ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

GRAVIDIC FOOD (FOR THE UNBORN CHILD)

Patrício Jorge Lobo Vieira *

RESUMO: Após a edição da Lei federal n.º 11.804/08, regulamentou-se, no mundo jurídico, a matéria atinente aos denominados alimentos gravídicos, que se referem àqueles devidos ao nascituro e à gestante, ao longo da gravidez, objetivando-se suprir as despesas adicionais dela decorrentes, como consectário da proteção constitucional à família e à dignidade humana. O magistrado formará a sua convicção de maneira livre, com base nos meios de prova produzidos principalmente pela gestante, que deverá demonstrar o relacionamento, a coincidência com o período da concepção, atentando-se para eventual ônus da prova imposto ao provável pai, por exemplo, em relação à existência ou não de relacionamentos da gestante com outros parceiros ou impossibilidade de gerar, decidindo-se com base nos fundados indícios de paternidade, volvendo-se o julgador ao binômio, necessidade e possibilidade, para fixação de pensão razoável ao custeio das despesas no período gestacional, realçando-se a possibilidade de ressarcimento material ou reparação moral, após exame pericial negativo.
Palavras-chave: Gestante e Nascituro. Despesas gestacionais. Proteção à Família e à Dignidade Humana.

ABSTRACT: After the edition of the Federal Law 11.804/08, it was regulated, in the legal system, the provision of food during pregnancy, owned to the unborn child and the pregnant woman by trying to fulfill the additional expenses that come with it as consequence from the constitutional protection to the family and to the human dignity. The judge will build his conviction freely based on the probative evidence produced, mainly, by the pregnant, who must show the relationship, the coincidence with the conception period, by considering contingent burden of proof imposed to the probable father, for instance, about the existence or not of relationships involving the pregnant petitioner and other partners, or impossibility of procreating, by deciding based on the grounded circumstantial evidence of paternity and by turning to the necessity and possibility's binomial to the settlement of reasonable alimony to the cost of the expenses during the gestation period, by emphasizing the possibility of recovery and award, after negative expert examination.
Keywords: Pregnant and Unborn Child. Gestation Expenses. Protection to the Family and to the Human Dignity.

* Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Escola da Magistratura Trabalhista da 13ª Região - ESMAT. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

A Constituição Federal, em seus arts. 1.º, 3.º e 226, consagrou, além do postulado da dignidade da pessoa humana, os princípios da solidariedade e da proteção do Estado à família, como preceitos supralegais de magnitude máxima, dotados de força normativa constitucional, alvitrando homenagear e preservar o respeito à condição de seres humanos e à família como núcleo fundamental da comunidade.

Nesse sentido, emergiu a Lei federal n.º 11.804/08 - nada obstante a falta de técnica legislativa que culminou com vários vetos a preceitos nela estampados -, regulamentando a matéria atinente aos denominados alimentos gravídicos, como sendo aqueles devidos ao nascituro e recebidos pela gestante, ao longo da gravidez, reconhecendo-se uma verdadeira simbiose entre os direitos da própria gestante e do próprio nascituro, antes mesmo do seu nascimento, no sentido de direito à vida e sobrevivência em formação no ventre materno, porquanto tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive aqueles relativos à eventual 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.

Assim, o período de condenação ao pagamento dos alimentos gravídicos se restringiria à duração da gravidez e, com o nascimento com vida do nascituro, eles se converteriam em pensão alimentícia.

Consoante bem definiu Leandro Soares Lomeu, "Vislumbra-se através da Lei de Alimentos Gravídicos a busca incessante pela dignidade da pessoa humana, pessoa esta considerada desde a sua concepção. Alcança a nova legislação alimentícia as características atinentes a repersonalização do Direito Civil, a conseqüente despatrimonialização do Direito de Família e a responsabilização efetiva da parentalidade" (http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467, Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08, 19/11/2008 | Autor: Leandro Soares Lomeu).

Questão tormentosa é a definição no respeitante aos indícios de paternidade, necessários à formação do convencimento do julgador e aptos a gerarem a condenação do suposto e provável pai, que deverá arcar, proporcionalmente, à luz do binômio necessidade-possibilidade, com despesas efetuadas

pela gestante durante a gravidez, mesmo que não se afigure presente a certeza do estado de filiação, elemento, em regra, definido através do exame pericial de DNA, inviável, muitas vezes, na via estrita e sumária da ação especial de alimentos gravídicos, diante do exíguo prazo para formação dos meios de prova, posto que, ordinariamente, a gravidez perdura nove meses.

Desse modo, o magistrado aquilatará a presença ou não de fundados indícios de paternidade, ou seja, verificará se os fatos e elementos de convicção existentes no caderno processual permitem uma conclusão sobre um fato principal por meio de uma regra de experiência, valorando com ampla liberdade os meios de prova, sob a ótica da razoabilidade e em homenagem ao princípio da persuasão racional, com base em seu livre convencimento, até porque não se exige cognição exauriente, devendo o julgador, destarte, atentar para sinais ou vestígios que indiquem que a concepção surgiu durante período de relacionamento íntimo entre a genitora e o suposto pai, atentando-se para o ônus da prova em relação à parte autora, a dignidade também do requerido, com os olhos voltados para a criança que está para nascer.

