

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JÉSSICA FERNANDA PAIVA SÁ**

**O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS E SUA  
RELATIVIZAÇÃO FRENTE AO PAGAMENTO INDEVIDO NA AÇÃO  
DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

**SÃO LUÍS**

**2017**

**JÉSSICA FERNANDA PAIVA SÁ**

**O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS E SUA  
RELATIVIZAÇÃO FRENTE AO PAGAMENTO INDEVIDO NA AÇÃO  
DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

**SÃO LUÍS**

**2017**

**JÉSSICA FERNANDA PAIVA SÁ**

**O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS E SUA  
RELATIVIZAÇÃO FRENTE AO PAGAMENTO INDEVIDO NA AÇÃO  
DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (**orientadora**)

---

Examinador 2

---

Examinador 1

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Josenilson Passinho Sá e Hilda Lúcia Paiva Sá, pelo apoio incondicional, pelos cuidados que não têm medida. Ao meu irmão, que traz alegria à casa, e que, ao ser quase totalmente diferente de mim, preenche o nosso lar. A Ana Raquel Monroe Garcês, pelos cuidados e pela amizade.

Às “Cláusulas Pétreas”, Aline Maria Ribeiro de Castro, Alline Aguiar Soares do Couto, Heloisa Sales Monteiro e Raissa Pereira Rocha. Meninas, obrigada pela companhia, pelo apoio, pela paciência. Se não tivesse encontrado vocês, com certeza a caminhada teria sido mais difícil.

A José Wilson Ribeiro de Matos Neves, que tem me ensinado a encarar a vida de uma forma mais leve, mesmo diante dos problemas.

Aos meus familiares. Ao meu avô, Manoel Miranda Paiva, que esperou ansiosamente por esse momento.

A todos que acreditam em mim e oram pela minha vida.

A Professora Maria Tereza Cabral Costa Oliveira, minha orientadora, símbolo de dedicação da Universidade Federal do Maranhão.

A Deus. Sem Ti nada seria possível, meu Pai.

## RESUMO

Trata da possibilidade de relativização do princípio da irrepitibilidade dos alimentos nos casos em que é negada a paternidade do suposto pai após o nascimento da criança, tendo por base a Lei 11.804/2008, denominada Lei de Alimentos Gravídicos, que possibilita à mulher gestante buscar auxílio com os gastos do período de gravidez junto ao suposto pai. Faz uma abordagem sobre a forma de organização da sociedade humana, dando-se ênfase à instituição familiar, que, ao longo dos anos, de acordo com cada contexto econômico, político e social, passou por várias modificações e transmite aos indivíduos valores que influenciam o meio em que está inserida, assim como é influenciada por ele. Traz uma breve análise sobre as concepções de nascituro presentes ao longo da história e apresenta teorias sobre o início da vida, da personalidade jurídica e uma reflexão sobre o aborto. No desenvolvimento do trabalho, é utilizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a respeito do tema central e dos demais assuntos presentes ao longo do texto.

**Palavras-chave:** Irrepitibilidade dos alimentos. Alimentos gravídicos. Nascituro. Pagamento indevido.

## ABSTRACT

It deals with the possibility of relativization of the principle of the unrepeatability of food in cases in which the paternity of the supposed father after the birth of the child is denied, based on Law 11.804/2008, denominated Law of Gravitan Foods, which allows the pregnant woman to seek help with the expenses of the pregnancy period next to the supposed father. It takes an approach on the form of organization of the human society, emphasizing the Family institution, that over the years, according to each economic context, political and social, has undergone several modifications and transmits to individuals values that influence the environment in which it is inserted, as it is influenced by it. It gives a brief analysis on conceptions of the unborn child gifts throughout history and presents theories about the beginning of life, legal personality and reflection on abortion. In the development of work bibliographical and jurisprudential research is used about the central theme and other subjects present throughout the text.

**Keywords:** Irrepetibility of food. Pregnancy foods. Unborn child. Undue payment.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>A CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA E O SEU PAPEL NA SOCIEDADE .....</b>	<b>10</b>
2.1	Aspectos históricos da organização familiar .....	10
2.2	A contemporaneidade e suas diferentes formas de organização familiar .....	15
2.2.1	<i>Família informal ou de fato</i> .....	16
2.2.2	<i>Família homoafetiva</i> .....	18
2.2.3	<i>Família monoparental</i> .....	19
2.2.4	<i>Família simultânea</i> .....	20
2.2.5	<i>Família recomposta</i> .....	21
2.2.6	<i>Família solidária</i> .....	22
2.3	<b>Princípios do Direito de Família .....</b>	<b>22</b>
2.3.1	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i> .....	23
2.3.2	<i>Princípio da solidariedade</i> .....	24
2.3.3	<i>Princípio da igualdade</i> .....	25
2.3.4	<i>Princípio da mínima intervenção do Estado</i> .....	26
2.3.5	<i>Princípio da afetividade</i> .....	27
2.3.6	<i>Princípio da pluralidade</i> .....	27
2.3.7	<i>Princípio da função social da família</i> .....	28
2.3.8	<i>Princípio da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso</i> .....	28
2.4	<b>O direito de família no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	<b>29</b>
<b>3</b>	<b>O NASCITURO E A PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>34</b>
3.1	As concepções de nascituro sustentadas ao longo da história .....	34
3.2	Direitos da personalidade: breve discussão .....	38
3.3	Início da personalidade jurídica: as correntes doutrinárias e o ordenamento jurídico pátrio.....	41
3.4	Direito à vida e aborto: algumas considerações .....	47
<b>4</b>	<b>O DIREITO AOS ALIMENTOS E SUA FUNÇÃO NA GARANTIA DA DIGNIDADE DO NASCITURO.....</b>	<b>53</b>
4.1	O papel dos alimentos ao longo da história.....	53
4.2	A obrigação alimentar e sua garantia pelo ordenamento jurídico brasileiro .....	55
4.3	Os alimentos gravídicos como forma de proteção dos direitos do nascituro .....	64
4.4	O princípio da irrepetibilidade dos alimentos e sua relativização frente ao pagamento indevido na ação de alimentos gravídicos .....	71
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estágio atual vivido pela sociedade humana, marcado pelo desenvolvimento tecnológico e pela maior interação entre as pessoas, facilitando o acesso aos conhecimentos, deve-se à forma de organização dos indivíduos, já que estes, desde a época mais remota, e inicialmente guiados muitas vezes por necessidades naturais, baseiam-se na cooperação, o que, com o passar do tempo, tomou caráter racional, ganhando aos poucos contornos responsáveis pelas características que permeiam essa sociedade, a qual se encontra em constante evolução.

Entre as formas de organização que garantem a satisfação das necessidades humanas está a família, núcleo responsável pela transmissão dos primeiros valores àqueles que a compõem, e que também sofre com as modificações sociais, adquirindo várias formas de composição ao longo dos anos, onde uma não exclui a outra, o que mostra a capacidade de adaptação humana ao ambiente em que vive.

A orientar a conduta daqueles que fazem parte da instituição familiar e também da sociedade como um todo, vários princípios, construídos a partir da convivência e reconhecidos pelo Direito, são transmitidos ao longo das gerações, norteando o comportamento dos indivíduos de acordo com as exigências de cada contexto social.

Em meios a essas normas, está o princípio da solidariedade, consagrando a assistência entre os indivíduos que compõem a célula familiar.

Como reflexo desse mandamento, há a necessidade de auxílio entre as pessoas, não se restringindo ao convívio afetivo, mas se estendendo à obrigação de garantir meios materiais de sobrevivência, dever que passa a ser disciplinado pelo ordenamento jurídico de cada país e até mesmo por documentos internacionais que preveem a proteção das crianças, dos adolescentes e idosos não só pela família mas também pelo Estado.

No Brasil, uma das formas de garantir uma vida digna às pessoas está prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1.988, dispositivo que trata da participação do Estado, da sociedade e da família na consecução dos direitos fundamentais de crianças, jovens e idosos, os quais devem ter assegurados o direito à vida, à saúde e à alimentação, entre outros.

O que se percebe, porém, na realidade brasileira, é que esses deveres são cumpridos em sua maioria pela família, possuindo o Estado o papel de estabelecer regras que tornem efetivas as obrigações atribuídas à família.

Entre os deveres familiares, está aquele que garante ser responsabilidade de pais e filhos a prestação recíproca de alimentos, previsto no artigo 1.696 do Código Civil, obrigação



estendida a todos os ascendentes, devendo ser suprida pelos mais próximos na falta de algum parente ou diante da inexistência de condições, para cumprir com tal obrigação, daquele que deve alimentos em primeiro lugar.

A expressão alimentos não está ligada apenas ao significado da palavra em sentido estrito, incluindo, além da alimentação, o acesso à saúde, à educação, ao lazer etc.

Possuindo como um de seus papéis a garantia da dignidade humana, princípio assegurado constitucionalmente e que serve de fundamento para os demais direitos, e partindo da previsão legal de que os nascituros possuem seus direitos protegidos desde a concepção, foi instituída, em 2.008, após longos debates da sociedade, que enxergava a necessidade de proteção efetiva ao ser humano em desenvolvimento, a Lei 11.804, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos, disciplinando a possibilidade da mulher gestante pleitear auxílio com os gastos do período de gravidez, exigindo-os daquele que ela julga ser o responsável pelo estado gravídico.

Diante do risco apresentado ao feto na realização do exame de DNA, a decisão judicial que determina o pagamento dos alimentos se baseia em indícios de paternidade, cabendo à mulher o ônus da prova, que pode se fundamentar em testemunhas, fotografias, mensagens dos diversos meios de comunicação etc.

Se, após o nascimento da criança, diante da realização de exame pericial, ficar comprovada a falta de vínculo sanguíneo entre o recém-nascido e aquele que pagou alimentos gravídicos, nasce um conflito que é debatido largamente pela doutrina e jurisprudência brasileiras, qual seja o da irrepitibilidade dos alimentos, princípio que determina a irrestituibilidade dos mesmos devido ao seu papel de atender a subsistência do alimentando, e dos possíveis danos que são causados àquele que arca com parte das despesas da gravidez e que, diante do resultado negativo de paternidade, enxerga a possibilidade de reaver o que foi gasto nesse período.

Tendo por base essa discussão inicial, o presente trabalho objetiva analisar como essa questão é vista pelos doutrinadores e pelo Poder Judiciário, apontando-se, ao final, uma possível solução para o embate.

Antes de chegar a esse ponto, considerado central nesta obra, há uma exposição sobre o processo de formação da família, núcleo fundamental da sociedade, considerado como espaço onde o ser humano recebe os primeiros cuidados, indispensáveis ao desenvolvimento saudável, e que, na atualidade, tem como um dos seus objetivos a transmissão de afeto entre aqueles que fazem parte dela.

Além disso, é feita uma breve análise sobre a proteção que é dada ao nascituro ao longo dos séculos, o que inclui a abordagem das teorias sobre o início da vida, da personalidade jurídica e uma discussão sobre o aborto e seu tratamento pelo ordenamento jurídico pátrio.

## **2 A CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA E O SEU PAPEL NA SOCIEDADE**

A espécie humana, ao longo de seu desenvolvimento, quase sempre esteve baseada na colaboração entre indivíduos, os quais, ao contrário dos demais seres vivos, são orientados por objetivos racionais, além dos naturais, que talvez não seriam alcançados caso o ser humano vivesse isoladamente.

Porém, o estabelecimento de laços afetivos não é uma característica genuinamente humana, visto que as demais espécies, guiadas por necessidades intrínsecas como, por exemplo, a perpetuação da espécie e a necessidade de proteção, muitas vezes permanecem organizadas em comunidades a fim de satisfazer seus instintos (DIAS, 2016).

Dessa forma, como antes foi ressaltado, o que diferencia as formas de organização humanas das demais é a prevalência do caráter intencional e voluntário que as primeiras possuem, onde os objetivos desejados geralmente passam por um processo de racionalização dos componentes de determinado grupo social.

### **2.1 Aspectos históricos da organização familiar**

O atual aspecto da sociedade humana, marcado pelo desenvolvimento tecnológico e aumento da velocidade com que as informações são repassadas, deve-se, inclusive, à capacidade de organização de seus componentes na busca pela sobrevivência de acordo com as necessidades apresentadas em cada época.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, assim como o ser humano modifica o meio em que vive, através de sua adequação aos seus objetivos, as novas formas de existência refletem no intelecto humano, permanecendo este em constante desenvolvimento.

A esse respeito, Morgan (1877 apud Engels, 1984, p. 22) afirma que “todas as grandes épocas de progresso da humanidade coincidem, de modo mais ou menos direto, com as épocas em que se ampliam as fontes de existência”.

Apesar do caráter positivo de permanecer agrupado, buscando-se a cooperação ente os indivíduos e, por conseguinte, o alcance de objetivos das mais variadas espécies, de acordo com cada contexto social, nem sempre o homem deu prioridade à organização em grandes grupos, e em alguns períodos, considerados anteriores ao da civilização, a forma de interação social mais avançada era o casal (ENGELS, 1984).

Segundo Engels (1984), para que o homem saísse do estágio da animalidade, deveria ser desenvolvido o poder defensivo, alcançável com a prevalência do apoio mútuo entre os componentes de um segmento.

Ainda de acordo com o autor, “a tolerância recíproca entre os machos adultos e a ausência de ciúmes constituíram a primeira condição para que se pudessem formar (...) grupos numerosos e estáveis, em cujo seio, unicamente, podia operar-se a transformação do animal em homem” (ENGELS, 1984, p. 35).

Em relação à família, que pode ser considerada o núcleo fundamental de sustento da sociedade, durante o período “ante - civilizatório”, estava baseada no matrimônio por grupos, onde homens e mulheres mantinham relações mútuas. Posteriormente, com a constante proibição da união entre algumas classes de parentes, a exemplo do casamento entre irmãos, a união entre grupos começa a se fragilizar, passando o homem a conviver com uma mulher, mesmo que não desapareça completamente a poligamia.

A esse respeito, Engels (1984, p. 49) ressalta:

A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes e, por fim, até das pessoas vinculadas apenas por aliança, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos; como último capítulo, não fica senão o casal, unido por vínculos ainda frágeis – essa molécula com cuja dissociação acaba o matrimônio em geral.

Diante da possibilidade de dissolução da união entre os cônjuges, havia a interferência de parentes, que tentavam impedir a separação do casal e, caso esse objetivo não fosse alcançado, os filhos permaneciam com as mães.

Nesse período, não desaparecendo totalmente a relação conjugal comunista, há um “predomínio da mulher na casa; (...) reconhecimento exclusivo de uma mãe própria, na impossibilidade de conhecer com certeza o verdadeiro pai; (...) alto apreço pelas mulheres, isto é, pelas mães” (ENGELS, 1984, p. 50).

Com o fortalecimento dos laços conjugais em decorrência da entrada em vigor do costume monogâmico, o homem passa a ser a figura principal da família, sendo o único a ter direito de romper as relações com a mulher e de ser infiel.

Nesse contexto, a paternidade passa a ser inquestionável, ao contrário do que ocorria nos casamentos entre grupos, passando os filhos a serem herdeiros diretos de seus pais, esclarecendo Engels (1984, p. 70) que “os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele”.

Dessa forma, pode-se concluir que a formação de um grupo familiar não possuía como base o afeto, pois o objetivo maior era transmitir aos herdeiros bens materiais, que deveriam ser conservados e usufruídos por aqueles que tinham vínculo sanguíneo com seus antecessores.

Durante a Antiguidade, mais especificamente na cultura romana, a família era entendida como o conjunto de pessoas que se submetiam ao poder do ascendente comum mais antigo, denominado *pater familias*, o qual liderava seus descendentes não emancipados, a sua companheira e as esposas de seus filhos casadas através de ritos formais (casamento com *manus*) (WALD, FONSECA, 2013).

Todavia, etimologicamente falando, a expressão família, apesar de ter surgido sob a vigência do direito romano, não pode ser empregada, em um primeiro instante, à união entre o casal e seus filhos, pois na Roma antiga a palavra *famulus* significava escravo, sendo a família a união dessas pessoas, as quais pertenciam a um homem (LÔBO, 2011).

Coulagens (1998, p.16), em estudo realizado sobre a família antiga, afirma que

o que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. (...) a mulher só será verdadeiramente considerada quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; (...) o filho já não conta tampouco para a família quando renuncia ao culto ou em sendo emancipado; (...) o adotado se tornará verdadeiro filho para a família, porque, embora não exista o laço de sangue, passa a ter na comunhão do culto alguma coisa de mais e de melhor que o sangue; (...) o legatário ao recusar-se a adotar o culto dessa família não terá a sucessão; (...) o parentesco e o direito à herança estão regulados, não por virtude do fato-nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto, e exatamente como a religião os estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras, daí resultando receber a família antiga constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os únicos causadores.

De acordo com Wald e Fonseca (2013, p. 27)

A família era, (...) simultaneamente, uma *unidade econômica, religiosa, política ou jurisdicional*. Inicialmente, havia um patrimônio só, que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. (...)

A família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos.

O *pater familias* administrava a justiça dentro dos limites da casa, e, na primeira fase do direito romano, a família era uma unidade política, constituindo-se o Senado pela reunião dos chefes de famílias (*pater conscripti*).

Com a entrada em vigor do Império romano, o *pater familias* tem seu poder reduzido pelo Estado, podendo os filhos representarem contra os pais nos casos de abuso de poder. Além disso,

A mãe, em virtude de disposições de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. (...) passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consanguíneos do falecido (WALD, FONSECA, 2013, p. 28).

Em relação ao período da Idade Média, não apenas os laços conjugais eram levados em conta na constituição do grupo familiar, dando-se importância também aos descendentes de um ancestral comum, que compunham a linhagem (ÀRIES, 1986).

Um dos motivos para a união entre pessoas que não eram ligadas por laços conjugais seria o enfraquecimento do Estado durante os séculos XI e XII, fazendo com que os indivíduos buscassem proteção em seu grupo familiar, mesmo que o grau de parentesco não fosse tão próximo.

Nesse sentido, Georges Duby (apud ÀRIES, 1986, p. 213) esclarece:

“Na realidade, a família é o primeiro refúgio em que o indivíduo ameaçado se protege durante os períodos de enfraquecimento do Estado. Mas assim que as instituições políticas lhe oferecem garantias suficientes, ele se esquiva da opressão da família e os laços de sangue se afrouxam. A história da linhagem é uma sucessão de contrações e distensões, cujo ritmo sofre as modificações da ordem política”.

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que o estabelecimento de relações que iam além do afeto entre marido e mulher permitiu que o desenvolvimento da intimidade não fosse tão conhecido, já que o sentimento da linhagem “estende-se aos laços de sangue, sem levar em conta os valores nascidos da coabitação e da intimidade. A linhagem nunca se reúne num espaço comum, em torno de um mesmo pátio” (ÀRIES, 1986, p. 213).

Em relação aos casamentos celebrados durante a Idade Média, estes sofreram com a influência do direito canônico, o qual, entre os séculos X e XV, regeu as demais relações familiares.

Porém, cabe ressaltar que há uma diferença entre o entendimento católico e o medieval a respeito do casamento. No âmbito religioso, a união matrimonial tinha como requisito essencial o consenso das partes, diferenciando-se dos costumes medievais, onde era imprescindível o consentimento das famílias daqueles que iriam contrair núpcias. Tal exigência estava ligada ao fato de o casamento possuir valor econômico e político para a sociedade medieval.

Sobre essa divergência de concepções, Wald e Fonseca (2013, p. 30) destacam que

A igreja limitou-se a exigir, para a validade do casamento, o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, relegando para um plano secundário o consentimento paterno e entrando em choque com o direito civil leigo, que, por motivos de ordem política, considerava-o como um dos requisitos essenciais para a realização do casamento e sua validade.

No que diz respeito à dissolução do casamento, durante a prevalência do direito canônico, a separação dependia de autorização do representante religioso e só era suscetível de ocorrer nos casos de adultério, tentativa de homicídio, maus tratos e diferenças no

pensamento religioso. Somente após o século XIV foi permitido o divórcio por simples vontade das partes, porém, o dever de prestar alimentos e de fidelidade ainda persistiam.

A autoridade dada aos líderes religiosos para a análise do pedido de separação e concessão da mesma gerou debates entre tribunais religiosos e civis, sendo que

Para os protestantes, a competência em matéria de direito de família devia pertencer ao Estado, não se justificando a atribuição de caráter sagrado ao casamento. Tratando-se de simples ato da vida civil, de contrato natural, nada impedia que a vontade dos cônjuges dissolvesse o vínculo matrimonial, no entender da religião reformada (WALD, FERREIRA, 2013, p. 31).

Com o fortalecimento da autoridade do rei e do direito romano, o Estado passou a exigir para si a análise das causas que envolvessem o direito de família. Nesse contexto, as pessoas que não seguiam a religião católica tinham suas relações conjugais reconhecidas pelo Estado, passando a existir o casamento civil (WALD, FERREIRA, 2013).

O casamento era tido como forma essencial de constituição do núcleo familiar, o que gerou a exclusão de outras modalidades de composição familiar. Além disso, havia a predominância da figura patriarcal, que garantia a subsistência dos entes familiares.

Fundamentando esse pensamento, Dias (2016, p. 22) diz que

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. A família tinha **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**. Tratava-se de uma entidade **patrimonializada**, cujos membros representavam força de trabalho.

