-se proteger também o embrião.

Sobre a concepção e como sujeito de direito Silvio de Sávio Venosa explica que:

⁴⁸ HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário da Língua Portuguesa.

⁴⁹ VADE MECUM/obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva p.167-São Paulo, 2007.

O nascituro é um ente já concebido que já se distingue de todo aquele que não foi ainda não concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando de uma prole eventual [...] A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui entre nós um regime protetivo tanto no direito civil como no direito penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem proteção legal de seus direitos desde a concepção.⁵⁰

É interessante dizer que a partir do momento da concepção o feto não será um simples objeto, mas sim um ser humano em formação, que apresenta sinais de vida, com características próprias e únicas que o diferenciam de outras pessoas.

3.2 O Binômio Necessidade e Possibilidade

Este respeitado binômio diz que deve haver uma proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante em suprir essa necessidade.

A proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante é fator primordial para a fixação do valor das prestações alimentícias, esse é o famoso binômio entre necessidade e possibilidade, observado no artigo 1694, §1º do Código Civil.

Art. 1694: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.⁵¹

Mais claro e objetivo a respeito da positivação do binômio necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante se mostra o artigo 1695, conforme podemos ver abaixo: “Art. 1695: São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”⁵²

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Direito de Família**.4 ed. São Paulo: Atlas, 2004

⁵¹ VADE MECUM/obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva p.167-São Paulo, 2007.

⁵² Idem.

A aplicação de tal binômio pode ser observada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que firmou posição a respeito da fixação dos alimentos respeitando o binômio necessidade e possibilidade, conforme acórdão prolatado no processo 1.0024.07.552201-1/001.

Sobre este binômio podemos dizer que a necessidade do alimentado se observa no momento em que este não mais consegue subsistir sem que lhe seja ofertado as prestações alimentícias. Essa incapacidade do alimentado pode emergir de várias maneiras, sendo que para o Direito é totalmente irrelevante a razão pela qual a mesma aparece, sendo que apenas a sua comprovação já enseja o direito a receber os alimentos.

A respeito da necessidade do alimentado, Cahali diz que “a exigibilidade da prestação alimentar pressupõe que o titular do direito não possa manter-se por si mesmo, ou com o seu próprio patrimônio”, confirmando a tese de que os alimentos apenas serão devidos caso o alimentado não tenha bens ou não possa se sustentar por si mesmo”.⁵³

Para Nader a necessidade “se caracteriza apenas quando o alimentado carece de recursos e não dispõe de meios para obtê-los pelo trabalho”.⁵⁴

Com relação à possibilidade do alimentante pode-se dizer que esta deve ser analisada levando-se em consideração que o mesmo não poderá sofrer desfalques que o impeçam de ter o seu próprio sustento, ou seja, não poderá o alimentante se reduzir a condições precárias de subsistência, ou sacrificar sua condição social, a fim de prestar os alimentos a ele requisitados. Deve-se respeitar os limites de cada alimentante, devendo o alimentado requisitar a complementação de outro parente.

Podemos observar Venosa, discorrendo sobre a possibilidade do alimentante, quando diz que “*não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro*”, ou seja, o alimentante apenas deverá ser obrigado ao pagamento da prestação alimentícia se tiver condições para fazê-lo, pois não se pode exigir que o mesmo entre em estado de sacrifício para cumpri-la”⁵⁵, segundo o doutrinador.

Nessa mesma linha, Silva Pereira defende a idéia de que o alimentante não pode ser reduzido a uma condição precária devido ao pagamento da prestação

⁵³ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ªed. S P: Revista dos Tribunais. 2006. p. 510.

⁵⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil –Direito de Família**. RJ:Forense, 2006

⁵⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Vol VI. Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2006. p. 378.

alimentícia, dizendo: “Os alimentos devem ser prestados por aquele que os forneça sem desfalque do necessário ao próprio sustento. Não encontra amparo legal que a prestação de alimentos vá reduzi-lo a condições precárias, ou lhe imponha sacrifício para a sua condição social.”⁵⁶

Com isso chegamos à conclusão que o princípio da proporcionalidade se configura por respeitar as condições pessoais e sociais do alimentado e do alimentante. Não pode aquele requisitar um valor exacerbado pelo simples fato deste ter uma renda respeitável, e não pode este pagar uma quantia elevada pelo fato daquele ter necessidades maiores que sua possibilidade.

