

Questões polêmicas dos alimentos gravídicos

*Cícero Goulart de Assis **

A Constituição Federal assegura, no rol dos direitos e garantias fundamentais, em status de cláusula pétrea, que não pode ser revogada nem mesmo por Emenda à Constituição (art. 60, §4º, IV), a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput), esclarecendo a legislação ordinária que tal garantia deve promover o pleno desenvolvimento da substância ainda informe no ventre materno (art. 2º, CC).

Outro não pode ser o significado da recentíssima Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, que garante os meios necessários a uma saudável gestação, disciplinando “o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências”.

A novel norma que apregoa integral proteção à mãe e ao embrião veio suprir uma triste lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de acabar com os dilemas sobre a fixação dos alimentos durante a gravidez, uma vez que a Lei de Alimentos (nº 5.478/68) representava um óbice à concessão dos alimentos da gestação, na medida em que exigia comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar.

O silêncio do legislador sempre gerou controvérsias e retardou o reconhecimento dos alimentos durante a vida embrionária. E ainda que timidamente alguns Tribunais reconhecessem a obrigação alimentar antes do nascimento *, consagrando a teoria concepcionista, é inegável agora a responsabilidade parental desde a concepção.

Diante das várias polêmicas até então emanadas da nova Lei, apesar de sua pouca extensão textual, e pelas controvérsias da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei de nº 5.478/68, nossa intenção é dar especial enfoque às questões processuais, com algumas reflexões no direito material.

Concessão dos Alimentos e Ônus Probatório

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que não há uma presunção *in dubio pro actore*, no caso a gestante, no momento do juízo não exauriente da determinação da paternidade, sustentando-se que a simples afirmação da gestante admite o reconhecimento preliminar da autoria do filho.

A lei nº 11.804/08 admite a fixação dos alimentos gravídicos sob meros indícios da paternidade do ser em gestação, porque tais alimentos perdurarão, no máximo, 9 meses – e após o nascimento se converterão em pensão alimentícia - e atualmente é impossível a comprovação de quem seja o pai, sem risco para a gravidez (art. 6º).

Porém, a nova lei não veio afirmar que não são necessárias provas acerca da paternidade. O que o novo regramento admite é a possibilidade do magistrado se convencer, numa análise superficial, através da “existência de indícios”, pela paternidade da criança, ainda que não haja prova cabal, mas nunca sem a sua existência.

Portanto, não há ‘presunção de veracidade’ nas afirmações da gestante como tem sido propagado **, por maior que seja sua necessidade, mas sim ‘presunção de paternidade’, mediante comprovação suficiente para indiciar o provável pai.

Até mesmo porque as provas seriam palavra (mãe) por palavra (suposto pai), tendo este 5 dias para produzir impossível prova negativa da paternidade, porque foi vetado no Projeto de Lei original exame pericial intra-uterino, por acarretar risco à gestação, na ciência hodierna.

Não há como concluir o contrário, porque o veto ao artigo 4º da Lei se destinou a afastar o exclusivo prejuízo financeiro da mãe, na inviabilidade da gestação, - que mesmo na prenhez de risco, serão necessários cuidados especiais, ensejando dispêndio de ordem patrimonial, ainda que o feto venha a perecer, sendo injusto que a gestante arque com a totalidade dos gastos, os quais ocorrerão de qualquer forma, viável ou não a gestação -, mas não desobriga a genitora requerente de comprovar o seu estado gravídico, ou seja, a existência da gravidez.

Por isso, a mulher deverá comprovar – e não somente alegar – a genitura no momento da propositura da ação, instruindo-a com fotos, cartas, testemunhas, e-mails, conta-corrente conjunta, cartões de crédito, plano de saúde, ou quaisquer outros documentos capazes de indiciar fortemente a paternidade (art. 283, CPC).

Neste mesmo sentido, a brilhante decisão da Juíza Maria Cristina Costa, da 5ª Vara de Família, Sucessão e Cível da Comarca de Goiânia, Goiás, ao aplicar pela primeira vez a Lei dos Alimentos Gravídicos no Estado, deferindo-os sob robustos indícios da descendência, mediante comprovação da gravidez, inúmeros testemunhos confirmando o relacionamento amoroso entre S.R.M. e A.A., em época coincidente à concepção, e que por razões de segredo de justiça, ora não divulgados.