Tal realidade passou a sofrer mudanças com as novas necessidades sociais, principalmente a partir da metade do século XVIII, época da Revolução Industrial. Houve um aumento na necessidade de mão de obra, passando a mulher a integrar os espaços de trabalho e garantindo, ao lado do homem, o sustento de sua família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Diante dessa mudança na estrutura econômica, boa parte da população rural se desloca para as cidades, residindo em ambientes não muito extensos. Essa convivência estreitou os laços entre os componentes da família, a qual passou a ser entendida como a união entre o casal e sua prole, também conhecida como nuclear, deixando, assim, de ser vista como uma unidade de produção e reprodução. Dessa forma, passa a ter maior valor o afeto desenvolvido entre as pessoas, devendo sustentar a união entre os entes familiares (DIAS, 2016).

## 2.2 A contemporaneidade e suas diferentes formas de organização familiar

Partindo-se do pressuposto de que a família é fruto das relações sociais, sofrendo modificações à medida em que a interação entre os indivíduos se transforma, é possível identificar formas de organização familiar ao longo da história da humanidade.

Embora uma espécie de família prevaleça em um determinado momento histórico devido à configuração socioeconômica e cultural de cada época, não há substituição total de um modelo pelo outro e sim a coexistência entre eles ou resquícios capazes de influenciar as novas formas de organização familiar.

Como antes foi ressaltado, o que embasa atualmente as uniões entre os indivíduos é o afeto, ainda que estejam presentes aquelas que possuam como norteadores o matrimônio e os interesses econômicos, os quais sustentaram as relações familiares por longos períodos.

Frisando alguns pontos já esclarecidos, primitivamente, os homens se agrupavam com o simples intuito de se protegerem de acontecimentos naturais e animais selvagens, surgindo, depois de um certo período, o interesse pelas relações sexuais e pela reprodução. A poligamia contribuiu indiretamente para que as mulheres se tornassem o centro da família, pois a relações sexuais promíscuas geravam incertezas quanto à paternidade.

Nesse período, as formas de afeto eram desenvolvidas basicamente entre mães e filhos, o que partiu da necessidade destas de alimentar sua cria.

A esse respeito, Campos (1978, p. 24 apud SIMÕES; FERREIRA, 2013, p. 30) destaca:

No matriarcado, o homem primitivo somente se aproximava da fêmea premido pelo instinto sexual, e tão logo se satisfazia, afastava-se, restando à mulher, também quase que por instinto, alimentar e criar os filhos. Somente com o lento desenvolvimento do cérebro humano surgiram os primeiros laivos de afetividade e de compreensão (muito incipientes), por parte do homem e da mulher, no sentido de que, unidos, melhor poderiam resistir às asperezas e agruras do meio ambiente.

O surgimento da monogamia, por sua vez, surgiu em decorrência do interesse de se repassar a um herdeiro legítimo os bens que pertenciam ao patriarca, destacando-se os interesses patrimoniais. Além disso, tem-se a sacralização do matrimônio, único vínculo considerado capaz de dar origem a uma família, de acordo com o Direito canônico.

Voltando-se para o tema da configuração atual da célula familiar, a qual possui como um de seus fundamentos o afeto entre seus componentes, há a possibilidade de classificação dessa organização social com base nas características daqueles que a compõem, na sua quantidade e no tipo de vínculo que os une.

Dias (2016, p. 206) destaca que, atualmente,



É necessário ter uma **visão pluralista** da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do **direito obrigacional** – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde os patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o **afeto**. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.

Para Lôbo (2011), a identificação e reconhecimento das novas formas de família passam pela identificação das seguintes características: estabilidade, ostensibilidade e afetividade.

A exigência da estabilidade não permite que relacionamentos passageiros sejam considerados, já que a comunhão de vida é necessária. Por outro lado, deve existir conhecimento público da existência da união dos formadores da família e a prevalência do afeto e não da questão econômica (MATOS, 2008).

Pode-se dizer que

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade, e do **eudemonismo**<sup>1</sup>, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2016, p. 207).

### 2.2.1 Família informal ou de fato

Apesar de o casamento ter sido considerado por longos períodos o único capaz de constituir uma entidade familiar, na sociedade romana, a união entre um homem e uma mulher, mesmo que de maneira informal, foi muitas vezes reconhecida como modalidade de casamento, desde que não presentes impedimentos, a exemplo do relacionamento entre parentes próximos ou por quem já era casado (LEITE, 1991).

Essa forma de união entre as pessoas ficou conhecida como concubinato, que, derivando do latim *concubinatu*, significa amancebar-se, estar junto sem um vínculo formal.

---

<sup>1</sup> Segundo Simões e Ferreira, “apesar de soar estranha, a aludida expressão *eudemonia* designa a procura da felicidade individual ou coletiva como causa justificante e finalística do comportamento humano. O ser humano cada vez mais almeja o seu próprio êxito enquanto pessoa e a plena realização de cada qual dos seus entes, formando um satisfeito grupo plúrimo e familiar” (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p.38).

Durante a Idade Média, porém, devido à forte influência da Igreja, que transformou o casamento em uma ordem divina para a união entre homem e mulher, o concubinato e qualquer outra maneira de formação familiar tornaram-se condenados. Além disso, o Estado também dava preferência ao matrimônio, o qual era considerado como pressuposto de segurança jurídica das relações familiares.

Porém, a falta de reconhecimento da união extraconjugal pelo Estado não inibiu a sua expansão e aqueles que faziam parte dela passaram a buscar constantemente o auxílio do Poder Judiciário para solucionar as questões advindas dela (DIAS, 2016).

O tratamento estatal dispensado àqueles que faziam parte dessa instituição gerava diferenciações, onde filhos advindos dessa relação eram discriminados e desprovidos de qualquer direito e não podiam ingressar com uma ação de reconhecimento de paternidade enquanto o suposto genitor permanecesse com o estado de casado.

Mesmo diante dessa falta de proteção legal às uniões estabelecidas fora do casamento por determinado período, boa parte da sociedade passou a aceitá-las, o que contribuiu para seu reconhecimento pelo Direito, o qual possui como uma de suas fontes os costumes sociais, que podem influenciar na criação de normas.

Sobre o tema, Maciel (2013, p. 7) esclarece que

O costume social indiretamente age como um produtor do direito, interferindo na criação de normas positivadas mesmo que para isso ele tenha antes que passar por um processo legislativo, o que por certo não significa que ele necessariamente irá se converter em lei.

Faz-se necessário destacar que a união estável, hodiernamente reconhecida como entidade familiar pelo ordenamento jurídico brasileiro, é considerada por alguns autores como espécie de concubinato, o qual se divide em puro e impuro.

O concubinato impuro é aquele mantido por duas pessoas impedidas de casar, o que ocorre, por exemplo, entre aqueles que possuem vínculo matrimonial com terceiro. Já o concubinato puro, do qual deriva a união estável, envolve pessoas que não desejam contrair núpcias, embora não haja impedimento para realização desse rito formal (MACIEL, 2013).

Feitas essas considerações, pode-se dizer que a união estável “foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 385 apud MACIEL, 2013, p. 12).

### 2.2.2 Família homoafetiva

A união homoafetiva, em alguns contextos sociais, não possui embasamento legislativo necessário ao seu reconhecimento como entidade familiar.

Segundo Dias (2008 apud BRITO, 2010, p. 200), há

quatro sistemas legislativos de disciplinamento das uniões homossexuais: o modelo islâmico, para o qual essas uniões são crimes, sujeitos, inclusive, à pena de morte; o *modelo de grau inferior*, que não considera os homossexuais criminosos em face de sua orientação, mas não articula nenhuma medida protetiva de seus direitos; o *modelo intermediário*, que, além da descriminalização da conduta homossexual, proíbe medidas discriminatórias (...); o *modelo expandido*, que institui, ainda, ações afirmativas (como a Holanda, primeiro país a autorizar, em 1998, o casamento civil de pessoas do mesmo sexo).

Embora ainda haja resistência quanto a essa forma de convivência, a análise das relações humanas mostra que estas quase sempre estiveram permeadas pelo envolvimento entre indivíduos do mesmo sexo, combatido principalmente com a entrada em vigor da religião cristã, haja vista que não se adequava ao princípio da procriação (BRITO, 2010).

Dessa forma, ocorria a “condenação do homossexualismo masculino por haver perda de sêmen, enquanto que o feminino era considerado mera lascívia” (DIAS, 2008, p. 2).

De acordo com Pinto (2002 apud BRITO, 2010, p. 197), “a homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, mesmo entre os povos selvagens, assim como nas antigas civilizações, como os romanos, egípcios, gregos e assírios”.

Assim, mesmo diante da resistência em se reconhecer a relação entre pessoas do mesmo sexo como uma das formadoras de uma unidade familiar, houve a necessidade de tratamento do tema em sede jurisprudencial, doutrinária ou legal, já que, principalmente com o término da convivência, muitos recorriam ao Poder Judiciário a fim de tratar a respeito de questões que envolviam, por exemplo, os bens adquiridos durante a convivência.

Além disso, ao passo em que a família deixou de ser uma unidade reprodutiva, constituindo-se a partir de laços de afeto, mudanças ocorreram em sua composição, e a impossibilidade de procriação por casais homossexuais deixou de ser um fator de impedimento dessas relações (NASCIMENTO, 2010).

Nesses termos, pode-se dizer que, pelo menos em alguns países, a exemplo do Brasil, onde alguns direitos como a pensão por morte e a celebração do casamento foram reconhecidos aos casais homoafetivos, “a união homossexual percorre o mesmo caminho anteriormente trilhado pela união estável, cuja repercussão foi reconhecida paulatinamente, até alcançar a segurança jurídica proporcionada pela proteção legal” (BRITO, 2010, p. 207).

### 2.2.3 Família monoparental

A família monoparental, ao contrário daquela que é formada pelos genitores e sua descendência, é composta por um dos pais e seus filhos, demonstrando que “a família deste novo século não se define mais pela **triangulação** clássica pai, mãe e filho” (DIAS, 2016, p. 469).

Em um contexto onde a figura paterna deixa de ser essencial no sustento material da família devido à inserção da mulher no mercado de trabalho, os divórcios passaram a ser mais constantes, gerando essa nova configuração familiar.

Amplificando o conceito de família monoparental, principalmente em relação aos seus componentes, Dias (2016, p. 471) não o restringe à união entre um dos genitores e seus filhos, esclarecendo que

A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo uniparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas com crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. A característica da família monoparental é a **transgeracionalidade**, ou seja, haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem que haja relacionamento de ordem sexual entre eles. Mas não é a presença de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental. A maioria dos descendentes não descaracteriza a monoparentalidade como família – é um fato social.

Em relação à classificação da família monoparental, pode-se tomar por base o momento em que ela tem origem, sendo denominada originária ou superveniente. A família originária decorre de várias causas, a exemplo da gravidez advinda de uma relação casual e da adoção por indivíduo que não possui um parceiro; enquanto que a família monoparental superveniente advém da dissolução da convivência entre os parceiros decorrente do divórcio, da separação de fato ou do falecimento de um companheiro (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2012).

Para Dias (2016, p. 473)

A monoparentalidade tem origem na viuvez, quando da **morte** de um dos genitores. A **adoção** por pessoa **solteira** também faz surgir um vínculo monoparental entre adotante e adotado. A inseminação artificial levada a efeito por mulher solteira ou a **fecundação homóloga** a que se submete a viúva após a morte do marido são outros exemplos. Na **separação** de fato, de corpos ou no **divórcio** dos pais, não se pode falar em família monoparental. Afinal, o fim da conjugalidade não elimina os laços de parentalidade.

A partir dessa leitura, depreende-se que para a autora o divórcio e a separação de fato não geram uma família monoparental, pois a falta de convivência entre os entes familiares em um mesmo ambiente não exclui o vínculo familiar e as responsabilidades.

No que diz respeito à proteção estatal dada a essa espécie de família, tem-se que o primeiro país a dar atenção para a composição monoparental foi a Inglaterra, que analisou as consequências advindas da dissolução do matrimônio, o que foi instigado pelo estado de pobreza em que as pessoas dessa família se encontravam (LEITE, 2003).

#### 2.2.4 Família simultânea

As relações familiares, embora pautadas em sua maior parte na monogamia, apresentam, muitas vezes, o envolvimento entre pessoas que já têm outro relacionamento, passando ambos a possuir as características da publicidade, ostensibilidade e do afeto.

Segundo a doutrina, como antes foi esclarecido, o concubinato pode ser diferenciado tomando-se por base o fato de o parceiro do segundo relacionamento saber ou não da outra convivência já existente (DIAS, 2016).

Caso não seja conhecido, há a formação do concubinato de boa-fé, entendida como uma união estável putativa, podendo ser vista como entidade familiar. Seus requisitos não se diferenciam daqueles exigidos para a configuração da união estável, devendo haver a publicidade e a permanência do relacionamento.

A esse respeito, Dias (2016, p. 214) esclarece:

Não há como deixar de reconhecer a existência de união estável sempre que o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família. O só fato de o homem ter uma família não quer dizer que não teve o desejo de constituir outra. Dito elemento de natureza subjetiva resta escancarado quando são comprovados longos anos de convívio. Ao depois, a fidelidade não é pressuposto para a configuração da união estável.

Porém, a manutenção de famílias paralelas e consequente configuração de união estável ainda não é aceita pacificamente pelo Direito, o que ocorre, por exemplo, no Brasil, pois o Superior Tribunal de Justiça entende que a fidelidade é um dos requisitos para a existência da união estável, principalmente pelo fato de a sociedade brasileira estar baseada predominantemente na monogamia (POLI; FIUZA, 2016).

Nesses termos, a “segunda família” deve ser considerada uma sociedade de fato, não sendo protegida pelos institutos do Direito de Família.

Diante desse posicionamento, Poli e Fiuza (2016, p. 636) se posicionam, declarando que

A infidelidade de um dos companheiros, quando ignorada pelo outro, não é elemento suficientemente robusto para afastar o caráter sólido de qualquer relacionamento. A fidelidade, tanto na união estável como no próprio casamento é

presumida, ou seja, o descumprimento unilateral desse dever não implica, por si só, a ruptura do caráter conjugal estável.  
A fidelidade ou a infidelidade é uma escolha pessoal, insuscetível do controle do Estado e do Direito, e negar direitos, considerando-se o comportamento fiel ou infiel na família, é retroceder e ignorar conquistas históricas, como o abandono da discussão da culpa na separação.

Assim, levando-se em consideração os sujeitos envolvidos nas relações familiares e com base nos princípios gerais do Direito, inclusive o da igualdade, o qual determina que as pessoas possuem diferenças que devem ser respeitadas, há a necessidade de se garantir aos indivíduos da união estável putativa os mesmos direitos daqueles que fazem parte da instituição familiar formada anteriormente (OLIVEIRA, 2013).

### *2.2.5 Família recomposta*

A dissolução de vínculos através do divórcio, da separação de fato ou da viuvez e a união de mãe ou pai solteiro com outra pessoa são alguns dos pressupostos para a formação de novo núcleo familiar composto por pessoas que saíram de relacionamentos passados, trazendo consigo, muitas vezes, os filhos dessas convivências.

Essa organização familiar é denominada pela doutrina de família recomposta, reconstituída, ou família mosaico (SIMÕES; FERREIRA, 2013).

Com a formação de tal entidade, há a quebra de preconceitos construídos ao longo da história, entre os quais pode-se identificar a concepção de que a madrasta e o padrasto são pessoas hostis, que em nada contribuem para a formação dos filhos advindos da relação anterior dos parceiros (MATOS, 2008).

Diante dessa realidade, pode ocorrer a fortificação dos laços sócio-afetivos, onde os vínculos de sangue passam a ter importância complementar e não essencial.

Nesse sentido, Matos (2008, p. 5) destaca:

Talvez cheguem os dias em que algumas crianças terão formalmente uma mãe e dois pais, para, por exemplo, tentar transpassar ao registro o que tem sido o cotidiano de algumas realidades concretas. Ou mesmo se pode imaginar uma guarda compartilhada entre o pai biológico e o novo marido da mãe, na ausência desta, pois na convivência com ambos constrói-se o “melhor interesse da criança”.

Assim, mantém-se a coexistência de núcleos familiares, haja vista que a relação com o parceiro da união anterior não acaba por completo, o que atende aos interesses dos menores envolvidos.

### 2.2.6 Família solidária

Como prova de que atualmente não só os laços sanguíneos têm prevalência na formação de uma unidade familiar, ocorre a junção de amigos que se consideram uma família, a qual vem sendo denominada pela doutrina como anaparental ou solidária (SIMÕES; FERREIRA, 2013).

De acordo com análise doutrinária, essa formação se deve, entre outros fatores, à necessidade de auxílio financeiro, moral e sentimental de seus membros, o que pode ser retirado dos ensinamentos de Matos (2008, p. 7):

Quiçá a mais recente das entidades familiares cogitada como merecedora de tutela jurídica venha a ser a denominada de “família solidária”, ou mesmo “irmandade” na ausência de expressão melhor. Trata-se daquelas realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm em comum a necessidade premente de auxiliar-se. Como exemplo mencionam-se as pessoas de terceira idade que, em razão da ausência de possibilidade de seus parentes atender-lhes, acabam encontrando em pessoas com as mesmas características um modo de conviver “como se família fossem”.

No que diz respeito à legislação que já prevê essa modalidade de organização familiar, a autora esclarece:

No direito comparado, cita-se a experiência francesa com a lei denominada PAC's, a qual, ao lado do reconhecimento da união estável anui a união homossexual e esta nova modalidade de família solidária. Na mesma direção, o estado da Catalunha, na Espanha, menciona esta possibilidade paralelamente às demais entidades familiares (MATOS, 2008, p. 7).

Assim, pode-se dizer que a família passa por constantes modificações, que revelam a influência do afeto como elemento consolidador dessa instituição social, cabendo ao Direito assegurar garantias aos sujeitos através da elaboração de normas que se adequem às novas realidades sociais.

## 2.3 Princípios do Direito de Família

A Ciência Jurídica, às vezes compreendida como aquela que tem por objeto as leis, também engloba outros instrumentos que orientam as relações sociais, além dos costumes sociais e de outras fontes do Direito.

Esses instrumentos, conhecidos como princípios, possuem íntima ligação com as leis, sendo até mesmo encontrados explicitamente em diplomas jurídicos.

Diante dos casos de lacuna legislativa, os princípios têm o papel de fundamentar a decisão do Poder Judiciário, não podendo o juiz alegar a incompletude das leis como motivo

para não realizar um julgamento. Outra função apresentada por eles é a de guiar o intérprete das regras jurídicas, garantindo, assim, a harmonia do ordenamento jurídico.

De acordo com Bobbio (1999, p. 158),

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. (...). Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles (...). Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas.

Dessa forma, pode-se afirmar que as normas se dividem em regras e princípios, onde estes representam mandamentos de otimização, a qual pode não ser alcançada devido à realidade social e jurídica. Já as regras têm caráter mandamental, devendo ser cumpridas integralmente ou não cumpridas (ALEXY, 2010).

No campo do Direito de Família, esses instrumentos de otimização terão a mesma serventia, qual seja, a de orientar as relações familiares para fins considerados essenciais em determinado contexto e de acordo com os preceitos de um ordenamento jurídico.

Levando-se em consideração a sua especificidade, os princípios podem ser classificados em gerais e específicos, pois alguns são mais restritos a essa área do Direito.

A seguir, são elencados alguns princípios do Direito de Família, já que sua enumeração não é taxativa, tendo em vista a variedade de concepções apresentadas pelas correntes doutrinárias não só em um país mas no mundo (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

### *2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana*

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente, implícita ou explicitamente, no contexto de boa parte dos ordenamentos jurídicos atuais, objetivando garantir a proteção dos seres humanos de acordo com as necessidades apresentadas em cada contexto.

Stolze e Pamplona (2012, p. 79) asseguram que “a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.



Desse modo, pode-se dizer que tal princípio é a base de proteção da pessoa humana, sendo proibidas condutas inadequadas por parte do Estado e de particulares (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

No ramo do Direito de Família, a dignidade da pessoa humana garante aos indivíduos o respeito nas relações sociais, o que pressupõe o reconhecimento das diversas formas de família, visto que em seu interior os indivíduos encontram liberdade e afeto, independentemente da forma de constituição dos laços.

Segundo Pereira (2015, p. 1881),

É impensável, hoje, qualquer julgamento ou concepção em Direito de Família desatrelados ou destituídos da noção ou da ideia de dignidade. Ela funciona como um macroprincípio, ou superprincípio que dá a base de sustentação dos ordenamentos jurídicos. No Direito de Família, em particular, é o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios. É ele que permitiu incluir todas as categorias de filhos e famílias na ordem jurídica.

Nesse sentido, o princípio em estudo permite o desenvolvimento dos demais princípios do Direito de Família, os quais, por conseguinte, visam assegurar a existência digna daqueles que compõem o núcleo familiar.

### 2.3.2 *Princípio da solidariedade*

A convivência em sociedade, baseada na assistência mútua entre os indivíduos que a integram, possui como um de seus pressupostos a solidariedade, a qual deve partir não só do Estado, como também dos particulares, garantindo-se, assim, o desenvolvimento digno dos sujeitos, de acordo com as necessidades apresentadas em cada esfera de convivência.

No âmbito familiar, tal pressuposto se volta, igualmente, ao Estado e à sociedade e, também, à família, onde há os primeiros contatos com os valores sociais e a construção de boa parte da personalidade de seus componentes.

Nesse sentido, deve ser assegurada a máxima proteção às crianças, aos adolescentes e idosos, ou melhor, a todos que compõem a família (SANTIAGO, 2012).

Dessa forma, em consonância com Dias (2016, p. 53), percebe-se que “os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores (...)” de auxílios das mais diversas espécies.

Esse princípio vai além do reconhecimento dos laços de afetividade existentes entre as pessoas, preconizando, inclusive, o auxílio material entre estas, um dos pontos necessários para o alcance da dignidade humana (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

Dado o exposto, chega-se à conclusão de que

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste (DIAS, 2016, p. 53).

