



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

IZABELLA LUCENA MEDEIROS DE ANDRADE

O DIREITO AO RESSARCIMENTO DO SUPOSTO PAI DECORRENTE
DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE
DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

SOUSA - PB
2009

IZABELLA LUCENA MEDEIROS DE ANDRADE

O DIREITO AO RESSARCIMENTO DO SUPOSTO PAI DECORRENTE
DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE
DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2009

IZABELLA LUCENA MEDEIROS DE ANDRADE

O DIREITO AO RESSARCIMENTO DO SUPOSTO PAI DECORRENTE DA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA LEI DE
ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a Especialista Monnizia Pereira Nóbrega

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof^a. Especialista Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora

Examinador interno

Examinador externo

À Jesus Cristo, meu grande companheiro e à
Painho, Mainha, Rafa e Lipe; meus grandes
tesouros que ganhei como presente de Deus.

AGRADECIMENTOS

Ao meu querido Deus, por que fez milagres nesses cinco anos e sempre, indistintamente, esteve ao meu lado, suportando minhas dores e me proporcionando muitas alegrias e realizações. Muito obrigada por tudo!

Agradeço também a minha mãe Maria, que desatou muitos nós em minha vida e cuidou de mim com muito carinho.

A Agrinaldo Pereira de Andrade, meu pai querido. Obrigada por que o senhor me amou e me assumiu como prioridade em sua vida, renunciando a si mesmo e assumindo ainda jovem, uma grande responsabilidade. Os erros são a prova de que cabe a nós a luta pela melhora. Obrigada por lutar.

A minha mãezinha, Lenita por que renunciou a sua própria vida por nós e tomou pra si a responsabilidade de chefe. Vou levar comigo a sua garra e determinação, por que na vida somos o que queremos ser. Obrigada por seu amor mais que perfeito. As alegrias estão vindo e as dificuldades são meros meios que a vida nos dá para que valorizemos aquilo que temos.

A Rafa, minha irmã maravilhosa e grande amiga, obrigada por ser uma pessoa de valores raros e por viver na esperança da melhora e da vitória. A Lipe, meu amorzinho, que sempre cuidou dos meus problemas técnicos e que é um homem digno e honesto. Amo vocês e nós três somos a prova de que a grande luta de painho e mainha rendeu magníficos frutos.

Aos meus avós, Silvino e Iraci, obrigada por que nunca deixaram a humildade e a dignidade, levarei os valores que recebi, pois, são eternos. Obrigada pela comida maravilhosa, pelas palavras e orações de incentivo.

Aos meus tios, Beba, Silvana, Dudu, Luciana e o meu padrinho Dedé, por que representaram minha família e sempre estiveram ao meu lado, formando uma grande e maravilhosa torcida.

Aos meus primos, Lila, Coni, Zé, Fabrício e Doda, meus irmãos mais novos.

A Júnior, meu príncipe, que me acompanhou nessa caminhada, me dando força e carinho.

A Chrystina e Sarah, minhas companheiras de apartamento e de vida, obrigada por serem minhas amigas verdadeiras, na alegria e na tristeza, na pobreza e na pouca riqueza, nas dificuldades do curso. Vocês são o meu primeiro casamento, e este, eu tenho certeza, nunca se acabará. Vou levar a experiência dos excelentes dias de convivência e a gratidão pelo amor que sempre me deram.

A Galega, Geraldo e Thalita, meus amigos queridos, que me proporcionaram o primeiro lar e a permanente residência, onde pude encontrar carinho e comida de primeira qualidade.

As minhas amigas de Patos, Tássia, Lilianne, Lala, Maysa, Juliane e Rita. Obrigada por sempre conseguirem me desviar das preocupações com suas vidas.

A Turma 2009.2 Tarde, que me recebeu de braços abertos, tornando muito mais prazeroso o estudo, em especial a Aline (meu anjo), Hallana, Ariane, Petúcia, Noélia, Jamila, Layana, Juliana, Lorena, Ragner, André Pedreiro, André Maguinho, Zeca, Danilo, Rafael, Tiago Bastos, Marcus Vinicius, Yure, Wandinho e Leozim.

Aos professores, Tiago Marques, Gracinha, Débora, Francinaldo e Janeide, por que me conduziram sempre ao caminho da verdade e da inspiração jurídica.

Aos funcionários, Núbia, Michele, Silvio, Consuelo, Eva e Tico, que sempre facilitaram minha vida, me tirando de grandes dificuldades.

A Monnizia, minha excepcional orientadora, pois agiu com paciência e elegante educação, me guiando na realização desse trabalho.

A todos os que, direta ou indiretamente, torceram por mim e estiveram ao meu lado nesse tempo de curso.

“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

Pimenta Bueno.

RESUMO

É assegurado o direito ao ressarcimento daquele que prestou alimentos gravídicos indevidamente, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, preservando o direito de igualdade entre homens e mulheres, a fim de garantir a segurança jurídica, evitando o enriquecimento ilícito nas relações familiares. O ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos fundamentais um caráter irradiante, haja vista que exalam valores para toda a sociedade, tendentes a alcançar todas as relações que utilizem tais direitos, inclusive as relações juridicamente privadas. Questiona-se a possibilidade de ressarcimento daquele que se obrigou por obrigação de outrem, mesmo tendo os alimentos a característica da irrepetibilidade. Dessa forma, a presente pesquisa objetiva analisar a aplicação dos preceitos constitucionais nas relações privadas, bem como averiguar se o ressarcimento está abarcado pelos direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana. Para alcançar tal escopo, utilizaram-se os métodos dedutivo e comparativo, bem como a técnica indireta de pesquisa, embasada em estudos bibliográficos, além de observar o disposto na legislação e julgados pátrios para delimitar o estudo. Assim, é justa e de conformidade com os direitos fundamentais o direito ao ressarcimento, já que às relações familiares também cabe os pressupostos de justiça, equidade e direito.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. Ressarcimento.

ABSTRACT

It is ensured the right of refund for those who provided gravidic food improperly, due to the application of reasonability principle, preserving the right of equality among men and women, in order to assure juridical safety, preventing illicit enrichment in familiar relationship. Brazilian juridical legislation sets to fundamental rights a radiant aspect, once it sets values to all society, supposed to achieve all relationship that uses these rights, including private juridical relationship. The possibility of refund of those who even considering the fact food has a singular aspect, is questioned. Concerning all these topics, this paper aims to analyze constitutional precepts in private relationship, as well as to verify if refund is contemplated by fundamental rights that assure human dignity. To reach such, not only deductive and comparative methods were applied, but also indirect research techniques, backed by bibliographic studies, besides observing the topic in the legislation. In conclusion, the right of refund is fair and in concordance to fundamental rights, because familiar relationships are also included in the assumption of justice, equity and right.

Keywords: Food gravidarum. Rights. Principle of Proportionality. Compensation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EUA – Estados Unidos da América

IBFam – Instituto Brasileiro de Direito de Família

LAG – Lei de Alimentos Gravídicos

Nº - Número

ONU – Organização da Nações Unidas

P. – Página

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UBC – União Brasileira de Compositores

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DOS ALIMENTOS	14
2.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS	15
2.2 DIREITO A ALIMENTOS PELO NASCITURO.....	24
2.3 LEI 11.804/2008 E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	30
3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	36
3.1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO PRIVADO.....	37
3.2 AS TEORIAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	41
3.3 A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO PÁTRIO E O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES	47
4 O DIREITO AO RESSARCIMENTO DO SUPOSTO PAI DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS	51
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	52
4.2 O DIREITO DE IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES.....	58
4.3 DO DIREITO AO RESSARCIMENTO	64
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77
ANEXO A - LEI 11.804/2008	83

1 INTRODUÇÃO

O interesse constitucional em tutelar os direitos da dignidade da pessoa humana está evidenciado na Constituição Federal pela impossibilidade de modificação, pelo constituinte derivado, de tais prerrogativas resguardadas a todos os homens. A partir do momento que tais direitos foram garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio, surgiu a necessidade de garantir esses direitos já que resguardam benefícios inseparáveis do ser humano.

A República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. O primeiro direito que deve ser protegido para que aquela seja assegurada é a vida. Sem o mínimo de preservação à vida não há que se falar em dignidade de uma pessoa, já que esta não pode se quer chegar a viver.

A Lei 11.804/2008 instituiu os Alimentos Gravídicos para assegurar o direito do nascituro, aquele que há de nascer, a obter alimentos de seu genitor desde a concepção ao parto, garantindo que a verba alimentar recebida forneça condições mínimas de garantir o direito à vida. A lei tem o objetivo de garantir um desenvolvimento saudável para a criança, estabelecendo condições necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade justa.

Sob a égide da legislação citada, nasce o questionamento da possibilidade de ressarcimento caso o devedor não seja reconhecido como o verdadeiro pai da criança que recebeu os alimentos gravídicos, sendo a este também assegurado os direitos relativos à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho terá como escopo analisar a aplicação dos preceitos constitucionais nas relações privadas, assim como avaliar a aplicação do princípio da proporcionalidade para assegurar o ressarcimento daquele que cumpriu obrigação que não lhe era devida, como garantia da dignidade da pessoa humana e preservação do direito de igualdade entre homens e mulheres

A relevância jurídica do tema consistirá em reconhecer que, mesmo em uma instituição privada como a família, é possível estabelecer a incidência de imunidades constitucionais, sob pena de elevar aquela a situações afastadas da justiça, da equidade e da licitude, permitindo que as relações familiares sirvam de cenário para a possibilidade do enriquecimento sem causa.

Far-se-á, em consonância com o método comparativo, a avaliação do direito a alimentos do nascituro antes e depois da Lei 11.804/2008. Em decorrência do exposto, será utilizado o método dedutivo para uma análise geral dos alimentos e a possibilidade da utilização dos preceitos constitucionais nas relações privadas que os envolva, a fim de chegar à previsão ou determinação de fatos particulares. Por último, a técnica de pesquisa utilizada será a indireta, pois, através da bibliografia pertinente ao tema, será possível extrair os conceitos pertinentes à matéria com o escopo de delimitar o tema estudado, bem como o preceituado na legislação e julgados das Cortes Pátrias, para que a avaliação fática seja feita em conformidade com o disposto por eles.

Para uma melhor sistematização, dividir-se-á a pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o direito do nascituro a alimentos, a necessidade de concretização de tal prerrogativa visto que consubstancia uma necessidade básica para a manutenção da vida e preservação da dignidade humana, merecendo a máxima urgência em sua concessão.

Nesse momento, elucidar-se-á o direito do nascituro para obter alimentos que, antes mesmo da lei em comento, era pacífico na doutrina e jurisprudência pátria como decorrência do princípio da solidariedade. Em seguida, analisar-se-á a Lei de Alimentos Grávidicos como disseminadora de antiga celeuma por falta de legislação pertinente, estabelecendo a concessão dos alimentos ao nascituro, vez que o mesmo não pode esperar.

Verificar-se-á, no segundo capítulo, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, bem como as diversas teorias que versam sobre essa questão, a fim de delimitar a importância da utilização de direitos fundamentais por que traduzem a melhor intenção do legislador originário em proteger a todos, indistintamente, observando as nuances relacionadas à necessidade da constitucionalização do Direito Civil.

O terceiro capítulo se destinará ao estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade quando, aparentemente, direitos fundamentais entrarem em conflito. Demonstrar-se-á o meio menos agressivo de atingir os direitos das partes relacionadas pela relação familiar de prestar alimentos grávidicos, de forma que a segurança jurídica não seja dissociada da questão, a fim de que não sejam usurpados direitos fundamentais de nenhum componente da relação, já que a todos foi concedido direito à dignidade pela Carta Magna.

Analisar-se-á a atuação do aplicador do direito quanto à análise do caso concreto, estabelecendo se haverá ou não a necessidade de ressarcimento por parte dos que, efetivamente, possuíam a obrigação alimentar. Para tanto, o princípio da igualdade entre homens e mulheres será estudado com o objetivo de identificar a possibilidade de enriquecimento sem causa nas relações familiares.

Sendo assim, relevantes questionamentos jurídicos podem ser levantados no que se refere à aplicação do princípio da proporcionalidade como mediador de conflitos entre direitos fundamentais, mesmo que a colisão ocorra em um instituto de extrema importância como a família, regida por relações entre particulares. Será através da Constituição Federal, bem como dos fatos apresentados em cada caso concreto que a análise de violação poderá ou não ser confirmada.

2 DOS ALIMENTOS

O Código Civil de 1916, que teve por base o Código Civil Francês, se fundava nas relações familiares patriarcais, nas quais a entidade familiar era baseada na família e tinha como centro econômico, social e afetivo a figura masculina, que era representada pelo pai ou por outro homem da casa, na ausência do cônjuge varão.

A figura central masculina resguardava seus interesses, que estavam sempre protegidos e priorizados em detrimento dos demais membros do grupo familiar. É possível perceber que o Direito Civil sempre atribuiu à família a responsabilidade de prestar a obrigação alimentícia, passando a priorizar o interesse coletivo, o social, e a família, valores que prevaleceram sobre o individual.

Neste sentido, Nery Júnior (2003, p. 689) adverte que família é:

[...] tanto a relação de descendência como a relação de ascendência, bem como o conjunto de pessoas relacionadas, a um casal ou a alguém, por laços de parentesco civil ou de consangüinidade. Embora no CC seja utilizada como qualificadora de um ramo do Direito Civil, é utilizada pela constituição para denotar a base da sociedade.

A família então representa mais do que laços sanguíneos, ela é consagrada como base da sociedade pelo artigo 226 da Constituição Federal, adquirindo funções que são concedidas diretamente pelo Estado. Gonçalves, C. (2008, p.19) complementa o entendimento:

As alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuir, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.

É notório que a família muito evoluiu, perdendo as desigualdades que havia entre marido, esposa e filhos. O Estado intervém nessa relação todas as vezes que for necessário para defender a prole e para compelir os pais a cumprirem com os seus deveres. O dever ou obrigação alimentar se consubstancia como de caráter patrimonial, fundamentado nas relações familiares, daí nascendo.

A fixação dos alimentos visa manter uma condição digna de vida ao alimentando, quando esta não for dada voluntariamente pelos seus genitores. Varela (1973, p.182) predica que as principais diferenças entre as obrigações e as relações de família “provêm essencialmente do fato de estas se integrarem numa instituição social (família), cujos fins exercem uma vincada influência no seu regime jurídico”. As relações familiares, embora possam ter um caráter patrimonial, não estão atreladas ao Direito das Obrigações, pois, estão presas por um vínculo ético e social.

Dessa forma é possível evidenciar que o direito a alimentos sempre fez parte de uma função exercida pela família, obrigação esta que atualmente é exercida por ambos que constituem a sociedade conjugal, conforme assevera o artigo 226, §5º, da Constituição Federal ao afirmar que: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Os alimentos fazem parte de uma das obrigações atinentes ao Estado que repassa à família o dever de prestar as condições mínimas àqueles que não podem provê-las por si sós, e que estão ligados por um vínculo de parentesco.

2.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Na precisa lição de Rodrigues (2004, p. 375) são os alimentos umas das primeiras necessidades da vida, pois:

Talvez se possa afirmar que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. Para realizá-lo, o indivíduo precisa de meios materiais, tais os alimentos, o vestuário, abrigo etc. Na organização social vigente entre nós, a pessoa obtém os bens materiais de que necessita através de seu trabalho ou da renda de seus capitais. Todavia, pode ocorrer que não tenha recursos, nem elementos para prover, por intermédio de sua atividade, à própria subsistência. Daí o mister de outros o proverem de meios indispensáveis para manter-se.