Destarte, há nova presunção de paternidade na legislação, nos moldes do Código Civil (arts. 1597), subsistindo, em todos os casos, o ônus probatório da genitora quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC), ou seja, os requisitos mínimos (indícios) da presunção, como por exemplo: convivência conjugal por, no mínimo, 6 meses antes do nascimento da criança, longo relacionamento amoroso à época da concepção etc..

Portanto, mera assertiva não admite a estipulação preliminar de paternidade e a conseqüente estipulação dos alimentos da gravidez.

'Quantum'

Os alimentos gravídicos compreendem “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” (art. 2º, caput).

Pelo modo que foi redigido o dispositivo, fica claro que i) o rol ali constante não é taxativo, podendo existir outros gastos não enumerados; ii) os alimentos devem cobrir despesas indispensáveis da gravidez ou dela decorrentes; iii) e sempre avaliadas por médico ou pelo juiz.

É incontroverso, então, que não estão englobados na definição de alimentos gravídicos, por exemplo, exames de ultra-som, destinados somente à vaidade da mãe em ver o filho intra-uterino, já que hoje existem exames (ultra-sonografia 3D/4D), capazes de definir com precisão a aparência do feto.

Além disso, para arbitramento dos alimentos, a genitora deverá instruir a ação com Relatório ou Parecer Médico que justifique a indispensabilidade de exames complementares, alimentação especial ou outras “prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis”, pois deve haver no processo referências médicas sobre a necessidade desses cuidados especiais.

Quanto à possibilidade do juiz acrescentar diretamente as necessidades que o expert da saúde não concluiu relevantes, há grande polêmica a ser definida pela jurisprudência, segundo entendimentos diferentes:

Corrente Jurídica 1: Necessidade de Provocação do Juízo: há necessidade de provocação da parte para que o juiz determine medidas, porque ainda que o magistrado julgue pertinente a realização de outras despesas ‘gravídicas’, não poderá arbitrá-las nos alimentos ex officio, pois do mesmo modo em que o poder geral de cautela (art. 798, CPC) lhe confere poderes para determinar medidas atípicas e não previstas, ele deve ser provocado a prestar a tutela jurisdicional específica (arts. 2º, 128 e 460, CPC), com pedido certo e determinado (art. 286, caput, CPC), sob pena de julgamento extra ou ultra-petita. Além do mais, é o perito médico o profissional competente para ponderar, com experiência e minúcia, a situação de risco da ciese.

Corrente Jurídica 2: Determinação “De Ofício”: O que está em jogo é a própria vida, da gestante e do ser intra-uterino, que deve ser protegida de imediato, e a sujeição das medidas à provocação do Juízo, pode fazer com que o bem tutelado venha a perecer, diante da urgência da situação e da burocracia judiciária, e também porque, na maioria das vezes, a representação processual da grávida é feita pela Defensoria Pública, ou Procuradoria da Assistência Judiciária Gratuita, quando inexistente aquela, onde há elevado excesso de trabalho. Acredita-se que irá prevalecer esta interpretação também por interesse classista da magistratura.

Não obstante, no tocante à fixação do pensionamento mensal, dever-se-á levar em conta que as despesas de internação e parto são arcadas pelo Sistema Único de Saúde ou convênio médico, sendo temerário impor ao suposto pai este ônus ***.

Por último, importantíssimo destacar que se aplica aos alimentos resultantes da gravidez critério semelhante ao utilizado nos alimentos convencionais: a) necessidade da autora da ação (gestante); b) possibilidade de contribuição do réu (suposto pai), mas também da mãe, resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, diante da responsabilidade mútua, não havendo impeditivos à fixação de um montante específico para o período da gravidez e outro após o nascimento, pois a convergência dos alimentos em pensão alimentícia é em razão da natureza da obrigação e não em função dos valores (art. 6º).

Responsabilidade Civil da Genitora

Com o veto presidencial ao artigo 10, extinguiu-se a responsabilidade objetiva da genitora - aquela que independe da aferição do pressuposto 'culpa' -, pelo simples fato de ingressar na justiça e não lograr êxito.

Havia evidente violação ao princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), ao se permitir desarrazoada indenização por danos morais e materiais ao réu, por ter sido erroneamente indicado como pai.

No entanto, mesmo não sendo mais responsabilizada a gestante pela simples indicação da paternidade negativa, não pode ser afastada a responsabilidade subjetiva da mãe que maldosamente tem a intenção de prejudicar ex-companheiro, que sabe não ser o pai (v.g., vasectomia ou impotência para gerar), ou ao menos deveria saber que não era (mulher de relacionamentos múltiplos, por exemplo).