### 2.3.3 Princípio da igualdade

A igualdade entre os seres humanos, no campo legislativo, não pode estar restrita à formalidade legal, devendo-se levar em consideração as diferenças materiais apresentadas pelos indivíduos, que podem ser, por exemplo, de ordem biológica e econômica, interferindo no acesso dos indivíduos aos serviços de saúde, educação e lazer oferecidos pelo Estado e também pelos particulares.

Em relação à igualdade de gêneros, com a proibição da discriminação entre homens e mulheres por boa parte dos ordenamentos jurídicos e também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, há uma equiparação de deveres e direitos desses indivíduos, o que pode ser modificado apenas por motivos plausíveis, como, por exemplo, as diferenças biológicas (SANTIAGO, 2012).

Seguindo essa linha de pensamento, Farias e Rosenvald (2012, p. 119) destacam que deve ser observado “o mesmo tratamento jurídico entre o homem e a mulher quando a situação fática for a mesma. Porém, estando em situação fática desigual, será imperativo um tratamento diferenciado, exatamente para respeitar essa desigualdade”.

Na esfera familiar, o princípio da igualdade pode ser encontrado na corresponsabilidade dos cônjuges para com os deveres e direitos familiares, prevalecendo a ideia de colaboração na criação dos filhos e a necessidade de respeito mútuo entre cônjuges e companheiros (SANTIAGO, 2012).

Além disso, alguns ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro (art. 227, §6º, CF), proíbem o tratamento diferenciado entre filhos, não devendo ser feita qualquer distinção entre estes por motivos do tipo de ligação que possuem com seus genitores.

Dessa forma, os filhos havidos fora do casamento e aqueles que não possuem vínculo biológico com os pais não podem ter menos direitos que aqueles originados na constância do casamento.

Nesse sentido, Santiago (2012, p.5513) ressalta que

Além de todos os preceitos que consubstanciam a igualdade entre os seres humanos de maneira genérica – os quais, por si só, já demonstram a necessidade de tratamento substancialmente igualitário para os filhos de uma entidade familiar – cumpre

destacar o artigo XXV, §2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista estabelecer que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do casamento, gozarão da mesma proteção especial.

Cabe destacar, no estudo desse princípio, o reconhecimento das relações homoafetivas, que, embora não previstas nas leis de alguns ordenamentos jurídicos, são reconhecidas jurisdicionalmente, afastando posturas discriminatórias (DIAS, 2016).

### *2.3.4 Princípio da mínima intervenção do Estado*

As relações familiares, que possuem como principal vínculo o afeto, sentimento íntimo construído ao longo das relações interpessoais do indivíduo, têm natureza privada, onde seus sujeitos gozam de liberdade para definir suas escolhas quando estas não interferem de maneira negativa nos direitos dos demais participantes.

Apoiando essa ideia, Stolze e Pamplona (2012, p.107) ensinam que o Estado não deve “intervir na estrutura familiar da mesma maneira como interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”.

Como reflexo da intervenção mínima do Estado, cabe destacar o

livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem limitação externa de parentes, da sociedade ou do próprio Estado. Essa liberdade alcança as demais vertentes oriundas da constituição da família, como a livre administração do patrimônio familiar, o livre planejamento familiar, a livre formação dos filhos, etc. (SANTIAGO, 2012, p. 5513).

Dessa forma, a intervenção estatal nessa esfera deve estar presente quando objetivar a proteção do exercício da liberdade, que pode ser ameaçada pelo próprio Estado e por particulares. Nesse contexto, cabe também ao ente estatal proporcionar aos indivíduos condições objetivas de efetivação de direitos, o que pode ser alcançado através da ação política e jurídica das instituições públicas (SANTIAGO, 2012).

Indo ao encontro dessa ideia, Dias (2016, p.58) preleciona que “o Estado precisa criar instrumentos – políticas públicas – que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiados por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo”.

### 2.3.5 Princípio da afetividade

A família, embora seja uma organização social, vai além dos interesses individuais daqueles que a compõem, o que a diferencia das demais instituições sociais, movidas por interesses econômicos, espirituais etc.

Nesse sentido, deve ser dado valor à formação natural que orienta esse grupo social, o qual tem como base fundamental o afeto, sentimento que não possui como determinante os diplomas legais elaborados pelo homem (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

Assim, partindo-se da importância que o afeto tem nas relações familiares, é possível considerá-lo um princípio do Direito de Família, responsável pela estabilidade das mesmas, indo além dos aspectos econômicos e biológicos que também permeiam essa forma de organização humana (DIAS, 2016).

De acordo com Dias (2016, p. 60),

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção **eudemonista** da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, de família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

A partir dessa realidade, percebe-se que as formas de família passam a ser variadas, possuindo o Estado o papel de mantenedor das mesmas, reconhecendo a validade que possuem, já que fundamentadas no caráter afetivo.

Dessa forma, “faltando o afeto, deve entrar a lei para colocar limites onde não foi possível pela via do afeto” (PEREIRA, 2015, p. 1886).

### 2.3.6 Princípio da pluralidade

A consagração do afeto como principal estruturador dos laços familiares tem como uma de suas consequências o surgimento da união de pessoas não apenas baseada no vínculo matrimonial, nos interesses econômicos ou reprodutivos, o que proporciona a formação de famílias com vínculos diversos no que diz respeito aos laços sanguíneos, aos componentes do grupo, à orientação sexual dos genitores etc.

Por conseguinte, percebe-se que a pluralidade familiar tem ligação estreita com o princípio da afetividade, que, por ganhar reconhecimento ao longo do desenvolvimento humano, trouxe como consequência garantias de direitos aos novos núcleos familiares.

A proteção dada a essa instituição não subentende a classificação, pelo legislador, do que seja família, lição transmitida por Stolze e Pamplona (2012, p. 93), os quais esclarecem que

Ao legislador incumbe apenas o *reconhecimento* do ente familiar, mas não a sua *conceituação técnica delimitativa*, excludente de outros agrupamentos não estandardizados, pois se assim o fosse, estar-se-ia consagrando uma odiosa discriminação normativa, em franco desrespeito à superior principiologia constitucional.

Dessa forma, como foi ressaltado anteriormente, a atuação estatal deve estar vinculada à proteção da liberdade e do exercício de direitos dos entes familiares, o que pressupõe a elaboração e efetivação de políticas públicas.

### 2.3.7 Princípio da função social da família

Apesar de a família ter deixado de possuir algumas funções antes desempenhadas por ela, como, por exemplo, a de produção, ainda tem uma característica fundamental que é a de transmitir àqueles que fazem parte dela os primeiros valores e princípios formadores da personalidade humana (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

Partindo-se desse pressuposto, cabe destacar que a “*funcionalização social da família* significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um” (STOLZE; PAMPLONA, 2012).

Diante disso, o contexto familiar deve ser considerado um ambiente onde ocorrem as primeiras relações interpessoais, formadoras das opiniões de seus membros que, futuramente, passam a compor a estrutura geral da sociedade.

### 2.3.8 Princípio da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso

A elevação da proteção às crianças, aos adolescentes e idosos à categoria de princípio está ligada à valorização do ser humano, principalmente daqueles que se encontram em uma

situação de vulnerabilidade por suas características físicas e psicológicas, necessitando, muitas vezes, do apoio moral e material de outras pessoas (SANTIAGO, 2012).

No Direito de Família, esse princípio se reflete na relação entre pais e filhos, os quais possuem obrigações recíprocas no que diz respeito à assistência que deve ser dada aos seus familiares.

Em relação à criança e ao adolescente, tal proteção se justifica pela necessidade de apoio a esses sujeitos em relação à formação de sua personalidade, o que incluiu auxílio emocional e material, sendo que este último abarca a educação, saúde, alimentação e o lazer.

De acordo com Santiago (2012, p. 5499),

Na esfera internacional, a Declaração de Genebra de 1924 foi o primeiro documento a estabelecer a necessidade de conferir à criança uma proteção especial. Esse diploma reconheceu e afirmou, pela primeira vez, a existência de direitos às crianças, que consubstanciam na garantia de que a humanidade deve garantir-lhes o melhor, preconizando a responsabilidade dos adultos perante o desenvolvimento de sua personalidade.

Além dos adultos, a proteção dada às crianças deve ser responsabilidade do Estado, entendimento que se depreende do artigo 24 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (apud SANTIAGO, 2012, p. 5500):

ARTIGO 24, 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

No que diz respeito aos idosos, estes merecem especial proteção, principalmente porque possuem uma certa fragilidade física em relação aos mais jovens, para os quais, muitas vezes, já prestaram vários auxílios, o que reforça o princípio da solidariedade social (STOLZE, PAMPLONA, 2012).

Dessa forma, tanto crianças como adolescentes e idosos estão amparados pelo princípio ora analisado, havendo uma relação de reciprocidade que vai além das relações familiares, já que a sociedade e o Estado também são responsáveis pela efetivação desse mandamento.

## **2.4 O direito de família no ordenamento jurídico brasileiro**

A partir dos estudos feitos a respeito do papel da família ao longo do desenvolvimento humano, pode-se dizer que essa instituição se constitui em núcleo fundamental de sustentação da sociedade, principalmente em virtude de ser um dos primeiros ambientes de convívio da

pessoa, onde são transmitidos os primeiros valores sociais, e, por conseguinte, há a formação da personalidade dos sujeitos.

Partindo desse preceito, o Estado, consciente do papel social e não apenas privado do núcleo familiar, busca protegê-lo, e uma das formas de intervenção nessa área se dá através da elaboração de normas de Direito que regulem as diversas relações entre os entes familiares e o papel destes na sociedade em geral.

No cenário brasileiro, o tratamento estatal concedido a essa instituição pode ser alcançado através da análise das constituições e dos textos infraconstitucionais que abordam a questão familiar.

Seguindo essa linha de entendimento, cabe fazer um breve estudo das normas brasileiras que tratam do Direito de Família, a começar pela Constituição de 1824, primeira do Brasil.

Após a independência do país, iniciou-se, em 1822, um processo constitucional que culminou com a elaboração da Constituição de 1824. Esse documento não fazia menção alguma às questões familiares, exceto à família imperial, e, devido a isso, o Brasil continuou a dar lugar às legislações portuguesas, mais especificamente às Ordenações Filipinas (CASTANHO, 2012).

Já com a proclamação da República, em 1889, e sob a égide da Constituição de 1891, há o reconhecimento do casamento civil, único instituto do Direito de Família a ser tratado por ela.

A esse respeito, Castanho (2012, p. 188) destaca que

o Direito Constitucional desta época se preocupava com questões políticas, com o exercício do poder, com as atribuições do Estado, manutenção da ordem e da segurança. Vê-se, portanto, que tanto a Constituição Imperial quanto a primeira Constituição da República não colocaram a família no rol de suas prioridades.

Em relação ao Código Civil de 1916, este ainda possuía influência da sociedade patriarcal, colocando o homem em uma posição de chefia na sociedade conjugal e considerando a mulher como relativamente incapaz. Nesse contexto, ela dependia da autorização marital para exercer uma profissão e, ao contrair novas núpcias, perdia o poder sobre os filhos do casamento anterior (WALD; FONSECA, 2013).

Nesse período, os filhos adulterinos ou incestuosos não tinham direito ao reconhecimento de paternidade e a adoção era dificultada, o que impedia, de certa forma, a transmissão de herança a pessoas que não se originavam do vínculo conjugal.

Dessa forma, pode-se dizer que

Apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo sistema do Direito Canônico, era indissolúvel.

Vínculos havidos fora do modelo formal estatal eram relegados à margem da sociedade, sendo que os filhos eventualmente nascidos dessas relações eram considerados ilegítimos e todas as referências legais, nesse sentido, visivelmente discriminatórias, com a finalidade de não reconhecimento de direitos (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p. 60).

Com a promulgação da Constituição de 1934, que representou a passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, este passou a ter como uma de suas obrigações a proteção da família, estabelecendo regras sobre o casamento e reconhecimento de filhos.

A fim de ilustrar essa realidade, cabe destacar alguns artigos da referida Constituição:

Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado.

Art. 147 – O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

A partir da leitura dos artigos, percebe-se que, apesar de ser a primeira constituição a dar maior importância às questões familiares, ainda está baseada em questões tradicionais, considerando o casamento como vínculo legítimo que dá origem à família.

Por sua vez, a Constituição de 1937, que deu início ao Estado Novo, governado por Getúlio Vargas, trouxe poucas mudanças ao campo do Direito de Família, se comparada à Constituição anterior, dispensando proteção estatal à família e principalmente às crianças e aos jovens (CASTANHO, 2012).

A Constituição de 1946, representando a redemocratização do país, manteve alguns aspectos de suas antecedentes, protegendo a indissolubilidade do casamento e garantindo o apoio estatal à família.

Sob a sua vigência, “a Lei n. 883, de 21-10-1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adúlterino depois de dissolvida a sociedade conjugal” (WALD; FONSECA, 2013, p. 35), o que antes não era permitido.

No ano de 1962, a Lei n. 4.121 deu emancipação à mulher casada, que passou a ter os mesmos direitos do marido, readquirindo, assim, o poder familiar (WALD; FONSECA, 2013).

Em relação à Constituição de 1967, Castanho (2012, p. 194) traz a seguinte lição:

A Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro, (...) foi fortemente influenciada pela Carta de 1937. Como característica principal verificou-se a preocupação com a segurança nacional e revelou-se mais autoritária do que as constituições anteriores, pois reduziu a autonomia individual permitindo a suspensão de direitos e garantias fundamentais.

No campo do Direito de Família, ela não trouxe mudanças significativas, protegendo apenas garantias já previstas nas demais constituições.



Com a vigência da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que substituiu a Constituição de 1967 e para muitos é considerada um documento constitucional, apesar das divergências doutrinárias, surgiu o instituto do divórcio no Brasil, regulado pela Emenda Constitucional n. 9 do ano de 1977.

A esse respeito, Wald e Fonseca (2013, p.38) observam:

Possibilitada a dissolução do vínculo matrimonial pela Emenda Constitucional n. 9, de 28-6-1977, a Lei n. 6.515/77 alterou profundamente o sistema do Código Civil em matéria de família, que repousava na indissolubilidade do matrimônio. A lei aboliu a palavra *desquite*, trazida ao nosso direito pelo Código Civil, e substituiu-a pela expressão *separação judicial*.

Quanto aos demais tratamentos dados às questões familiares, a Emenda n. 1 protegeu direitos assegurados anteriormente pelas outras constituições.

Fazendo uma comparação entre o papel das constituições e do Código Civil de 1916, Sousa e Waquim (2015, p. 75) destacam:

O modelo do Código Civil de 1916 tinha sido edificado sobre a valorização do individualismo e, por conseguinte, o movimento de Codificação pretendia alçar o Código Civil a norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Já a Constituição Federal, (...) embora tivesse reconhecidamente o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideias e princípios, enquanto o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam em bojo definidas do ponto de vista privado.

Nessa perspectiva, as mudanças sociais ocorridas ficam à margem da legislação civil, haja vista que esta possuía cunho tradicionalista, não respaldando as novas formas de família e sua função, que ia além do caráter reprodutor e de produção.

Diante disso e das modificações ocorridas em outros setores sociais, onde os direitos humanos passam a ser vistos como capazes de influenciar também as relações privadas, há a necessidade de consolidação de uma ordem jurídica que assegure a valorização do indivíduo, o qual deve ser considerado para além da conservação da família tradicional (SOUSA; WAQUIM, 2015).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a solução para alguns dos problemas sociais encontrados nesse período. Tal Carta Política

Realizou a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres (MADALENO, 2013, p. 4).

Dessa forma, sob a vigência da Constituição de 1988, não apenas a família formada através do matrimônio tem a proteção do Estado, o qual, de acordo com o artigo 226 da Carta Magna, tem por base essa instituição social.

Além disso, pode-se destacar a não diferenciação entre filhos, mesmo daqueles que não sejam fruto do vínculo conjugal, possuindo todos os mesmos direitos (art. 226, § 6º, CF/88).

No que diz respeito aos direitos e deveres da sociedade conjugal, a mulher foi igualada ao homem, passando este a ser um dos mantenedores da sustentação da família, o que se presume do artigo 226, §5º, da Constituição vigente.

Da análise do tratamento dado pelo texto constitucional às questões familiares, pode-se afirmar que “com a promulgação da Constituição Cidadã houve uma forte tendência à Constitucionalização do Direito de Família, ou seja, este ganhou tutela constitucional, a qual buscou reduzir as imposições e alargar o espaço de liberdades” (CASTANHO, 2012, p.197).

O Código Civil de 2002, por sua vez, estando de acordo com a Constituição atual, assegura, no artigo 1.511, a igualdade entre os cônjuges, os quais devem ter como um de seus objetivos a satisfação dos interesses da família.

Esse diploma também pôs fim às diferenças estabelecidas entre os filhos, eliminando-se expressões tais como legítima, adulterina, incestuosa, adotiva.

A partir desse breve estudo, conclui-se que

A família não existe apenas porque o Direito a reconhece e a normatiza, e tampouco as mudanças na família se operam simplesmente porque a lei foi alterada. Antes, as alterações na família precedem a alteração das normas jurídicas, que apenas contemplam as mudanças que foram consolidadas com o tempo (RUZYK, 2005 apud SOUSA; WAQUIM, 2015, p. 78).

### 3 O NASCITURO E A PERSONALIDADE JURÍDICA

Embora o principal objetivo da constituição familiar não seja mais a procriação, as relações de afeto geralmente têm como uma de suas consequências a “geração” de novos seres, mesmo que por laços não necessariamente biológicos, a fim de garantir a perpetuação da espécie humana e a preservação do sentimento afetivo nas gerações.

A ciência jurídica, resguardando os direitos humanos, vai além da proteção da instituição familiar, e assegura o direito à vida, considerado condição necessária para o exercício das demais garantias.

Nesse contexto, a doutrina, a jurisprudência e as normas de Direito buscam conferir direitos ao ser humano ainda em formação, denominado nascituro, gerando discussões a respeito da existência de personalidade jurídica ou não nessa fase da vida.

Esse tema e, conseqüentemente, a atribuição de importância ao nascituro não são recentes, já que em diferentes épocas foi dada atenção aos mesmos, o que pode ser provado, como se verá a seguir, através de legislações e outros instrumentos que abordam tal assunto.

#### 3.1 As concepções de nascituro sustentadas ao longo da história

O conceito de nascituro provém do latim *nasciturum*, termo que faz referência àquele que ainda vai nascer, ser que está em formação (TEIXEIRA JUNIOR, 2009).

Embora ainda esteja vinculado ao corpo da mãe, possui informação genética única, o que confere ao mesmo certa autonomia (BARBA, 2004 apud TEIXEIRA JUNIOR, 2009).

A importância dada a esse tema já se fazia presente na Grécia Antiga, onde o aborto era punido, havendo, inclusive, a previsão da pena de morte para esse caso nas cidades de Tebas e Mileto (VASCONCELOS, 2010).

Vasconcelos (2010) faz referência à obra *Vida de Licurgo*, escrita por Plutarco, destacando a seguinte passagem:

Polidectes, o qual morreu logo depois sem herdeiros; de maneira que todos estimavam que Licurgo devia ser rei, como também o foi, até que se conheceu que a mulher de seu irmão tinha ficado grávida: logo que ele o percebeu, declarou que o reino pertencia ao filho que nascesse, se fosse homem; e depois administrou o reino como tutor do rei somente (PLUTARCO apud VASCONCELOS, p.11, 2010).

Nesse trecho, percebe-se que é reconhecida a capacidade do nascituro, o qual é visto como legítimo herdeiro do reinado da cidade de Esparta.

Em Roma, os termos pessoa e homem não possuíam o mesmo significado, já que o primeiro estava ligado à capacidade jurídica de cada um, enquanto o outro tinha viés biológico, referindo-se à fase que ia do nascimento até a morte.

Para que alguém fosse considerado pessoa, deveria reunir dois requisitos: o nascimento perfeito e o *status*.

A esse respeito, Teixeira Junior (2009, p. 19) esclarece que

Acerca do *status*, era qualidade em virtude da qual o romano tinha direitos, era condição de sua capacidade, havendo as espécies *status naturalis* e *status civilis*, sendo que os elementos deste último eram a liberdade, a cidade e a família<sup>2</sup>; os que reunissem os três elementos tinham plena capacidade de direito – mas não de fato, porque em razão de idade, sexo ou mente poderiam fazer valer seus direitos em juízo através de tutor ou curador.

Dessa forma, as mulheres, os homens que não haviam atingido 25 anos e aqueles que apresentassem alguma enfermidade física ou mental, embora sendo perfeitos (forma humana) e possuindo *status*, deveriam ser representados em juízo, pois não tinham capacidade de fato para exercerem seus direitos (VASCONCELOS, 2010).

Nesse contexto, o nascituro, mesmo que não fosse dotado de capacidade, ao sair do ventre materno, possuindo perfeição e os requisitos do *status*, tinha sua existência levada em consideração desde quando estava no ventre.

Um dos reflexos da consideração da figura do ser em formação está presente no direito sucessório, devendo a herança do pai falecido ser repartida igualmente entre o nascituro e os filhos nascidos (ROLIM, 2003).

Todavia, em um momento anterior, o ser em formação era considerado apenas uma parte do corpo de sua mãe, sendo protegido apenas por isso, entendimento que fez a concepção do Direito Romano a respeito do tema ser considerada controversa (NORBIM, 2006).