O alimento é o mínimo que se pode ter na vida para que ela se mantenha, sendo que muitas outras coisas compõem os ideais do ser humano, no entanto, sem os alimentos necessários à sobrevivência o homem não consegue manter a própria vida, situação que coloca sobre os alimentos uma grande importância e cuidados por parte do Estado, já que, se os seres humanos não puderem se manter nascerá mais um encargo para aquele.

De outro modo, os alimentos abrangem uma dimensão maior que a própria palavra, pois para manter uma vida digna o homem precisa muito mais do que ele ingere, bem como suas vestimentas, um lugar para se abrigar, cuidados com a saúde. Para se mensurar a importância de tais necessidades, basta se privar de uma delas que será possível vislumbrar a dificuldade que a vida terá para continuar com o seu ritmo normal.

A obrigação de prestar alimentos está embasada nos princípios constitucionais da solidariedade social e familiar (CF/88, art. 3º) e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), que atribui a toda pessoa o direito a uma vida digna que deve ser prestada, quando não se puder adquirir por fontes próprias, por aqueles a quem sempre se prestou assistência, acobertados pelo sentimento da retribuição e da moral. É o que acontece com o amparo dado aos pais já idosos que durante a vida se doaram pelos filhos. Neste contexto assevera Rizzardo (2006, p. 717), que:

Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento. Desponta do íntimo das consciências esta inclinação, como que fazendo parte de nossa natureza, e se manifestando como uma necessidade. Todo ser humano sente espontaneamente a tendência não só em procriar, mas sobretudo em produzir, amparar, desenvolver, proteger, dar e doar-se". [] Funda-se, outrossim, a obrigação alimentícia sobre um interesse de natureza superior, que é a preservação da vida humana e a necessidade de dar às pessoas certa garantia no tocante aos meios de subsistência.

E as pessoas que estão habilitadas a exercer essa função repassada pelo Estado, baseada na moral, numa imposição jurídica e acima de tudo num gesto de solidariedade e preservação da vida humana, quais sejam: os parentes, cônjuges ou

companheiros, a receberam de forma explícita, conforme dispõe o Estatuto Civilista em seu artigo 1.694, *in verbis*:

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

A questão relacionada ao assunto nasce como anteriormente abordada, de uma atribuição do Estado de prestar socorro aos necessitados, atribuição esta que o mesmo repassa por meio de uma atividade assistencial. Esse repasse da obrigação de prestar a assistência é transportado às famílias e se dá pelo parentesco, bem como pelo vínculo conjugal ou pela relação entre companheiros, ambas derivadas da lei.

O Código Civil de 1916 já abordava a obrigação alimentar, que aparecia como um dos efeitos do casamento e dever dos cônjuges, de acordo com o que disciplinava o artigo 231, incisos III e IV respectivamente: “mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos”, bem como consistia em obrigação alimentar derivada do parentesco, conforme prescrevia o artigo 396 e ss. do citado diploma legal. Por sua vez o atual Código Civil, acompanhando a postura adotada pela Carta Federal, a qual equiparou a união estável à entidade familiar (art. 226, §3º, CF/88), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, CF/88), aboliu a discriminação acerca de a entidade familiar ser formada pelo vínculo matrimonial.

A Lei Maior ainda aduz no §5º do artigo já citado que, são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher todos os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, abolindo a regra trazida pelo Código Civil de 1916, o qual expressava em seu artigo 233 inciso IV competir ao marido, que funcionava como chefe da sociedade conjugal, “prover a manutenção da família”. Ultrapassado está esse entendimento, corroborado pelas decisões das Cortes nacionais atendendo à Magna Carta.

É possível assim observar, que a estrutura familiar passou por grandes modificações na normatização brasileira. A obrigação de prestar alimentos advém de um vínculo de parentesco, sendo estendida pela Constituição Federal e pelo Código Civil aos que se unem em vínculo conjugal e uniões de fato, bem como pela família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, ficando afastada de todas

as formas a hipótese de só existir obrigação alimentar se a dependência adviesse de um casamento.

Isso ocorre pelo fato de ser a família a base da sociedade e merecer especial proteção do Estado, já que é àquela que este transmitirá funções primordiais para que o cidadão tenha condições mínimas para conviver em sociedade. Então, se uma união entre um homem e uma mulher, quiçá uma união homoafetiva, reúne as condições de família, não deve a lei regulamentar de onde advém a relação, nem tão pouco se está ou não coberta de solenidades, devendo apenas acolhê-la como tal.

Como bem trata Venosa (2008, p. 338), não há historicamente falando uma data precisa que marque o início da obrigação alimentar, sendo possível evidenciar algumas nuances do assunto na época de Justiniano, momento em que era perceptível uma obrigação recíproca entre ascendentes e descendentes, apesar de ter sido no Direito Canônico que o conceito havia sido disseminado.

O Direito Francês usa as palavras *nourrir, entretenir et élever* para designar as expressões alimentar, manter e educar, ao passo que o ordenamento português aduz ser alimentos tudo o que for indispensável ao sustento, habitação e vestuário; equivalendo a educação do alimentando quando for menor.

A doutrina brasileira é unânime no sentido de conceituar alimentos, verificando que o Código Civil não fez essa definição na parte concernente aos mesmos, mas especificou em seu artigo 1.920 o seu conteúdo legal, dispondo o citado diploma que: "o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor".

Assim, alimentos são as prestações fornecidas por uma pessoa a outra, para que esta possa satisfazer as suas necessidades básicas, além de compreender despesas com casa, vestuário, assistência médica e, no caso dos menores, o necessário para sua instrução escolar. De acordo com as lições de Rodrigues (2004, p. 374), o qual afirma em análise aos Diplomas Civilistas Brasileiros, que:

O codificador de 1916, que veste capítulo não fixou o alcance da prestação alimentícia, fê-lo no art. 1.687, constante do capítulo sobre os legados, em que declarava abranger o legado de alimentos o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário vivesse, além da educação, se ele fosse menor.

Já o legislador de 2002 é expresso quanto à abrangência da prestação, indicando incluir as necessidades com educação, além daquelas destinadas

a preservar a subsistência de modo compatível com a condição social do alimentado.

Fica clara a intenção do legislador em definir as necessidades básicas da vida que se enquadram no termo alimentos, que compreenderá: moradia, vestimentas e tratamento com moléstias, incluindo-se a educação para os menores, assim como a preservação da condição social do alimentando, para que o mesmo não passe a ter uma vida diferente da que levava.

Existe o Projeto de Lei n. 6.960/2002 que pretende modificar o artigo 1.694, caput, do Código Civil no qual serão excluídas as expressões de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, alterando o texto e deixando-o com a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver **com dignidade**”, de acordo com o preceituado por Diniz (2008, p. 537, grifo nosso).

Por sua vez os parágrafos 1º e 2º permanecerão com a mesma redação, indicando que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades de um e nos recursos de outro, e que havendo culpa de quem os pleiteia, os alimentos serão apenas os indispensáveis a sobrevivência.

O projeto visa dessa forma, eliminar a prerrogativa de ter os alimentos recebidos pelo alimentado que lhe manter a condição social, passando a diminuição de padrão social a ser possível, até por que pode haver a possibilidade do alimentante não ter condições suficientes para manter o padrão de vida daquele a quem presta a obrigação alimentar, e se assim tivesse que proceder poderia se verificar uma privação do próprio padrão do alimentante, ficando apenas com o indispensável para sua subsistência.

É pacífico o entendimento de que o Estado, como garantidor da ordem pública, faça cumprir o dever daqueles que estão incumbidos da função de prestar alimentos, pois está ligado diretamente com a subsistência e manutenção de quem os pleiteia, sendo necessário agir com violentas sanções para os que descumprem com esse dever legal e moral, como a pena de prisão, desconto em folha de pagamento.

Por esses motivos há o entendimento de que, por se tratar de normas de ordem pública, é impossível haver convenções entre as partes integrantes da

obrigação, ou seja, alimentante e alimentado, bem como, renunciar ao direito de receber alimentos ou suspender a prestação quando devida.

Acerca da natureza jurídica dos alimentos, Diniz (2008, p. 542) mostra que eles são considerados um direito extra patrimonial por causa do seu caráter ético-social e pelo argumento de que o alimentando não tem como aumentar o seu patrimônio com a verba recebida, já que ela é unicamente para atender a necessidades básicas. Possui natureza de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, esta por que advém de uma relação pessoal e satisfará interesses e necessidades pessoais, e o caráter patrimonial reside por ser uma relação que consiste no pagamento periódico de uma prestação, existindo credor (alimentário) e devedor (alimentante). Fica ao talante da doutrina se filiar a corrente que a mais se adepta.

No que se refere aos pressupostos da obrigação de prestar alimentos, encontram-se os mesmos no Código Civil em seus artigos 1.694 e 1.695, *in verbis*:

Art. 1.694 - Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

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

§2º - Os alimentos serão apenas os indispensáveis à sobrevivência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art 1.695 - São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Decorre, portanto, dos citados dispositivos legais os seguintes pressupostos determinantes da obrigação de prestar alimentos, como bem preleciona Gonçalves, C. (2008, p. 478): 1) o parentesco ou vínculo conjugal ou de companheirismo; 2) a necessidade e a incapacidade de se manter por si próprio; 3) a possibilidade de fornecimento pelo alimentante. O primeiro pressuposto diz respeito as pessoas que tem legitimidade para solicitar a prestação alimentícia, direito que é extensível somente aos ascendentes, descendentes maiores, irmãos germanos ou unilaterais e ao ex-cônjuge ou companheiro, que apesar de não ser parente possui o direito de ser assistido, pelo vínculo estabelecido pela convivência e cumplicidade para com o outro.

Por sua vez, o segundo pressuposto se refere à necessidade de quem solicita a prestação, ou por não ter bens, ou por não poder com o seu trabalho adquirir o mínimo para viver com dignidade. Vários são os motivos que podem levar alguém a não ter condições, dentre elas a sua idade, sua saúde, as condições sociais em que vive.

Em todo caso, deve o juiz analisar o caso concreto e verificar as reais condições do solicitante para que não haja locupletamento da sua parte. Já o terceiro pressuposto indica que, na satisfação da prestação alimentícia seja levada em conta a possibilidade econômica de quem presta a obrigação, para que não lhe falte o necessário nem venha a passar por privações.

Além dos citados pressupostos, os alimentos possuem características que são colocadas pela doutrina, a citar Gonçalves, C. (2008, p. 467), como um direito pessoal e que não se transfere, recebendo do artigo 1.707 do Código Civil as seguintes nuances: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”, sendo possível entender que os alimentos não podem ser renunciados, compensados, passíveis de penhora ou cessão.

Outra característica importante a citar, é a impossibilidade de restituição do valor desembolsado na obrigação alimentar, pelo fato dos alimentos serem uma questão de ordem pública, indispensáveis à vida, não sendo possível a restituição dos alimentos pagos, bem como a possibilidade de transacionar, pois, apesar de estar inserido no Direito Privado diz respeito a um interesse público que beneficia um caráter pessoal.

Como o direito a alimentos pode ser arguido pelo necessitado a qualquer momento, uma vez provado a necessidade, os mesmos possuem a característica de serem imprescritíveis, podendo a prestação alimentar ser cobrada ainda que passados dois anos, a partir da data em que se vencer, segundo o artigo 206, §2º, do Código Civil.

Os alimentos são possuidores do caráter de divisibilidade, conforme dispõe os artigos 1.696 e 1.697 do citado diploma legal, por tal característica tem-se que, se o obrigado não pode sozinho abarcar a prestação, pode dividi-la com outros parentes, que juntos arcarão com a obrigação alimentícia, de acordo com suas possibilidades, sem que haja entre eles solidariedade.

Os alimentos receberam do artigo 1.699 do mencionado código, a função de se apresentarem de forma variante, podendo ser revistos, reduzidos, majorados ou exonerados, pois atendem ao binômio necessidade-possibilidade. Podem ser reduzidos se o alimentante diminuir sua condição social, ou ser majorados se ela aumentar, além da possibilidade de serem revistos e atualizados monetariamente pelo juiz, quando seu valor não mais suprir as necessidades a que se prestava.

Caracterizam-se também por consistirem em uma obrigação periódica, pois atendem a necessidade de subsistência do alimentado em prestações contínuas, já que aquele teria prejuízos se o benefício fosse repassado interpoladamente.

Tratando-se de a quem incumbe à obrigação de alimentar, tem-se que a legislação civil trouxe em seu texto quem são esses sujeitos, delimitando aqueles que têm a obrigação de prestar assistência alimentícia, passando por uma ordem de preferência.

Segundo o artigo 1.696 do Código Civil, a prestação alimentícia é recíproca entre pais e filhos e extensiva a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros. Significa que pais e filhos devem inicialmente prestar alimentos reciprocamente quando necessitarem, independentemente dos filhos serem maiores, emancipados, solteiros ou casados, porque a prestação será devida quando algum deles, pais ou filhos, se encontrarem em situação impossível de manutenção própria, no entanto, a que se observar a ordem de preferência, não podendo os netos requerer dos avós se a condição social de seus pais suporta a prestação.

Dessa forma, um não exclui o outro por que na prestação existe a característica da variabilidade, uma vez que a condição de quem presta pode ser diminuída, deve à obrigação passar a ser exercida pelo próximo na ordem de sucessão. Diniz (2008, p. 581) afirma que:

Há uma ordem sucessiva ao chamamento à responsabilidade de prestar alimentos. [...] Dessa forma que quem necessitar de alimentos deverá pedir, primeiramente, ao pai ou à mãe; na falta (morte, incapacidade, invalidez) ou impossibilidade (péssima condição econômica) destes, aos avós paternos ou maternos; na ausência destes, aos bisavós paternos ou maternos, e assim sucessivamente. [] O alimentando não pode, ao seu bel prazer, escolher o parente que deverá prestar-lhe alimentos. [] Há responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avô se o pai estiver ausente, impossibilitado para o exercício de uma atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos, nem meios para suportar o encargo alimentício. Nada obsta, havendo pluralidade de

obrigados do mesmo grau, que haja um concurso entre eles, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus haveres (CC, art. 1.698).

Por sua vez, o artigo 1.697, do Diploma Civil disciplina que: "na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada à ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais." A pessoa que carece de alimentos deve solicitá-los dos ascendentes, que só não atenderão por falta de condições, passando o encargo aos descendentes do solicitante. Em falta de condições de sua prole é que este se socorrerá dos seus irmãos, tanto os germanos quanto os unilaterais.

Também haverá pluralidade de obrigados se um parente não tiver condições de abarcar sozinho o encargo da prestação, nesse caso serão chamados os de grau imediato, concorrendo cada um com os recursos proporcionais aos seus haveres, podendo as demais pessoas do mesmo grau ser chamadas a intentar a lide quando qualquer uma for obrigada a prestar a obrigação de alimentar, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo.

Vale ressaltar que, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor por ser dívida do espólio, respondendo aqueles tão somente até o limite das forças da herança, podendo ser exigido dos parentes, ex-cônjuge ou ex-companheiro, conforme inteligência dos artigos 1.698 e 1.700 do Estatuto Civilista.

No que se refere aos alimentos devidos aos filhos por pais separados, bem como os advindos de relacionamento externo ao matrimônio, verifica-se os artigos 1.703 e 1.705, ambos do Código Civil, segundo os quais:

Art. 1.703 - Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

[...]

Art. 1.705 - Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Esses artigos estão se referindo ao fato de que os pais, mesmo separados, não perdem a obrigação de alimentar sua prole, mesmo que esse filho advenha de uma relação externa ao casamento ou que surja de uma união de fato. Isso porque a Carta Magna aboliu qualquer diferença entre filhos, portanto, filho é filho e possui direitos iguais sem qualquer discriminação. Neste sentido reza o artigo 227, §6º do

citado diploma legal: “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”.