A ação dolosa ou culposa da mulher mal amada que prejudica pessoa idônea está sujeita à responsabilidade civil subjetiva, tanto por dano moral (honra e imagem) como material (alimentos pagos indevidamente).

Responsabilidade Civil pelos Alimentos

Ainda que não haja referência expressa de subsidiariedade do Código Civil à Lei ora abordada, como o fez com a Lei de Alimentos e o Código de Processo Civil, entendem juristas de renome **** que não há óbice para sua aplicação, devendo ser aplicadas as seguintes normas: a) art. 1698, ordem de preferência na prestação dos alimentos dos pais em relação aos avós e outros parentes; b) art. 1597 a 1602, presunção de paternidade; c) art. 1699, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Termo Inicial dos Alimentos

Também foi objeto de veto o artigo que definia a data da efetiva citação como o termo inicial dos alimentos gravídicos, obviamente por que se assim fosse, frustrar-se-ia

sua aplicação na prática forense, onde a morosidade da justiça e manobras do réu para não ser citado impediriam o surgimento da própria obrigação dos alimentos da gravidez.

Todavia, a regra jurídica permanece a mesma, porque o CPC (art. 214), aplicado supletivamente, e remansosa jurisprudência, com entendimento já consolidado (Súmula STJ 277), determinam o cabimento dos alimentos a partir da formação da relação processual.

Porém, em interpretação sistemática e hermenêutica, atentando-se para a finalidade da lei e do veto, por se tratar de norma especial mais recente, é plenamente cabível o requerimento dos alimentos gestacionais a partir da fecundação, já que tem por escopo a lei assegurar o compartilhamento das despesas da gravidez, compreendidas da concepção ao parto.

Execução

Pela regra supletiva da Lei de Alimentos, a execução dos alimentos gestacionais se dará pelo art. 732 ou 733 do CPC, cabendo inclusive a prisão civil do alimentante pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia.

Revisão e Extinção dos Alimentos Gravídicos

Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, até sua revisão (art. 6º, parágrafo único).

Por óbvio, pois, que o pedido de revisão ou extinção dos alimentos deverá ser cumulado com o de investigação de paternidade, pondo fim à certeza provisória do parentesco.

Assim, pelo entendimento ora exposto, somente será possível a devolução dos valores já pagos na 'falsa paternidade' (culpa) e não na 'paternidade negativa'.

Como igualdade de proteção ao réu, em ordem inversa à preservação da parte autora, deverão ser extintos de pleno direito e de forma automática os alimentos gravídicos nos casos de interrupção da gravidez (aborto espontâneo) e de comprovação cabal da paternidade negativa, mediante exame pericial de DNA, após o nascimento, ressalvadas as despesas com a recuperação da saúde da mulher grávida.

Nada impede que a sua revisão se faça ainda no período gestacional se sobrevier mudança na situação financeira do réu (art. 1.699, CC), embora a lentidão da justiça não propicie desfecho satisfatório ao pleito, antes do nascimento da criança.

Notas:

* TJSP, Ap. Cível n. 193648-1, 1ª Câmara, Des. Renan Lotufo, 14.09.93; 2) TJRS, AGI n. 70018406652, Rel. Des. Maria Berenice Dias, D.J. 16.04.07; 3) TJRS, AGI 596067629, AGI 70016977936, APC 587002155; RJTJRS 104/418.

** Alimentos Gravídicos; Edson Martins Areias, (http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5597/Alimentos_Gravidicos).

*** Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 - Primeiros Reflexos; Douglas Phillips Freitas (<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>).

**** Ibidem.

Bibliografia:

DINIZ, Maria Helena: Direito civil brasileiro, 5º vol., 21ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006;

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira: Código civil e legislação em vigor, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006;

FIUZA, César: Direito civil: curso completo, 10ª ed. rev., atual e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo: Curso avançado de processo civil – execução, v. 2, 9ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo: Curso avançado de processo civil – processo cautelar e procedimentos especiais, v. 3, 8ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: RT, 2007.

* Advogado; assessor jurídico na Assembléia Legislativa do Estado de Goiás; Conferencista de Congressos, Palestras e Seminários; Apresentador do quadro televisivo “Dica Jurídica”, do Programa “Show do Povo”, exibido diariamente às 13h na “FonteTV”, Canal Aberto 5, Canal 4 da Net.

Disponível em:

http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1503_Questoes%5Fpolemicas%5Fdos%5Falimentos%5Fgravidicos

Acesso em: 31/03/09.