3. 3. Da Obrigação Alimentar - Características

A obrigação alimentar, possui características próprias, quer seja proveniente do casamento, união estável ou originada pelo vínculo de parentesco. As características da obrigação de alimentos, oriundas do parentesco, segundo a doutrina majoritária, são as seguintes: direito personalíssimo, irrenunciabilidade, alternatividade, reciprocidade, impenhorabilidade, irrepetibilidade, imprescritibilidade e transmissibilidade.

Direito Personalíssimo

É a característica basilar do direito a alimentos, é a partir dela que decorrem todas as demais características. Como ensina Cahali *"a característica fundamental do direito de alimentos é representada pelo fato de tratar-se de direito personalíssimo"*.⁵⁷

É direito personalíssimo, pois visa assegurar a subsistência do ser humano. De acordo com Gomes:

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.⁵⁸

⁵⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família.** RJ: Forense. 2005

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 5ª ed. S P: Revista dos Tribunais. 2006. p. 510.

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Direito da Família.** 14 ed. atualização de Humberto Teodoro Junior. RJ: Forense, 2002T

Nesse sentido, merece destaque os ensinamentos de Maria Berenice Dias, quando esclarece a respeito do direito personalíssimo na obrigação alimentar: “O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa a preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver”.⁵⁹ Como decorrência direta de seu caráter personalíssimo, trata-se de direito que não pode ser cedido. O crédito alimentar não se sujeita a compensação, qualquer que seja a natureza da dívida que venha a lhe ser oposta.

A pensão alimentar é impenhorável, uma vez que garante a subsistência do alimentado. Tratando-se de direito que se destina a prover o sustento de pessoa que não dispõe, por seus próprios meios, de recursos para sobreviver, inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita.

O entendimento doutrinário é pacífico de que a obrigação alimentar caracteriza-se como um direito personalíssimo.

Irrenunciabilidade

É irrenunciável o direito aos alimentos decorrentes de parentesco (*jus sanguinis*). De acordo com o Código Civil no seu art. 1.707 “*Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora*”.⁶⁰

Cabe ressaltar, que o direito aos alimentos sempre foi irrenunciável entre os parentes, com fulcro no art. 404 do Código Civil de 1916. Desse modo, segundo o entendimento de Gomes: “O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, obrigando-se a não reclamá-los, mas aos alimentos devidos e não prestados, o alimentando pode fazê-lo, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito. A renúncia posterior é, portanto, válida”.⁶¹

O cerne da questão é que o encargo alimentar é de ordem pública, ou seja, o interesse público predomina sobre o particular com o escopo de preservar a vida. Assim, é pertinente observarmos o entendimento de Monteiro sobre este tema:

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos?** 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>> Acesso em: 10/06/2011.

⁶⁰ VADE MECUM/obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva p.167-São Paulo, 2007, p.302.

⁶¹ GOMES, Orlando. Direito da Família. 14 ed. atual. de Humberto Teodoro Junior. RJ:Forense, 2002

Consoante lição de Laurent, o encargo alimentar é de ordem pública, imposto pelo legislador por motivo de humanidade e piedade. Por isso mesmo, não pode ser renunciado. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos. O que se pode renunciar é a faculdade de exercício, não a de gozo. Não é válida, portanto, declaração segundo a qual um filho vem a desistir de pleitear alimentos contra o pai. Embora necessitado, pode ele deixar de pedir alimentos, mas não se admite que renuncie a tal direito.⁶²

Logo, não há a possibilidade de renunciar o direito a alimentos. E mesmo que sejam renunciados, os credores poderão pleiteá-los em outro momento, se houver necessidades deles para a sua subsistência.

Alternatividade

Como regra geral, os alimentos são fornecidos em dinheiro. Não obstante, serem prestados *in natura*, com a concessão de hospedagem e sustento de acordo com o art. 1.701 do Código Civil. Portanto, trata-se de uma faculdade a maneira de cumprir a prestação de obrigação alimentar.

No entanto, não é considerado um direito absoluto do devedor a escolha para o cumprimento da obrigação, diante do parágrafo único do artigo supra, onde é expresso que o juiz pode determinar outra forma do cumprimento da prestação, como referenciado por Monteiro:

Se existe, por exemplo, situação de incompatibilidade entre alimentante e alimentado, não pode o juiz constranger o segundo a coabitar com o primeiro sob o mesmo teto. Tal convivência contribuiria certamente para recrudescimento da incompatibilidade, convertendo-se em fonte de novos atritos.⁶³

Destarte, a forma de pagamento da prestação alimentícia poderá ser convencionalizada pelas partes ou por decisão judicial, observando-se sempre a razoabilidade da forma de cumprimento da obrigação.

Reciprocidade

⁶²LAURENT apud Monteiro, Washington de Barros. **Direito de Família**. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1980.