Os filhos então ficam acobertados constitucionalmente contra qualquer discriminação, sendo-lhes assegurado, enquanto crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, estando cobertos contra crueldade, opressão, exploração, discriminação e toda forma de negligência, conforme bem dispõe o artigo 227, caput, da Lei Maior.

2.2 DIREITO A ALIMENTOS PELO NASCITURO

Verifica-se que o tema relativo aos alimentos possui importância social e jurídica, ante ao seu objetivo de tutelar as condições mínimas de existência de uma pessoa, que não pode manter-se sozinha. Essa proteção será repassada pelo Estado àqueles ligados por vínculos parentais, conjugais e convivenciais.

Os alimentos suprem a necessidade de quem precisa e não pode prover sozinha a sua manutenção, nesse rol estão inclusos os nascituros, pois são filhos e merecem alimentos de seus pais, direito que lhes é juridicamente reconhecido por não terem condições de se alimentar sozinhos, tamanha é a sua fragilidade, dependendo inteiramente da nutrição advinda de sua mãe.

A palavra nascituro vem do latim *nasciturus*, que significa aquele que há de nascer, o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e incerto, sendo assim, tem direito a alimentos já que é totalmente carente de condições de manutenção própria, precisando ser resguardada total proteção ainda que no seio materno ou fora dele.

No Direito Romano Clássico, conforme os ensinamentos de Badalotti (2008), o nascituro era mencionado por expressões como *is qui est in ventris* (aquele que está no ventre), *is qui est in útero* (aquele que está no útero), ou pelos termos *conceptus* (concebido), *venter in uterus* (vidente no útero), *fetus* (feto), entre outras. Com isso, é certo declarar que o nascituro é o homem ou a mulher, enquanto se

encontram em processo de gestação no útero da mãe. Indica aquele que há de nascer, o ente gerado ou concebido que tem existência no ventre materno.

A conceituação de nascituro não revela dúvida alguma na doutrina, mas a sua personalidade é discutida, tanto é que existem três teorias acerca da personalidade do nascituro. A primeira é a Teoria Concepcionalista, para a qual a personalidade é atribuída ao ser humano a partir de sua concepção, afirmando que a pessoa de direitos que vai nascer já existe desde o surgimento no útero materno, sendo desconsiderada a sua existência se morrer antes do parto.

A segunda é a Teoria Natalista, a qual atribui personalidade a partir do nascimento com vida da separação do corpo materno, havendo, contudo, o reconhecimento de seus interesses; e a terceira é a Concepcionalista Condicionada ou da Personalidade Condicional, que aborda a aplicação dos direitos sob condição suspensiva, ou seja, o nascituro já seria um ser dotado de personalidade, desde que nascesse com vida, embora que por apenas alguns instantes.

A personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, nas lições de Stolze (2008, p. 80), é a “aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”.

O Direito Brasileiro adotou a Teoria Natalista, para qual a personalidade ao ser é atribuída após o seu nascimento com vida, colocando a salvo os direitos do nascituro, segundo o artigo 2º do Código Civil. Antes de nascer o ser humano não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ser de sua proteção jurídica pelo citado dispositivo legal. Em disposto atendimento ao consagrado pelo Diploma Civilista, o Tribunal de Justiça de São Paulo (2006) proferiu:

Seguro – Vida e Acidentes Pessoal – Acaso de cobrança – Natimorto – Exegese – A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do ‘nascituro’ (aquele que vai nascer, ou o ser humano que foi concebido e que tem o nascimento como certo), daí entender-se que o ‘natimorto’ não chega a adquirir personalidade jurídica, uma vez que é expulso – já morto- do útero materno, inviável, portanto, a pretensão à indenização securitária requerida pelos genitores – Recurso improvido (TJSP- Ap. Cível 818.666-0/6, 1-2-2006, 34ª Câmara de Direito Privado – Rel. Irineu Pedrotti).

Corroborando com o pensamento acima explanado acerca dos alimentos carecidos por parte do nascituro, é de fundamental complementação a argumentação de Diniz (2005, p. 192), para a qual:

Conquanto comece do nascimento com vida [...] a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, [...] como à vida (CF, art. 5º), à filiação, [...] à integridade física, a alimentos, [...] a uma adequada assistência pré-natal, à representação, [...] a um curador que o represente e zele pelos seus interesses [...] em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança, [...] a ser contemplado por doação, [...] a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade [...] etc.

Para o Direito Civil pátrio o nascituro não é pessoa, mas *spes personae*, ele possui apenas expectativa de direito, contudo, para os efeitos penais é considerado pessoa. Vê-se então, que o Direito Penal quando aboli o aborto, considerando o feto como pessoa, estaria obviamente equiparando o nascituro a tal. Jesus (2003, p. 120), elucida que “o objeto da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive o que é suficiente para ser protegido”.

De acordo com Pires (2008), o artigo 4º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, que fora aprovada integralmente pelo Congresso Nacional do Brasil em 1992 determina que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Em defesa da Corrente Concepcionista e apesar da polêmica doutrinária existente, mister conferir o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2001):

EMENTA: Seguro-Obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento (5 fls.) (Apelação Cível n. 70002027910, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Álvaro de Oliveira, julgado em 28/03/2001).

Com essas declarações fica evidente o interesse da doutrina, em consonância com o exposto por Stolze (2008, p. 84), que o Direito pátrio se posicione acerca da personalidade do nascituro.

Se afastando das teorias, e avaliando o nascituro como uma expectativa de direito, bem como entendendo a necessidade de seus interesses serem resguardados, clara é a lição de Rizzardo (2006, p. 717) quando revela que: “a sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis pela sua geração”.

É justo, portanto que, aqueles que geraram uma criança se unam no intuito de lhe prover o mínimo necessário à vida, para que sua sobrevivência seja garantida. Também é relevante a colocação de Leite (1994, p. 140) para o qual:

A vida deve ser preservada desde o ventre materno e os alimentos com vistas à manutenção e sobrevivência do nascituro tornam-se admissíveis desde o momento da concepção. A idéia diretora do constituinte, perfeitamente detectável na Constituição, foi a da paternidade responsável. A possibilidade do nascituro exigir os alimentos nada mais é do que um corolário daquele princípio.

Tudo se enquadra numa seqüência lógica e que não se desvia, ou seja, o Estado apesar de não regular as relações familiares, dita normas cogentes com o intuito de manter garantidos os direitos e obrigações da família que é a base da sociedade, segundo o artigo 226 da Carta Magna, adentrando no Direito de Família com uma dosagem de Direito Público, em consonância com o disposto por Gonçalves, C. (2008, p. 11).

A família por sua vez, recebe daquele a atribuição de manter-se e prover o seu sustento, cabendo aos pais, pelo princípio da paternidade responsável, cuidar material e moralmente de seus filhos, frutos sanguíneos ou civis. Sendo assim, se a Constituição Federal exige a preservação da vida da criança e do adolescente, assegura com certeza a manutenção e cuidados que o nascituro merece para que possa alcançar a vida, deixando de ser uma expectativa de direito.

O artigo 2º do Diploma Civil aduz que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Quando a própria lei assevera que é posto a salvo os direitos

do nascituro, fica evidente que quer resguardar os meios necessários para que sua expectativa de vida venha se concretizar.

Stolze (2008, p. 84), esclarece de onde surge a necessidade de alimentos para o nascituro, já que:

Independente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.

É tarefa de ambos os genitores prover os meios necessários para que o nascimento seja com vida, para que a criança adquira sua personalidade. Já enfatizava tal necessidade o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2003), acerca dos alimentos em favor de nascituro, ao decidir que:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui, Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento n. 70006429096, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/08/2003).

Por isso que durante a gravidez, cabe ao pai a tarefa de prestar a assistência econômica da mãe e do bebê quando esta estiver impossibilitada por condições de saúde, de manter a si e a criança, como ocorre quando é exigido repouso absoluto ou quando a mãe apresenta gravidez de risco, ou que necessita de uma alimentação diferenciada, bem como quando tem que se submeter a uma série de exames periódicos para auferir a saúde da criança e a sua, muitas vezes sendo impossibilitada de trabalhar.

De acordo com Rizzardo (2006, p. 759):

Justamente por existir um direito à personalidade, isto é, aos direitos do nascituro, há de se pôr a salvo certas necessidades para o bom desenvolvimento da pessoa intra-uterina do ser humano. Para tanto, todo o

ambiente propício para evoluir com normalidade o ser concebido deve assegurar-se à mãe. A ela cabe o direito a uma adequada assistência médica pré-natal, além de outros cuidados e providências, com o que não se poderá furtar em colaborar o pai da criança em formação.

[] Desde que presentes os requisitos próprios, como o *fumus boni iuris* e a certeza de quem é o pai, mesmo os alimentos provisionais é possível conceder, com o que se garantirá uma adequada assistência pré-natal ao concebido. Para a prova da paternidade, admite-se toda série de documentos demonstradores da convivência quando da concepção, bem como da época quando a mesma ocorreu. Com isso, infundem-se convicção e certeza sobre a paternidade, sem o que incabível a concessão cautelar de alimentos.

Dessa forma, vê-se a legitimidade da mãe para a propositura da ação de alimentos em nome da criança, já que esta é totalmente dependente de sua genitora. A questão requer a rapidez por parte do Poder Judiciário, recebendo o assunto todo o zelo da justiça, permitindo ao juiz que determine os alimentos provisionais, os quais mesmo não sendo fixados em sentença definitiva, tem a função de manter a subsistência do alimentando durante o lapso temporal em que tramita a ação principal, visando manter a situação de manutenção em que se encontra, ou adquirir meios de subsistência com os alimentos, consubstanciando um adiantamento da sentença de mérito que pretende obter, ainda que de forma cautelar ou antecipatória.

As provas que são admitidas exigem do juiz convicção na avaliação acerca da paternidade, já que os alimentos sejam os provisórios ou definitivos, pagos a qualquer título são irrepetíveis, ainda que o alimentante seja o vencedor da lide, conforme lembra Nery Júnior (2003, p. 754). Sem a prova da paternidade não é possível imputar a alguém responsabilidade e ônus sobre uma ação que não cometeu.

Não resta dúvida de que o nascituro, mesmo não sendo considerado pessoa antes do nascimento com vida, já que o Direito Civil pátrio adotou a Teoria Natalista, merece do âmbito jurídico amparo e direito a alimentos, pois sem eles existe o forte risco de não alcançar a vida, particularidade garantida constitucional e civilmente.

Fica certo que a proteção à vida deve ser amparada por aqueles que conceberam o filho, devendo juntos cuidar e velar para que a criança nasça com vida, independente de ter sido gerada ou não em um seio conjugal, de união estável ou de uma relação externa as essas duas anteriores. Já se conta com precedentes reconhecendo ao nascituro o direito a alimentos. Note-se que a ele são assegurados os alimentos provisórios ou provisionais, como forma de amparo material até o

nascimento. Do que se vê, trata-se de questão de humanidade que se relaciona diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 LEI 11.804/2008 E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A Lei 11.804/2008, Lei de Alimentos Gravídicos (LAG) disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. O referido diploma legal veio a sanar uma questão antiga e debatida na jurisprudência: a prestação da obrigação alimentar desde a concepção. Pois como se sabe, a Constituição Federal garante em seu artigo 5º o direito à vida, impondo sobre a família o dever de garantir aos filhos o direito à saúde, à alimentação e à vida, conforme o disposto no artigo 227; bem como aos genitores o dever de assegurar assistência a sua prole, de acordo com o que expõe o artigo 226, §5º, ambos da citada Lei Maior.

Em consequência disso, o Código Civil assegura em seu artigo 2º, que os direitos do nascituro devem ser mantidos a salvo desde a concepção. Efetivamente ocorria que, quando o genitor não assumia a criança como filho, este ficava durante toda a gestação sob a responsabilidade da mãe, que o carregando em seu ventre, detinha sobre ele todos os cuidados e assegurava-lhe proteção, sendo que, em estando impossibilitada de trabalhar, seja por conta de sua saúde ou qualquer motivo relevante, essa criança ficava desamparada, pois uma vez faltando condições mínimas de sobrevivência à mãe, faltará também à do seu filho que é nutrido e sustentado por suas víceras.

Já existia essa preocupação na doutrina brasileira acerca da necessidade dos alimentos na gestação, período fundamental na formação do ser humano, que não sendo bem formado pode sofrer sequelas para toda a vida. Neste sentido, assevera Cahali (2006, p. 357), acerca do direito a alimentos pelo nascituro que:

O maior desses direitos é, sem dúvida, o de ser alimentado e tratado para poder viver; assim, pode a mãe pedir alimentos para o nascituro, hipótese em que, na fixação, o juiz levará em conta as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final, incluindo despesas médicas e de medicamento.

A lei vem justamente permitir que os direitos do nascituro sejam postos a salvo e assegurados por ambos os genitores, resguardando o direito daquele à vida, já que delimita os alimentos a serem pagos para a mulher gestante, por parte do suposto pai e a forma como será prestada essa obrigação, de acordo com os ensinamentos de Dias (2008, p. 87). A lei assegura que o nascituro receba, enquanto membro inter-uterino, as condições de saúde para que nasça saudável, sendo mais do que justo que pai e mãe contribuam para a manutenção com normalidade do nascituro.

Segundo Dias (*ibidem*), a LAG veio apenas consolidar a Teoria Concepcionalista e o princípio da dignidade da pessoa humana tão debatida. Pois conforme explicita os ensinamentos de Silva (apud LOMEU, 2008, p. 95):

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no direito à própria vida e esta seria comprometida se à mão necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre.

Neste sentido Pontes de Miranda comenta que 'a obrigação alimentar pode começar antes de nascer, pois existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior se acaso se recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria'.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida reconhece que são devidos ao nascituro os alimentos em sentido lato - alimentos civis - pra que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida.

(...) Têm os nossos Tribunais reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, tendo decisão pioneira da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14.09.1993 (Ap. Cível n. 193648-1), atribuído legitimidade 'ad causam' ao nascituro, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Concluiu o relator - Des. Renan Lotufo - reportando-se à decisão pioneira no mesmo sentido do Tribunal do Rio Grande do Sul (RJTJRS 104/418) que 'ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte como autor ou réu.

A compreensão do que se tratam os alimentos gravídicos é retirada do parágrafo único do artigo 2º da LAG que os conceitua como sendo: “a parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”. Os alimentos gravídicos compreenderão, segundo o citado dispositivo legal:

Art. 2º [...] os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e

demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Compreendem assim, a verba alimentar destinada a manter a vida do nascituro e garantir que nasça com condições mínimas de saúde e tenha o seu direito de viver preservado.

Quanto à natureza jurídica, os alimentos gravídicos são *sui generis*, pois agregam elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira, se apropria a primazia da tutela em relação a outras obrigações, enquanto da segunda, a novel lei se vale das regras de integral reparação patrimonial, conforme o preceituado por Freitas (2008, p. 90).

Do que se extrai das lições de Lomeu (2008, p. 97), de grande importância se mostra à lei em comento, já que a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) trazia a exigência da comprovação do vínculo de parentesco, que se faz impertinente para assegurar a vida do nascituro e lhe garantir o direito à verba alimentícia, dificultando a concessão de alimentos a este, já que era improvável comprovar quem era o pai.

Vislumbra-se que a Lei de Alimentos Gravídicos, garante alimentos à mulher grávida, concedidos por quem ela afirma ser o pai, baseada na existência de indícios de paternidade. O juiz fixará então os alimentos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Conforme evidenciado no artigo 2º da LAG, os alimentos gravídicos compreendem desde as despesas que surgem da concepção ao parto, àquelas referentes à alimentação, assistência médica; abrangendo também, “prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

Portanto, se da análise do caso concreto, restar verificado a necessidade de maiores cuidados com o nascituro, seja pelo médico ou pelo magistrado, essas despesas serão incluídas na prestação alimentícia. A genitora deve expressar a necessidade dessas despesas na exordial, fundamentando o pedido com o parecer médico, quando por ele requerida alguma medida.