No período da Idade Média, em especial com o aumento da influência do Cristianismo, as discussões a respeito do papel do nascituro aumentaram, principalmente no sentido de o mesmo possuir ou não alma, constituindo-se em um aspecto de condenação do aborto.

---

<sup>2</sup> Esclarecendo o assunto, Teixeira Junior faz a seguinte observação: “ No tocante ao elemento liberdade, os homens poderiam ser livres ou escravos. Os livres dividiam-se em *ingenui*, concebidos em justas núpcias, e *liberi*, os homens que, nascidos ou caídos à escravidão, adquiriam a liberdade posteriormente, pela manumissão válida. Já a escravidão decorria do nascimento, do aprisionamento na guerra, e das disposições penais do *ius civile*. (...) Quanto ao elemento cidade, havia os homens livres (*cives*), cidadãos romanos com direitos contemplados pelo *ius civiles*, e os *peregrini*, que não eram cidadãos romanos, e que praticavam apenas os atos do *ius gentium*. Do elemento família, as pessoas eram divididas em direito próprio (*sui juris*), o homem que não tinha ascendentes masculinos em linha reta, o *pater familias*; e de direito alheio (*alieni juris*), que não tinha independência jurídica (TEIXEIRA JUNIOR, 2009, p. 20).

Para Agostinho e São Jerônimo “a alma entrava no feto apenas quando este assumisse forma humana, daí a importância da apresentação de movimentos intra-uterinos” (TEIXEIRA JUNIOR, 2009, p. 22).

Alguns documentos, como a Encíclica de Pio XI, não admitiam nenhuma forma de aborto, sendo proibido inclusive quando a gravidez representasse risco à vida da gestante. Assim, uma das poucas admissões dessa prática nesse período dizia respeito ao aborto indireto, previsto no Código Canônico, que ocorria por um fato alheio à vontade da mãe (VASCONCELOS, 2010).

No contexto atual, a discussão a respeito do início da personalidade jurídica do ser humano ainda se faz presente, cabendo destacar algumas concepções apresentadas em certos países.

A Argentina, por exemplo, prevê que a pessoa, desde a concepção, começa a existir, possuindo personalidade e podendo adquirir direitos, que passam a ser seus sem questionamento algum a partir do nascimento, mesmo que a vida fora do ventre da mãe não dure muito (VASCONCELOS, 2010).

Dessa forma, entende-se que, de acordo com o ordenamento jurídico do referido país, o início da vida jurídica é marcado pelo início da vida física, todavia, de acordo com os artigos 57, §1º e 64, os nascituros não têm a capacidade de exercer direitos e contrair obrigações, devendo ser representados (NASCIMENTO JUNIOR, 2013).

Enquanto o Código argentino não estabelece um prazo mínimo de horas para que o nascituro sobreviva fora do ventre da mulher e tenha seus direitos assegurados, o espanhol determina que a personalidade tem início com o nascimento, mas o nascituro é considerado como já nascido no que diz respeito aos aspectos que lhe sejam benéficos, desde que permaneça com vida fora das entranhas por vinte e quatro horas (VASCONCELOS, 2010).

Quase nesse mesmo viés, o Código Civil chileno, ao entender que a personalidade civil só se inicia com o nascimento, prevê que, caso a criança nasça sem vida, é como se a mesma nunca tivesse existido.

Mesmo diante dessas determinações, tal diploma legal protege “o direito à vida e à saúde, sem contar que existe a previsão, ainda que indiretamente, do nascituro ter direitos aos alimentos, já que a gestante possui direito a subsistência com os bens da herança, do *de cuius*” (NASCIMENTO JUNIOR, 2013, p. 17).

Nesse sentido, Vasconcelos (2010, p. 17) esclarece:

“A legislação chilena, apesar de não reconhecer personalidade jurídica ao ser humano em desenvolvimento no útero, lhe assegura o direito à vida, permitindo ação popular para a proteção desta em todas as fases do desenvolvimento embrionário”.

Em Portugal, por sua vez,

Nascimento (...) é o indivíduo sair do ventre da mãe e ficar totalmente separado dela, pois, enquanto alimentado pelo sangue materno, a criança não tem vida própria. Sendo assim, se o óbito ocorrer durante o parto, não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para a aquisição de direitos (VASCONCELOS, 2010, p. 17).

A partir dessa breve análise, percebe-se que a Argentina é um dos poucos países a considerar que o nascituro já possui personalidade jurídica, o que é estabelecido expressamente em seu Código Civil.

Essas concepções acabam possuindo certa relação com a legislação vigente no Brasil, o qual não está isolado, sofrendo a influência das mais diversas culturas.

A fim de se ter uma ideia sobre a formação da legislação pátria que aborda a questão do ser humano em desenvolvimento, cabe analisar, numa perspectiva histórica, as interferências às quais o Brasil esteve sujeito, visto que o entendimento atual que se tem do tema não é neutro, recebendo importantes contribuições de outros costumes e instrumentos jurídicos.

Partindo desse objetivo, pode-se dizer que os principais norteadores do Direito brasileiro foram o romano e o português.

Em relação à influência de Portugal, que colonizou por longo período as terras brasileiras, deve ser considerado o reflexo do Direito medieval, já que o país citado anteriormente foi regido pelo Direito romano, o qual, a partir da queda de Roma, foi influenciado pelo Direito canônico (TEIXEIRA JUNIOR, 2009).

Logo após esse período de influência do Direito romano, entraram em cena as Ordenações Afonsinas, representando a reforma do ordenamento jurídico português, e, segundo Teixeira Junior (2009, p. 24),

(...) seguindo a tradição romana, concedia-se tutor ou curador testamentário ao menor de vinte e cinco anos de idade previsto em testamento, assim como ao filho no ventre da mãe (Livro IV, Título LXXXIII).

As Ordenações Manuelinas substituíram as Afonsinas em 1514, tendo em vista a ausência de divulgação desta, o que prejudicava seu conhecimento e aplicação. No Livro III, Título XXVIII, §7º da Manuelina, estava prevista a posse em nome do nascituro (...).

Com a declaração de independência e formação do Império, o Brasil buscou a formulação de sua própria legislação. Teixeira de Freitas recebe a incumbência de codificar o direito civil, e em sua Consolidação, iniciada em 1855 e concluída em 1858, a respeito do nascituro afirmava, no artigo 1º, que “as pessoas consideram-se nascidas, apenas formadas no ventre materno: a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. Era o nascituro, portanto, pessoa, conceito repetido no Esboço do Código Civil de 1864, o qual empregava a expressão “pessoa por nascer” em seus artigos 53: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”, e 221: “Desde a concepção, no ventre materno, começa a existência das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas”, sendo que sua representação pelo curador do ventre vinha disposta no artigo 44, §1º (...).

O Código Civil de 1916 determinava, em seu artigo 4º, que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Nesse mesmo sentido, trazendo apenas algumas mudanças na ordem dos termos utilizados, o atual Código Civil, com vigência a partir do ano 2002, dispõe, em seu artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A partir das concepções trazidas pelos ordenamentos jurídicos dos países, várias teorias foram construídas pelos doutrinadores do Direito, sendo que estas podem influenciar na elaboração das leis e modificação do entendimento que se tem a respeito do início da personalidade jurídica do nascituro.

### **3.2 Direitos da personalidade: breve discussão**

A personalidade constitui-se em um tema de importância não só para a ciência do Direito, visto que, segundo o ensinamento de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 127),

Em 1949 (...), renomados psicólogos reuniram-se em um congresso realizado em Berna, com o propósito de traçar um conceito de personalidade que fosse aceito pela maioria significativa dos profissionais de psicologia, havendo os *experts* chegado à conclusão de que tal conceito seria “a estrutura ou a silhueta psíquica individual”, ou, ainda, “o modo de ser peculiar do eu”.

Embora essa conceituação ajude na compreensão do termo em análise, pode ser considerada restrita ao âmbito da Psicologia, cabendo à ciência jurídica ir mais além no estudo desse conceito.

Dessa forma, numa análise mais profunda do tema, percebe-se que a configuração psíquica do homem é apenas uma das interfaces da personalidade, não cabendo restringir o conceito jurídico ao psicológico.

Nesses termos, Beviláqua (p. 81 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 128) preleciona: “a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”.

Assim, no plano jurídico, pode-se dizer que a personalidade está relacionada à capacidade de o sujeito adquirir direitos e contrair obrigações, sendo denominado de titular dos atributos conferidos a ele. Cabe destacar que todos os seres humanos possuem

personalidade, não estando a sua atribuição vinculada à raça, cor, condição social, idade, ao sexo etc.

Outra expressão utilizada para designar a personalidade jurídica é a capacidade de direito, não devendo ser confundida com capacidade de fato, pois

A personalidade jurídica confere, a todas as pessoas, a capacidade de titularizar direitos. Entretanto, nem todas possuem a aptidão exigida para exercê-los. Assim, a *capacidade de fato* configura-se como a medida da personalidade. Caracteriza-se por exigir certos requisitos, pressupostos indispensáveis para que o titular de um direito possa exercê-lo, por si. Dessa maneira, ao contrário da capacidade de direito, que não possui quaisquer restrições, a capacidade de fato está sujeita a muitas limitações (NUNES; OLIVEIRA, 2007, p. 277).

A partir dessa lição, pode-se dizer que, embora todos os seres humanos sejam providos de personalidade jurídica, há requisitos básicos, de acordo com cada ordenamento jurídico, para que os direitos e deveres sejam efetivamente exercidos em cada caso concreto.

Em relação aos direitos da personalidade, entende-se que estes envolvem bens que não podem ser reduzidos a valores pecuniários, a exemplo da vida, da intimidade, da integridade física etc. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Alguns teóricos, ao buscarem compreender qual a origem dos direitos da personalidade, defendem que tais garantias são inatas à condição humana, não dependendo de nenhum diploma legal para existirem. Em sentido diverso, há aqueles estudiosos que destacam a figura do Estado no reconhecimento dos direitos da personalidade, os quais devem estar previstos em um documento formal.

Partindo desses entendimentos, são identificadas duas correntes que influenciam a visão que se tem a respeito da origem dos direitos da personalidade, quais sejam o positivismo e o jusnaturalismo, que são abordadas, respectivamente, por Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 185), doutrinadores que utilizam a doutrina de Bittar (1999) para fundamentar seu entendimento:

A primeira corrente toma por base a ideia de que os direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo Estado, que lhes daria força jurídica. Não aceitam, portanto, a existência de direitos inatos à condição humana. (...) Já a segunda linha de pensamento destaca que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas naturalmente pelo homem, verdadeiros atributos inerentes à condição humana. Tal visão, fortemente influenciada pelo *jusnaturalismo*, tem encontrado respaldo na doutrina, propugnando os seus defensores que, por se tratar de direitos inatos, caberia “ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares”.

Diante disso, percebe-se que a previsão dos direitos da personalidade, seja em documentos formais ou ideologicamente, sendo exercitados pelos homens de maneira geral,



garante o respeito ao indivíduo perante o Estado e a sociedade, possuindo como objetos principais a dimensões física, psíquica e moral do ser humano.

A doutrina, ao se aprofundar no estudo sobre o tema, traz algumas características dos direitos da personalidade, entendidos como absolutos, vitalícios, imprescritíveis, extrapatrimoniais, indisponíveis e irrenunciáveis (COELHO, 2009).

O caráter absoluto dos direitos da personalidade diz respeito à sua oponibilidade contra todos, devendo ser respeitados pela coletividade, até mesmo por aqueles que não possuam vínculo com o sujeito que reivindica algum direito.

Todavia, mesmo que possuam caráter absoluto, tais direitos não são ilimitados,

Pelo contrário, cedem lugar a outros interesses juridicamente tutelados como de maior envergadura (difusos, coletivos e públicos). Assim, o direito da personalidade à privacidade não pode impedir, por exemplo, o controle da arrecadação de tributos, porque, enquanto o primeiro atende a interesse exclusivamente privado da pessoa do contribuinte, o segundo é de claro interesse público (COELHO, 2009, p. 183).

Outra característica dos direitos da personalidade é a sua vitaliciedade, não perdendo sua proteção em determinada época da vida da pessoa, havendo alguns que podem ser exercidos, por representantes legais, até depois da morte, o que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstram Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 197):

Se a lesão, por exemplo, à honra do indivíduo ocorrer após o seu falecimento (atentado à sua memória), ainda assim poder-se-á exigir judicialmente que cesse a lesão (ou sua ameaça), tendo legitimidade para requerer a medida, na forma do parágrafo único do art. 12 do CC-02, “o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Como consequência da vitaliciedade desses direitos, tem-se a imprescritibilidade como outra característica, o que significa que o sujeito pode exercer os direitos dessa ordem a qualquer momento, havendo a possibilidade “de demandar o ofensor, qualquer que tenha sido o lapso de tempo decorrido desde a ofensa ou seu conhecimento pelo titular do direito” (COELHO, 2009, p. 183).

A quarta característica que pode ser citada diz respeito à extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, os quais não podem ser reduzidos a um valor pecuniário, mesmo que o desrespeito a eles traga uma consequência econômica.

Porém, Coelho (2009) faz uma ressalva quanta a essa característica, explicando que

Se a quase-totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, *dependendo do titular*, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação de massa. O melhor entendimento da matéria, por conseguinte, é o da distinção entre direitos da personalidade patrimoniais e extrapatrimoniais (COELHO, 2009, p. 183).

Quanto à indisponibilidade, outra característica identificável, entende-se que os direitos da personalidade não podem ser cedidos a outra pessoa e também não podem ser limitados, ainda que pelo próprio titular do direito.

Por conseguinte, tais direitos não podem ser transferidos a terceiros, acreditando alguns doutrinadores que a indisponibilidade

Abarca tanto a *intransmissibilidade* (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto a *irrenunciabilidade* (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 194).

Em relação à irrenunciabilidade, já abordada acima, mesmo que o indivíduo manifeste em determinado momento a vontade de não exercer um direito da personalidade, tal ato pode ser desfeito a qualquer momento, voltando o titular a exercê-lo.

Dessa forma, qualquer pessoa pode deixar de praticar um direito, todavia, essa falta de exercício “não tem o mesmo significado da renúncia. Quem renuncia a direito, assume uma obrigação, a de não exercê-lo, podendo vir a ser responsabilizado caso a descumpra” (COELHO, 2009, p. 184).

### **3.3 Início da personalidade jurídica: as correntes doutrinárias e o ordenamento jurídico pátrio**

A partir das considerações feitas sobre a importância da personalidade, que confere aos indivíduos direitos e deveres na ordem jurídica, torna-se fundamental a discussão a respeito do seu início, havendo a identificação de teorias que tratam do tema.

Essa tentativa de demonstrar o que marca o início da existência de um sujeito com direitos efetivos não é recente, podendo ser dito que chegou ao seu ápice com a influência do Cristianismo, durante a Idade Média, o qual buscava com mais intensidade a proteção do nascituro (TEIXEIRA JUNIOR, 2009).

Nesse período, algumas correntes foram originadas, como fica demonstrado a seguir:

- a) os ficcionistas (como Savigny), os quais, como o próprio nome indica, construíram a proteção do nascituro mediante a ficção do mesmo já ter nascido, isto é, já era pessoa no interior do ventre pois era tido como nascido;
- b) em oposição aos ficcionistas, a teoria dos direitos sem sujeito (do pandectista Windscheid), que, ao invés de cingir o sujeito de direito, “o escamoteava”;
- c) a teoria da *hereditas iacens* (F. Endemann), que torna sem dono a herança, se há nascituro, até seu nascimento, evidentemente insustentável nos países em que prevalece o princípio da *saisine*<sup>3</sup>;

<sup>3</sup> Tal princípio está previsto no atual Código Civil brasileiro, o qual define: “Art. 1784. Aberta a sucessão. A herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Coletânea Básica Civil, vol. 1, Brasília: Senado Federal, 2016).

- d) a solitária teoria da eficácia passiva (de Ihering), bem como a teoria dos direitos futuros (Rosenthal), também tratando da aquisição *ex tunc*;
- e) as teorias da condição: e.1) teoria da aparência da condição (Eck), em que o exercício estaria condicionado, mas não é explicitado se o direito também; e.2) teoria da condição (em sentido próprio) (Heymann), que apresentava problemas acerca da capacidade, condicionada, e da incondicionalidade dos direitos herdados; e.3) teoria do análogo à condição (Oertmann), pelo qual o nascituro não tem direitos, mas será titular de direitos que já são (não explica de quem) se nascer vivo;
- f) a incoerente teoria da personalidade jurídica *stricto sensu* (Rudorff), segundo o qual, antes de adquirir personalidade física, cria-se ao nascituro uma personalidade jurídica;
- g) a omissa teoria da representação (Holder), em que o curador exerceria o direito do nascituro, mas não afirmava se este existia, ou não;
- h) a teoria do sujeito indeterminado (Stammler), que afirma que o ser humano vivo que ainda não nasceu, já é ser humano, sendo indeterminado apenas seu sujeito (TEIXEIRA JUNIOR, 2009, p. 23).

Tais teorias não se consolidaram na ordem jurídica atual e, hodiernamente, outras concepções podem ser encontradas, o que não significa dizer que há pacificidade no campo doutrinário quanto ao início da personalidade jurídica (TEIXEIRA JUNIOR, 2009).

A primeira linha de pensamento que pode ser abordada diz respeito à teoria concepcionista, defendendo que o início da personalidade ocorre durante a fecundação, ou seja, durante a fusão entre o gameta masculino e o feminino. Desse modo, os direitos assegurados às pessoas já nascidas devem se estender àquele que ainda se encontra no ventre materno.

De acordo com os defensores dessa ideia, nesse momento, um novo material genético é formado, o qual será responsável pelas características físicas e psíquicas do novo ser (NUNES; OLIVEIRA, 2007).

A crítica dos que defendem essa concepção é no sentido de que, aqueles que acreditam no início da personalidade depois do nascimento, confundem a capacidade com a personalidade, quando na verdade “apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida” (ALMEIDA, 2003, p. 93).

Para Diniz (1999, p. 9 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 132)

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

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2013), a posição da autora mais se aproxima da teoria da personalidade condicional, que será abordada posteriormente, já que a garantia de algumas espécies de direito fica dependendo de uma condição suspensiva.

Para eles, a personalidade que os nascituros já possuem no ventre materno pode alcançar efeitos patrimoniais, e para demonstrar sua ideia, citam o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO *QUANTUM*. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITOS AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 399028/SP; REsp 2001/0147319-0, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-2-2002, DJ 15-4-2002, p. 232 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 132).

Todavia, longe do objetivo de refutar a teoria concepcionista, cabe ressaltar que, no caso citado acima, protege-se a integridade moral do nascituro, direito da personalidade que possui como uma de suas características a extrapatrimonialidade, não podendo ser avaliado economicamente, sendo que a indenização “*não* guarda relação quantitativa com o valor da ofensa” (COELHO, 2009, p. 183).

Faz-se necessário abrir um parêntese para tratar da questão do embrião que é concebido fora do ventre, também conhecido como embrião *in vitro*. Essa técnica consiste na união entre os espermatozoides e óvulos fora do corpo humano, e logo após eles são inseridos no útero. Tal medida tem contribuído com aqueles casais que possuem problemas de fertilidade, visto que no laboratório os gametas passam por processos que auxiliam no seu desenvolvimento (COELHO, 2009).

Considerando essa nova forma de reprodução, é importante incluir no conceito de nascituro o ser que tem sua fase inicial de desenvolvimento em um laboratório, garantindo a ele direitos que são assegurados àqueles originados de maneira natural (NUNES; OLIVEIRA, 2007).

A respeito desse tema, Diniz (2002, p. 180) ressalta que

Na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos pessoais, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (...), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Outra teoria que trata da questão do início da personalidade é a da personalidade condicional. Segundo seus adeptos, a garantia dos direitos do nascituro, também denominado conceito, depende de uma condição suspensiva, que é o nascimento com vida. Dessa forma,

caso o ser humano venha a nascer sem vida, sendo denominado natimorto, há o entendimento de que nunca existiu (NUNES; OLIVEIRA, 2007).

Sobre esse tema, Wald (1995, p. 120 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013) faz a seguinte colocação: “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Assim, embora o conceito tenha sua personalidade jurídica reconhecida, esta depende do nascimento com vida, podendo ser considerado uma “pessoa condicional” (PIOVEZANI, 2016, p. 14).

Fazendo uma crítica a essa teoria, Tartuce (2015, p. 81) se posiciona da seguinte forma:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente.

Acompanhando o posicionamento do autor, percebe-se que há uma série de direitos que são garantidos eficazmente ao nascituro, como, por exemplo, o direito à saúde, que não depende do nascimento com vida para ser reconhecido ao ser em desenvolvimento.

A teoria natalista, por sua vez, defende que o início da personalidade ocorre a partir do nascimento com vida, a qual tem como fundamento a respiração, que é comprovada pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno (NUNES; OLIVEIRA, 2007).

Assim como é entendido pelos adeptos da teoria da personalidade condicional, caso seja constatado que o nascituro morreu antes de ser separado totalmente do corpo da mãe, há a desconsideração do natimorto, não chegando a adquirir personalidade jurídica.

Segundo a opinião de Tartuce (2015, p.80),

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

Tendo por base o questionamento do autor, encontram-se na doutrina algumas explicações para tal pergunta.

Para Coelho (2009), o nascituro seria um sujeito despersonalizado humano, mas que possui direitos resguardados desde a concepção.

De acordo com o autor, “o homem e a mulher, enquanto se encontram em processo de gestação no útero materno (nascituros), são já *sujeitos de direito*, embora não sejam ainda *pessoas*” (COELHO, 2009, p. 145).