Com efeito, o artigo 6º da Lei nº 11.804/08 não afasta o ônus que recai sobre o autor da ação, a quem cumpre demonstrar o alegado com um mínimo de lastro probatório (CPC, 333, I), tampouco afasta os requisitos para a concessão da liminar (CPC, 273), muito menos aqueles previstos no art. 2º da Lei de Alimentos.

No respeitante ao tema ora em análise, Douglas Phillips Freitas[1], em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família:

> Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar os "indícios de paternidade" informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fa-

1 FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08**: Primeiros Reflexos. Disponível em: <http://<www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>.

> zer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência. Há necessidade de aplicação da regra do art. 333, inc. I, do Código Civil de 2002 que informa que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mesmo sem o Exame de DNA há algumas provas que podem ser produzidas pelo suposto pai, como prova de vasectomia, por exemplo.

O assunto relativo a alimentos gravídicos é tormentoso, recente e praticamente não existe jurisprudência consolidada em relação ao tema, havendo poucos decisórios, a nível de sentenças, decisões interlocutórias e em sede de agravo de instrumento, a exemplo do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sequer se evidenciando julgados nas Cortes Superiores, devendo cada julgador atentar para as peculiaridades do caso concreto. Veja-se, a propósito:

> Agravo de instrumento. Família. Preliminar de impropriedade do recurso. Afastamento. Possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em audiência, mormente quando presentes a possibilidade da ocorrência de lesão grave e de difícil reparação. Arts. 522 e 527, ii, do cpc. Alimentos gravídicos. Indícios de paternidade insuficientes. Art. 6º da lei 11.804/08[2].

Desse modo, cada julgador, volvendo-se ao panorama que emergirá do almanaque processual deverá malgrado a ausência de conjunto probatório bastante e suficiente a ensejar a exatidão da paternidade - procedimento da alçada da ação própria (investigação ou negatória de paternidade) -, emitir juízo deliberatório em sede de alimentos gravídicos, vinculando-se ao seu livre convencimento acerca dos fundados indícios de paternidade.

Imperiosa a observância acerca do próprio conteúdo da petição inicial e do arrazoado defensivo, colhendo-se os depoimentos pessoais e informes testemunhais, tanto a nível de audiência de justificação prévia ou através de audiência instrutória, aprazada com a urgência devida, à luz do prazo certo para nascimento da criança, salvo, entretanto, se houve solução conciliatória imediata, a nível de reconhecimento da paternidade ou apenas para fins de pensionamento no período gestacional.

2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo provido.** Agravo de instrumento nº 70028848547, sétima câmara cível, TJ/RS, dj. 03.06.2009).

O Julgador atentará, pois, às próprias confissões que poderão surgir na colheita dos depoimentos das partes litigantes, aos fatos alegados nas peças processuais, inclusive atentando para a indispensável regra estatuída no art. 333 do Código de Processo Civil, uma vez que, como o julgamento firmar-se-á em fundados indícios, o ônus da prova será crucial para resolução da problemática.

Serão observados, assim, elementos atinentes ao período de relacionamento, à coincidência em relação à concepção e o nascimento da criança, a existência ou não de não-relacionamentos com outros parceiros em relação à gestante e quaisquer meios de prova em direito admissíveis e legítimos, até porque, em situações de tal jaez, os encontros íntimos se perfazem sem visualização de terceiras pessoas, não se podendo exigir, doutra banda, provas contundentes, quando, por exemplo, o próprio requerido ateste o contato pessoal por período bem razoável, não se evidenciando método contraceptivo, comprovação de *exceptio plurium concubentium* ou até impossibilidade de gerar (vasectomia ou impotência *gerandi*), à guisa de rebate defensivo.

Logicamente, apenas após a instrução probatória em ação investigatória ou negatória de paternidade ulterior, após o nascimento da criança, poder-se-á melhor e seguramente definir a questão atinente ao estado de filiação, até porque da trivial sabença que, durante a gravidez, a realização do exame pericial, com a colheita de líquido amniótico, poderá prejudicar a saúde da criança e da própria mãe, providência que fora inclusive objeto de veto presidencial na legislação de regência.

Dilema interessante e que está a gerar profundas controvérsias é aquele relativo à eventual indenização pleiteada pelo suposto pai, na hipótese de, após o nascimento da criança, o exame de DNA ser negativo, já que permaneceu custeando despesas na gestação não sendo o genitor biológico, fato que pode ir de encontro ao próprio postulado-mor do direito alimentício, no respeitante ao princípio da irrepetibilidade em sede de alimentos, máxime quando o Senhor Presidente da República vetou o artigo que previa possibilidade de a mulher responder pelos danos materiais e morais decorrentes da ausência de vínculo biológico entre a criança e o suposto pai. Como agir, se a irrepetibilidade dos alimentos constitui regra não escrita do Direito brasileiro, já assimilada pela doutrina e jurisprudência nacional[3]? E o provável pai, como permanecerá se

3 BRASIL. STJ - REsp 985061/DF; AgRg no Ag 982233/PR; REsp 209098/RJ.

efetuou despesas, respondeu como suposto genitor de uma criança que não era seu filho? E as consequências de ordem moral e familiar? E o tormento gerado, diante de uma imputação séria e não comprovada?.