⁶³MONTEIRO. Washington de Barros. **Direito de Família**. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1980.

De acordo com os arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil o direito à prestação de alimentos é recíproco entre os parentes, sendo considerados pertinentes os ensinamentos do eminente doutrinador Luiz Felipe Brasil Santos:

A obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a complementar o valor que por estes possa ser prestado.⁶⁴

No entanto, a reciprocidade não significa que o direito que tem uma das partes seja como consequência lógica, causa do direito da outra parte. Como esclarece Cahali, "*à evidência, reciprocidade não significa que duas pessoas devam entre si alimentos ao mesmo tempo, mas apenas que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se credor alimentar no futuro*".⁶⁵

No mesmo sentido dispõe a Desembargadora Maria Berenice Dias⁶⁶ que: "O credor alimentar de hoje pode vir, em momento futuro, a tornar-se devedor, e vice-versa". A reciprocidade tem fundamento no dever de solidariedade. Com relação aos alimentos decorrentes do poder familiar, não há que se falar em reciprocidade (CF 229). No momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar e surge, entre pais e filhos, a obrigação alimentar recíproca em decorrência do vínculo de parentesco.

Por conseguinte, podemos afirmar a existência de reciprocidade da obrigação de prestar alimentos porque o credor poderá tornar-se devedor, ou seja, a situação poderá ser invertida se houver necessidade de um ou de outro de acordo com o caso concreto, é assim, pois no Direito de Família há a possibilidade da reciprocidade do pedido entre os parentes.

⁶⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Os Alimentos no Novo Código Civil**. Porto Alegre, RS. Jun. 2005.

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ªed. S P: Revista dos Tribunais. 2002. p. 511.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Impenhorabilidade

A impenhorabilidade é um dos reflexos do direito personalíssimo. A prestação alimentícia visa manter a subsistência do alimentando que não pode prover suas necessidades. Assim, seria inadmissível serem penhoradas às referidas prestações, como considera Gomes: “A impenhorabilidade do crédito alimentar decorre do fundamento e da finalidade do instituto”⁶⁷. Seria absurdo admitir que os credores pudessem privar o alimentando do que é estritamente necessário à sua manutenção. Pretende-se que a proteção legal não se estenda à totalidade do crédito, no pressuposto de que, prestados alimentos civis, há sempre uma parte que não corresponde ao *necessarium vitae*, mas a dissolução é inadmissível. Os alimentos são impenhoráveis no estado de crédito, a impenhorabilidade não acompanhando os bens que forem convertidos. A penhora pode recair na soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas. Não há regras que disciplinem especificamente tais situações, mas o juiz deve orientar-se pelo princípio de que a impenhorabilidade é garantia instituída em função da finalidade do instituto.

Logo, como o fundamento basilar do instituto visa garantir a subsistência, não há que se falar em penhora das prestações alimentícias, com o devido fundamento legal no art. 1.707 do Código Civil de 2002.

Em outras palavras, o que se deseja proteger é a vida de uma pessoa, sua alimentação, saúde, educação, habitação, enfim todas as suas necessidades básicas para viver com dignidade. Destacamos que, o crédito alimentar é impenhorável, no entanto, a impenhorabilidade não atinge os frutos.

Irrepetibilidade

A obrigação alimentar é irrepetível, isto é, uma vez prestados, os alimentos são irrepetíveis, quer sejam alimentos provisionais ou os definitivos. A natureza do instituto justifica a inteira impossibilidade de restituição.

Por conseguinte, observemos o entendimento de Dias, onde destaca o seguinte:

⁶⁷GOMES, Orlando. **Direito da Família**.14 ed. atualização de Humberto Teodoro Junior.RJ:Forense,2002T

A própria natureza dos alimentos justifica, por si só, a impossibilidade de serem restituídos. Por isso, a alteração, para menor, do valor da pensão não dispõe de efeito retroativo. Passa a vigorar tão-somente com referência aos valores vincendos. Admite-se a devolução quando houver má-fé ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado. É o que se vem chamando de relatividade da não-restituição. Soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não-enriquecimento sem causa.⁶⁸

No mesmo sentido temos o magistério de Bittencourt que faz as seguintes advertências:

Pois o que não se admite é a restituição de prestações fundadas no fato de vir o alimentando a obter recursos com que possa devolver o que recebeu. Também não cabe restituição do que foi pago a título provisório, durante a demanda a final julgada improcedente, mas admite-se que os alimentos provisionais possam ser computados na partilha em ação de desquite, se a mulher for vencida, o que é uma forma de restituição (RT 309/281).⁶⁹