Analisando o enunciado, percebe-se que o autor faz uma distinção entre os elementos sujeito de direito e pessoa, onde o primeiro é gênero e a segundo é espécie, “isto é, nem todo sujeito de direito é pessoa, embora toda pessoa seja sujeito de direito” (COELHO, 2009, p. 137).

A teoria natalista é considerada como aquela que fundamenta o artigo 2º do Código Civil brasileiro, o qual determina: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Porém, a aceitação do que é defendido por essa corrente de pensamento não é pacífica na doutrina brasileira.

Nesse sentido, Almeida (2000, p.175 apud SIMÕES; FERREIRA, 2013, p. 197) se posiciona da seguinte forma:

Personalidade é qualidade de quem é pessoa. Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o **status** atributos da personalidade. Para nós, pessoa-personalidade constitui binômio, uma vez que de há muito não existe mais a morte civil, nem a escravidão, as quais permitiam a dissociação entre pessoa e personalidade.

Acreditar que a personalidade só tem início com o nascimento, tendo por base a expressão do Código Civil, é reduzir a mesma à capacidade de fato, sem levar em consideração que o nascituro já possui capacidade de direito, mesmo que necessite de representação para exercê-los (ALMEIDA, 2003).

Não importando a teoria que seja adotada, fato é que os nascituros têm seus direitos assegurados, seja em documentos nacionais ou internacionais, visto que a vida já se faz presente nos seres em desenvolvimento.

Como direito fundamental a todos os seres humanos, há a proteção da vida não só pela legislação brasileira, mas também por tratados internacionais, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, citada por Vasconcelos (2010, p.40), que passou a ter vigência no Brasil em 1992, dispondo da seguinte forma: “art. 4º, 1, toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O direito à vida também é protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, citada por Amaro (2008, p. 914), dispondo, em seus artigos 3º e 6º:

Art. 3º Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.  
Art. 6º Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Partindo da determinação encontrada na Declaração, Amaro (2008, p. 914) se posiciona no sentido de que, “uma vez estabelecido de que todo ser humano tem direito à vida

e de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, sendo o nascituro um ser humano, posto ter vida desde o momento da concepção, este é detentor de personalidade jurídica”.

No artigo 5º da Constituição Federal de 1988, também está prevista a proteção da vida. Nestes termos:

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

Essa proteção se estende ao nascituro, já possuidor de vida, mesmo que estudiosos apresentem divergências quanto ao momento de origem da mesma, como se verá mais à frente.

Outro instrumento legal de proteção desse direito, possuindo dispositivos diretamente ligados à proteção do conceito, é o Código Penal brasileiro. Um dos dispositivos desse documento prevê o seguinte: “art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos”.

Assim, há a tipificação penal da conduta que atinge a vida de maneira negativa, punindo-se não apenas a mãe, mas também terceiros, tema que será abordado de maneira mais detalhada no próximo item.

Além do direito à vida, encontra-se, no Direito brasileiro, a possibilidade de doações ao nascituro, o que é demonstrado no artigo 542 do Código Civil: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Como principais representantes legais do nascituro, há a figura dos pais. Todavia, o Código Civil prevê o direito à curatela, disciplinado em seu artigo 1.779: “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

A esse respeito, Vasconcelos (2010, p. 36) faz a seguinte colocação: “um exemplo é na hipótese de morrendo o marido, ficar mulher grávida e toxicômana, que acaba de perder o poder familiar, sendo necessário conceder curador ao nascituro para agir em defesa dos seus direitos”.

De acordo com o parágrafo único do artigo, se a mulher já estiver interditada, o curador do nascituro será o mesmo da mãe. Nascendo a criança, ela passa a ter um tutor, que deverá prosseguir na defesa dos interesses do tutelado.

É oportuno destacar também o direito aos alimentos, que pode ser considerado decorrência do direito à vida, haja vista que, para que o nascituro se desenvolva de maneira saudável, depende, inclusive, da saúde de sua mãe, que necessita de auxílio médico, psicológico, alimentar etc.

No Brasil, esse direito está previsto na Lei 11.804/2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, visando proteger o conceito através do oferecimento de meios necessários à subsistência dele e de sua mãe durante o período gestacional.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 135), “o nascituro tem direito a *alimentos*, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do pai da criança que está por vir ao mundo”.

Outro documento legal que tem o objetivo de proteger o conceito é o Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo em seu artigo 8º a seguinte disposição:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Entende-se que, ao garantir proteção à mulher grávida, o Estado objetiva não só resguardá-la, mas também conferir um desenvolvimento saudável ao ser humano em formação.

### **3.4 Direito à vida e aborto: algumas considerações**

O reconhecimento e a proteção de direitos em documentos jurídicos nacionais e internacionais pressupõem a garantia do direito à vida, considerado condição necessária de usufruto daquilo que é assegurado pelo Estado.

Em alguns países, é proibida a pena de morte, mesmo diante da prática de crimes que atinjam a vida, o que demonstra a defesa desse bem jurídico, embora a sobrevivência de outro ser humano tenha sido atingida em um momento anterior.

Outra forma de proteção à vida, adotada por alguns sistemas jurídicos, diz respeito à proibição do aborto, tema que gera discussões não só no meio jurídico, já que envolve assuntos públicos de política e saúde e também valores religiosos.

A questão do aborto, expressão que vem do latim *abortus* (ab=privação; *ortus*=nascimento), envolve a discussão a respeito do início da vida, haja vista que, possuindo como um dos pontos a defesa desta, encontram-se várias opiniões, favoráveis ou não, sobre a prática abortiva.

Para alguns cientistas, o início da vida se dá com a penetração do gameta masculino no feminino, formando-se um novo ser, possuidor de identidade genética própria, principal fator que fundamenta a opinião dos que acreditam nessa teoria.



Há também os estudiosos que veem o momento da penetração da célula-ovo no ventre, fenômeno denominado nidação, como o início da vida, pois, segundo eles, caso o embrião não se firme nesse órgão, terá seu desenvolvimento impedido (NUNES; OLIVEIRA, 2007).

De acordo com Nunes e Oliveira (2007, p. 279) existem ainda

aqueles que atribuem o início da vida ao aparecimento da linha primitiva do embrião, que insinua a formação do sistema nervoso central do ser humano, o que ocorre em torno do décimo quarto dia da gestação. Entendem os defensores dessa teoria que, para se caracterizar um ser como humano, não se pode levar em consideração apenas um conjunto de células biologicamente estruturadas, sendo indispensável que ele possua um sistema nervoso central. Em abono do explicitado pelos defensores desse posicionamento, chega-se a denominar os embriões com menos de quatorze dias de pré-embriões.

Tais teorias servem de base nas discussões a respeito da interrupção do desenvolvimento do conceito, prática que não se restringe à contemporaneidade, havendo relatos da mesma no período da Antiguidade, o que era justificável, para Aristóteles, quando a gravidez se originasse de ato violento, devendo existir autorização judicial, e, para Platão, nos casos em que a mãe já contasse com mais de quarenta anos de idade (TESSARO, 2006).

Em Roma, o nascituro era considerado uma parte do corpo de sua mãe, sendo protegido, na maioria das vezes, apenas quando houvesse interesse do pai.

A esse respeito, Tessaro (2006, p. 43) destaca que

durante o reinado do imperador Septimus Severus (193-211 d. C.), o aborto deixou de ser considerado uma lesão à saúde e à integridade física da gestante, passando a ser considerado lesão ao direito de paternidade, sob a justificativa de frustração das expectativas paternas quanto a sua descendência. Assim, o aborto próprio ou consentido seria punível somente quando a gestante fosse casada, e sem a finalidade de proteger o feto, e sim o direito que possuía o marido à sua descendência.

Com a influência do Cristianismo, o aborto passou a ser considerado crime contra a vida, o que se baseava principalmente na importância da alma para a cultura cristã, pensamento que ainda permeia o mundo ocidental (TELES; RIBEIRO; GAGLIETTI, 2013).

Todavia, mesmo diante da influência do pensamento cristão no sentido de condenar a prática abortiva, muitos países consentem com ela, adotando alguns o “sistema de indicações”, tratado por Tessaro (2006), a qual esclarece que

Segundo esse sistema, “a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do auto-aborto, do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante”. Entretanto, estando presente circunstância hábil a ensejar um conflito entre a vida do embrião ou feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos.

Como exemplo de países que adotam tal sistema, os quais levam em consideração a saúde da gestante ou do feto, há a Bélgica, Bulgária, África do Sul, Holanda, Índia, o Canadá, Peru etc.

Há legislações estrangeiras, porém, que passaram a estabelecer prazos dentro dos quais pode ocorrer a interrupção do desenvolvimento da vida intrauterina, não sendo necessário haver risco à saúde da mãe ou do nascituro, baseando-se apenas em prescrições médicas, psicológicas, econômicas ou sociais. Entre esses países estão a Dinamarca e a Áustria (até 13 semanas), a Turquia (até 10 semanas) e a Suécia (até 18 semanas) (TESSARO, 2006).

Por outro lado, existem aqueles países onde o aborto é liberalizado, prevalecendo os interesses da mulher, o que ocorre nos Estados Unidos e na Holanda (SARMENTO, 2005).

No contexto brasileiro, de acordo com a configuração social e política de cada época, apresentam-se variadas visões a respeito da interrupção da gravidez, é o que demonstra Bitencourt (2010, p. 158) na seguinte passagem:

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o *aborto consentido e o aborto sofrido*, mas não o *aborto provocado*, ou seja, o *autoaborto*. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado, como uma espécie, digamos, de criminalização de *atos preparatórios*. Agravava-se a pena se o sujeito ativo fosse médico cirurgião ou similar.

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Referido Código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente; nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante.

Atualmente, tem-se a criminalização de alguns tipos de aborto, tratado pelo Código Penal de 1940 nos artigos 124 a 128, podendo ser classificado em: “auto-aborto (art. 124, primeira parte, CP), consentido (art. 124, segunda parte), não consentido (art. 125, CP), necessário – ou terapêutico (art. 128, I, CP) e sentimental (art. 128, II, CP).” (TESSARO, 2006, p. 47).

As exceções à criminalização dizem respeito ao aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e ao sentimental, permitido quando a gravidez provém de estupro, devendo existir o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, quando ela for incapaz.

Além desses casos, outra forma de aborto permitida na realidade brasileira, por decisão do Superior Tribunal Federal, é aquela que envolve o feto anencefálico, que, após o nascimento, fica sem possibilidade de sobrevivência, hipótese não prevista na legislação penal

vigente provavelmente pelo fato desta ter surgido em 1940, época onde as técnicas de análise da saúde do conceito não eram tão específicas.

Segundo Tessaro (2006, p. 50), fazendo referência a Prado (2005), “embora o legislador brasileiro tenha optado pela incriminação do aborto voluntário, também adotou o sistema de indicações”. Isso porque, apesar de condenar o aborto consentido e o não consentido e o auto-aborto, prevê exceções, levando em consideração a saúde física e psíquica da gestante.

Apesar de não ser tratada de maneira expressa pela Constituição Federal de 1988, a interrupção do desenvolvimento do nascituro possui importância constitucional, pois envolve princípios contemplados pela Carta Política, a exemplo do direito à vida.

Porém, mesmo diante dessa constatação, alguns se posicionam de maneira favorável à prática abortiva, defendendo o direito que a mulher possui de dispor do próprio corpo. Tal posição é assumida por Sarmiento (2005, p. 44), que afirma:

nos países que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados, e não há razões para supor que no Brasil seria diferente. Portanto, os efeitos dissuasórios da legalização repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível – aliás, se não fosse, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão para comportar as milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas. Daí se pode concluir que, do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal consequência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

Assim, percebe-se que para alguns a vida do nascituro pode ser relativizada quando a criminalização do aborto represente risco à vida da mulher, que, em alguns casos, recorre a meios ilegais para obstar a continuidade da gravidez, prática que pode trazer consequências negativas à saúde da gestante, já que realizada muitas vezes em ambientes que não contam com requisitos básicos de higiene e capacidade profissional para realização desse procedimento.

O argumento de que a vida intrauterina pode ser sacrificada em prol do bem-estar materno parte da compreensão de que a pessoa já nascida possui importância maior diante do conceito, o que é comprovado pela própria legislação brasileira, pois no Código Penal o aborto é punido com 1 a 3 anos de detenção, enquanto o homicídio tem como pena a reclusão, que pode durar de 6 a 20 anos (SARMENTO, 2005).

Diante dessas considerações, entende-se que o argumento favorável à interrupção voluntária da gravidez está baseado principalmente no direito que a mulher possui de decidir o que faz com o seu corpo, o que, indiretamente, esbarra em questões de saúde pública, haja vista que a procura por meios que impeçam a continuidade da gravidez pode trazer como consequência a morte da gestante.

Outra questão, apresentada por Barroso (2012, p. 183) é a de que “o aborto também deve ser considerado como uma questão de *igualdade*, pois como apenas as mulheres carregam o ônus integral da gravidez, o direito de interrompê-la coloca-as em uma posição equivalente ao dos homens”.

Para alguns doutrinadores, a criminalização do aborto está baseada inclusive em questões religiosas, o que é criticado, no contexto brasileiro, tendo em vista a laicidade do Estado.

Tal opinião é sustentada por Sarmiento (2006, p.61), o qual afirma que

Talvez não haja nenhum outro tema que provoque reações tão apaixonadas como o aborto. E este passionalismo deve-se não apenas à transcendência dos interesses envolvidos, mas também, cumpre reconhecer, às dimensões religiosas da nossa problemática. Não é necessário lembrar, no particular, a posição radical assumida pela Igreja Católica, que condena o aborto em qualquer circunstância – até mesmo naquelas hoje admitidas pela retrógrada legislação brasileira. Nem é preciso recordar que o catolicismo continua sendo a religião majoritária no país. Neste contexto, deveria o Direito curvar-se diante da religião, impondo coercitivamente, inclusive aos não crentes, as posições de determinada confissão religiosa, ainda que majoritária? (...) A resposta a esta pergunta só pode ser negativa. A constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas (...).

Assim, o autor entende que a posição adotada no sistema jurídico brasileiro se deve não apenas a questões de valores encontrados em seu âmago, mas também à opinião religiosa, o que vai de encontro ao ideal de separação entre âmbito público e o privado, característica de um Estado laico.

Feitas as considerações favoráveis à interrupção voluntária da gravidez, cabe destacar que, embora a mulher possua a liberdade de dispor do seu corpo e tenha o direito de planejar de maneira autônoma a sua reprodução, deve-se levar em consideração a necessidade de incentivar no cenário social o desenvolvimento de uma cultura que envolva relações interpessoais responsáveis, incluindo o relacionamento sexual.

Tal posicionamento, sem querer impor relacionamentos monogâmicos e duradouros, tem por objetivo disseminar a necessidade da utilização de meios contraceptivos, sendo que

alguns evitam, inclusive, a contaminação com doenças sexualmente transmissíveis, que também afetam a saúde pública, levando muitas pessoas a óbito<sup>4</sup>.

Entre os meios de alcance desse objetivo, estão as políticas públicas, ferramentas que, quando utilizadas de maneira adequada pelo Poder Público, não havendo desperdício de recursos, são fundamentais ao alcance das metas governamentais.

Quanto à opinião de Barroso (2012), que afirma ser o aborto uma questão de igualdade, percebe-se que o mesmo parece levar em consideração apenas o aspecto físico ao afirmar que “as mulheres carregam o ônus integral da gravidez” (2012, p. 183), pois, pelo menos na legislação brasileira, há previsão de lei que garante ao nascituro e à mulher gestante o auxílio paterno necessário em relação aos gastos desse período, mesmo que essa colaboração se reduza, em um primeiro momento, a questões meramente financeiras.

Nesses termos, vale ressaltar a opinião construída por Harada (2007 apud SANTOS; ARAÚJO, 2009), afirmando o seguinte:

Ainda que se conceda, por absurdo, apenas para argumentar, que haja dúvida quanto ao início da vida, certo é que, até ao réu acusado das mais terríveis atrocidades, aplica-se o princípio segundo o qual a dúvida o beneficia (in dubio pro reo). Ora, com muito mais razão ele se aplica ao ser humano inocente e em fase de grande fragilidade, ou seja, na dúvida, há de ser preservada a vida (in dubio pro vita) (...).

---

<sup>4</sup> De acordo com a Organização Mundial da Saúde, “sífilis, clamídia e gonorreia – doenças bacterianas – estão ficando resistentes aos antibióticos mais usados contra elas. E infectam cada vez mais pessoas. As infecções são três das doenças sexualmente transmissíveis (DST) mais frequentes: juntas, elas contagiam 200 milhões de pessoas por ano – todo ano, são 131 milhões infectadas por clamídia, 78 milhões pela gonorreia e 5,6 milhões pela sífilis”. Disponível em <exame.abril.com.br/ciencia/três-das-dsts-mais-comuns-estao-ficando-intrataveis-diz-oms>. Acesso em 03 jul. 2017.

## **4 O DIREITO AOS ALIMENTOS E SUA FUNÇÃO NA GARANTIA DA DIGNIDADE DO NASCITURO**

Como já explicitado em outro momento deste trabalho, é notável que a espécie humana, em boa parte do seu desenvolvimento, mantém como um dos requisitos de organização o auxílio entre indivíduos, guiada por necessidades não apenas naturais, como a reprodução, mas também por necessidades racionais que, de acordo com a percepção do ser humano, são alcançadas com maior facilidade através da participação conjunta dos componentes de um grupo.

Um exemplo de objetivo racional é a proteção daqueles que compõem o grupo, apesar de também ser considerado em um primeiro momento como natural. Essa afirmação pode ser feita pelo fato de o ser humano desejar permanecer agrupado ao notar que assim possui maiores chances de se defender (ENGELS, 1984).

Sobre esse assunto, Viana (1979, p. 191) esclarece que

O homem é, em si mesmo, incompleto, e só pela união poderá alcançar o progresso e o bem-estar, o que explica a necessidade de vida em comum, em regime de dependência com seus pares, caminho para atingir a realização de todo o seu potencial. Não apenas o instinto ou a própria fragilidade humana faz com que ele busque o convívio social, mas a própria razão, porque só pela soma de esforços será completo.

Nesse contexto, destaca-se o papel da família, forma de organização essencial para a sociedade, visto que auxilia na transmissão de valores, sendo um deles a responsabilidade mútua.

Um dos reflexos desse dever de responsabilidade, guiado pelos princípios que regem as relações familiares, diz respeito à prestação de alimentos entre aqueles que fazem parte dessa instituição, o que é essencial, principalmente pelo fato de alguns de seus componentes não possuírem capacidade física ou financeira de se autossustentarem, ainda que temporariamente.

### **4.1 O papel dos alimentos ao longo da história**

As necessidades básicas dos seres vivos, entre as quais está incluída a alimentação, proporcionam aos mesmos, quando satisfeitas, a sua sobrevivência e, por conseguinte, a perpetuação das espécies.

Entre os seres humanos, a cooperação racional estabelecida fez com que a prestação de alimentos se tornasse uma obrigação com o passar dos anos, protegida pelo Direito, onde o

termo abrange não apenas a alimentação em sentido estrito mas tudo aquilo que é necessário à subsistência humana, o que pode variar em cada contexto, de acordo com as necessidades apresentadas pelos indivíduos (VENOSA, 2011).

No que diz respeito à origem da obrigação alimentar no seio familiar, Venosa (2011, p. 359) destaca que “não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida”, o que é corroborado por Cahali (2009, p. 42), ao afirmar que “não há uma determinação precisa do momento histórico a partir do qual essa estrutura foi se permeabilizando, no sentido do reconhecimento da obrigação alimentar no contexto da família”.

Apesar da imprecisão quanto à época de surgimento da ideia de obrigação alimentar entre os entes familiares, convém destacar a cultura romana, que exerce influência nesse campo jurídico, mesmo que no início da de tal civilização fosse desconhecido o dever de prestar alimentos no âmbito das relações familiares.

Essa realidade se deve à constituição familiar romana, baseada por longo período em uma relação onde o *pater familias*, chefe dessa instituição, possuía todos os poderes, não podendo aqueles que dependiam dele reivindicar algum direito obrigacional (CAHALI, 2009).

Num primeiro momento, essa espécie de obrigação estava baseada em um dever moral para com aqueles que dependiam dos indivíduos com maior capacidade física e financeira e tinham vínculo sanguíneo com os mantenedores.

Sobre a importância dada ao vínculo sanguíneo e a influência que desempenhou nas relações familiares, Cahali (2009, p. 42) diz que

Terá sido a partir do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica própria, a que corresponderia o direito alimentar (...).

Assim, a partir da consideração dada ao aspecto da consanguinidade das pessoas e do conseqüente surgimento da obrigação alimentar nesse espaço, há uma desvinculação em relação ao poder central exercido pelo *pater familias*, prevalecendo, a partir de então, os deveres de lealdade e proteção (KASER, 1999).

Em outro momento, com a influência exercida pelo Direito Canônico, ocorre a amplificação dos espaços sociais que envolvem a relação de prestação de alimentos, não se restringindo ao campo familiar. Porém cabe asseverar que já no Direito Romano conhecia-se

o dever de oferecer alimentos em outras esferas sociais, a exemplo do que ocorria nas disposições testamentárias (CAHALI, 2009).

O papel de destaque exercido pela Igreja na época medieval levou-a a assumir a obrigação de alimentar pessoas desamparadas, além disso, os filhos concebidos de uma relação não baseada no casamento, conhecidos como espúrios, também passaram a ter o direito de receber auxílio daquele que era companheiro da mãe, no período de gestação desta (CAHALI, 2009).