Observa-se assim, que os critérios para fixação dos alimentos gravídicos são as despesas geradas pela gestação, estas que não foram previstas no Código Civil na parte concernente a alimentos, nem na lei de alimentos. Contudo, mantiveram-se as bases da obrigação alimentar, que são: a necessidade por parte

da mãe para assegurar a gestação e dar vida ao ente concebido, e a possibilidade por parte do suposto pai, da mesma forma que ambos contribuirão conforme as suas condições, de acordo com o disciplinado no artigo 1.694 do Código Civil. Esse posicionamento veio reiterado nas determinações do artigo 6º, da Lei 11.804/2008, que prescreve, *in verbis*:

Art. 6º - Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. - Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

O artigo supra referido também disciplina outra questão de grande importância introduzida pela LAG, que é a fixação de alimentos. Esta se dará em face do suposto pai, que indicado pela mulher, contribuirá com a prestação alimentícia até o nascimento da criança, esta que nascendo com vida, terá os alimentos gravídicos convertidos em pensão alimentícia, até que reivindique a sua revisão, quando necessária.

Freitas (2008, p. 91) explica que, afóra o reconhecimento voluntário, os indícios de paternidade não determinam a fixação do indicado como pai obrigado pelos alimentos gravídicos. Isto posto, com o nascimento da criança, caso o pai negue a paternidade, deve também começar todo o procedimento de investigação de paternidade, fato idêntico ocorrerá se o reconhecimento tiver sido fundado em vício de vontade.

Outra questão de grande importância é a do ônus probatório, que segundo o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, é do autor da ação quanto ao fato constitutivo do seu direito. Dessa forma, cabe à genitora apresentar os indícios de paternidade, segundo Freitas (*ibidem*), através de "fotos, testemunhas, cartas, e-mails, dentre outras provas lícitas que puder trazer aos autos"; entendendo a doutrina que por mais importante e necessário que seja o pedido, ele não possui presunção de veracidade nem pode exigir do suposto pai prova negativa contra si.

O nascimento da criança com vida é suficiente para a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, mantendo-se o valor da prestação até que uma das partes, alimentante ou alimentado, solicite a sua revisão, conformado com o disposto pelo parágrafo único do artigo 6º da LAG.

Conforme explanado, a genitora tem o ônus de provar a paternidade através de indícios, que não foram explicitados pela Lei de Alimentos Gravidicos, no entanto, não é possível ao suposto genitor requerer exame que ateste a paternidade, já que este ensejaria risco para a criança, sendo possível à realização do exame somente a partir do nascimento da criança.

Segundo Dias (2008, p. 87), se o resultado comprovar que o individuo não é o pai daquele infante, não há que se falar em restituição dos alimentos gravidicos fornecidos no período da gestação, visto que, a irrestituição é característica inerente dos alimentos, ou seja, quem fornecer alimentos, seja a que título for não tem direito de requerer a devolução.

Dias (2008, p. 88) conclama a beneficie da LAG no ordenamento jurídico, pois a lei em estudo:

Dá efetividade a um principio que, em face do novo formato das famílias, tem gerado mudanças comportamentais e reclama maior participação de ambos os pais na vida dos filhos. A chamada paternidade responsável ensejou, por exemplo, a adoção da guarda compartilhada como a forma preferente de exercício do poder familiar. De outro lado, a maior conscientização da importância dos papéis parentais para o sadio desenvolvimento da prole permite visualizar a ocorrência de dano afetivo quando um dos genitores deixa de cumprir o dever de convívio.

Verifica-se assim, que a Lei 11.804/2008 trouxe inovações que careciam de urgência no âmbito jurídico para proporcionar o que a Constituição Federal já assegurava, possibilitando ao nascituro condições de uma vida intra-uterina saudável e menos temerária, objetivando o nascimento com vida.

Extingue-se a obrigação de prestar alimentos gravidicos em casos de aborto e igualmente após o nascimento, se ficar comprovado que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos em questão, já que em ambas as situações, não há mais a figura do alimentado ou do alimentante, que vinha arcando com o ônus alimentício. Nesse último caso, a obrigação extingue-se para o surgimento de outra, a partir do momento que o verdadeiro genitor for identificado.

Acerca das importantes inovações trazidas pela LAG, o posicionamento de Freitas (2008, p. 94), Coordenador das Comissões do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBFam) de Santa Catarina, posiciona-se sob o ponto de vista de que:

Os alimentos gravídicos sem dúvida permitirão melhor tutela as mulheres em gestão e a futura prole que para seu nascimento com saúde e vida tanto precisa deste suporte financeiro do pai e de outros parentes no caso de impossibilidade daquele. Porém, é indispensável cautela, principalmente por parte do magistrado e ante a morosidade da justiça na determinação destes alimentos especiais, devendo serem fixados de forma proporcional aos rendimentos do casal e de acordo com as provas da paternidade, não podendo ser a concessão vinculada apenas na mera alegação, sob pena de não poder ser revertida a medida que concedera os alimentos.

Enriquece a Lei de Alimentos Gravídicos a desejada proteção da pessoa humana e dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, criando a via tão desejada do Direito Civil-Constitucional, considerando assim um grande avanço da legislação pátria, conforme as lições de Lomeu (2008, p. 97).

Assim, verifica-se que a Lei 11.804/2008 veio suprir lacunas deixadas pelo Diploma Civil e a Lei de Alimentos, possibilitando a nutrição e manutenção daquele que ainda está por vir. São reflexos da necessária fusão entre os princípios constitucionais e os demais ramos do Direito, garantindo a todos, o direito à vida e à igualdade, conforme proclama o artigo 5º, caput, da Carta Constitucional.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Há muito, as Cartas Políticas de diversos ordenamentos jurídicos inserem em seus textos os direitos fundamentais, que são aqueles reconhecidos na órbita interna de cada Estado como indispensáveis à população, no intuito de preservar a dignidade e a liberdade da pessoa humana, que se concretizam nos direitos humanos, ou seja, os reconhecidos a todos os homens, universalmente.

É justamente o caráter fundamental de tais direitos que impulsiona a busca pela sua efetividade. Neste diapasão é o que dispõe Pereira (2006, p. 2):

[...] A nota essencial do constitucionalismo recente é a generalização do esforço de tutelar juridicamente os direitos fundamentais, como passo indispensável para a construção do Estado Democrático de Direito. Em conseqüência, a *jurisdição dos direitos fundamentais* tem buscado estabelecer uma série de pautas e critérios destinados a garantir a efetividade jurídica desses direitos.

Ante o exposto, não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem, contudo, tutelar os direitos fundamentais a fim de que realmente resguardem prerrogativas que são inseparáveis do ser humano, destinados a assegurar a dignidade deste.

Ocorre que, durante muito tempo as exigências para a garantia desses direitos fundamentais se concentraram em impedir que apenas o Estado os violasse, afigurando-se este como o único a quem se podia exigir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Neste contexto, dispõe Sarmiento (2006, p. 293) que:

A doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Todavia, dita concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês, revela-se hoje profundamente anacrônica. De fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Verifica-se, que a aplicabilidade dos direitos fundamentais como garantia à dignidade da pessoa humana não pode ser oponível apenas nas relações entre Estado e cidadão, sendo extensível a toda relação, mesmo que nela haja ente ou pessoa privada, que restrinja ou oprima tais direitos fundamentais. Corroborando com a temática posta é o que assevera Gonçalves, R. (2008):

Não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político, é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas.

Com isso, assenta-se a necessidade de abrangência de tais direitos que foram firmados no intuito de coibir quaisquer condutas violadoras, sendo elas provocadas ou não pelo Estado.

3.1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

Os direitos e garantias fundamentais possuem origem, conforme aduz Moraes (2001, p.154), no antigo Egito e na Mesopotâmia, bem como com a primeira Codificação a consagrar direitos comuns, o Código de Hammurabi de 1600 a.C. Assim, já era possível observar a consagração de direitos destinados a todos os homens indistintamente, como a vida, a honra, a propriedade, a família, estabelecendo que os governantes devessem obediência a supremacia da lei.

Todavia, foi com as Revoluções do século XVII que esses direitos passaram a ser considerados como direitos do homem e do cidadão, servindo de precedentes para os atuais direitos fundamentais. Esses movimentos revolucionários que se seguiram a partir daí, buscavam limitar o poder do monarca através da consagração de direitos extensíveis a todos, que se sobressaíssem aos daquele.

Portanto, de grande importância foi a *Magna Charta Libertatum* outorgada por João Sem-Terra no século XIII, que discriminava garantias como a previsão do devido processo legal, proporção entre a gravidade do delito e a sanção, o livre acesso à justiça, entre outros.

Em seguida, convém destacar os grandes benefícios trazidos pelos Estados Unidos da América no desenvolvimento de tais direitos. São eles: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, esta que amparou o direito à igualdade e o princípio do Juiz Natural e imparcial; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, articulada por Thomas Jefferson, e a Constituição dos Estados Unidos da América, bem como suas dez primeiras emendas que continham o chamado *Bill of Rights*, que possuíam como marco a limitação do poder Estatal e o estabelecimento de direitos fundamentais, conforme preleciona Gonçalves, E. (2008).

Vê-se, no entanto, ainda nas lições do citado autor (*ibidem*), que foi na França, com a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão de 1789 e com as Constituições de 1791 e 1793, que houve a consagração dos direitos como fundamentais, que tinham por destinatários todos os seres humanos.

O Constitucionalismo, que busca garantir a eficácia dos direitos fundamentais, teve sua consolidação a partir da segunda metade do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, período em que os sistemas jurídicos dos países europeus tiveram seus direitos humanos e fundamentais dilacerados, carecendo enormemente consolidá-los a fim de encerrar e combater tal absurdo.

Nesse ínterim, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, atendendo à previsão do artigo 55 da Carta das Nações Unidas. Segundo Moraes (2001, p. 175), a ONU estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos humanos, perfilhando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhecesse a dignidade como inerente a todos que compõem a família humana e que seus direitos, uma vez sendo iguais e inalienáveis, seria o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Foi o que seguiu a Constituição Federal de 1988, rompendo totalmente os laços de autoritarismo do passado, como bem dispõe Pereira (2006, p. 1), além de ser signatário de diversos acordos internacionais que compõem documentos de grande valia na proteção dos direitos fundamentais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Estatuto de Roma, que instituiu o TPI (Tribunal Penal Internacional).

De acordo com os ensinamentos de Moraes (2001, p.194), hodiernamente os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões. Dessa forma, os direitos de primeira dimensão são os que estão ligados à liberdade, conhecidos como direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda geração estão ligados pelo princípio da igualdade, compreendendo os direitos sociais, econômicos, como dispõe Gonçalves, E. (2008). Pertinente aos direitos de terceira geração, estes estão relacionados ao princípio da solidariedade, compreendendo direitos atribuíveis a todos os cidadãos e indivíduos.

Uma quarta dimensão dos direitos fundamentais já é considerada. Nasceu a partir dos avanços da engenharia genética, sendo imprescindíveis para a globalização política. São direitos que advieram dos avanços da tecnologia e que podem afetar todos os meios da sociedade, conforme preleciona Novelino (2008, p. 229).

No entanto, quando houver conflito entre esses direitos, deve ser feita uma ponderação, harmonizando-os entre si, de modo que predomine os de maior importância para o caso concreto. É importante mencionar que os direitos e garantias fundamentais apresentam distinção. As garantias são caminhos que asseguram o exercício dos direitos fundamentais.

É importante destacar o posicionamento de Gonçalves, E. (2008) acerca da importância dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, para o qual:

Os direitos ou princípios constitucionais fundamentais são normas essenciais, as quais conferem sistematicidade à Constituição, servindo de parâmetros para todas as demais regras trazidas à baila pelo ordenamento jurídico, minimizando possíveis conflitos de leis, através de uma interpretação conforme os preceitos fundamentais, e garantindo o mínimo necessário ao homem-cidadão. Ocupam, assim, o mais alto grau na escala normativa, identificando-se com os mais supremos valores humanos, culturais, filosóficos, políticos, traduzindo o melhor da vontade de toda a humanidade para o desenvolvimento de uma sociedade justa. Possuem em seu âmago ligação direta com o universo moral dos direitos da pessoa humana. São, deste modo, um parâmetro estabelecido do que se busca pela sociedade, de modo que o interesse por ele protegido deve prevalecer sobre outros de cunho não fundamental. Por sua importância, possuem aplicação imediata, ou seja, não podem ter sua aplicabilidade retardada pela inexistência de leis regulamentadoras.

Relacionado à aplicabilidade dos direitos fundamentais, que devem irradiar os seus efeitos para todos os indivíduos, nasce a constitucionalização dos diversos ramos jurídicos, inclusive o Direito Civil. Esse procedimento se deve ao fato de ser a Carta Magna de um país o seu norte essencial, devendo manter toda a legislação infraconstitucional coerente e unida. As lições de Freire Pimenta sintetizam o pensamento (2008):

O Direito Civil Constitucional não é, ainda, um novo ramo do Direito, mas uma nova forma de interpretação, de hermenêutica da Lei Civil em relação à Lei Maior, ou seja, as regras específicas do Código Civil voltadas para a atuação dos particulares devem ser interpretadas em harmonia com as regras gerais da Constituição, que regem a atuação do Estado e a sociedade.

A influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, como reflexo da constitucionalização do Direito Civil, exige o conhecimento das dimensões dos direitos fundamentais que são a Objetiva e a Subjetiva. Esta é calcada na Teoria Clássica, segundo Gonçalves, R. (2008), e atribui aos direitos fundamentais à imposição de salvaguardar interesses individuais contra o Estado, destinatário único dos deveres relacionados a esses direitos.

Para a dimensão Objetiva, que foi inspirada no Constitucionalismo Alemão, como bem expõe o autor acima mencionado (*ibidem*), os direitos fundamentais não podem ser dispensados da interpretação de normas privadas quando estas afetarem aqueles. Seria o que o mesmo determina de "eficácia irradiante de direitos fundamentais", fenômeno que decorre da valoração dos direitos fundamentais que se destinam a proteger a dignidade da pessoa humana, razão suficiente para que afete todas as esferas de Direito Público e Privado.

Neste sentido, Sarmiento (2006, p. 106) predispõe que:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do legislativo, executivo e judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.

Os direitos fundamentais representam uma luta de longos anos e são importantes o suficiente para não apenas protegerem as relações em que o Estado esteja em um dos pólos, sendo necessária a sua irradiação para todas as demais, não sendo, por isso, necessário a exclusão de uma dimensão pela outra, elas devem conviver harmoniosamente entre si.

3.2 AS TEORIAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Acerca da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, esta pode se dar sob dois ângulos: o Vertical e o Horizontal. Pois bem, quando os direitos fundamentais vincularem relações com o Estado sua eficácia será Vertical e quando vincularem particulares, sua eficácia será Horizontal.

A Eficácia Vertical dos direitos fundamentais vincula o Poder Público em todos os seus poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), e em todas as suas esferas (Federal, Estadual e Municipal), sendo justificada a sua vinculação pelo fato de o Estado se posicionar em situação de superioridade sobre os demais cidadãos, conforme a temática posta por Mendes (2006, p. 116).

A irradiação dos direitos fundamentais Horizontalmente ocorre nas relações interprivatos, ou seja, nas estabelecidas entre particulares que se alocam, de acordo com a teoria, em um mesmo plano de direitos e deveres, recebendo, por isso, o nome de horizontal.