Todavia, Arnaldo Wald entende ser cabível a restituição dos alimentos no seguinte caso:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar, pois o alimentando, utilizando-se dos alimentos, não teve nenhum enriquecimento ilícito. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos, pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente deveria fornecê-los..⁷⁰

Compartilha do mesmo entendimento Venosa, o qual pondera que: "*nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, por exemplo, é evidente que o solvens terá direito à restituição*".⁷¹

Porém, Yussef Cahali entende ser irrepetível também nos casos referidos:

Mesmo recebidos *por erro* na forma assim pretendida, não caberia a restituição pelo alimentário, eis que faltou o pressuposto do

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

⁶⁹ BITTENCOURT, C.A. Lucio. **Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por Jose Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997

⁷⁰ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 16 Ed.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

enriquecimento sem causa; e quanto à pretendida sub-rogação do terceiro prestante em erro, no direito do alimentário contra o obrigado, a tese apresenta-se discutível.⁷²

Também neste sentido a jurisprudência de nossos tribunais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSIONAMENTO PROVISÓRIO. DESCABIMENTO. É descabida, no momento, a fixação de alimentos provisórios em favor do investigante. Não há verossimilhança na alegada paternidade, porquanto tudo que se sabe até agora é que o agravante manteve relações sexuais com a genitora do investigante, mas em período não esclarecido. Ademais, considerando a irrepetibilidade dos alimentos, a inexistência de qualquer elemento concreto acerca das possibilidades financeiras do investigado e o risco de prejuízo irreparável à sua família e filhos, o mais adequado é revogar os alimentos provisórios. DERAM PROVIMENTO.⁷³

Embora alguns doutrinadores defendam, em determinados casos, a restituição dos alimentos, a doutrina e jurisprudência majoritárias defendem a irrepetibilidade dos alimentos.

Imprescritibilidade

O direito aos alimentos é imprescritível, isto é, estando configuradas as condições, o credor terá legitimidade para pleitear os alimentos a qualquer tempo. No entanto, se já houver obrigação estabelecida anteriormente e com prestações vencidas, estas serão suscetíveis de prescrição.

É pacífico que os alimentos são imprescritíveis, porém se faz necessário determinar o alcance da imprescritibilidade, conforme ensina Gomes:

Há que distinguir três situações: 1ª) aquela em que ainda não se conjuinaram os pressupostos objetivos, como, por exemplo, se a pessoa obrigada a prestar os alimentos não está em condições de ministrá-los; 2ª) aquela em que tais pressupostos existem, mas o direito não é exercido pela pessoa que faz jus aos alimentos; 3ª) aquela em que o alimentando interrompe o recebimento das prestações, deixando de exigir do obrigado a dívida a cujo pagamento está este adstrito. Na primeira situação, não há cogitar de prescrição, porque o direito ainda não existe. Na segunda, sim. Consubienciado pela existência de todos os seus pressupostos, seu exercício não se tranca pelo decurso do tempo. Diz-se, por isso, que é imprescritível. Na terceira, admite-se a

⁷² CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 26.

⁷³ Agravo de Instrumento nº 70006647747, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Porta nova, Julgado em 11/09/2003

prescrição, mas não do direito em si, e sim das prestações vencidas. É compreensível e desejável que o prazo prescricional seja curto pela presunção de que se o alimentando deixa de receber por algum tempo as prestações alimentares é porque não estava realmente necessitado⁷⁴.

Em suma, o direito a alimentos é imprescritível, pois o alimentando poderá necessitar do seu recebimento em qualquer momento de sua vida. Mas, uma vez fixados judicialmente, terá início o lapso prescricional. O Código Civil de 2002, no art. 206, § 2º estabelece que a prescrição é bienal.

Transmissibilidade

Não restam dúvidas sobre ser transmissível à obrigação alimentar: A partir dessa nova disposição do art. 1.700, dúvida não há no sentido de que a transmissibilidade passou a ser característica tanto da obrigação oriunda do parentesco como daquela proveniente do casamento ou da união estável. Isso porque a regra insere-se agora no Subtítulo III, que cuida dos alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros.

⁷⁴ GOMES, Orlando. Direito da Família. 14 ed. atual. de Humberto Teodoro Junior. RJ: Forense, 2002

CAPÍTULO IV - IMPASSES DA LEI 11.804/2008

4.1 Dos Impasses

A Lei 11.804/2008, tem o caráter protecionista, tanto em relação à mulher grávida quanto ao nascituro. Em face disso, o foro competente é o do domicílio do alimentando, no caso, da mãe que na ação representará o nascituro.