Atualmente, a prestação de alimentos está prevista nos ordenamentos dos diversos países, baseados na necessidade daquele que recebe o auxílio prestado, “é o caso do Código Civil italiano, no qual inserida foi a disposição recomendando que, no momento da fixação de alimentos, tenha-se sempre presente a condição social do alimentando” (PEREIRA, 2003, p. 29), sendo tal requisito identificado ao longo das décadas como essencial para tal concessão.

Outro exemplo que pode ser dado é da legislação portuguesa, citada por Pereira (2003, p. 39), a qual dispõe, em seu Código Civil, que:

Artigo 2018º

1 – Falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido.

2 – São obrigados, neste caso, à prestação dos alimentos os herdeiros ou legatários, a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor.  
(...)

Assim, percebe-se a nítida função que os alimentos possuem no sentido de amparar os indivíduos de um mesmo núcleo familiar, objetivo consagrado não apenas em uma lei isolada, mas compartilhado nos diversos ordenamentos e contextos sociais.

#### **4.2 A obrigação alimentar e sua garantia pelo ordenamento jurídico brasileiro**

O conceito de alimentos, como já explicitado em momento anterior de maneira sucinta, não inclui apenas aquilo que é necessário para satisfazer as necessidades fisiológicas dos indivíduos, abrangendo, assim, os elementos essenciais para que um ser humano possa conviver em sociedade dignamente, exigências que podem variar de acordo com cada realidade social.

Assim, pode-se dizer que fazem parte dessa categoria a alimentação, a saúde, a educação, o lazer, a moradia, entre outros elementos que satisfaçam as necessidades básicas de uma pessoa.

De acordo com Cahali (2009, p. 15),



Adotada no direito para designar o *conteúdo* de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

A partir dessa exposição, podem-se retirar algumas características de tal instituto, pelo menos no que diz respeito ao seu tratamento pelo Código Civil brasileiro de 2002, o qual será tratado posteriormente, e com base nos ensinamentos doutrinários, que, segundo Pereira (2007), não trazem tantas divergências quanto a esse assunto.

Uma das características dessa obrigação, destacada por Cahali (2009), é a periodicidade do oferecimento dos alimentos.

Tal aspecto tem por base o entendimento de que as necessidades do alimentado são constantes, devendo ser atendidas em período de tempo determinado, não podendo haver um intervalo extenso entre o oferecimento de uma prestação e outra, como, por exemplo, o anual (VENOSA, 2011).

Pereira (2007, p. 33) traz a observação de que

Talvez mereça referência, como exceção, a hipótese de um tratamento médico ou de uma cirurgia de urgência, quando um valor maior deverá ser pago pelo alimentante de uma só vez, pois aí não se trata de um gasto normal, mas sim de uma despesa extraordinária, o que pode afetar a característica da periodicidade.

Outra característica da obrigação alimentar diz respeito ao seu caráter personalíssimo.

Sendo os alimentos necessidades fundamentais à sobrevivência do homem, podem ser considerados, conseqüentemente, um direito da personalidade, não podendo sua titularidade ser transmitida a terceiro.

Todavia, cabe ressaltar que a “incedibilidade diz com os alimentos futuros e vencidos; os alimentos vencidos não se diferenciam de um crédito comum e podem ser objeto de uma cessão de crédito” (PEREIRA, 2007, p. 20).

Assim, quando paga determinada prestação pelo alimentante, esta pode ser cedida a terceiro, no interesse do alimentado (VENOSA, 2011).

Apesar do que foi anteriormente dito sobre a não transmissibilidade dos alimentos, essa característica se refere ao direito do alimentado, não podendo outra pessoa ser beneficiada em seu lugar.

No que diz respeito à característica da transmissibilidade, esta compreende a dívida alimentar, a qual pode ser transferida a outra pessoa, que será obrigada a pagar alimentos. Nesse sentido, Lôbo (2011, p. 374) diz que

A pretensão aos alimentos é de natureza personalíssima, ou seja, não pode ser objeto de cessão entre vivos ou de sucessão hereditária. A lei admite, todavia, que o débito

de alimentos seja objeto de sucessão, assumindo os herdeiros do devedor o encargo de pagá-los, no limite das forças da herança, proporcionalmente às quotas hereditárias.

Esse traço está previsto no artigo 1.700 do atual Código Civil brasileiro, dispondo que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor (...)”, no limite da herança deste.

Sob a vigência do Código Civil de 1916, a regra era da intransmissibilidade da obrigação alimentar, explicitada no artigo 402 desse diploma: “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”.

Todavia, com a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), houve alteração desse entendimento, na medida em que esta Lei trouxe, em seu artigo 23, a determinação de que os herdeiros do devedor passam a responder pela obrigação deste em prestar alimentos, proporcionalmente à herança do *de cuius*, sendo que essa concepção foi reafirmada pelo retrocitado artigo 1.700 do atual Código Civil.

Aqueles que se mostraram contra essa inovação, defendiam que a transmissibilidade incluía apenas as obrigações vencidas, o que veio a ser repugnado devido ao seu caráter injusto e materialista, como mostra Pereira (2007, p. 21):

A regra passou a ser a transmissibilidade. Houve reações qualificáveis como quase passionais contra a inovação, talvez porque o art. 23, ao permitir a transmissão dos alimentos vincendos, se atreveu a colocá-los como mais importantes do que a herança. Se considerarmos que a herança é mero corolário do direito de propriedade, minha tese implica dizer que alimentos são mais importantes do que propriedade, ou seja, que uma vida com dignidade pode ser mais relevante do que o direito de propriedade.

A obrigação alimentar possui também o caráter de irrenunciabilidade, decorrendo essa característica do caráter público das normas que regulam o direito a alimentos.

Nesse sentido, a falta de cobrança por parte do alimentando em relação ao crédito alimentício não significa a renúncia ao direito, ou seja, “a irrenunciabilidade atinge o direito, não, porém, o seu exercício” (CAHALI, 2009, p. 51).

Esse entendimento está expresso no artigo 1.707 do Código Civil de 2002, determinando que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Desse modo, de acordo com o ensinamento de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 718),

mesmo que, durante algum tempo, o indivíduo não tenha exercitado tal direito, nada impede que ele venha a juízo, *a posteriori*, reclamar tal prestação, não se configurando renúncia tácita o silêncio por algum tempo. Se esses alimentos decorrentes de parentesco são, sem dúvida, absolutamente irrenunciáveis, registre-se que há, porém, posicionamento jurisprudencial mais recente que admite a validade da renúncia no caso de cônjuges, notadamente em acordo judicial.

Em relação ao ponto destacado pelos autores no que diz respeito à renúncia entre cônjuges, o que é estendível aos companheiros (art. 1.694, CC/02), apesar da determinação legal de que deve haver mútua assistência entre cônjuges e companheiros (arts. 1.566, III e 1.724, CC/02), tal direito perde sua fundamentação com a dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável, entendimento que vem sendo acompanhado pela jurisprudência brasileira (WALD; FONSECA, 2013).

De acordo com Wald e Fonseca (2013, p. 61),

Todavia, há que se distinguir a dispensa e a renúncia ao direito aos alimentos. Na renúncia, o cônjuge ou o companheiro abre mão do direito a alimentos, não mais podendo postulá-los. No entanto, se houver apenas a dispensa da verba alimentícia, poderá aquele que dela necessitar novamente reclamá-la, mas desde que fique cabalmente demonstrada a respectiva necessidade.

Dessa forma, caso um dos sujeitos tenha apenas dispensado os alimentos, em virtude de sua situação financeira, naquele momento, não exigir auxílio da outra parte, sobrevindo alguma ocorrência que o ponha em total necessidade em relação ao outro, pode ser concedido o direito a perceber alimentos, opinião não sustentada pela maioria da doutrina (TARTUCE, 2014).

Diante do entendimento de que o direito a receber alimentos é irrenunciável, podendo o requerente exercê-lo quando necessitar, conclui-se que ele também é imprescritível, aspecto que não atinge apenas “as prestações vencidas, as quais já tenham sido fixadas, por sentença ou por acordo entre as partes” (WALD; FONSECA, 2013, p. 67), o que ocorre em dois anos (art. 206, § 2º, CC/02), mas desde que o beneficiário seja maior e capaz (art. 198, II, CC/02).

Além de imprescritível, a prestação de alimentos é impenhorável, não possuindo o credor daquele que a recebe o poder de retê-la com o intuito de sanar o seu crédito (CAHALI, 2009).

Isso se dá pelo fato de o alimentado utilizar aquilo que lhe é oferecido pelo alimentante como fonte de subsistência, o que é confirmado pelo artigo 1.707 do Código Civil, dispondo que tal obrigação é “insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Em relação à incompensabilidade, também prevista no artigo citado, tal aspecto possui como um de seus objetivos proteger o credor de alimentos de possível dívida que possua em relação ao alimentante, onde este pode tentar utilizar essa situação para não cumprir com sua obrigação.

Além disso, aquele que presta alimentos muitas vezes o faz voluntariamente e, ao cumprir com a pensão alimentícia, resolve descontar o valor pago anteriormente, atitude que

vem sendo proibida quando o alimentado recebe a prestação com boa-fé (WALD; FONSECA, 2013).

Porém, segundo decisões jurisprudenciais, a fim de que não haja enriquecimento ilícito, valores pagos acima do que é estipulado podem ser descontados em prestações que ainda irão vencer (CAHALI, 2009).

Outra característica que merece ser abordada diz respeito à irrepetibilidade das pensões pagas a título de alimentos, ou seja, os valores que são prestados ao alimentado não podem ser reclamados posteriormente pelo pagador, embora fique provado que aquele que os recebia não necessitava do auxílio ou então quando o valor estipulado seja declarado excessivo, reduzindo-se as prestações seguintes. Isso se justifica pela função que os alimentos têm de garantir a subsistência do indivíduo, o qual os consome imediatamente (WALD; FONSECA, 2013).

Todavia, há aqueles casos onde o que reclama alimentos age com má-fé, a exemplo da ex-cônjuge que se casa outra vez e omite esse fato com o objetivo de continuar recendo a pensão alimentícia paga pelo ex-marido.

A esse respeito, Cahali (2009, p. 106) declara que

Não será, porém, de excluir-se eventual repetição de indébito se, com a cessação *ope legis*<sup>5</sup> da obrigação alimentar, a divorciada oculta dolosamente seu novo casamento, beneficiando-se ilicitamente das pensões que continuaram sendo pagas: com o novo casamento, a divorciada perde, automaticamente, o direito à pensão que vinha recebendo do ex-marido, sem necessidade de ação exoneratória; as pensões acaso recebidas a partir do novo casamento deixam de ter caráter alimentar e, resultando de omissão dolosa, sujeitam-se à repetição.

Esse entendimento tem o objetivo de proteger o princípio da boa-fé, o qual também abrange a situação daqueles que não mais possuem relação matrimonial ou de companheirismo (CAHALI, 2009).

Pode ocorrer também de suposto pai pagar alimentos a filho que acreditava ser seu, agindo a mãe de maneira dolosa no intuito de obter proveito próprio.

De acordo com Tartuce (2014), em tal situação a irrepetibilidade também prevalece, cabendo àquele que pagou alimentos não devidos por ele apenas a ação de indenização por danos morais, caso fique provado que houve prejuízo imaterial em face do abuso de direito exercido pela mulher.

---

<sup>5</sup> O efeito suspensivo determinado por lei (*ope legis*) está previsto no artigo 1.708 do Código Civil, o qual determina: “Art. 1.708 Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.” (BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Coletânea Básica Civil, vol. 1, Brasília: Senado Federal, 2016).

Esse tema, considerado central no presente trabalho, será discutido com mais detalhes posteriormente, realizando-se um estudo sobre o contexto da prestação de alimentos durante a fase gestacional e do erro quanto ao suposto pai que paga a pensão alimentícia.

Apresenta-se também como forma de estudo da obrigação alimentícia a classificação da mesma, assunto tratado pela vasta doutrina brasileira e que será exposto a partir de agora.

Vale ressaltar que a forma de classificação abordada terá por base a metodologia adotada por alguns autores, já que esse assunto não é tratado de maneira uniforme pelos doutrinadores brasileiros, variando o método de classificação.

Em relação à origem (fontes normativas) da obrigação alimentar, esta pode ser denominada de legal, derivando do Direito de Família ou do Direito Obrigacional, ou convencional.

A obrigação legal no campo do Direito de Família decorre das relações de parentesco, do casamento ou da união estável, prevendo-se a prisão civil caso não ocorra o pagamento das prestações devidas.

Por outro lado, no âmbito do Direito Obrigacional, há a previsão dos alimentos indenizatórios ou ressarcitórios, resultando da prática de um ato ilícito, “do reconhecimento da responsabilidade civil do devedor, em função de situação específica que tenha impossibilitado a subsistência do credor” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 719).

Um exemplo cabível é a hipótese de homicídio, onde os dependentes do falecido podem pleitear alimentos em face do responsável pelo ato.

Prevendo essa modalidade de prestação alimentícia, o artigo 948 do Código Civil assegura que

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimento às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A prestação convencional de alimentos nasce da livre decisão das partes, sendo denominados também de alimentos voluntários, não havendo previsão legal que determine essa obrigação. Assim, eles podem decorrer de um contrato ou de testamento, “que pode determinar que os alimentos sejam extraídos da herança ou ainda, impô-los na forma de encargo ao herdeiro ou legatário” (CRUZ, 2010, p. 302).

Quanto à classificação que leva em conta a abrangência dos alimentos, estes podem ser de civis e naturais. Os naturais, também denominados de necessários, são aqueles

essenciais à subsistência, estando disciplinados pelos artigos 1.694, § 2º, e pelo artigo 1.704, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Sobre o tema, Cruz (2010, p. 302) esclarece que

De acordo com o novo Código Civil, somente em duas hipóteses esses alimentos são devidos. Uma delas diz respeito ao cônjuge considerado culpado na separação judicial (parágrafo único do artigo 1.704 do CC). A outra hipótese está prevista no §2º do artigo 1.694, que será aplicada sempre que se puder provar que foi o comportamento culposo do necessitado que o conduziu a tal situação de penúria.

Os alimentos civis, conhecidos como cômugros, não estão restritos à subsistência do alimentado, devendo garantir a manutenção da condição social deste (art. 1.694, *caput*, CC/02).

Em relação ao momento em que são exigidos, os alimentos podem ser classificados como pretéritos, presentes ou futuros. Os primeiros dizem respeito àqueles que antecedem a propositura da ação de alimentos, não sendo aceitos pelo Judiciário brasileiro, pois há o entendimento de que se aquele que propõe a ação sobreviveu até o momento sem auxílio do sujeito passivo, não há necessidade de exigir pagamento de prestações passadas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Os alimentos presentes, por sua vez, são aqueles exigidos no momento da propositura da ação; já os futuros são aqueles que deverão ser pagos apenas com a proclamação da sentença.

Outra classificação possível diz respeito à forma de pagamento, sendo divididos em próprios ou impróprios. Os alimentos próprios são aqueles pagos não em forma de dinheiro, mas na concessão, *in natura*, de hospedagem e sustento ao alimentado; já os alimentos impróprios são aqueles pagos em forma de dinheiro, estando ambas as formas previstas no artigo 1.701 do atual Código Civil.

Por fim, de acordo com a forma de classificação aqui trabalhada, os alimentos, em relação à sua finalidade, podem ser distinguidos em definitivos ou provisórios. Antes a doutrina também trazia uma terceira classificação, havendo a previsão dos alimentos provisionais, não sendo estes mencionados pelo Novo Código de Processo Civil (art. 531, CPC/15).

Os alimentos provisórios advêm de decisão interlocutória do juiz em ação de alimentos, sendo possível nos casos em que já existir prova do vínculo de parentesco, do casamento ou da união estável (FURST, 2016).

Os alimentos definitivos, em contrapartida, são aqueles determinados em sentença transitada em julgado, não cabendo mais recurso contra ela. Porém, isso não impede que o

valor determinado seja revisado, cumprindo-se o disposto no artigo 1.699 do Código Civil: “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”.

Neste trabalho, trata-se da questão do direito a alimentos no campo do Direito da Família, principalmente no que tange à proteção de filhos menores e incapazes. Partindo-se desse objetivo, há uma breve análise sobre as legislações que trataram e tratam desse tema no contexto brasileiro, o que permite perceber como o entendimento acerca da concepção de família influencia na elaboração das leis pátrias e, por conseguinte, na determinação da responsabilidade parental.

No Brasil, durante o período colonial, o tratamento dispensado à obrigação alimentar foi previsto inicialmente pelas Ordenações Filipinas, trazendo em seu texto determinação de proteção aos órfãos, que, de acordo com determinação judicial, eram protegidos através do oferecimento de auxílio material determinado em inventário, o que incluía educação e alimentação, devendo essa prescrição ser levada a efeito pelo tutor ou curador do sujeito. Além disso, as Ordenações previam a necessidade de assistência aos que eram concebidos fora da relação matrimonial, denominados filhos ilegítimos (CAHALI, 2009).

Em 1858, com a Consolidação das Leis Cíveis, Teixeira de Freitas “articula em vários dispositivos o dever de sustento dos filhos, os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos, e entre parentes” (CAHALI, 2009, p. 46).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, percebe-se a clara proteção dada à família constituída pelo casamento, não sendo permitido aos filhos provindos de relações extraconjugais ou incestuosas o reconhecimento paterno e, por conseguinte, o auxílio alimentício (DIAS, 2016).

A fim de melhor explicitar esse assunto, é importante esclarecer que nesse período os filhos ilegítimos eram classificados em duas categorias: naturais e espúrios. Os espúrios originavam-se das relações extraconjugais e incestuosas, já os naturais, de acordo com Bevilaqua (1976, p. 321, apud NOGUEIRA, 2016, p. 15) eram “aqueles cujos procriadores estavam em condições de realizar matrimônio legal entre si, ao tempo da concepção ou do parto, por outros termos, aqueles que não forem adúlterinos (...)”.

A diferença entre eles residia no fato de que os filhos naturais poderiam ser legitimados caso os pais contraíssem matrimônio, igualando-se aos filhos legítimos.

Apenas com a entrada em vigor da Lei 883/49, já tratada em outro momento deste trabalho, houve a possibilidade de filho ilegítimo propor ação de investigação de paternidade

para receber alimentos, o que não significava a declaração da relação de parentesco (DIAS, 2016).

Tal Lei, que condicionava o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento à dissolução deste, previa que apenas metade da herança cabível ao filho legítimo seria recebida pelo ilegítimo (NOGUEIRA, 2016).

Em 1968, foi instituída a Lei 5.478, dispondo sobre o direito a alimentos e, logo em seguida, a Lei 6.515/77, que, apesar de tratar sobre o divórcio, trouxe, em seu artigo 51, a permissão de que filhos havidos fora do casamento fossem reconhecidos mesmo antes de sua dissolução, através de testamento cerrado:

Art. 51. A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:

1) 'Art 1º.

Parágrafo único. Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável'.

Porém, cabe considerar que essa determinação não trouxe tantos benefícios no que diz respeito ao reconhecimento do filho, já que o conteúdo do testamento cerrado só é conhecido após a morte do testador.

Outro aspecto trazido pela Lei do Divórcio é a determinação da modificação do artigo 2º da Lei 883/49, o qual deveria assegurar a igualdade de condições no recebimento da herança entre filhos de qualquer natureza (art. 51, Lei 6515/77).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, documento baseado no princípio da igualdade, pode ser considerada o marco do rompimento com diferenciações estabelecidas entre filhos, o que está assegurado em seu artigo 227, § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Além disso, o *caput* do referido artigo determina como dever da família, do Estado e da sociedade a proteção da criança, do adolescente e do jovem, através da garantia do direito à vida, à saúde, à alimentação etc. (art. 227, *caput*, CF/88).

Nesse contexto, é instituída a Lei 7.841/89, que revoga o artigo 358 do Código Civil de 1916, dispositivo que proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adúlteros (DIAS, 2016).

Diante dessas mudanças sociais e da insustentabilidade do Código Civil de 1916, entra em vigor o atual Código Civil, que, sob a égide da Constituição de 1988 e obedecendo os seus princípios, determina a igualdade entre os filhos (art. 1.596, CC/02).



De acordo com Wald e Fonseca (2013, p. 43), numa análise a respeito da obrigação alimentar no Código Civil atual, percebe-se que esse documento legal

estipula amplo regime de alimentos entre ‘parentes’ e entre ‘cônjuges’, como entre ‘pais e filhos’, considerando o estado de necessidade e as exigências de vida condigna (arts. 1. 722 a 1. 725), e assim realçando o vínculo de solidariedade na família. E ainda prescreve que, ‘para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos’ (art. 1. 731), aplicado, portanto, o princípio de justiça social.

Em consonância com o princípio da justiça social e no intuito de tutelar os direitos do nascituro, centro de discussões que abordam a questão do início de sua personalidade jurídica, o legislador brasileiro, a fim de concretizar os direitos assegurados a esse ser em formação, visto que o artigo 2º do Código Civil determina que desde a concepção isso deve ocorrer, institui, no ano de 2.008, a Lei 11.804, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos.

Esse instituto, que será abordado com maiores detalhes a partir de agora, representa um “verdadeiro marco evolutivo no contexto familiarista, eis que esse possibilitou a concretização do protecionismo necessário ao nascituro” (SIMÕES; FERREIRA, 2013, p. 192).

#### **4.3 Os alimentos gravídicos como forma de proteção dos direitos do nascituro**

A consagração do direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana possuem como um de seus reflexos a previsão, no artigo 2º do Código Civil brasileiro, de que os nascituros têm seus direitos resguardados desde a concepção.

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

Esse dispositivo, ao garantir à mulher grávida atendimento integral no Sistema Único de Saúde, que é acessível a toda população, independentemente da condição social do indivíduo, responde à determinação do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que não apenas a família e a sociedade mas também o poder estatal devem garantir a proteção da criança, o que pressupõe o resguardo do ser que ainda se encontra em formação.