Porém, a forma como os direitos fundamentais é utilizada nas relações privadas deu origem a uma gama de teorias para explicar, qual forma de incidência, melhor se adepta nessas relações. Existe, portanto, a Teoria da Ineficácia, a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta e a Teoria da Eficácia Imediata ou Direta.

A Teoria da não Vinculação ou da Ineficácia, segundo Sarmiento (2007, p. 298), teve grande difusão no Direito norte-americano, disseminada através da doutrina do *State Action*, que significa Ação do Estado. Para a citada teoria, os direitos fundamentais impõem limites apenas ao Estado, não abrangendo as relações entre particulares, salvo o limite imposto pela 13ª Emenda, que proíbe a escravidão. Os seguidores da citada Teoria alegam que ela é necessária para a proteção da autonomia privada.

Acerca da temática posta, dispõe Laurence Tibre (apud SARMENTO, *ibidem*):

[...] imunizando-se a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer

concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

Além da justificativa da não intervenção do Direito Constitucional no Direito Privado, nos EUA a função de legislar sobre esse último é dos Estados, não cabendo à União intervir em assuntos privados que ferem direitos guardados pela Constituição, pois, não são de sua competência.

No entanto, através da chamada *public function theory*, a não vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas foi um pouco atenuada. É que, segundo essa teoria, quando os particulares atuarem por meio de atividades tipicamente estatais estarão vinculados aos direitos fundamentais.

O caso de *Marsh v. Alabama* julgado em 1946, expressa com maestria a Teoria da Ineficácia e o seu abrandamento nas relações de alguns particulares. A Suprema Corte declarou a ineficácia da proibição estabelecida por uma empresa privada (que mantinha em seu interior a cidade privada de Chicksaw) de Marsh, um de seus moradores, pregar a religião Testemunha de Jeová, através da entrega de panfletos pela cidade.

A Corte entendeu que ao manter uma cidade privada, a empresa se equipara ao Estado, sujeitando-se a todas as leis Constitucionais, dentre elas a estabelecida à 1ª Emenda, que assegura a liberdade de culto, conforme ensina Pereira (2006, p. 480).

Outro caso chama atenção pela vulnerabilidade da Teoria levantada pelos estadunidenses. A decisão foi proferida em 2000 pela Suprema Corte, no caso *Boy Scouts of América v. Dale*. Esta era uma organização privada de escoteiros que, apesar de ser regida pelo Estado de New Jersey que proíbe a discriminação contra homossexuais, resolveu expulsar um de seus integrantes, Dale, quando descobriram que ele militava a causa homossexualista.

De acordo com o exposto por Sarmiento (2007, p. 304), o associado, indignado com a expulsão questionou judicialmente a quebra da lei estadual. O caso chegou à Corte Suprema que rejeitou a ação de Dale, alegando que a aplicação da lei estadual violaria a liberdade de associação prevista na 1ª Emenda.

Acerca da doutrina da Ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas utilizada nos EUA, dispõe o mencionado autor (*ibidem*) que:

Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos. Nessa questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano se beneficiou dos sopros renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daquele em que viveram os *Founding Fathers*.

Fica evidenciado, que a doutrina do *State Action*, também adotada no Canadá, não se beneficiou da evolução vivida pelos direitos e garantias fundamentais, privando-os de garantir a dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares, salvo quando exercerem funções típicas de Estado, admitindo que o Estado seja o único destinatário dos direitos fundamentais.

A segunda Teoria, da Eficácia Indireta e Mediata, conforme preleciona Mendes (2006, p. 498), nasceu na Alemanha em 1956, nas lições de Günter Dürig, e é a Teoria adotada majoritariamente neste país. Consubstancia-se na zona intermediária entre a Teoria da Ineficácia e a Teoria da Eficácia Direta.

Segundo essa Teoria, os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais por que estes se irradiam para todos os ramos do Direito, todavia, essa incidência ocorre não como direitos subjetivos que o são nas relações com o Estado, e sim através da atuação do legislador privado, que deve editar normas compatíveis com o Direito Constitucional.

Por isso, cabe ao legislador proteger a autonomia privada, garantindo a esta maior segurança jurídica, que segundo os adeptos, ficaria a mercê do Direito Constitucional se fosse aplicada diretamente aos direitos fundamentais, perdendo o seu próprio fundamento.

E quando o legislador privado estabelecesse conceitos indeterminados e cláusulas gerais, seria função do Judiciário interpretar conforme os direitos fundamentais, bem como, declarar a inconstitucionalidade de normas privadas quando incompatíveis com as prerrogativas constitucionais. Somente quando houvesse lacuna por parte da legislação privada, é que o Juiz estaria habilitado a aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas.

Vale ressaltar o posicionamento de Freire Pimenta (2008), para o qual:

Entendem os partidários dessa vertente que a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado. Os princípios constitucionais serviriam para ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado. Conforme Hesse, competiria ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, no qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Ao Poder Judiciário sobriaria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

Na decisão do caso *Lüth*, julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958, é possível vislumbrar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma indireta, que serviu como marco histórico na vinculação dos particulares aos citados direitos garantidores da dignidade humana, de acordo com o exposto por Sarmento (2007, p. 300).

O fato é que o cineasta germânico Veit Harlan, adepto da supremacia nazista, queria exhibir um filme que foi boicotado pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A produtora do filme reivindicou o boicote, obtendo êxito perante o Tribunal Estadual de Hamburgo, que garantiu a pretensão autoral em conformidade com o artigo 826 da Norma Substantiva Civil da Alemanha, esta aduz que quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano.

Lüth, inconformado com a decisão, já que não possuía nenhum fundamento, impetrou recurso específico (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte Constitucional que afastou a utilização do artigo supracitado, sob a alegação de que as interpretações de cláusulas gerais do Direito Privado não podem ser feitas em descompasso com os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, pugnando pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de acordo com o exposto por Gonçalves, R. (2008).

A doutrina é criticada, conforme assevera Sarmento (2007, p. 313), por que não proporciona uma tutela integral dos direitos fundamentais, que ficam ao talante do legislador ordinário, que não passaria de um mero interpretador conforme a Constituição. A Teoria Mediata possui a Áustria e parte da França como adeptos.

Por último, se apresenta a Teoria da Eficácia Direta e Imediata quanto à vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo Sarmento (2007, p. 325), tal teoria foi primordialmente amparada no Direito Alemão por Hans Carl Nipperdey, no início dos anos cinquenta. Ele alegava que, embora houvesse direitos fundamentais que vinculavam apenas o Estado, havia também tantos outros que incidiam diretamente nas relações entre particulares.

Para ele, os direitos que garantem a dignidade da pessoa humana sofrem grandes perigos e ameaças na modernidade, que não adveem apenas do Estado. Sua doutrina foi seguida pelos também germânicos, Walter Leisner e Reinhold Zippelius, que aludiam ser perfeitamente concebível a aplicação direta das normas constitucionais ao Direito Privado quando as normas deste não fossem suficientemente protetoras dos direitos fundamentais.

Foi o que adotou a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho Alemão em 1957, no que se extrai dos ensinamentos de Daniel Sarmento (*ibidem*), quando reconheceu pelos preceitos da Carta Magna, sem invocar nenhuma norma trabalhista ordinária, a invalidade de disposição contratual que estabelecia a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de uma unidade hospitalar privada caso contraíssem matrimônio.

De fundamental complementação é o que certifica Mendes (2006, p. 123):

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.

Em consonância com a Teoria da Eficácia Direta, é necessário mensurar que tais direitos fundamentais não adentram nas relações privadas de forma irrestrita e imoderadamente, devendo haver a ponderação do direito fundamental em face da autonomia privada dos particulares envolvidos na questão, já que, ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, pois, também recebe guarida constitucional.

É o que preleciona Sarmento (2006, p. 219):

É necessária a criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada, pois, embora a vinculação direta dos direitos fundamentais atinja a todos os particulares e não apenas aos poderes sociais, a desigualdade das partes em uma relação jurídica privada é um dado que não pode ser desconsiderado quando se observa a intensidade da eficácia horizontal de tais direitos.

Destarte, por mais importante que seja a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que muitas vezes apresentam um alto grau de desigualdade, o que é antagônico com a teoria da relação entre particulares, é importante analisar cada caso concreto a fim de verificar a existência e extensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, resultando em uma proteção eficaz dos direitos constitucionais e privados.

Acerca da Teoria da Eficácia Direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, Sarmiento (2007, p. 342) afirma a ligação dessa doutrina com a busca pela efetiva dignidade humana:

Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana - principal objetivo de uma ordem constitucional democrática - permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.

Portanto, a teoria da vinculação direta dos direitos fundamentais prima pela proteção dos direitos constitucionais, garantindo a autonomia privada e a ponderação de interesses, buscando equilibrar de fato as relações entre particulares, garantindo a proteção da dignidade.

3.3 A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO PÁTRIO E O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES

A Constituição Federal de 1988, conforme lembra Freire Pimenta (2008), definiu em seu artigo 5º, §3º que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, transmitindo a ideia pacífica de vinculação universal, em nada tendo disciplinado acerca da não vinculação de particulares aos direitos e garantias fundamentais. A Carta Magna estatui em seu artigo 3º, I, que é objetivo fundamental da República Federativa “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Destarte, a Constituição preza pela igualdade dos seus cidadãos, o que teoricamente já deve ocorrer nas relações privadas. No entanto, o Brasil apresenta altos índices de desigualdade social, equiparando-se a países miseráveis do mundo. Esse é um forte fundamento apontado pela doutrina de Sarmento (2007, p. 335), como comprovante para a tutela dos direitos fundamentais diretamente nas relações privadas, local que é palco para muitas situações de desigualdades e opressão.

Por outro lado, tais teóricos advertem para a necessidade de ponderação de interesses, buscando acima de tudo fazer justiça ao caso concreto. São as lições proclamadas por Freire Pimenta (2008), ao afirmara que:

No processo ponderativo, devem ser observados os seguintes fatores: igualdade ou desigualdade material entre as partes; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais; risco para a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não se apregoa a aplicação de uma teoria em desconformidade com os anseios constitucionais, admitindo a necessidade de ponderação de valores, não descartando a autonomia dos particulares, fonte do Direito Privado. A Teoria da Eficácia Imediata, para a maioria da doutrina, é a que melhor garante a ponderação entre os preceitos constitucionais e privados, conforme dispõe Sarmento (2007, p.337), pois:

Autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles

sujeitos, o que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais.

Portanto, as relações privadas vão estar mais bem protegidas se amparadas diretamente pela Constituição Federal, que é a norma jurídica maior, através do seu guardião o Poder Judiciário, que agirá diretamente sempre que o legislador ordinário editar lei em desconformidade com as leis fundamentais, momento em que deve o magistrado demonstrar a sua inconstitucionalidade, aplicando o direito constitucional e solucionando o caso concreto à luz da igualdade estabelecida pela Carta Magna.

O Constituinte Originário disciplinou em linhas gerais ramos do Direito Privado como a família e a propriedade, a fim de que atrocidades não fossem cometidas aos menos favorecidos. Coerente são as colocações do citado autor (2007, p. 341), ao afirmar que:

[...] a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Assim, é a Teoria da Eficácia Imediata a mais abordada pela doutrina brasileira, podendo revitalizar o Direito Civil, nutrindo-o dos valores consubstanciados na Constituição Federal, a fim de alcançar a justiça ideal.

Relacionado ao entendimento dos Tribunais brasileiros, estes têm admitido a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas sem, contudo, aprimorar os debates em relação às teorias. Eles veem reconhecendo a aplicação direta, sem fundamentar as decisões na Teoria da Eficácia Direta, trazendo para os casos subjudice, insegurança e pouca fundamentação jurídica.

É o que se pode extrair do Recurso Extraordinário nº 161. 243-6, que diante de uma relação entre particulares, primou pelo princípio da isonomia guarnecido pela Constituição Federal, para estabelecer o equilíbrio contratual. Foi o que dispôs a Corte Suprema (1997):

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR. BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA. ESTATUTOS DE PESSOAL DESTA.: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C. F. 1967. ART. 153, § 1º, C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT.

I – Ao requerente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (C.F., 1967. art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, caput).

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (Ag. Rg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465

III – Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso.

IV – R.R. conhecido e provido.

(RE 161.243-6, Rel. Carlos Velloso, Dj 19.12.1997).

Também no julgamento do Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS proferido em 1996, situação em que associados de uma cooperativa foram expulsos como punição, sem que lhes fosse dada o direito de ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal (1996) acolheu o pedido dos associados excluídos, por utilização direta do direito fundamental à ampla defesa, esculpido no artigo 5º, LV, da Carta Constitucional, disciplinando:

COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

Evidente é a intenção da Corte Suprema ao rechaçar o previsto na lei privada que regia a relação dos associados, por que esta feria diametralmente o direito fundamental à ampla defesa, garantido a todos os seres humanos como forma de assegurar a sua dignidade.

Um caso de veemente adesão à Teoria da Eficácia Direta ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 12.547, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (2001), da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E IGUALDADE. CLÁUSULA GERAL DOS BONS COSTUMES E REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI SEGUNDO SEUS FINS SOCIAIS. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-taxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumado com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes. Ordem deferida.

O guardião da Constituição primou pela dignidade humana, utilizando também as próprias regras do Direito Contratual para preservar que o taxista tivesse a sua prisão civil decretada.

Perfazendo uma caminhada importante na proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, em 11 de outubro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, anunciou a utilização da Eficácia Direta dos direitos fundamentais nas relações privadas para proteger Arthur Rodrigues Villarinho, sócio da União Brasileira de Compositores (UBC), que o excluiu, sem lhe garantir o direito de defesa.

É importante descrever na íntegra o conteúdo da decisão proferida pela Suprema Corte (2005):

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de

dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Todas essas discussões, portanto, são pertinentes por que a busca pela democracia vale muito em uma sociedade tão desigual quanto à brasileira, conforme explana Freire Pimenta (2008):

Em um momento histórico em que a constitucionalização de todo o Direito é um fenômeno que torna imprescindível que o Direito Privado e, por consequência, todas as relações jurídicas privadas mostrem-se coerentes com os valores constitucionais, torna-se essencial a adequada compreensão e o domínio da técnica da ponderação de interesses, como mecanismo de solução dos cada vez mais numerosos casos de conflito entre princípios constitucionais, que decorrem exatamente da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Conforme se verifica, as decisões acima apostas enrijecem os argumentos usados pelos estudiosos do Direito de que, na ordem jurídica brasileira e pelas nuances que possui, a Teoria da Eficácia Direta, quando utilizada com estrita ponderação, se mostra a que melhor se adapta às necessidades pátrias

4 O DIREITO AO RESSARCIMENTO DO SUPOSTO PAI DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A sociedade é a condutora das relações jurídicas, pois apresenta uma enorme abrangência de situações surgidas diuturnamente, para desequilibrar a harmonia necessária para que a sua convivência e estabilidade se mantenham estáveis. Quando, pois, um indivíduo atinge a esfera do outro lhe causando dano, surge um desequilíbrio nas relações sociais, devendo estas receber a tutela jurídica para a solução do problema.

Os membros da sociedade sofrem danos de ordem moral e patrimonial que não podem ficar sem reparação por que causariam uma enorme insegurança jurídica. Com isso, o aparecimento de atitudes que provoquem dano a outrem, gera o problema da responsabilidade, que se torna um ramo jurídico de alcance ilimitado.