Segundo a teoria concepcionista, que é a teoria por ela adotada, o nascituro possui personalidade desde a sua concepção possuindo assim, direito à personalidade antes mesmo de nascer. Inquestionável, portanto, a responsabilidade parental desde a concepção justificando, dessa forma, a necessidade de tal norma jurídica.

Sabe-se que na Lei de Alimentos (Lei 5.478, de 25 de julho de 1968) que regula o instituto da pensão alimentícia exige-se a prova de parentesco, de casamento e da união estável como pressuposto básico do pedido, diferentemente da Lei de Alimentos gravídicos que se requer apenas a comprovação de indícios da paternidade.

Segundo Fátima Maria Costa Soares de Lima: “Esse é o ponto crucial da Lei, uma vez que ficará ao arbítrio do juiz a fixação dos alimentos com base na precária prova dos indícios de paternidade sem que haja uma instrução com a garantia do direito ao contraditório por parte do suposto pai.

Esse consiste num dos pontos mais questionados em relação a essa legislação, já que tal pressuposto para o pagamento de alimentos fere veemente o Princípio da Presunção da Inocência, previsto na Constituição Federal.

A Lei está baseada na boa-fé e ser de extrema necessidade, o juiz não pode firmar o seu convencimento simplesmente por indícios para definir a paternidade ou não de determinada pessoa. Daí a discussão doutrinária quanto ao fato da inconstitucionalidade da Lei dos Alimentos Gravídicos já que ninguém pode ser considerado culpado sem que haja provas materiais para a comprovação.

O fato é que na forma da referida Lei, um homem pode ser obrigado a pagar pensão por indícios de paternidade e depois vir a comprovar-se que ele não é o pai. Como foi vetado o art. 10 que dispunha sobre a responsabilidade da

autora da ação quanto aos danos morais e materiais causados ao réu, no caso de resultado negativo do exame de DNA, tem-se que suprir essa lacuna buscando outro amparo jurídico.

Assim, necessário se faz que para melhor convencimento da existência de indícios da paternidade, antes que o juiz decida pela fixação dos alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré, mister se faz que se realize uma audiência prévia. Até porque se possibilitará a mediação e a conciliação.

Na audiência de conciliação dá-se importância a Fala, a Ética da Linguagem e conseqüentemente a decisão final será muito mais justa. Os critérios para a concessão dos alimentos gravídicos obedecerão o binômio necessidade da gestante e possibilidade do suposto pai, conforme o parágrafo único do art. 2º da referida Lei.

Ora, a legitimidade na propositura da ação de alimentos gravídicos é da gestante, mas conforme o art. 6º, parágrafo único, após o nascimento com vida, esses alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite sua revisão.

Se a autora agir com dolo ou com culpa por promover ação indevida, imputando a um homem as obrigação de pai no caso dele não ser o pai, esta responderá pela indenização cabível, conforme prevê permanece a aplicação da regra geral da responsabilidade subjetiva constante do art. 186 do Código Civil, cabendo ao aquele que for demandado o livre exercício do direito de ação a teor do disposto no art. 186 do Código Civil, com a finalidade da reparação de danos morais e materiais.

Acrescentem-se, ainda, que ao réu será dado o prazo de apenas 5 dias para responder a ação (art. 7º) e incidência dos alimentos será a partir do despacho da petição inicial e não, apenas da citação do réu.

Concluindo, a Lei de Alimentos Gravídicos preserva, com primazia, o superior interesse do nascituro, garantindo-lhe o nascimento com vida e afastando do nosso ordenamento jurídico e da nossa sociedade a volta da antiga e descurada "Roda do Exposto" através do famigerado "Parto Anônimo". É, na verdade, o melhor interesse do nascituro que se busca nessa Lei, e com isso se

resiste as indefinições das lacunas existentes sobre a questão no nosso ordenamento jurídico.

O direito a alimentos - nisto se escusa insistir - não é privilégio de pessoas com recompensa de normativa a determinadas virtudes morais, consiste numa prática fundamental de solidariedade humana, Resgatar vida é dever de cidadania, é prática imperativa e prévia da convivência social.

É importante que essa Lei seja divulgada e implementada para que as gestantes carentes e sem o necessário apoio do suposto pai do nascituro, exercitem o seu direito de garantir a saúde e integridade do seu filho durante toda a fase de gravidez e nos primeiros dias de vida, evitando o aborto e o infanticídio.”⁷⁵

4.2 Inconstitucionalidade formal e material

A classificação da inconstitucionalidade é feita em formal (dita ou orgânica) ou material e aparece em seu próprio conceito. De forma, que a inconstitucionalidade material ocorre, quando o conteúdo da espécie normativa, no todo ou em parte, contraria dispositivo constitucional sobre o mesmo tema. Trata-se de vício insanável de inconstitucionalidade, visto que não há como solucioná-lo sem expurgo do texto conflitante do universo jurídico.