Todavia, a responsabilidade estatal para com os menores e incapazes não é exclusiva e se dá principalmente quando “flagrada a absoluta ausência de condições, tanto dos pais, como dos parentes que têm a obrigação de garantir-lhes o sustento (...)” (DIAS, 2016, p. 957).

Desse modo, apesar da discussão doutrinária a respeito do início da personalidade jurídica, onde alguns consideram que tal fato ocorre no momento do nascimento com vida, tornou-se evidente a necessidade de regulação do auxílio que deve ser dado à mulher gestante pelo suposto pai do conceito, não sendo razoável que apenas ela suporte os encargos advindos do estado gravídico.

Diante da intensa discussão científica sobre a necessidade de se proteger com maior eficácia aquele que ainda se encontra no ventre materno, podendo ser citado como exemplo o VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, ocorrido em 2007, e devido à lacuna apresentada no ordenamento jurídico brasileiro quanto à concessão de alimentos aos nascituros, dá-se, em julho de 2008, a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Federal,

do Projeto de Lei n. 7.376/2006, do Senado, que disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como será exercido e dá outras providências. O projeto foi sancionado pelo Presidente da República em 5 de novembro de 2008, transformando-se na Lei n. 11.804/2008. O direito é conferido à mulher gestante (art. 1º) e perdurará da concepção até o parto, ocasião em que se converte em pensão alimentícia, se o menor nascer com vida, até que uma das partes solicite sua revisão (art. 6º e parágrafo único) (CARVALHO, 2017, p. 821).

Em comentário a respeito das relações afetivas presentes hoje na sociedade, Caldeira (2010, p. 227) chama atenção para o seguinte ponto:

Algumas mulheres, ao longo do tempo, iludiram-se com a ideia de que, ao engravidarem, consolidariam um vínculo afetivo com seus parceiros. As mulheres mais prudentes ou experientes sabem que isto não é verdade. A gravidez indesejada é muitas vezes a causa dos fins de relacionamentos. Com a Lei nº 11.804/2008, este problema social e existencial não será resolvido, mas garantirá assistência ao nascituro e ao menor. Se, e quando usada com boa-fé pela mulher gestante, a lei dará assistência a uma nova família monoparental.

Apesar da determinação do artigo 1º de que a Lei 11.804/2008 trata do direito a alimentos da mulher grávida, a doutrina entende que o verdadeiro beneficiado é o ser humano que está no ventre, e, segundo Simões e Ferreira (2013, p.189), esse instituto, também denominado de Lei de Alimentos Gravídicos, veio

sedimentar a ideia de viabilidade de concessão de alimentos em prol do nascituro, ser humano em potencial. Por razões de controvérsia doutrinária, diante das teorias natalista e concepcionista que ainda vigem em nosso sistema, o legislador houve por bem instituir uma forma de salvaguardar a vida do nascituro através da representatividade de sua mãe, a gestante. Assim, os alimentos que a esta seriam destinados, por via de consequência, também chegariam àqueles seres em desenvolvimento que estivessem em seu ventre materno.

Sobre a denominação dada à Lei 11.804/2008 e a respeito daquele que é tutelado por ela, Chinellato (2009, p. 29 apud TARTUCE, 2014, p. 453) expõe sua ideia, destacando que

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

Apesar da utilização do termo gravídicos, não se pode dizer com total certeza que o legislador objetivou apenas proteger a gestante e seu estado gravídico, pois, ao determinar que a mãe deve ser auxiliada nesse período, tendo por base os gastos ocorridos, importou-se com a proteção da criança, que depende de uma assistência adequada à gestante para desenvolver-se.

De acordo com o artigo 2º da Lei em comento, a expressão alimentos abarca tudo o que for necessário para cobrir os gastos provenientes do período gestacional, trazendo como exemplos “a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico” (art. 2º, Lei 11.804/08), podendo o juiz também determinar a concessão de auxílios que considerar necessários.

Embora a legalização desse direito para os nascituros seja recente, a realidade social, marcada pela consideração não apenas da família formada pelo matrimônio e não havendo mais discriminação entre filhos provindos ou não da relação conjugal, mostra que parte da jurisprudência brasileira já vinha reconhecendo o cabimento da concessão de alimentos ao conceito; é o que mostram as seguintes decisões:

ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios de paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018406652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007 apud FERREIRA FILHO, 2010).

Agravo Interno. Alimentos provisórios. Incontroversa a união estável e a paternidade do filho que a alimentanda espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do nascituro, mormente considerando que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que está na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. Negaram provimento. Unânime (Agravo Nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01.11.2006 apud SIMÕES; FERREIRA, 2013, p. 191).

Da leitura das decisões, percebe-se que as mesmas, para conceder o direito buscado pela gestante, baseiam-se em indícios de paternidade, como, por exemplo, o estabelecimento de união estável e o contato sexual admitido pelo indigitado pai.

Essa realidade veio a ser reproduzida pela Lei 11.804/08, que, em seu artigo 6º, dispõe acerca da fixação dos alimentos com base em indícios de paternidade, decisão tomada pelo legislador principalmente em virtude de o exame de DNA representar riscos ao desenvolvimento do feto (MADALENO, 2013).

Carvalho (2017), fazendo menção ao entendimento de Dias (2008) sobre a realização de exame pericial em nascituros diz que

Não pode ser imposta a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, já que é consenso na comunidade médica que pode comprometer a gestação e colocar em risco a vida da criança, isso sem contar com o custo e demora do exame, podendo ocorrer o nascimento antes de sua realização, oportunidade em que poderá ser realizado sem riscos para o menor (CARVALHO, 2017, p. 823).

Entretanto, o convencimento do juiz não se baseará apenas na alegação da gestante de que manteve relacionamento afetivo com o suposto, cabendo a ela o ônus de provar o que alega através da apresentação do laudo médico atestando a gravidez, de fotografias, documentos, doações ou empréstimos feitos pelo réu à mulher, telefonemas etc. (TARTUCE, 2012 apud TARTUCE, 2014).

Ainda em relação ao artigo 6º, este determina que a autoridade judicial, ao estabelecer a concessão de alimentos gravídicos, deve levar em conta as necessidades da gestante e as possibilidades do requerido.

Assim, ocorre a adoção do chamado “binômio alimentar”, onde aquele que alimenta não pode ter seu sustento comprometido pela obrigação alimentar. Aquele que recebe os alimentos, por sua vez, deve se encontrar em situação que não possibilite a garantia de sua subsistência (WALD; FONSECA, 2013).

Apresentando contraponto a essa exigência, Dias (2016, p. 945) defende que “para a concessão dos alimentos, não é necessária a prova da necessidade da gestante”.

Tal argumento é plausível, encontrando fundamento no artigo 1.634 do atual Código Civil, onde está disposto que a criação dos filhos é responsabilidade de ambos os pais, o que pode ser aplicado na proteção do nascituro, embora a paternidade esteja baseada apenas em indícios.

Todavia, isso não quer dizer que apenas a possibilidade de pagamento do pai indicado pela autora será levada em consideração, haja vista que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei analisada prevê que os gastos também serão arcados pela genitora.

Em relação ao requisito da possibilidade do suposto pai, Dias (2016, p. 945) atenta para o fato de que

Ainda que o valor dos alimentos deva atender às possibilidades do alimentante, o encargo não guarda proporcionalidade com os seus ganhos, tal como ocorre com os alimentos devidos ao filho. Existe um limite: as despesas decorrentes da gravidez. Além do pagamento de prestações mensais, possível impor o atendimento de encargos determinados, como, por exemplo, exames médicos.

Dessa forma, pode-se dizer que em relação ao pré-requisito necessidade da gestante, a autora toma por base o tratamento que é dado aos filhos nascidos, qual seja: ambos os pais têm o dever de prestar auxílio ao conceito, independentemente da necessidade da mãe; já em relação à possibilidade do pai, esta deve ser vista de maneira diferente, levando em consideração se o filho já é ou não nascido, o que é justificado da seguinte forma:

Como a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho após o seu nascimento, ocorre a mudança da natureza do encargo. É necessário o atendimento do critério da proporcionalidade, segundo as condições econômicas do genitor. Isso porque o encargo decorrente do poder familiar tem parâmetro diverso, devendo garantir o direito do credor de desfrutar da mesma condição social do devedor (CC 1.694) (DIAS, 2016, p. 946).

Tal posicionamento decorre provavelmente da concepção da autora em considerar que a Lei de Alimentos Gravídicos representa “um dever jurídico de amparo à gestante” (DIAS, 2016, p. 944), voltando-se principalmente para os gastos que ela terá durante o período de gravidez.

Além disso, Yarshell (2009 apud GONÇALVES, 2014, p.380), fazendo uma crítica ao artigo 6º da Lei, que prevê a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia após o nascimento, diz que

é um erro proporcionar alimentos durante a gestação na perspectiva do padrão econômico-financeiro que se projeta para o momento posterior ao nascimento com vida, assim como é um equívoco supor que os parâmetros de fixação dos alimentos durante a gestação bastem ou que sejam adequados para o momento posterior.

Em relação à obrigação de outras pessoas na prestação de alimentos gravídicos, parte da doutrina defende que isso é possível, obedecendo-se aquilo está disposto no artigo 1.698 do Código Civil, o qual determina que, na falta de possibilidade daquele que deve alimentos em primeiro lugar no suprimento de todas as necessidades do alimentado, deve cumprir com essa obrigação os parentes de grau imediato.

Nesse sentido, os ensinamentos de Beraldo (2012, p. 94):

É possível pleitear alimentos gravídicos em face de outros parentes, respeitando-se os critérios da proximidade e da complementaridade, isto é, apenas na hipótese de o valor prestado pelo suposto pai, combinado com o da mãe, não ser o suficiente, é que se pode acionar o parente para complementar o necessário, dentro, claro, das suas possibilidades.

De acordo com o artigo 11 da Lei 11.804/08, o procedimento a ser seguido para a concessão de alimentos gravídicos está previsto, de maneira supletiva, na Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968) e no Código de Processo Civil.

Da leitura da Lei, percebe-se que a mesma só possui uma especificidade em relação ao seu rito, estando prevista no artigo 7º, o qual determina o prazo de 5 dias para o réu apresentar resposta após ser citado.

O motivo para isso foi o veto de vários artigos do Projeto de Lei n. 7.376/2006, que deu origem à Lei em comento, a começar pelo 3º, pois, indo de encontro à regra do Direito de Família que determina ser o foro do domicílio daquele que propõe a ação de alimentos competente para conhecer o pedido, previa que a gestante deveria pleitear o seu pedido no local do domicílio do suposto pai (CARVALHO, 2017).

Rejeitada tal previsão, aplica-se o artigo 53, II, do Novo Código de Processo Civil, assegurando que as ações que versam sobre concessão de alimentos possuem como juízo competente aquele do domicílio do alimentando.

Outro motivo de veto foi a previsão, no artigo 5º, da realização de audiência de justificação, onde a autora seria ouvida pelo juiz, a fim de que este pudesse alcançar um maior conhecimento sobre os fatos. O fundamento para a não aceitação é de que essa audiência não acontece nas demais ações de alimentos e poderia ocasionar o atraso do processo. Nesse momento, poderiam também ser escutados o réu e as testemunhas (VALADARES; ALMEIDA, 2011).

A respeito do cabimento ou não dessa audiência, Carvalho (2017, p. 822) esclarece que “se não existir provas suficientes de indícios de paternidade instruindo a inicial, não possuindo o juiz elementos de convencimento para fixar os alimentos provisórios, pode e deve ser realizada, aplicando supletivamente o Código de Processo Civil (...)”.

Cabe destacar também a previsão, no Projeto de Lei n. 7.736/2006, da necessidade de apresentação de exame pericial caso o réu negasse ser o pai do nascituro, o que foi criticado devido aos riscos que o exame de DNA poderia trazer à vida do feto e também pelo entendimento de que “a imposição de realizar exame pericial criava uma hierarquia entre as provas e interferia diretamente na independência e liberdade do juiz de apreciar a prova, fixando-lhe, de antemão, a prova a ser produzida e assinalando a diretriz de sua decisão” (CARVALHO, 2017, p. 823).

Por fim, foram também vetados os artigos 9º e o 10, onde o primeiro tratava do momento a partir do qual a prestação alimentar seria devida, o que se daria a partir da citação.

Com o veto, estabeleceu-se uma lacuna a respeito do termo inicial da obrigação, gerando discussão entre doutrinadores brasileiros.

Segundo Madaleno (2013, p. 921) “os alimentos gravídicos são devidos a partir da concepção e não após a citação do réu, como chegou a ensaiar o texto vigente que nesse ponto mereceu veto presidencial para obviar manobras que evitassem a citação de devedor alimentar”.

Porém, alguns estudiosos do Direito consideram que

contrário a tudo aquilo já consolidado em doutrina e legislação pátrias seria defender que os alimentos em comento seriam devidos desde a data da concepção do feto. Defender tal posicionamento implica premiar aquelas gestantes que deixam para provocar a jurisdição já em gestação avançada, já sabedoras que, independente do momento em que postularem em juízo a prestação dos alimentos, eles serão devidos retroativamente e independentemente da citação do réu, o qual, quando tiver ciência que contra ele foi instaurada demanda, já será devedor de considerável parcela pecuniária (VALADARES; ALMEIDA, 2011, p.110).

Porém, da leitura do artigo 2º da Lei, o qual determina que os alimentos gravídicos compreendem as despesas da concepção ao parto, é possível defender que o termo inicial não ocorre apenas a partir da citação e sim da concepção, caso contrário, o diploma jurídico perderia sua função social que é a de auxiliar a gestante nos gastos que provêm desse período, o que reflete na proteção da vida do nascituro.

No que diz respeito ao veto do artigo 10, este determinava que, caso fosse provado, após realização de exame pericial, a não paternidade do suposto pai, seria a gestante responsabilizada objetivamente pelos danos materiais e morais advindos da ação de alimentos.

Essa previsão feria o princípio do livre acesso à Justiça, proclamado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, prescrevendo responsabilização para quem não obtivesse êxito em ação de alimentos embora a autora não agisse com culpa ou dolo e “permitindo ao réu, mesmo que não tenha sido condenado a prestar alimentos, direito à indenização pelo simples fato de ser acionado em juízo” (CARVALHO, 2017, p. 823).

Quanto à possibilidade de ação em face daquela que reivindicou o pagamento de alimentos gravídicos, presenciam-se, no campo jurídico, tendo por base o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, várias opiniões em relação a esse ponto, havendo aqueles que enxergam a possibilidade de propositura de ação diante do resultado negativo de paternidade e chamam atenção para o ponto de que deve ser levada em consideração a responsabilidade subjetiva da mãe, que, caso tenha agido com culpa, pode restituir os valores pagos por aquele que foi apontado como pai.

Seguindo outra linha de raciocínio, alguns estudiosos entendem que aquele que pagou indevidamente os alimentos pode ajuizar ação apenas contra o verdadeiro genitor do nascido, evitando, assim, o enriquecimento ilícito do verdadeiro devedor.

Tendo em vista tais concepções, passa-se a analisar a questão da relativização do princípio da irrepitibilidade dos alimentos no contexto da Lei 11.804/2008.

#### **4.4 O princípio da irrepitibilidade dos alimentos e sua relativização frente ao pagamento indevido na ação de alimentos gravídicos**

Como já foi brevemente explanado, a irrepitibilidade ou irrestituibilidade dos alimentos, princípio não previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, mas consagrado pela jurisprudência e doutrina, faz surgir no contexto do Direito de Família reflexões e posicionamentos a respeito da possibilidade de seu afastamento quando ocorre erro na imputação de paternidade e pagamento indevido por parte daquele a quem foi atribuído o dever de pagar as prestações alimentícias.

Tal princípio é justificado com a alegação de que os alimentos servem para garantir a subsistência daqueles que os recebem, sendo consumidos imediatamente, o que impede a sua restituição (WALD; FONSECA, 2013).

Porém, o maior debate se dá nos casos em que o alimentando age com culpa, beneficiando-se de obrigação não devida ou não mais devida pelo alimentante.

Na busca de equilibrar situações, impedindo que pessoas atuem em flagrante abuso de direito através do desvio da verdadeira finalidade que possuem os alimentos, já existem decisões judiciais relativizando o princípio da irrepitibilidade, como, por exemplo, nos casos em que ex-cônjuge, ao estabelecer novo relacionamento, omite tal fato com o objetivo de continuar a perceber aquilo que lhe é pago a título de alimentos, ou também quando filho adquire forma própria de sustento, termina os estudos, casa, e, mesmo assim, intencionalmente, não dá ciência àquele que é devedor da prestação alimentar (MADALENO, 2013).

Para ilustrar o que foi dito, é oportuno citar a seguinte decisão:

ALIMENTOS. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DO QUE FOI PAGO INDEVIDAMENTE, NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO DE EXONERAÇÃO. DECISÃO QUE O REJEITOU, DE CUNHO INTERLOCUTÓRIO, QUE NÃO FEZ COISA JULGADA. RECURSO IMPROVIDO. ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Varão exonerado de pagar pensão à filha, por decisão transitada em julgado em agosto de 2001, visto contar ela com 26 anos de idade e ser formada em Direito. Descontos cessados somente em abril de 2002. Princípio da irrepitibilidade



que não é absoluto. Direito a repetição reconhecido para que não haja enriquecimento sem causa. Sentença Mantida. Recurso Improvido. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Waldemar Nogueira Filho, Apelação Cível nº 3055394800, j. 04.10.07).

A partir desse ponto, passa-se a analisar, no contexto da Lei de Alimentos Gravídicos, a concessão da pensão por aquele que não é o verdadeiro pai do alimentando e a possível devolução de valores pagos, entrando em conflito alguns princípios encontrados no âmbito do Direito, como, por exemplo, o da irrepitibilidade dos alimentos e o da boa-fé.

As situações regidas pelo Direito de Família, a exemplo daquelas que envolvem a concessão de alimentos entre parentes e cônjuges, apesar de não implicarem diretamente em risco a direitos de terceiros, podem ser marcadas pelo cometimento de atos ilícitos, causando danos que podem ser levados a juízo pela parte prejudicada.

Assim, nas relações familiares, não pode ser afastada totalmente a configuração da responsabilidade civil, considerando-se, porém, que “a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento ‘culpa’, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 769).

De acordo com tal artigo, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito de outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186, CC/02).

Nesses termos, além do nexos de causalidade existente entre o dano e a conduta humana, elementos que configuram a responsabilidade civil, deverá ser provado que o indivíduo agiu com negligência, imprudência ou dolo, sendo que os dois primeiros elementos compõem a culpa em sentido estrito (MONTEIRO; SILVA, 2012).

Trazendo essa ideia para o contexto da Lei 11.804/2008, entende-se que o veto do artigo 10 desse instituto foi cabível, pois, segundo sua previsão, caso a demandante de alimentos não obtivesse sucesso na busca de auxílio com os gastos do período gestacional, pela negativa de paternidade, seria responsabilizada sem que fosse analisada a intenção da mesma na propositura da ação.

Todavia, mesmo com a não aprovação do referido artigo, ainda persiste a seguinte questão nos casos que envolvam a concessão de alimentos gravídicos: se, após o nascimento da criança, tendo a mãe percebido os valores pagos pelo suposto pai, ficar comprovado, através de exame de DNA, que não há relação de paternidade, como a parte ré pode proceder? Assiste a ela algum direito?

Apesar da possibilidade de prestação dos alimentos gravídicos por pessoas que não sejam apontadas como pai do nascituro, o que ocorre pela previsão do artigo 1.698 do Código

Civil, determinando que, se aquele que deve alimentos não possui condições de prestá-los ou for insuficiente o seu auxílio, os parentes mais próximos deverão cumprir com essa obrigação, neste trabalho será abordada apenas a situação do indivíduo indicado como genitor.

Em sede de alimentos decorrentes do estado de gravidez, parte da doutrina entende que a proteção maior se estende ao nascituro, necessitando, para se desenvolver de maneira saudável, da boa saúde de sua mãe, que merece ser socorrida por aquele que ela julga ser o pai do concepto, visto ser consagrado o princípio da paternidade responsável no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, prevalecendo mesmo nos casos em que a gravidez não tenha sido fruto de um planejamento familiar, podendo decorrer às vezes de relações passageiras.

Como já explicitado, o risco à vida do concepto trazido pela realização do exame de DNA, faz com que a designação do sujeito devedor de alimentos fique pautada em indícios de paternidade, cabendo à gestante o ônus da prova.

Ocorre que, diante da maior liberdade sexual experimentada também pelas mulheres atualmente, pode haver incerteza quanto a quem realmente é o pai do nascituro, o que não impede a imputação de paternidade a certo sujeito, julgado, pela gestante, como aquele que tem a maior probabilidade de ser o pai (CARVALHO, 2017).

Há outros casos, porém, em que a mãe, sabendo não ser determinado homem o pai do concepto, mesmo assim, por razões diversas, como, por exemplo, devido ao fato de saber que ele conta com maior capacidade financeira, aponta-o como responsável pela sua gravidez, iniciando-se, assim, um processo judicial.

Diante dessas situações, o réu dificilmente conseguirá provar que não é o verdadeiro pai, podendo alegar, porém, que a outra parte mantinha relações sexuais com outros homens, o que pode ser confirmado por testemunhas, ou apresentar documentos médicos que comprovem ser ele estéril ou que atestem a realização de vasectomia (CALDEIRA, 2010).