4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 introduz no ordenamento jurídico brasileiro um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, de acordo com o estabelecido no artigo 1º, *caput* e III. Essa dignidade é firmada a partir da declaração e aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Em sua concepção jurídica, Sarlet (2007, p. 62, grifo do autor), define a dignidade da pessoa humana como sendo a:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tais direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana são utilizados como meio de interpretação, valores a serem apregoados pelo ordenamento constitucional. Todavia, segundo Cardoso, R. (2009, p. 64), em algumas “situações concretas, quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais, aparentemente, pode surgir conflitos entre direitos fundamentais”.

Se, portanto, normas de direito fundamental se confrontarem atingindo o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser feita a ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade em conformidade com a ponderação de bens, que estarão ligados à interpretação constitucional a fim de combinar os bens jurídicos e evitar que se colidem, conforme dispõe Sarmiento (2001, p. 35).

O princípio da proporcionalidade, ancorado no Direito Alemão é mencionado muitas vezes como princípio da razoabilidade, como lembra Torres (2007, p. 497). Este princípio nasceu no Direito Americano e baseia-se no balanceamento de interesses a partir do *due process of law e equal protection*.

De acordo com as lições de Lenza (2008, p. 75), o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental na aplicação da justiça, através do bom senso, prudência, moderação, proibição de excesso, direito justo e valores afins. Ele serve como regra de interpretação e, em conformidade com Sarmiento (2001, p. 57), faz a “verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida”.

É o que dispõe Moraes (2008, p. 37), corroborando com tal entendimento:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Os princípios e regras apresentam diferenças, como caracteriza Torres (2007, p. 494), uma vez que as regras serão ou não aplicadas ao caso concreto. Já

os princípios são “enunciados genéricos, em que inexistem enumeração de exceções, de modo que se abrem para incontáveis casos imaginários”.

Robert Alexy (apud TORRES, *ibidem*), denomina os princípios como mandamentos de otimização, que significa o critério que deve ser usado pelo intérprete para adaptar aos casos concretos as possibilidades existentes, que se dá através da ponderação de bens. Nesta, o princípio da proporcionalidade assume a função de estabelecer restrições entre os princípios constitucionais em conflito.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Sarmiento (2001, p. 58) se divide em três subprincípios que são: a) a adequação, que estabelece que as medidas aplicadas pelo intérprete tenham comunicação com o fim almejado pelo legislador; b) a necessidade, que limita o legislador a escolher o meio menos gravoso para atingir determinado fim; c) a proporcionalidade em sentido estrito, que significa a ponderação entre a norma e o ônus que acarreta aos seus destinatários.

Das lições de Cardoso, R. (2009, p. 65), se extrai que é através do princípio da proporcionalidade, também chamado “princípio da proibição de excesso”, que os casos de conflito poderão ser solucionados através dos meios e fins utilizados na interpretação do caso concreto.

A proporcionalidade possui três dimensões a serem observadas quando da constrição dos interesses que estão em litígio, que somente poderá ser justificada, em comunhão com o disposto por Sarmiento (2001, p. 60), mostrando-se: “apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; buscando a solução menos gravosa; a fim de que o benefício logrado com a restrição compense o sacrifício imposto ao interesse antagônico”.

A Constituição Federal ampara direitos que possuem ideologias muito distintas, capazes de se colidir entre os diversos princípios constitucionais. Dessa forma, como afirma Mendes (2006, p. 79):

É comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados; à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna.

Todos estes que sendo valores constitucionais, uma vez colidindo, precisam se adequar ao caso concreto. O Estado Democrático de Direito prima pela

segurança jurídica através da preservação dos direitos ancorados na Carta Política Constitucional. Das lições de Torres (2007, p. 510) se extrai que:

Este Estado legitima-se pela concretização do ético e jurídico da segurança, o que postula também a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade. Segurança individual, social, nacional, e internacional passam a conviver ponderadamente. Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se positivam no art. 1º da Constituição Federal, incorporam a idéia de segurança, que ponderada e razoavelmente imanta a dignidade, a soberania, a livre iniciativa e o trabalho, a cidadania e o pluralismo político. Os princípios da segurança jurídica entram no jogo de ponderação com os princípios da justiça, na busca do equilíbrio *dramático*. A segurança justa ou a justiça segura tornam-se ideal ético e jurídico, com os seus reflexos sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e da distribuição de bens.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa situar-se pela ponderação e razoabilidade, como lembra o autor acima citado (*ibidem*), já que tem como princípio a segurança no artigo 1º e a preservação de princípios vinculados à liberdade, à justiça e à segurança, dispostos nos artigos 5º, 6º, 7º, 150, 170, 195, 196 e 208 da Constituição Federal.

Relevante é a decisão que o Supremo Tribunal Federal (1997) elucidou utilizando o princípio da proporcionalidade para dirimir um conflito entre princípios fundamentais. Foi o *Habeas Corpus* nº 74.678 de 10 de junho de 1997, cujo acórdão expôs o seguinte:

HABEAS CORPUS. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica, ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime –, é ela, por via de consequência, lícita e também, conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição, com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).
Habeas Corpus indefereido.

Em outro *Habeas Corpus*, de nº 1.247, de 15 de março de 1998, o STF (1998) entendeu não haver crime em resposta oferecida contra ataques perpetrados da tribuna parlamentar estando, portanto, cobertos pela imunidade, sendo admitida como simples e legítima retorsão. Do acórdão se extraiu, *in verbis*:

Crime contra a honra – Elemento subjetivo – o Dolo – Inviolabilidade parlamentar – Retorsão – Alcance. Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando valores de igual invergadura. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio do tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedentes singular ao caso concreto.

Na aplicação da justiça no Estado Democrático de Direito conta-se com a participação do juiz aplicador do Direito. Ele deve atuar conforme os nortes fornecidos pela Constituição Federal, protegendo os direitos fundamentais ali cunhados. Para que a implantação desse Estado Social e Democrático se evidencie, é necessário, conforme ensina Oliveira Neto (2007, p. 104), que haja uma interpretação que não se desvincule dos fatos e da realidade, por que nenhuma norma é completa sem o fato para adequá-la.

Como descrito por Theodoro Júnior (2005, p. 271), a justiça, a segurança e o bem comum são sempre preocupações para o Direito, que podem variar de acordo com o tempo e a sociedade em que estão. A tarefa do aplicador é muito mais que delimitar a norma ao caso concreto, mas sim interpretá-la à luz do caso em questão, harmonizando aquela com o comportamento da sociedade ao tempo em que o fato ocorreu. Os seres humanos, que são os sujeitos de direitos, são autores de fatos novos. Pois para o autor mencionado (*ibidem*), os sujeitos “não serão aqueles que o legislador conheceu ou supôs conhecer quando traçou a regra legal para o futuro”.

É por que a sociedade é mutante, bem como seus membros, que o juiz deve interpretar a norma no contexto fático, reavaliando seu sentido. O homem vai sempre conseguir criar uma situação que não era bem aquela descrita na lei, e de acordo com Theodoro Júnior (2005, p. 272): “por mais clara e detalhada que tenha sido a regra abstrata, o juiz jamais poderá omitir-se no dever de complementá-la ao caso concreto, que corresponderá à solução efetiva do litígio que as partes deduziram em juízo”.

A Constituição Federal é um corpo legislativo que consagra inúmeros direitos e valores, não sendo raro que alguns deles possam ir de encontro ao outro. Essa diferença de direitos, provoca o pluralismo, devendo ser verificada caso a caso.

Sarmento (2001, p. 93) aduz que, quanto ao método da ponderação:

Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro.

[...]

É necessária redobrada cautela por parte do Judiciário no exercício da ponderação de bens, para que tal método não se torne um instrumento de imposição da ideologia pessoal do julgador, em detrimento dos valores consagrados na Constituição.

Deve o magistrado incorporar a consciência de que representa o Estado como solucionador de conflitos que afetam a vida de seres humanos, renunciando valores pessoais desapegados dos que apregoa a Carta Constitucional para que, fazendo a correta relação entre os direitos em questão, possa dirimir um impasse litigioso.

Quando trata de noção de justiça, Bobbio (2000, p. 312), explica a justiça e igualdade, aduzindo que:

Mesmo quando se encontra diante de um caso novo, o juiz, antes de romper totalmente com a tradição, vale-se do raciocínio por analogia cujo pressuposto é que até o limite do razoável o caso novo deve ser solucionado como foram solucionados pela lei casos semelhantes, e cujo objetivo é mais uma vez a não-disparidade de tratamento dos casos que podem ser incluídos em uma única categoria geral. [...] Cabe ao juiz estabelecer em cada situação quem deve ser incluído na categoria e quem deve ser dela excluído. O preceito da imparcialidade é necessário, porque a aplicação de uma norma ao caso concreto nunca é mecânica e requer uma interpretação na qual intervém, em maior ou menor medida segundo os diferentes tipos de lei, o juízo pessoal do juiz.

Dessa forma, uma vez utilizado com cautela, o Princípio da Proporcionalidade é um forte instrumento de adequação e preservação das prerrogativas constitucionais que estão em confronto nos casos concretos, podendo estes ser dirimidos através de uma justa solução, se a análise for feita de forma adequada, necessária e proporcional.

4.2 O DIREITO DE IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

As relações humanas dependem de proteção e manutenção do mínimo de igualdade para que se mantenham justas e não afetem a dignidade dos homens. Segundo Silva (2008, p. 110), o princípio da igualdade foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa em 1798; que apesar de querer apenas resguardar os direitos da burguesia, não pode deixar de ser considerada um progresso no procedimento de consignação desse princípio.

Por mais que o direito a igualdade já seja tão disseminado, é certo que foi através das duas grandes guerras mundiais ocorridas no Século XX, com a estimativa de mais de 55 milhões de mortes, em sua maioria civis, que as pessoas e os Estados Soberanos foram levados a concentrar esforços para resguardar direitos do homem, inclusive a sua igualdade, em conformidade com o preceituado por Hidaka (2002, p. 24).

Após esse período, formou-se a ONU (Organização das Nações Unidas) e com ela a Declaração de Direitos Humanos de 1948, instrumento internacional que marcou a tutela universal dos direitos humanos. A seguir, foram criados Tratados Internacionais com força jurídica que pudessem regulamentar a situação e obrigar os países adeptos, são exemplos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Adiante, os organismos internacionais começaram a se unir na proteção dos Direitos Humanos. No âmbito das Américas, já em 1948, foi instituída a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Em 1969, os países membros da Organização dos Estados Americanos, que criaram a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, adotaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.

No ordenamento jurídico brasileiro a igualdade é um princípio fundamental esculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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 igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

É certo destacar que a igualdade preterida pela Carta Magna é a igualdade formal, que, como dispõe Vieira (2006, p.287) “é voltada a impor ao sistema jurídico a obrigação de dar tratamento imparcial a todos”. E a partir desse reconhecimento do direito, o legislador criou a obrigação para que efetivamente as condições de igualdade se materializassem. Então, a igualdade pode ser vista sob o aspecto formal e o material.

A primeira é a normatizada pela Constituição Federal, que supre as desigualdades artificiais, ou seja, aquelas inconcebíveis como a racial, de gênero, sexo, religião, classe social, entre outras. É destinada, conforme Moraes (2008, p. 36), ao legislador quando da elaboração de leis, assim como ao intérprete, para que não estabeleçam diferenciações incompatíveis. Essa igualdade é importante, como assevera Vieira (2006, p. 288), por que preserva a liberdade como garantia contra o arbítrio, isso por que a dignidade reconhecida a um, deve ser reconhecida aos demais.

Já a igualdade material é aquela que nasce por intermédio da lei, para igualar os iguais e desigualar os desiguais. Isso se deve ao fato de existir nas relações humanas a necessidade de adequar as diversas situações ao grau de igualdade que merecem que, na maioria das vezes, são diferentes uma das outras.

O princípio da igualdade não estaria sendo atingido, portanto, quando é dado tratamento diferenciado às pessoas que merecem ser tratadas distintamente. Com isso, conforme ensina Moraes (2008, p. 36), o que se proíbe são as diferenciações absurdas e arbitrárias, já que o tratamento diferenciado para os desiguais reflete o conceito de justiça, que só vem a ser atingida quando o elemento que discrimina não possui uma finalidade acolhida pelo ordenamento jurídico.

Lenza (2008, p. 596), informa que a própria Constituição estabelece condições a fim de alcançar a igualdade formal, igualando direitos como nos artigos 3º, I, II, III (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais); 5º, XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção); 7º, XXX (proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil); 226, §5º (os

direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher), entre outros.

Em outras situações a própria Carta Magna estabelece diferenciações necessárias para a manutenção da igualdade substancial, quando regulamenta condições às presidiárias para que possam permanecer com os filhos durante o período da amamentação, (artigo 5º, L); bem como quando estabelece licença-maternidade e paternidade, (artigo 7º, XVIII e XIX); serviço militar obrigatório (artigo 143, §§ 1º e 2º), entre outros.

Foi dessa forma, almejando alcançar a igualdade material que o legislador ordinário instituiu a Lei de Alimentos Gravídicos. Esta criou a verba alimentar destinada a nutrir o nascituro, desde a concepção até o parto, conforme aduz o seu artigo 2º.

Em virtude disto, como apresenta Danoso (2008), a intenção da referida lei é das melhores, “posto que concretiza valores bem conhecidos e relevantes à pessoa humana, tudo isso somado ao fato de poderem ser fixados ‘prematuramente’, desde a concepção do sujeito [...]”. Fica evidente, pois, que a LAG veio realmente solucionar um grave problema, salvaguardando o direito à vida, este que muitas vezes era tirado por falta do mínimo suficiente para alcançar a existência extra-uterina.

A lei em comento que apresentava doze artigos, ao ser decretada pelo Congresso Nacional, recebeu o veto presidencial pertinente a seis de seus artigos. A finalidade dos vetos foi justamente adequar o princípio da igualdade, sem que ele deixasse de ser exercido por contratempos criados pela lei, ou desvios que impossibilitassem o suposto pai de cumprir a sua obrigação de alimentar.

É o que se pode verificar, quando foram vetados artigos que previam a necessidade de a petição inicial ser instruída com laudo médico, que atestasse a gravidez e a sua viabilidade (artigo 4º); o que fixava a competência judicial do domicílio do réu, forçando a gestante a deslocar-se para a cidade/ região do suposto pai para as audiências (artigo 3º); bem como o que exigia a realização de exame pericial pertinente para que a investigação de paternidade fosse efetivada, no caso do suposto pai negar a paternidade (Artigo 8º), em conformidade com o exposto por Almada (2008).

Exterioriza-se com as razões dos vetos que os artigos ora citados impediriam que a justiça se estabelecesse, já que exigiam a viabilidade de uma vida

que, vindo ou não a ter sucesso precisa de cuidados, assim como adotar o domicílio do suposto pai, quando a Lei de Alimentos já previa o domicílio da mãe como o adequado, ou que fosse realizado exame pericial ainda na gravidez, o que colocaria em risco a vida da criança.

Como bem expressa Almada (2008), a LAG vetou o artigo 9º que previa a cobrança dos alimentos a partir da citação do devedor. A justificativa se deu ao fato de que, a espera pela citação válida podia levar a ineficácia do instituto legal. Danoso (2008) milita pela cobrança a partir da citação válida já que, segundo o artigo 219, *caput* do CPC, só a citação é que o constitui em mora e que segundo a Lei de Alimentos (artigo 13, § 2º), que deve ser aplicada subsidiariamente à LAG, os alimentos fixados retroagem à data da citação.

O artigo 10 da Lei de Alimentos Gravídicos que foi vetado previa que: “Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”. O veto presidencial foi aplicado pelas seguintes razões:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

Para Almada (2008), “o artigo afronta o princípio constitucional do acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ao abrir um grave precedente de o réu ser indenizado pelo fato de ter sido acionado em juízo”.