Para Guilherme Peña de Moraes:

A inconstitucionalidade material é identificada pelo vício na declaração da norma infraconstitucional submetida ao controle de constitucionalidade, na medida em que aquela é provida de conteúdo diferente do preceituado na norma constitucional na qual deveria ter buscado o seu fundamento de validade. Decerto, constituem exemplos de inconstitucionalidade material a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo, na qual o objeto da norma infraconstitucional consiste em finalidade diversa da prevista na norma constitucional, e a inconstitucionalidade por violação do princípio da razoabilidade, na qual o objeto da norma infraconstitucional corresponde à finalidade prevista na norma constitucional, porém de modo desarrazoado.⁷⁶

Aqueles atos que não realiza os concretos fins constitucionais são ato normativo materialmente inconstitucional, desrespeitando direitos ou garantias

⁷⁵ ALIMENTOS Gravídicos/Autor:Fátima Maria Costa Soares de Lima.2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos&artigo=543> – Acesso em 09 de junho de 2011.

⁷⁶ Moraes, Guilherme Peña. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4 ed. Rev., Ampl. E atual. RJ: Lumen Juris, 2007, p. 139.

expressas no texto maior ou aferíveis em interpretação, sendo também aquele que fere disposição inconstitucional.

A inconstitucionalidade formal diz respeito à inconstitucionalidade entre a forma de tramitação de um projeto de lei com que determina o projeto legislativo constitucional.

Diversos doutrinadores subdividem a espécie em: formal objetiva, que é conhecida como vício de rito ou de procedimento e caracterizada por não obedecer o rito legislativo estabelecido; e a formal subjetiva, conhecida como vício de iniciativa ou competência, quando a mesma iniciativa legislativa é desrespeitada.

A inconstitucionalidade formal para o doutrinador Guilherme Peña de Moraes é:

Individualizada pelo vício no procedimento (inconstitucionalidade propriamente dita) ou órgão competente (inconstitucionalidade orgânica) da norma infraconstitucional sujeito ao controle de constitucionalidade, uma vez que aquela foi produzida por procedimento ou órgão diverso do prescrito na norma constitucional na qual deveria ter encontrado o seu fundamento de validade.⁷⁷

Ressalte-se que, neste caso, o vício pode ser sanado, bastando refazer-se o ato viciado ou resolver a questão iniciativa para que o ato normativo se torne constitucional enquanto, que na inconstitucionalidade material, como exposto, o mesmo não ocorre.

4.3 Crítica Sobre a Lei de Alimentos Gravídicos e a Insegurança Trazida ao Suposto Pai

Necessário informar que antes da lei 11.804/2008 havia um projeto de lei n. 7.376, onde constavam doze artigos, sendo que desses, metade foram vetados pelo presidente da república. Todos os artigos vetados protegiam processualmente o suposto pai.

Maria Berenice Dias saudou esses vetos:

⁷⁷ Moraes, Guilherme Peña. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4 ed. Rev., Ampl. E atual. RJ: Lumen Juris, 2007, p. 139.

De forma salutar foram afastados dispositivos do projeto que traziam todo um moroso procedimento, o que não se justificava em face da existência da lei de alimentos. Permaneceu somente uma regra processual: a definição do prazo da contestação em cinco dias; com isso fica afastado o poder discricionário do juiz de fixar o prazo para defesa (Lei 5.478/68, art. 5º, par.1º).⁷⁸

Nesse contexto surge o questionamento de como ficaria a defesa do suposto pai?

A contestação da paternidade está extremamente fragilizada, exceto se o indigitado tiver laudos médicos ou documentos que comprovem uma vasectomia, impotência sexual grave ou esterilidade, a sua resposta a ser dada no prazo provavelmente, não será muito convincente.

É possível que prove através de testemunhas, que a gestante, no período da concepção, manteve relações sexuais com outro ou outros homens, ou seja, a chamada *exceptio plurium concunbenitio* (exceção do concubinato plúrimo).

Poderá ser usado esse tipo de defesa favorecendo muito o réu, gerando dúvidas para o magistrado sobre a questão de quem seria o pai biológico, podendo ser suficiente para a improcedência da ação, tornando-se possível nesse caso, a decisão sobre alimentos fosse adiada para após o nascimento com vida da criança, quando se faria o exame pericial de DNA.