Segundo Caldeira (2010, p. 222), reportando-se aos ensinamentos de Didier Júnior e outros autores (2007), “o indigitado pai na ação de alimentos gravídicos está numa situação cujo ônus probatório é muito difícil ou impossível de atender. A doutrina usa a expressão ‘prova diabólica’ (...) para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo”.

Sendo insuficientes as possíveis alegações contrárias do suposto pai, e diante da necessidade de proteção que deve ser dada ao ser em desenvolvimento, é determinada a concessão de alimentos gravídicos, cabendo uma futura ação negatória de paternidade diante do não contentamento daquele que paga a pensão.

Após o nascimento da criança e realização de exame pericial, constatando-se que houve erro no pagamento de alimentos gravídicos devido à inexistência de vínculo de paternidade, surge, em um primeiro momento, o conflito entre a vida digna que deve ser propiciada ao ser humano, mesmo que este ainda esteja no ventre, e a propriedade daquele que prestou auxílio gestacional (VITAL, 2010).

Ponderando-se esses bens jurídicos, ambos protegidos pela Constituição Federal em seus artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana) e 5º, XXII (direito de propriedade), há a conclusão de que a vida digna do nascituro merece maior proteção, não podendo ser equiparada aos bens daquele que é obrigado a prestar alimentos, principalmente quando se leva em consideração que o ser humano só exerce outros direitos se tiver sua vida protegida.

Todavia, diante da conduta culposa da mãe, que pode agir com negligência ou imprudência (culpa em sentido estrito) ou com dolo, a simples alegação de que os alimentos são irrestituíveis pode afetar a dignidade daquele que pagou por longos meses valores indevidos e estimular atitudes que ponham em risco o princípio da boa-fé.

A esse respeito, apontando solução para esses casos, Monteiro e Silva (2012, p. 545) destacam que

a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação.

Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos (...).

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

Divergindo em certo ponto, Tartuce (2014) entende que mesmo diante do pagamento indevido, inclusive quando a parte que propôs a ação de alimentos age com má-fé, não cabe a devolução dos valores pagos, já que os mesmos serviram para garantir uma vida digna àquele que os recebeu.

Segundo o autor, o que pode acontecer é a indenização por danos morais, cabendo à parte prejudicada provar que sofreu perdas imateriais (TARTUCE, 2014).

Sustentando outra opinião, Fonseca (2004 apud FARIAS; ROSENVALD 2012) entende que nesses casos quem deverá devolver aquilo que foi pago indevidamente será o verdadeiro pai.

Nesse mesmo sentido encontra-se o entendimento de Wald (2009, p. 32 apud CAHALI, 2009, p. 108), o qual defende que

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 alimentado, 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 devia fornecê-los.

Indo mais além no que diz respeito às partes que devem ser responsabilizadas pelo pagamento indevido, Simões e Ferreira (2013) entendem ser cabível ação por danos morais contra a mãe que agiu de má-fé e ação por danos morais e materiais contra o pai omissor.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 778),

A melhor solução seria o suposto pai voltar-se, em sede de ação de regresso, contra o verdadeiro genitor, para evitar o seu enriquecimento sem causa, já que foi obrigado a prestar alimentos, sem devê-los efetivamente. Trata-se de uma ação que visa evitar o enriquecimento indevido. Por outro lado, caso *demonstrada a má-fé da gestante*, nada impediria que fosse ajuizada também ação de reparação civil em face dela, com base em sua responsabilidade civil subjetiva.

Em relação ao elemento subjetivo que constitui a conduta daquela que atribui a pessoa indevida a responsabilidade pelo pagamento dos alimentos, também há divergência na doutrina, pois alguns acreditam que apenas a culpa grave e o dolo podem dar ensejo à devolução dos valores enquanto outros não fazem restrição quanto a esse sentido.

Aqueles que entendem ser cabível a punição somente quando se age com culpa grave ou dolo enxergam a possibilidade de ameaça ao livre acesso à Justiça caso o simples descuido da autora da ação seja motivo para que a condenem por danos morais ou materiais.

Nessa linha de pensamento está o ensinamento de Gonçalves (2014, p. 382):

O problema é que (...) qualquer grau de culpa, mesmo a levíssima, pode ser considerada pelo julgador (...) – o que poderia desencorajar a mulher grávida de propor ação de alimentos gravídicos, para não correr o risco de, no caso de insucesso da empreitada, vir a ser condenada a indenizar o suposto pai. Afigura-se-nos, neste caso, razoável afirmar que não se pode ser rigoroso na apreciação da conduta da mulher gestante, sob pena de se criar uma excessiva restrição ao direito de postular em juízo, que constituiria um perigoso risco para quem se dispusesse a exercê-lo.

Monteiro e Silva (2012), já citados, defendem que a autora da ação de alimentos pode ser punida pela culpa em sentido estrito ou pelo dolo, sem considerar o grau de culpa da mesma.

Nesses termos, cabe fazer uma abordagem sobre o que seria uma conduta culposa da gestante, assunto tratado por Piovezani (2013, p.23), que em abordagem feita à concepção de Rizzardo (2009) sobre a conduta imprudente daquela que busca alimentos gravídicos, ensina:

A gestante age de maneira culposa em sentido estrito ao promover uma ação de alimentos gravídicos quando imputa a paternidade ao réu, sendo que na época manteve relações sexuais com outra pessoa, pois a imprudência é ‘a precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos’. Embora não pretendesse esse resultado,

‘há a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem, e aí está a consumação do ato ilícito, concretiza-se a responsabilidade civil’.

Realizada a explicação sobre um possível ato de imprudência, pode-se dizer que a negligência por parte da gestante seria o fato de, ao propor a ação ter certeza de que o indigitado pai é o responsável pela gravidez, mas, ao recordar-se da época em que manteve relações sexuais com mesmo, não possuir plena convicção de que esse ato coincide com o período da concepção, e, mesmo com essa constatação, manter-se calada.

Em sentido contrário aos doutrinadores abordados anteriormente, negando que pode haver a responsabilização por culpa em sentido estrito, Carvalho (2017, p. 823) traz o seguinte posicionamento:

É indispensável, para responsabilizar a parte por perdas e danos, a comprovação de que tenha mentido e alterado a verdade dos fatos consciente e dolosamente, para obter, ou tentar obter, alimentos gravídicos, configurando litigância de má-fé. A responsabilidade deve ser subjetiva e não basta mero equívoco. A liberdade sexual da mulher, nos dias atuais, relacionando-se com mais de um parceiro, prática que aliás sempre foi adotada pelos homens, muitos inclusive casados, pode levar a equívocos quanto ao futuro pai do nascituro, sem que importe litigância de má-fé ajuizar o pedido de alimentos em face daquele que julgar ser o responsável pela gravidez.

Todavia, e respeitando a opinião do autor, deve existir uma convicção mínima quanto à paternidade daquele que é apontado pela mulher, a qual não pode indicar uma pessoa pelo simples de ter mantido com ela relações sexuais.

A maior liberdade sexual das mulheres, equiparando-se à experimentada pelos homens, não pode ser motivo para que ações judiciais sejam propostas de maneira temerária, pondo em risco a vida social, profissional e familiar daquele que é chamado a prestar alimentos (CALDEIRA, 2010).

Dessa forma, levando-se em consideração o dolo e o grau de culpa daquela que propôs a ação de alimentos gravídicos, conforme ensinado por Gonçalves (2014), o juiz, analisando o caso concreto, deve dizer se é cabível ou não a ação proposta por aquele que não é o verdadeiro pai.

Em que pese a importância do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, que servem para garantir a sobrevivência de um indivíduo, não se pode desconsiderar totalmente a atitude da mãe do nascituro, que, ao agir dolosamente ou sem cuidados mínimos na atribuição de responsabilidade a determinado sujeito, põe em risco a dignidade deste.

Assim,

apesar da regra conclamada pelo sistema jurídico brasileiro ser a não restituição dos alimentos, há de se observar que um mandamento jurídico não pode ser interpretado e aplicado isoladamente, pois o Direito é composto de uma teia de regras e princípios que trazem valores importantíssimos à boa vivência entre os seres humanos (SAWAKI FILHO, 2012, p. 27).

Diante do exposto, cabe a responsabilização da genitora pelos danos morais e materiais causados àquele que pagou os alimentos gravídicos indevidamente, concepção que dá ênfase à proteção dos princípios do não enriquecimento sem causa e da boa-fé.

A respeito do enriquecimento sem causa, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 390) explicam que tal instituto “traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento da outra, que se empobrece, inexistindo causa jurídica para tanto”.

Caso seja alegado que não houve enriquecimento ilícito, posto que os alimentos servem para atender as necessidades básicas dos indivíduos, sendo consumidos imediatamente, dispõe o artigo 885 do Código Civil brasileiro que deve haver restituição mesmo quando não exista causa que fundamente o enriquecimento.

Além de voltar-se contra aquela que propôs a ação de alimentos, deve aquele que pagou o que foi determinado em juízo exigir que o verdadeiro pai, caso conhecida sua identidade, seja responsabilizado, o que também irá evitar o enriquecimento sem causa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Nesse sentido, é oportuno destacar a seguinte decisão, embora tenha sido tomada antes da vigência da Lei 11.804/2008 e proponha a restituição por parte da mãe ou do pai biológico:

Alimentos. Repetição de indébito. Indução em erro. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inocorrente. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alimentário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los (São Paulo, TJ, Apelação 248/25, Rel.: Luiz Antonio de Godoy, 1º Câmara de Direito Privado, j. 24.01.2007).

Diante do exposto neste trabalho, percebe-se que a ciência jurídica é permeada por vários princípios, normas que orientam o trabalho daquele que julga, balizando as decisões de acordo com o caso concreto.

Trazendo essa perspectiva para o tema analisado, tem-se que

A relativização da irrepetibilidade dos alimentos na Lei 11.804/2008 é necessária, devendo ser analisada caso a caso e não como um dogma, uma vez que as relações jurídicas devem ser norteadas pelos princípios constitucionais e diante da repetida aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como das cláusulas gerais do direito como boa-fé, e tornar essa regra inflexível, seria desafiar esses princípios (SILVA, 2013).

Ao lado dos que veem a possibilidade de ressarcimento, pela mãe da criança, da pessoa que pagou indevidamente os alimentos, existe opinião contrária, defendendo que no campo do Direito de Família deve prevalecer os valores existenciais e não os patrimoniais (CERUTTI; CATALAN, 2013).

Todavia, a responsabilização de quem age sem cuidados mínimos ou até mesmo intencionalmente na propositura de ação que obrigue um indivíduo a cumprir com deveres que na verdade não são seus, atinge não apenas o seu patrimônio, mas também sua imagem e honra, afetando o convívio social, direitos que se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana.

A defesa dessa ideia não implica na total desproteção daquele que há de nascer e nem na criação de barreiras ao acesso à Justiça. A relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos deverá partir da análise do caso concreto pelo julgador, ponderando-se as condições fáticas e fazendo prevalecer o princípio da boa-fé, que “é a conduta sadia que é acolhida nas relações sociais. Ela é o lastro do respeito e confiança dos movimentos jurídicos entre as pessoas” (SAWAKI FILHO, 2012).

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho fez uma abordagem sobre a questão da irrepetibilidade dos alimentos diante do pagamento indevido no contexto da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/2008).

Além disso, antes de chegar ao tema central, houve a análise da configuração da instituição familiar ao longo do desenvolvimento humano, apontando-se para a questão de que a concepção do que seja família reflète na elaboração de leis que determinam as obrigações daqueles que a compõem. Todavia, foi possível perceber que os princípios que nascem no âmbito familiar também influenciam as atitudes do legislador, o qual passa paulatinamente a reconhecer as formas de constituição familiar que vão surgindo na sociedade.

Outro tema abordado foi a questão do nascituro, ser que surge das relações estabelecidas entre os seres humanos, mesmo que passageiras, e necessitam de proteção não só da mãe, mas também do Estado, que deve tomar medidas eficazes na proteção dos direitos do concepto, entre as quais está a elaboração da Lei 11.804/2.008.

Nessa perspectiva, tratou-se da importância desse instituto na garantia de uma vida digna para o nascituro, ser que depende da boa saúde da mãe para se desenvolver de forma saudável.

Ao longo do trabalho, foram analisados também os vetos de alguns artigos do Projeto de Lei original, sendo destacada a não aprovação do artigo 10, dispositivo que previa a responsabilidade objetiva da mãe caso a ação fosse frustrada com o resultado negativo do exame pericial, meio de prova exposto no texto e que também foi vetado pelo risco que o exame representa para a vida do ser em desenvolvimento.

A não aprovação do artigo que possibilitava a responsabilização objetiva da mãe foi correta, posto que a sua entrada em vigor poderia representar um entrave ao livre acesso à Justiça, princípio assegurado pela Constituição Federal de 1.988.

Todavia, mesmo diante dessa atitude presidencial, impedindo que tal dispositivo passasse a produzir efeitos no meio jurídico, foi tratada na presente obra a possibilidade de responsabilização da gestante nos casos em que age com culpa na imputação de falsa paternidade a determinado sujeito, que, diante da determinação de um cumprimento de obrigação que não é sua, pode ter não só o seu patrimônio afetado, mas também a sua imagem e a sua honra, nos diversos meios sociais.

Nesse contexto, ocorre a relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos não apenas diante das perdas materiais daquele que contribuiu com os gastos da gravidez mas,



principalmente, no intuito de garantir a dignidade daquele que fez o pagamento sem ter real obrigação, decisão que, conseqüentemente, faz prevalecer o princípio da boa-fé.

Na doutrina brasileira, percebe-se que alguns autores veem a possibilidade daquela que propôs ação de alimentos gravídicos ser responsabilizada apenas por danos morais, enquanto outros acreditam que seja cabível também ação por danos materiais.

A responsabilização por danos materiais se deve ao fato de ter sido atingido o patrimônio daquele que pagou os alimentos sem realmente dever, cabendo a restituição dos valores não pela criança que recebeu o auxílio quando ainda estava no ventre, mas pela mãe, que percebeu as contribuições somente pelo fato de estar grávida e necessitar de boa saúde para o nascituro se desenvolver, sendo este o principal foco de proteção da Lei 11.804/2008.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Bioética e direito de personalidade do nascituro**. Revista *Scientia Iuris*, Londrina, PR, v. 7/8, p. 87-104, 2003/2004. Disponível em: <[www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/11105/05](http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/11105/05)>. Acesso em: 21 junho 2017.

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. **O reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro desde a concepção no sistema jurídico nacional como forma de solidificar a exigente atuação integral do fenômeno humano nas relações jurídicas**. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONDEPI, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 901-921. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+congresso+nacional++Brasília+\(20%2C+21+e+22+de+novembro\\_de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+congresso+nacional++Brasília+(20%2C+21+e+22+de+novembro_de+2008).pdf)>.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”**: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil**: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, 10ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 10 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em 01º jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.248, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 25 mai. 2017.

BRASIL. **Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm)>. Acesso em 15 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 3055394800, j. 04.10.07. 6ª Câmara de Direito Privado. **Consulta de Jurisprudência**. DJe 04 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 16 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 248/25, Rel. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 24.01.2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=16340>>. Acesso em 19 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

BRITO, Naiana Bezerra de. **Família Homoafetiva**. In: BAPTISTA, Silvio Neves [coord.]. *Manual de Direito de Família*, 2ª ed., Recife: Bagaço, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CALDEIRA, Cesar. **Alimentos gravídicos**: análise crítica da lei nº 11.804. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, Rio de Janeiro, n. 27, p. 207-229, 2010.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTANHO, Maria Amélia Baloomo. **A família nas constituições brasileiras**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, Argumenta, Jacarezinho, nº17, p. 181-204, 2012.

CERUTTI, Eliza; CATALAN, Marcos. **Alimentos, irrepugnabilidade e enriquecimento sem causa**: uma proposta de convergência de figuras aparentemente excludentes. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, nº 9, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, parte geral, volume 1, 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Carla Nancy Lemos de Sá. **Alimentos – parte civil**. In: BAPTISTA, Silvio Neves [coord.]. *Manual de Direito de Família*, 2ª ed., Recife: Bagaço, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico], 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: aspectos sociais e jurídicos, 2008. Disponível em

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_653\)5\\_\\_uniao\\_homossexual\\_\\_aspectos\\_sociais\\_e\\_juridicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_653)5__uniao_homossexual__aspectos_sociais_e_juridicos.pdf). Acesso em 05 de maio de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito**. 19 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**, vol. 6, 4 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

FERREIRA FILHO, Nixon Duarte Muniz. **Restituição do crédito alimentício na lei de alimentos gravídico**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2dhall.asp?id\\_dh=4992](http://www.jurisway.org.br/v2dhall.asp?id_dh=4992)>. Acesso em 12 jul. 2017.

FURST, Marcela Maria. **A Ação de Alimentos sob o Regime do Novo CPC**. Revista Síntese Direito de Família, v. 17, n. 96, jun./jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. 2: obrigações. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hamerle. Fund. Calouste Goubenkian, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família – Origem e Evolução do Casamento**, v. 1, 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Adrielle Krul. **A importância e a influência do costume social na união estável e no concubinato**. Águia Acadêmica: Revista Científica do corpo discente da FENORD, v. 1, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. ver. atual. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “**Novas**” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Família e solidariedade: Teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

NASCIMENTO, Carmen Sofia C. do. **Famílias plurais – tipos de família**. In: Baptista, Silvio Neves. Manual de Direito da Família, Recife: Bagaço, 2ª edição 2010.

NASCIMENTO, Vanderlei de Freitas. **O direito do nascituro aos alimentos**. Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú, Jaú- SP, v. 1, 2013.

NOGUEIRA, Luíza Souto. **Obrigação alimentar decorrente da ascendência genética**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestrado em Direito, São Paulo, 2016.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NUNES, Clarissa Brbosa; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. **Uma reflexão sobre o problema do início da personalidade jurídica**. Mossoró: Revista Direito e Liberdade, v. 5, nº 1, p. 273-304, 2007.

OLIVEIRA, Pauliane de Fátima. **A análise da união estável putativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista Jurisvox, n.14, vol. 1, p. 71-86, jul. 2013.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Os alimentos no novo código civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, p. 28-44, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**, 4 ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uma principiologia para o Direito de Família**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1, nº 1, p. 1871-1893, 2015.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni; ALEMAR, Aguinaldo. Direito civil constitucional: a norma constitucional como componente do sistema civil. *Revista Horizonte Científico*, Uberlândia. v. 4, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/5337>>.

PIOVEZANI, Gabriela. **Alimentos gravídicos**: alguns aspectos materiais e processuais. Artigo extraído do trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). 2013. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013\\_2/gabriela\\_piovezani.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/gabriela_piovezani.pdf)>. Acesso em 17 outubro 2016.

POLI, Luciana; FIUZA, Cesar. **Núcleos familiares concomitantes**: (im) possibilidade de proteção jurídica. *Pensar*: Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 626-653, maio/ago. 2016.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. 2 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Princípios internacionais do Direito de Família**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, nº 9, p. 5483-5521, 2012.

SANTOS, Ivanaldo; ARAÚJO, Francisco Garcia de. **A legalização da morte sem pena**: o discurso do aborto no Brasil. *Revista de Teologia*, n. 4, ago. 2009. Disponível

em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/view/6800/4923>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

SAWAKI FILHO, Paulo Takashi. **A relativização do princípio da irrepitibilidade dos alimentos em decorrência da má-fé e do enriquecimento sem causa**. Perspectiva Amazônica. Santarém, Pará. Ano II, vol. 3, p. 19-30, jan. 2012.

SILVA, Danniell Gustavo Bomfim Araújo da. **A irrepitibilidade da verba alimentar X boa-fé**. Publicado em 06 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5138/Entrevista%%3A+a+irrepitibilidade+da+verba+alimentar+X+boa+f%C3%A9>>. Acesso em 20 jul. 2017.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. **Do direito de família ao direito das famílias**. Revista de Informação Legislativa, Ano 52, nº 205, p.71-86, jan./mar., 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: direito de família, 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único, 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA JUNIOR, Flávio Luiz. **Direito à vida do nascituro**. Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2009.

TELES, Emily Nunes; RIBEIRO, Yan Alisson Dumer; GAGLIETTI, Mauro José. **Breve análise crítica a respeito da legalização do direito ao aborto**. VII Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, VI Mostra de Pesquisa e Pós-Graduação IMED, Rio Grande do Sul, 2013.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2006.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; ALMEIDA, Fabiane Cristina de. **Alimentos gravídicos: a lei vetada e sancionada**. Revista Síntese de Direito de Família, v. 12, n. 64, fev./mar., 2011, p. 110.

VASCONCELOS, Iam Maul Meira de. **O nascituro e a proteção dos seus direitos**. Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito), Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

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

VIANA, Marco Aurelio S. **Alguns aspectos da obrigação alimentar**. Revista de Informação, Brasília, ano 16, n. 62, abr./jun., 1979.

VITAL, Rafael Pontes. **Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos.** Disponível em:

<<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/responsabilidade-civil-da-genitor-pelo-recebimento-indevido--dos-alimentos-gravidicos/40/>>. Acesso em 17 jul. 2017.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila da. **Direito civil:** direito de família, 18.ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIVA SÁ, JÉSSICA FERNANDA.

O princípio da irrepetibilidade dos alimentos e sua relativização frente ao pagamento indevido na ação de alimentos gravídicos / JÉSSICA FERNANDA PAIVA SÁ. - 2017. 88 f.

Orientador(a): MARIA TEREZA CABRAL COSTA OLIVEIRA.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, SÃO LUIS, 2017.

1. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. 2. IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. 3. NASCITURO. 4. PAGAMENTO INDEVIDO. I. CABRAL COSTA OLIVEIRA, MARIA TEREZA. II. Título.