A solução salomônica apresenta-se nos lúcidos comentários da festejada Professora Regina Beatriz Tavares da Silva, que, acerca deste assunto, esclarece[4]:

> Assim, pela nova lei, um homem pode ser obrigado a pagar pensão por indícios de paternidade (artigo 6º) e depois virá com provas de que não é o pai. Aí surge um grave problema a resolver, já que também foi vetado o artigo 10 do projeto de lei respectivo (Projeto 7376/2006), que dispunha sobre a responsabilidade da autora da ação quanto aos danos morais e materiais causados ao réu, no caso de resultado negativo do exame pericial da paternidade.
> No entanto, a solução existe, já que o veto ao artigo 10 foi realizado porque o artigo estabelecia a responsabilidade objetiva da autora da ação, o que lhe imporia o dever de indenizar independentemente da apuração da culpa e atentaria contra o livre exercício do direito de ação, mas permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, **desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação.**
> Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução.
> Portanto, não fica ao desabrigo aquele que é demandado numa ação de alimentos gravídicos caso se apure não ser o pai, sendo a ele assegurado o direito à reparação de danos morais e materiais com fundamento na regra geral da responsabilidade civil. (Grifo nosso).

Seguramente, assimilando-se os ensinamentos da ilustre doutrinadora, uma vez comprovada a culpa ou dolo da genitora, o nexo de causalidade, além da demonstração do prejuízo material e/ou abalo moral, perfeitamente admissível o reconhecimento da responsabilidade civil com os consectários dela decorrentes.

4 Disponível em:<http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=250. Acesso em: 27set. 2009.

Não se trata, assim, de violar-se o princípio da irrepetibilidade de alimentos, mas de se ressarcir e compensar prejuízo demonstrado por aquele cuja paternidade lhe fora imputada e não-comprovada.

Nesse diapasão, no sentir deste magistrado, caso o provável pai tenha confirmada a ausência de liame de filiação e demonstre o prejuízo material e a ocorrência de abalo moral (dor, aflição, angústia, vergonha, constrangimento, etc.), haverá a relativização do conceito de irrepetibilidade e deverá ser concretizada a reparação civil correspondente, até mesmo imputando-se uma maior responsabilidade à gestante, para que tenha real consciência no concernente à seriedade da sua conduta e da gravidade de se atribuir uma paternidade a quem a ela não deve responder, mormente quando em jogo o real e indispensável interesse superior de uma criança inocente, não devendo o Estado-Juiz manter-se com os olhos fechados diante da realidade social, dos valores humanos em jogo e da própria boa-fé das partes envolvidas.

Na via estreita da presente ação especial almejando-se alimentos gravídicos, o Magistrado concretizará o seu convencimento com base em indícios da paternidade, sob procedimento de cognição sumária superficial, com muita prudência e equilíbrio no decidir, diante da ausência de exigência da prova contundente da paternidade.

Presentes, dessarte, os fundados indícios de paternidade, deverá o magistrado avaliar, sob a ótica do binômio necessidade e possibilidade, a quantia a ser paga a título de alimentos, não se olvidando que a contribuição será efetuada na proporção dos recursos de ambos (art. 2.º, parágrafo único, parte final, da Lei n.º 11.804/08), não sendo demasiado registrar que, após o nascimento da criança, consoante narrado alhures, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia, até eventual ação revisional, investigação ou negatória de paternidade.

Perpassados referidos lineamentos, constata-se que o assunto é assaz interessante e que a cada dia surgirão casos concretos a instigar a criatividade de advogados e o livre convencimento dos magistrados, aguardando-se uma melhor sedimentação jurisprudencial, objetivando-se garantir, de um lado, o direito da gestante e do ser concebido, mas ainda não nascido, mas, de outro, a imputação responsável de paternidade.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos:** de acordo com o Novo Código Civil. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08:** Primeiros Reflexos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 20 set. 2009.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos:** Aspectos da Lei 11.804/08, 19/11/2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467>. Acesso em: 20 set. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

PARIZATTO, João Roberto. **Separação e divórcio:** alimentos. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. Ouro Fino: Edipa, 2004.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Dos alimentos gravídicos.** Disponível em: <http://esma.tjpb.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=34&Itemid=20>. Acesso em: 06 out. 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Alimentos Gravídicos.** Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=250>. Acesso em: 27 set. 2009.

Correspondência | Correspondence:

Patrício Jorge Lobo Vieira
Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Av. Dix-Sept Rosado, 56, Centro, CEP 59.600-600. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3316-8500.
Email: patriciolobo@tjrn.jus.br

Recebido: 28/09/2009.
Aprovado: 01/10/2010.