Outra maneira de defesa consiste em afirmar que a relação sexual entre a gestante e o suposto pai ocorreu em período anterior à concepção. Era uma linha de defesa usada antes do uso do exame de DNA.

O réu pode ainda negar que conhece a gestante ou que teve com ela conjunção carnal, mesmo eventual, no entanto, para essa defesa seria recomendável que o suposto pai não temesse uma criteriosa coleta de provas, bem como a oitiva de testemunhas. Somente deverá ser usada se corresponde à verdade dos fatos, pois implica uma terrível exposição no processo, com inevitáveis repercussões familiares e profissionais.

Obviamente que comprovada a paternidade, esta firmado um vínculo de filiação e fixada a obrigação alimentar.

No entanto, o suposto pai que demonstra por exame pericial não ser o pai biológico poderá ingressar com uma ação indenizatória em face da genitora por

⁷⁸DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos?** 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>> Acesso em: 17 jun 2011.

danos morais, caso a repercussão da suposta paternidade tenha atingido de maneira negativa sua vida familiar, social e/ou profissional. Certo que a lei muito, embora de maneira tímida respalde o dever indenizatório da mãe em favor do pai, agora excluído do vínculo paternal, coerente é que pelo raciocínio lógico, na maioria das vezes há o pedido de alimentos pelo motivo que a genitora não poderá sozinha, custear as despesas inerentes da gravidez. Sendo assim, há discrepância no tocante a essa indenização:

Como obrigar alguém no dever de pagar, se esta mesma pessoa busca em juízo uma resposta à sua deficiência financeira?

É por tudo isso que a Lei n. 11.804/2008 é de certo modo demasiadamente subjetiva em se tratando de favorecer a mãe e o nascituro, impondo deliberadamente uma obrigação que ao final poderá ser descaracterizada.

O suposto pai que comprovadamente deixa de ser, não possui efetivamente respaldo legal, uma vez que toda sua negativa só será comprovada ao final de um tempo que na certa deverá ter trazido consigo danos irreparáveis no tocante a moral deste.

A verdade que o dispositivo legal trazia originalmente em seu conteúdo norma que viabilizava o direito do indigno genitor de requerer a indenização devida na mesma ação e facilitava essa propositura, mas tal norma foi considerada como intimidadora, como já dito no capítulo anterior, mas porquê intimidadas se a certeza da paternidade é tão universal a ponto de evocar o direito do nascituro?

Questões como essa é que levam à reflexão sobre a equidade na prestação jurisdicional da lei em pauta, visto que em um ordenamento jurídico baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e legalidade, tornam-se incompreensível que uma lei possa beneficiar o direito de um em detrimento dos prejuízos que possa vir a causar a outrem.

Claro que a boa fé é uma das condições fundamentais da atividade ética, distinguindo-se pela probidade, sinceridade e transparência dos que dela são partícipes, haja vista ter-se em mira sempre o resultado frutífero do pactuado pelas partes, sem distorções, prevaricações ou tergiversações.

Se o objetivo maior de cada um no processo é obter a pretensão jurisdicional do seu direito deferido, este princípio é de fundamental importância

tanto para a sociedade, como para o juiz julgador que não deve ser induzido a erro, como também para as partes que litigam em condições de igualdade.

Ao encerrar o tratamento da matéria é válido ressaltar a posição de Cardoso “não poderá ser vítima de tamanha desigualdade em nome de princípios outros - de menor relevância -, como o da regra de irrepetibilidade de alimentos no Direito de Família, haja vista que, no que tange à parte que sofreu prejuízo, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana.”⁷⁹

Contudo, sabe-se que o nascituro tem o direito de exigir alimentos, nada mais digno que venha recebê-los, desde que o autor, nesse caso a genitora, não atue com dolo resultando em má fé, infringindo o réu de maneira desonrosa e prejudicial.

É necessário que juntamente ao pedido de procedência dos alimentos haja uma fase investigatória mais eficaz, no sentido de não restar ao magistrado dúvidas de que o indicado seja realmente o pai. Haverá obviamente um prejuízo no quesito celeridade, mas entre esse e a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa é dever jurídico prezar pela manutenção desses em detrimento do outro. Não basta a apresentação de indícios probatórios, o direito nunca poderia se basear nesse tipo de elemento em um Estado democrático.

Além disso, se por um lado todo esse procedimento da Lei n. 11.804/2008 acarreta uma entrega mais rápida na prestação jurisdicional, por outro se correria o risco de abarrotarem-se as estantes do judiciário com futuros pedidos indenizatórios que acabariam por surgir, prejudicando ainda mais a máxima da celeridade e acarretando novos prejuízos aos jurisdicionados.