A LAG que busca a proteção à vida, assevera no artigo 6º, *in verbis*: que “convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança [...]”. Segundo Danoso (2008), caberá a genitora buscar todos os meios possíveis para demonstrar o alegado, que os fatos subjacentes possam conduzir a uma presunção de paternidade, como testemunhas e documentos (podendo ser cartas e mensagens eletrônicas), que se revelarão úteis neste ponto específico.

Tem-se em questão direitos de três pessoas: do nascituro, que é incontestável vez que sua vida está em litígio e precisa incessantemente ser resguardada; da mãe, de pleitear os alimentos gravídicos mesmo que o pai não seja o indiciado; e o

direito do suposto genitor, que também é pessoa, por isso não podendo ser destituído das prerrogativas asseguradas na Carta Constitucional, nascendo assim, como bem dispõe Vieira (2006, p. 283), “a necessidade de que se tenha um critério justo para distribuir direitos e interesses ou bens distintos entre pessoas também distintas”.

A relação exige com certeza o desequilíbrio entre as partes, já que direitos fundamentais estão sendo pleiteados. O direito a alimentos pelo nascituro é justo e há muito necessitava ser regulamentado para que, aquele que irá nascer pudesse receber, ainda quando membro intra-uterino, condições que lhe assegurassem nascer com vida.

Como bem justifica o veto presidencial em relação ao artigo 10 da LAG, não é direito cominar a obrigação de indenizar a alguém pelo simples fato de ter acionado a máquina judicial, a fim de receber ajuda daquele que também é responsável pela vida de uma criança. A realidade brasileira apresenta o fato de muitas mães arcarem sozinhas com a responsabilidade de cuidar de seus filhos, que muitas vezes abandonados pelos pais, sobrevivem afetiva e moralmente com a luta de uma mulher guerreira.

O que o veto ao artigo 10 da LAG quer expressar é que não seria possível ensejar responsabilidade objetiva a uma pessoa por ter impetrado uma ação em desfavor de outrem. Para que a responsabilidade objetiva fosse caracterizada, conforme prescreve o artigo 927 do Diploma Civilista, era necessário estar prevista em lei ou que a atividade praticada desenvolvesse risco para o indiciado por sua própria natureza, o que nem sempre pode ocorrer, já que em regra o indiciado deve realmente ser o pai da criança.

Dessa forma, como predispõe Danoso (2009), é preferível que os pais tomem consciência de forma espontânea, evitando interferência judicial para delimitar alimentos substanciais à sobrevivência de uma vida gerada por duas pessoas que presumivelmente, deveriam ser convictas de sua obrigação.

Ocorre que muitas vezes esse objetivo não ganha efetividade e a ação judicial é a medida utilizada para garantir o direito do nascituro a alimentos. A prestação alimentícia, no entanto, pode ser prestada por quem não seja o pai. Como a LAG exige apenas a presunção de paternidade, nasce um precedente que pode gerar inúmeras situações, solucionadas apenas através da análise em concreto de cada caso.

Isso significa que as desigualdades devem ser tratadas à luz de seu descompasso, ao passo que os iguais devem ser tratados igualmente, como preleciona Mello (2006, p.10). Serão critérios substantivos de justiça que irão observar o princípio da igualdade, a fim de concretizá-la, pois, do contrário esta passará a ser mera teoria.

A sociedade sempre criará situações diversas não abrangidas ou desejadas pela lei, principalmente nas relações de família. Por isso, é preciso observar que nem sempre vai ocorrer de a negativa de paternidade derivar do simples fato de a mulher ter se relacionado furtivamente com outro homem, o que ensejaria uma difícil especificação de quem é o verdadeiro pai. Situações aparecerão em que o exame vai servir para extrair a dúvida de um homem, que tendo se relacionado com uma mulher, conscientemente sabe que pode ser o responsável pela criança.

Mello (2006, p. 21), determina quais os critérios que devem ser adotados para que a discriminação possa ser feita, quais sejam:

A) O elemento tomado como fator de desigualação; b) à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e; c) a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados, são diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia [...]. Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstrativamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Portanto, quando num pedido de alimentos gravídicos a genitora não estiver de boa-fé, e sim aliada a sentimentos de vingança e desafeto, conseguir testemunhas, emails, mensagens eletrônicas que indiquem um homem como parceiro e suposto pai, fará com que o magistrado se oriente nas presunções, que possivelmente podem lhe ludibriar.

Existem pessoas que poderiam sofrer sérios danos se fossem indicadas como pai de uma criança que não reconhecesse como sua, a citar como exemplo um Chefe de Estado, ou quem sabe uma pessoa compromissada religiosamente como um sacerdote ou um pastor. Talvez a vaga de um empregado deixasse de ser garantida se este não reconhecesse como sua a criança que a filha de seu chefe diz

ser daquele, pelo simples fato da jovem não ter alcançado os objetivos pretendidos em um desejado relacionamento.

Por isso, a análise do caso concreto é imprescindível para realmente estabelecer se a negativa de paternidade pode ou não ter trazido danos a uma pessoa, verificando se o desequilíbrio mantém ou não harmonia com o princípio da igualdade. A regra é que o Exame de DNA venha, nos casos em que a paternidade for negada, apenas dirimir uma dúvida de um casal que esporádica ou permanentemente mantiveram algum vínculo.

Contudo, não é coerente admitir que só haja casos como esses nas relações criadas em sociedade. É preciso que a LAG não seja vista como meio de abuso para extorsões e enriquecimento ilícito por parte de mulheres desprovidas do sentimento de uma verdadeira mãe.

Se o homem é responsável pela criança não há dano algum em pagar a prestação alimentícia. De outro modo, se não teve vínculo com a mulher, ou se esta não poderia lhe indicar como suposto pai, é justo que seja ressarcido pelo dano causado em sua vida pessoal, profissional, como uma resposta social para o dano causado.

Mendes (2006, p. 10), ensina que o princípio da isonomia é lesionado, sobretudo quando se tem a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade o que se verifica quando “a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a alguns segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas”.

Desse modo, se homem e mulher estiverem em um mesmo patamar devem atender às exigências da Lei de Alimentos Grávidicos, todavia, se no caso concreto ficar provado que o homem foi injustamente indiciado por uma obrigação que não devia ter sido prestada por ele, nasce à carência de adequação da igualdade material na relação, oferecendo a cada pessoa o que é seu de direito.

4.3 DO DIREITO AO RESSARCIMENTO

O direito ao ressarcimento surge quando uma pessoa sofreu um dano, seja ele moral ou material. O ressarcimento se perfaz através da restituição ao estado

anterior ou, caso isso não seja possível, através de indenização que compense o sofrimento causado. No que tange à obrigação de alimentar o nascituro, verifica-se que se a pessoa apontada como pai não é, comprovadamente, o responsável pela obrigação que prestou, ele tem o direito ao ressarcimento pelo dano, material, moral, ou ambos, que sofreu.

A característica da irrepetibilidade ou irrestituição dos alimentos não está prevista na lei sendo, pois, pacífica na doutrina e na jurisprudência pátrias. Ela significa que, uma vez pagos alimentos a alguém, sejam eles a título provisório ou definitivo, mesmo quando provado que foram pagos indevidamente, não nasce o dever de restituição. Isto se deve ao fato de os alimentos constituírem uma questão de ordem pública, conforme preleciona Cardoso, D. (2009, p.34).

Em conformidade com o disposto, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (2008), para o qual:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO. PRECLUSÃO.

1. Em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, bem como o caráter social em questão, é impossível a restituição dos valores recebidos a título de antecipação da majoração do benefício previdenciário, posteriormente cassada.
2. "Decidida a questão sob o enfoque da legislação federal aplicável ao caso, inaplicável a regra da reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição da República." (AgRg no REsp 1.055.893/RS, JANE SILVA – Desembargadora Convocada do TJ/MG –, DJ de 08/09/2008.)
3. Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão.
4. Agravo regimental desprovido.

Aceitável é a preocupação das Cortes e estudiosos no sentido de proteger o direito a alimentos, já que são indispensáveis à vida humana. Embora seja relevante a característica da irrepetibilidade, ela não pode ser aplicada de forma absoluta aos casos concretos, sob pena de instalar no ordenamento jurídico brasileiro a insegurança jurídica, decorrente do enriquecimento ilícito por parte daqueles que receberam a verba alimentar por quem não era responsável pelo seu fornecimento.

O Direito de Família merece atenção do Estado, sobretudo por que garante a preservação do necessário vital para aqueles que não podem se manter por si sós, garantindo a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, é primordial proteger tal instituto para que não se torne um meio hábil para o locupletamento ilícito. Cumpre ressaltar, as lições de Cardoso, D. (2009, p. 34), para o qual:

O fato de se tratar de relação de familiar não a coloca em patamar superior, ou seja, não a transforma em relação juridicamente superior às outras relações jurídicas existentes. Ao contrário, mais do que nunca, impõe-se orientação no sentido de que, mesmo se tratando de relações familiares, devem lhes ser aplicadas as regras que regem o ordenamento jurídico, para, dessa forma, preservar a igualdade de direitos entre as partes. Aquela que teve prejuízo em seu patrimônio não pode ser vítima de tamanha desigualdade em nome de princípios outros – de menor relevância - com o da regra da irrepetibilidade de alimentos no Direito de Família, haja vista que, no que tange à parte que sofreu o prejuízo financeiro, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inovador pensamento jurídico deve sim ser reconhecido e arguido quando no caso concreto, e somente neste, for reconhecido que os alimentos decorrentes da obrigação alimentar eram impertinentes. Ora, se não era obrigação da parte devedora fornecer alimentos ou se esta obrigação já deveria ter os seus efeitos cessados, não há justificativa para a irrepetibilidade dos alimentos.

Não há como não admitir que uma parte esteja sendo prejudicada quando paga uma determinada quantia, desfalcando o seu patrimônio, que não era sua obrigação. Em benefício do tão importante direito a alimentos, não é possível afanar os direitos de uma também pessoa que auferiu prejuízo por uma obrigação que não lhe cabia.

O Direito Brasileiro rechaçou o enriquecimento ilícito ou sem justa causa através do Código Civil em seus artigos 884 e 885, *in verbis*:

Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. [...]

Art. 885 – A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Desse modo, uma vez auferido o que não é de direito, nasce o dever de restituir o indevidamente adquirido. Segundo Diniz (2006, p. 687), o princípio do

enriquecimento sem causa é calcado no direito de igualdade, pelo que não é justo que ninguém enriqueça ilicitamente em detrimento de outrem.

Desse modo, quando houver o enriquecimento ilícito é necessário proceder à devida restituição, como exemplo quando: ex-convivente ou ex-cônjuge que já possua renda própria, por ter conseguido trabalho; o[a] ex-convivente ou ex-cônjuge que recebeu grande herança; o[a] ex-convivente ou ex-cônjuge que reconstruiu sua vida amorosa e tem novo[a] companheiro[a] ou novo cônjuge[a].

Em consonância com o inovador pensamento trazido à questão, é interessante a decisão jurídica proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (2001):

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 devida. Ação Improcedente. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecer-los. (TJSP, Ap. 195.592-4- Santos, 3ª Câm. Dir. Priv., rel. Dês. Carlos Roberto Gonçalves, j. 14-8-2001.

A restituição é adequada por que deixou de ser justificada ou por que nunca teve justificativa. Pela decisão acima aludida é possível enquadrar a possibilidade de restituição quando for provada a negativa de paternidade na ação de alimentos gravídicos.

Venosa (2008, p. 356) esclarece que “nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, por exemplo, é evidente que o *solvens* terá direito à restituição”. Ou seja, segundo o estudioso jurídico, quando à determinada pessoa for atribuída obrigação alimentar decorrente de casos patológicos que incorrerem em erro, surge o direito de reaver dos verdadeiros responsáveis o que foi indevidamente desembolsado.

Mais uma vez, direitos resguardados pela Carta Política entram em colisão. Todavia, conforme aduz Cardoso, D. (2009, p. 35):

Considerando-se, ainda, a responsabilidade civil no Direito de Família, mesmo que se levantem mares de contenda diante dessa realidade, a viabilidade de restituição dos alimentos recebidos indevidamente é efetiva e atual, havendo de ser exercitada por certo, dentro de critérios limitadores.

De toda forma, quando não houver a possibilidade de restituição daquilo que foi auferido indevidamente, a solução se dará através da imposição de uma indenização. É o patrimônio do causador do dano que responderá pelos prejuízos causados a terceiros, que na medida do possível restituirá a vítima ao estado que antecedeu ao dano, seja por meio da restituição natural ou de uma indenização que equivalha à perda sofrida.

Tavares (apud DINIZ 2007, p. 18), ensina que o dano pode ser reparado através da forma natural ou específica ou na forma indenizatória ou pecuniária. A primeira maneira é a que restitui a coisa ao estado anterior perfeitamente como era, é o que ocorre com a contrapropaganda, que desfaz o mal causado; bem como a entrega de um aparelho eletrônico novo em substituição ao danificado. Esta é a melhor forma de reparação, mas em alguns casos não é possível utilizá-la.

Quando a restituição específica não puder ser usada, passa-se para a indenização pecuniária, que apesar de ser subsidiária, é a que mais alcança danos que não podem ser desfeitos, como os danos à honra, à imagem, ao nome. Dessa maneira, sempre que um dano puder ser reparado com atitudes de retroação dever-se-á assim proceder, como no caso de danos estéticos reparados com uma cirurgia e danos ambientais, que podem ser sanados com a reconstituição do lugar ao estado anterior.

A esse respeito é o que discorre a citada autora (2007, p. 19), para a qual:

Ocorrendo lesão de direito subjetivo, configura-se o dano, surgindo o direito à reparação, que poderá ser, como vimos, a reconstituição do *statu quo ante* (sanção direta) ou uma indenização (sanção indireta), consistente no pagamento de certa soma em dinheiro cujo valor deverá ser estabelecido por lei, por consenso entre as partes e pelo juiz. Proceder-se-á à avaliação do dano, calculando-se a diferença entre a situação atual e a que existia sem o ato lesivo. Ter-se-á, então, a liquidação, isto é, fixação do *quantum* devido, ou modo de restaurar a situação anterior, ou seja, operação de concretização da indenização.

Com isso, é inteligente identificar a obrigação de reparar não como uma simples prestação pecuniária, e sim como um dever que nascerá a partir da análise do caso concreto, quando identificadas às pessoas do lesado e do lesionante, bem como do dano e sua ligação com as pessoas da relação. Será do magistrado, em punho do caso em juízo, a função de verificar todas as nuances do caso e

estabelecer a melhor forma de restituir o prejuízo, seja da forma natural ou pecuniária.

A avaliação do dano não pode partir de premissas abstratas. É o que dispõe Venosa (2007, p. 36), ao afirmar que:

Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio a vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil.

Nesse interim, busca-se um arrazoamento de conduta por parte do aplicador da lei, que lhe exige uma análise que não despreze a vontade legal e que esteja em conformidade com a Carta Constitucional. Segundo Theodoro Júnior (2005, p. 272), as decisões proferidas pelo julgador não podem emanar da sua mera vontade e prazer, muito pelo contrário, devem ser usadas para solucionar o caso concreto de acordo com o preceito legal.

Essa é a essência da Responsabilidade Civil, que obriga o causador de um dano a restituir o estado anterior a este, diferente da Responsabilidade Penal, já que nessa, o agente causa um dano e recebe uma pena, como se posiciona Stolze (2007, p. 4), para o qual a responsabilidade “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”.

O ramo jurídico da Responsabilidade Civil expandiu e muito ainda tem que expandir para abarcar danos ainda não protegidos, como situações novas, criadas pela sociedade e não previstas pelo legislador. Dessa forma, à luz da Teoria Subjetiva, o Código Civil Brasileiro enseja a responsabilidade quando for causada pela culpa em seu artigo 186, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já em relação aos danos causados sem culpa e que precisam ser reparados, o Diploma Civilista aderiu a Teoria Objetiva ou Teoria do Risco em seu artigo 927, quando aduz:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tais preceitos legais revelam que a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro almeja proteger os que sofreram dano, seja os que decorreram ou não da culpa do ofensor. A lei estabelece os casos da regra geral em caso de culpa, acrescentando outros provenientes do risco, embora não estejam expressos em lei, possibilitando ao aplicador do direito verificar as diversas situações que ensejam o direito à reparação provocada pelo risco.

Dessa forma, quem infringe dever jurídico fica obrigado a reparar. Para que a obrigação de indenizar se configure é necessário que os pressupostos ou elementos sejam identificados validamente, quais sejam: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade, conforme assevera Venosa (2007, p.19).

O dever de indenizar e quais danos devem ser reparados são criados por situações que nascem diariamente no seio da sociedade, em meio aos fenômenos culturais, sociais, econômicos e políticos. Conforme assevera Diniz (2007, p. 60) há danos cujo conteúdo não é o dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa.

É grande a influência do instituto jurídico, carecendo sempre de atualização, acompanhando o trajeto percorrido pela sociedade e as diversas situações criadas por esta cotidianamente.

Prossegue a citada autora (2007, p. 5), afirmando que o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Isto se deve ao fato de que não é justo aceitar um desfalque moral ou patrimonial de um sujeito, sem que lhe seja dado o direito de ser reconstituído ao estado anterior ao dano, uma vez que isso causaria um enriquecimento sem causa.

Surge, portanto, a necessidade de ponderação entre os interesses que estão em litígio. De um lado tem-se o direito à vida, bem maior, e de outro o direito do indivíduo de não ter o seu patrimônio desfalcado como garantia à dignidade da pessoa humana.

Destarte, a responsabilidade civil, é envolta por princípios que almejam restituir o equilíbrio patrimonial ou moralmente violado, e que a busca por tal estabilização é um objetivo da vida moderna. Um exemplo dessa busca, nas lições de Venosa (2007, p. 1), foi a do dano moral que não era reconhecido antes do advento da Carta Constitucional de 1988, direito que já era debatido e reclamado pela sociedade.

O Direito, portanto, exige a necessidade da sociedade para regular determinado seguimento jurídico, requerendo por isso, que estudiosos pleiteiem a justiça para que ela seja reconhecida e se faça. A sociedade, mantida pela ação humana, se encarrega diuturnamente de criar situações novas e alheias ao que foi desejado pela lei. Ao aplicador do direito resta a árdua tarefa de adequar o Direito às situações concretas que fogem da normalidade e que não podem deixar de ser reguladas pelo Direito.

Conforme preleciona Mello (2006, p. 17) a cláusula de igualdade estará em conformidade com as diferenciações da relação quando houver um vínculo lógico entre o fator diferenciador e a desigualdade gerada por ele. Se essa relação não for incompatível com a Carta Constitucional, a diferenciação é justa.

De acordo com Vieira (2006, p. 285), tem-se que:

O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa, em face de diferenças específicas. O princípio da igualdade converte-se, assim, mais num regulador das diferenças que numa régua de imposição da igualdade absoluta e em todos os planos. Em outras palavras, a função do princípio é muito mais auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis.

A finalidade da Lei de Alimentos Gravídicos é resguardar o direito à vida do nascituro. Pois bem, tal direito deve ser amplamente protegido, ainda que o seja por alguém que tenha falsamente recebido essa incumbência, na hipótese do magistrado ter se convencido das provas apresentadas.

Todavia, depois de atingido o seu fim legal, não é justo que o aplicador do Direito permita que um grave dano à imagem, à honra, à dignidade, ao patrimônio, não seja reparado por alguém que causou um prejuízo, um desfalque nos bens de outrem, quando a responsabilidade ficar evidente e provada pelo ofendido.

Será, sem dúvidas, uma solução coerente de adequação da igualdade ao caso concreto que se proceda ao ressarcimento daquele que prestou indevidamente obrigação alimentar, pela forma que melhor se encaixe ao caso concreto. Embasando o pensamento ora exposto, é coerente o disposto no artigo VIII da Declaração dos Direitos do homem que aduz: "Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

Vislumbra-se com isso, que não é por que o instituto da Família tem que proteger os seus membros, que se admitirá o enriquecimento ilícito. As relações cotidianas requerem um maior trato do julgador que não deve, apegado à lei, instalar a insegurança jurídica e o enriquecimento sem causa como consequência da usurpação do patrimônio de alguém indevidamente, pois, à família também deve se exigir a licitude, justiça e igualdade de seus atos.

Espera-se, portanto, a verificação das relações que serão reguladas pela LAG, para que, à luz do princípio da proporcionalidade que garante o direito de igualdade, seja rechaçada qualquer diferenciação injusta que possa induzir que a justiça é um meio viável de atingir a dignidade humana de alguém, através das relações familiares.

5 CONCLUSÃO

Aquele que se obrigou, indevidamente, da obrigação de alimentar nascituro que, comprovadamente, não era seu filho, tem o direito de ser ressarcido, embora os alimentos tenham a característica de irrestituição, já que ao suposto pai também foi assegurado pela Constituição Federal o direito à dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico brasileiro elevou os direitos fundamentais à categoria de cláusula pétrea, impossibilitando-os de serem abolidos ou deliberados por emenda constitucional. Ocorre que, aparentemente, tais direitos podem colidir para assegurar prerrogativas diferentes, restando necessário a análise do caso concreto e a devida solução da contenda através de concessões por ambas as partes, em consonância com o disposto pela Carta Magna.

Dessa forma, a LAG veio disciplinar o direito do nascituro de receber alimentos, regulamentando questão antiga que, no entanto, causava transtornos no momento do recebimento da prestação. Muitas vezes, os responsáveis se desincumbiam da obrigação pela desculpa da não comprovação da paternidade ou pela falta de imposição legal. Já passava do momento de um direito tão fundamental ser preservado, qual seja, o de o nascituro ser nutrido para alcançar as condições mínimas de saúde e ter o direito à vida resguardado.

A celeuma surge no momento em que a criança nasce, já que a partir desse instante pode-se afirmar se aquele que prestou a obrigação alimentar era mesmo o genitor. Ressalte-se que, nessa ocasião, ainda que o pai não seja a mesma pessoa que alimentou a criança durante o período intra-uterino, o objetivo legal de resguardar e proteger o direito à vida do nascituro, já foi alcançado.

Para tanto, constatou-se que, independentemente da relação em que esteja ocorrendo um conflito, os direitos fundamentais de ambas as partes devem ser preservados e protegidos, já que ninguém foi excluído de tais benefícios legais indispensáveis à condição humana. Portanto, os direitos fundamentais não são exigíveis apenas nas relações em que o Estado configure como uma das partes, mas extensíveis também às relações privadas.

Quando um direito fundamental for violado, mesmo que seja em uma relação que predomina a autonomia privada, deve haver a intervenção estatal na proteção daqueles, visto que são normas essenciais que servem de parâmetro para todas as

demais regras do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais garantem o mínimo necessário a todo homem, a fim de mantê-lo em condições normais de segurança e justiça, motivo suficiente para que sejam aplicados também nas relações entre particulares.

Observou-se que, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é necessária por que esses direitos servem de base para todo o ordenamento jurídico, já que exprimem os valores nucleares da ordem jurídica democrática, devendo por esta razão, também o Direito Civil resguardá-los, em consonância com a proteção auferida pela Constituição Federal.

Dentre as três teorias que explicam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, constatou-se que as Teorias do *State Action* e da Eficácia Mediata ou Indireta não amparam efetivamente tais direitos. Aquela adota que, somente haverá incidência dos direitos fundamentais nas relações aludidas quando as entidades privadas exercerem função de caráter público.

A segunda impõe apenas ao legislador a função de delimitação da aplicação e incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pôde-se constatar que a melhor tutela dada aos direitos fundamentais é a da Teoria da Eficácia direta, pois segundo esta, a imposição de limitações à aplicação, acarretaria violações aos envolvidos na relação.

Nesse caso, incumbe ao aplicador do direito, quando a norma não tutelar o direito de alguém, verificar as circunstâncias do caso concreto, a fim de delimitar a extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, coibindo atrocidades cometidas contra a dignidade da pessoa humana nas relações regidas pela autonomia privada. Deve o magistrado ponderar sempre os bens em questão, jamais desprezando a autonomia dos particulares, questão fundamental do Direito Privado.

Dessa forma, na relação privada em que figurem nascituro e suposto pai, deve o aplicador do direito, em punho do caso concreto, amparar ambas as partes, visto que são pessoas e merecem proteção em sua dignidade. O objetivo da LAG deve sempre ser alcançado, o direito à vida é o maior de todos os direitos. Todavia, quando a pessoa que se obrigou em alimentar não for o verdadeiro responsável, até mesmo pelo fato de a norma ter alcançado sua finalidade, deve o magistrado garantir o ressarcimento daquele, sob pena de permitir que o direito à vida seja motivo para o locupletamento ilícito.

O princípio da proporcionalidade enseja a utilização do bom senso, a análise do caso concreto pela prudência e moderação, realizando a adequação entre o conteúdo e a finalidade perseguida em cada fato isolado. Ele vai auxiliar o aplicador do direito quando os direitos fundamentais em questão, aparentemente, estejam em conflito. Através da ponderação de bens, o magistrado vai adequar as necessidades do nascituro, genitora e suposto pai, avaliando a norma e o ônus que acarreta aos seus destinatários, buscando a solução menos gravosa.

Observou-se que, apesar de a família ser considerada a base da sociedade, ela não pode justificar situações que ocasionem a insegurança jurídica, ferem o direito de igualdade entre homens e mulheres, nem tão pouco gerem enriquecimento ilícito por uma das partes. Através do princípio da proporcionalidade deve o aplicador do direito estabelecer restrições a ambas as partes em litígio a fim de que seus direitos sejam minimamente afetados.

Para tanto, alcançada a igualdade material almejada pela LAG, deve a relação jurídica nascida da obrigação de alimentar ser guiada por critérios substantivos de justiça, que obedecerão ao princípio da igualdade. Dessa forma, verificou-se que, provada a negativa de paternidade, aquele que pagou indevidamente a obrigação alimentar tem direito ao ressarcimento, mesmo os alimentos possuindo a característica da irrestituição, devendo por isso ser ressarcido do prejuízo que sofreu, sob pena de haver um enriquecimento por parte de outrem à custa do patrimônio daquele.

A pesquisa foi dividida em três capítulos, ao passo que o primeiro tratou dos alimentos gravídicos e sua regulamentação pela LAG. No segundo capítulo foram analisadas as teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, de forma a evidenciar que a teoria adotada no ordenamento jurídico pátrio, ainda que de forma implícita, é a da Eficácia Direta.

No terceiro capítulo abordou-se o direito ao ressarcimento por parte do suposto pai, como decorrência do princípio da proporcionalidade em atenção ao direito de igualdade entre homens e mulheres, avaliando a família como instituição regulada pelo Direito, a qual deve primar pelas prerrogativas asseguradas na Constituição Federal.

Mesmo sendo protegida pelo ordenamento jurídico, a família, instituição que deve ser preservada e mantida, já que assegura inúmeros direitos ao homem, não pode ser conivente com nenhuma forma de enriquecimento sem causa, mesmo que

tenha como fundamento a prestação de alimentos, até por que, à parte que sofreu o prejuízo moral ou patrimonial, auferido no caso concreto, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, constatou-se que a viabilidade de ressarcimento dos alimentos prestados indevidamente é efetiva e atual, devendo ser aplicada dentro de critérios limitadores estabelecidos pelo aplicador do direito, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito, primando pela segurança jurídica nas relações privadas, através dos direitos fundamentais ancorados na Constituição Federal, que garantem a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Renato de Mello. **Alimentos Gravídicos** — Breves Considerações. 11/11/2008. <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=464>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

BADALOTTI, Damaris. **A situação jurídico-global do nascituro** - Parte I. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> 11 abril. 2008. Acesso em: 02 mar. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elieser, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de Processo Civil**. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 25 fev. 2009.

_____. Lei 5. 478 de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de jul. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 10 maio 2009.

_____. Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de jan de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 12.547/ DF**, rel. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma, Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no REsp 1058348 RS 2008/0106718-3**, rel. Laurita Vaz. Quinta Turma, Brasília, DF. Julgado em: 25.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 158215**, rel. Marco Aurélio. Segunda Turma, Brasília, DF, Julgado em: 07 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.678**, re. Moreira Alves. Primeira Turma, Brasília, DF Julgado em: 10 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 161.243-6**, rel. Carlos Velloso. Julgado em: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 1.247**, rel. Marco Aurélio. Julgado em: de 15 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 07 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819 / RJ**, rel. Ellen Gracie. Julgado em: 11.10.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01. ago. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 5, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARDOSO, Rafael Bezerra. O princípio da Proporcionalidade na CF/88. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano XIII, n. 297, p. 64-65, maio 2009.

CARDOSO, Débora Rezende. O Direito alimentar e o enriquecimento sem causa no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, DF, ano XIII, n. 298, p. 34-35, jun. 2009.

DANOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos: Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008**. 17 de Janeiro de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37977/2>>. Aceso em: 06 ago. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Grávidicos: Alimentos para a vida.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil v. 1 (jul./ago;2004) -. – Porto Alegre: Magister, 2004 Bimestral v. 27, nov./dez. 2008.

DINIZ, Maria Helena **Curso de Direito Civil Brasileiro.** : Direito de Família. v. 5º 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Responsabilidade Civil. 7º v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil anotado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos Grávidicos e a Lei 11.804/08 - **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** v. 1 (jul./ago;2004). – Porto Alegre: Magister, 2004 Bimestral v. 27, nov./dez. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil.** Parte Geral. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novo curso de Direito Civil.** responsabilidade civil. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. v. VI. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> 09 de outubro de 2008. Acesso em: 29 jul. 2009.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas.** Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: JR, Jayme Benvenuto Lima. **Manual de Direitos Humanos Internacionais**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio v. 2.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Juiz e a Revelação do Direito in concreto. In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08 **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil v. 1** (jul./agp;2004). Porto Alegre: Magister, 200x4 Bimestral v. 27, nov./dez. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Organização das Nações Unidas, **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 20 ago. 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivo/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2009.

PIRES, Luciana Almeida. **O nascituro sujeito de direitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11705/1/o-nascituro-sujeito-de-dereitos/pagina1.html>> 23/11/2008. Acesso em: 05 fev. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolf. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Eliezer Gomes da. Igualdade. Gênero e Direito: Do Liberalismo Clássico ao Pós Feminismo. In: APARECIDA, Elidia; GIACCOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2008.

TORRES, Ricardo Torres. A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 818.666-0/6**, rel. Irineu Pedrotti. 34ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> . Acesso em: 07 abril 2009.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 195.592-4**, rel. Carlos Roberto Gonçalves. 3ª Câm. Dir. Priv. Julgado em: 14 de ago. de 2001. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> . Acesso em: 07 ago. 2009.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006429096**, rel. Carlos Álvaro de Oliveira. Sexta câmara cível. Julgado em: 28 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 07 abril 2009.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70002027910**, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Sétima Câmara Cível. Julgado em: 13 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 07 abril 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Fundamentais Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANEXO A - LEI 11.804/2008

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

O Presidente da República Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º - (VETADO)

Art. 4º - (VETADO)

Art. 5º - (VETADO)

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

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

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

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10 (VETADO)

Art. 11 - Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis n^{os} 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

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

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187^o da Independência e 120^o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Dilma Rousseff