O ideal seria ao menos observar de maneira ampla quando possível, a conduta social da genitora, o grau de convivência mantida pelos pais, sua exposição enquanto casal perante a sociedade e evitar o provimento de decisões favoráveis ao pedido de alimentos gravídicos quando estes e outros elementos não estivessem pautados numa segurança jurídica e materiais satisfatórios a ponto de quase não restarem dúvidas sobre sua ocorrência, afinal, o simples

⁷⁹CARDOSO, Débora Rezende. O direito alimentar e o enriquecimento sem causa no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, ano XIII, n. 298 – 15 de junho de 2009. – acessado em 10 junho de 2011.

envolvimento sexual não implica na certeza que se gerou dele, a concepção de um novo ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentada em preceitos constitucionais, civilistas e até em tratados internacionais, nasceu a Lei 11.408/08, a lei de alimentos gravídicos. Sua principal intenção é proteger integralmente o nascituro.

Para isso, criou mecanismos que possibilitam a gestante receber do suposto pai, subsídios financeiros para o custeio do período da gravidez até o parto. Todavia, atecnias legislativas comprometem a aplicação da lei, e causam celeumas jurídicas entre os operadores do Direito.

Uma delas é condenar o réu ao pagamento de parcelas alimentícias com base em “indícios de paternidade”, criando uma situação bastante embaraçosa, pois pode estar impondo o pagamento a um terceiro inocente, já que a paternidade é presumida, e não atestada cientificamente. Para piorar, o artigo que previa a responsabilidade objetiva da gestante pelos danos causados foi vetado, deixando o réu a mercê da própria sorte.

Diante das falhas, os juristas têm se esforçado para criar soluções que viabilizem a aplicação da norma.

Na questão dos meios de prova contundentes que trazem segurança a investigação de paternidade, a medicina atual já possui tecnologia para realizar exame de paternidade DNA antes mesmo da criança nascer.

No caso da Lei estudada tais exames seriam de absoluta importância para a lide, pois assim seria possível evitar possíveis atitudes de má-fé ou negligência por parte da pessoa que pretende alimentos. Apesar da existência dos exames, não podemos deixar de lembrar que pode gerar gastos ainda para as partes e tornar mais difícil o andamento da ação. O exame de paternidade intra uterino, para a maioria dos brasileiros, significa algo inacessível, inviável às pessoas de baixa renda. Sendo assim caberia ao Estado como detentor da lei oferecer subsídios para que o exame seja realizado em tempo hábil para a solução do problema.

Com esse intuito, buscou o presente trabalho sanar a lacuna legislativa que trata da questão da citação do réu com base somente em indícios de prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIMENTOS Gravídicos/Autor:Fátima Maria Costa Soares de Lima.2009. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/artigos&artigo=543> – Acesso em 09 de junho de 2011

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978, p.225.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed.,ver.,atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.p.254

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 26.

CANOTILHO, J.J Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina.1995.p.401

CARDOSO, Débora Rezende. O direito alimentar e o enriquecimento sem causa no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, ano XIII, n. 298 – 15 de junho de 2009. – acessado em 10 junho de 2011

CUNHA Boldrini, Rodrigues Pires da. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em [ttp://jus.uol.com.br/revista/texto//a-proteção-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-fundamentação-constitucional-do-sistema-penal/3](http://jus.uol.com.br/revista/texto//a-proteção-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-fundamentação-constitucional-do-sistema-penal/3) acesso em 13 de maio de 2011..

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. RT: São Paulo, 2006. p.52
Disponível em <http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista03/61-76.pdf>

Declaração Universal dos direitos Humanos. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm acesso em 19 de Maio de 2011.

KANT, Immanuel, **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela Lisboa: ed.70 São Paulo.p.68

LIMA, Paulo Rodrigues Duarte.Alimentos Gravídicos.Disponível em:
<http://www.gostodeler.com.br>.Acesso em 11 de maio de 2011

KANT, Immanuel, **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela Lisboa: ed.70 São Paulo.p.68

MADALENO, Rolf Hansen. **A Desregra e a sua efetivação no juízo de família.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense. 2006.

NERY JÚNIOR, Néelson. **Constituição Federal Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

Pacto de San Jose da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.portaldafamilia.org/artigos/textp065;shtml>. Acesso em 11 de junho 2011

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições do Direito Civil – Direito de Família.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.p.4

_____ . **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1999. p.210.

_____ . **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva. 1996.

SARLET, Wolfgang, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da Republica de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 25

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19ª. ed. ver. e atual nos termos da Reforma Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116-7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família.** 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.