

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS:
subsistência certa, justiça incerta**

Vera Carmem de Ávila Dutra¹

Arthur Carvalho Reis²

Carolina da Costa Oliveira Delgado²

Danilo Ferreira Abreu²

Gabriel Junqueira Campos²

Karen de Oliveira Munhoz²

Laíse Helena de Souza²

Luana Lopes Soares²

Marco Antônio Monteiro²

Nathalia Kneipp C. de Oliveira²

Ricardo Nocera Pires²

Silas Rodrigues Ferreira²

Tamires de Abreu Cosendey²

RESUMO

Com o surgimento da Lei 11804/2008 que trouxe a faculdade da gestante em obter alimentos gravídicos, tornou-se latente, no universo jurídico pátrio, a necessidade de analisar de maneira minuciosa seus aspectos, formalidades e reflexos, desde sua entrada em vigor até os dias atuais. O artigo busca elucidar de maneira bem didática e objetiva questões relacionadas aos aspectos materiais e formais da lei, bem como

¹ Graduada em Direito pela UFJF, Mestre em Estado e Cidadania pela UGF, professora de Direito Civil das FIVJ, Secretária Geral e Procuradora Institucional no MEC, orientadora desse grupo de ensino e pesquisa, e-mail: vdutoa@viannajr.edu.br.

² Alunos do 4º período C do Curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior, organizados em grupo de estudo em Direito Civil.

as consequências para as partes envolvidas, colocando de maneira imparcial posicionamentos variados acerca dos dispositivos analisados. As análises tidas como indispensáveis passam preferencialmente pela parte processual, indícios de paternidade e responsabilidade civil da gestante, capítulos que mereceram destaque. Com uma bibliografia rica composta com trechos das obras de autores renomados e eminentes juristas, tornou-se possível abordar tanto os dispositivos vigentes quanto os vetados, relacionando-os com toda a sistemática pertinente contida no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos gravídicos. Aspectos processuais. Indícios de paternidade. Morosidade do Judiciário. Responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar reconhecidamente se funda no dever de mútua assistência e solidariedade (artigo 1724 CC/02), ínsita as relações pautadas pela afetividade familiar. Ou seja, pouco importa se decorrem do casamento – contrato ou simplesmente da união de fato. Onde há família deve haver proteção mínima nem que seja apenas alimentar. Até porque o direito à subsistência está implícito no direito de viver dignamente o que é fundamental de acordo com o artigo 1º, III da Constituição Federal de 88.

Contudo, transpor tal lógica aos alimentos gravídicos, onde não há família e não raro sequer a intenção de se formar uma, demanda uma atividade hermenêutica mais cuidadosa por parte do intérprete que, diante do caso concreto, irá mais ponderar que decidir.

O artigo 8^{o3} do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assevera que o Estado (Poder publico) tem o dever de propiciar à gestante o que ela necessita. Porém, como o Estado é omissor, não consegue cumprir a lei como deveria, transferindo, assim, a responsabilidade para o particular. Se formos analisar friamente o artigo em questão, não descartando a responsabilidade do pai, a Lei de Alimentos Gravídicos surge porque o Estado não consegue dar cumprimento ao que mesmo dispõe.

A responsabilidade parental sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro devido à omissão do legislador. Para solucionar esta injustificável lacuna e consolidar mais um avanço na proteção do nascituro, veio à luz a Lei 11.804/08.

Desse modo de acordo com Maria Berenice Dias,

a obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juizes em deferir direitos não claramente expressos (2008).⁴

A Constituição ampara o direito mencionado em seu artigo 5^o (direito à vida) e em seu artigo 227 (direito à alimentação). O artigo 226, §5^o, versa que os direitos e deveres deverão ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, o que permite destacar a importância da lei que surgiu desde então.

A análise “pré-judicial” da família decorre da própria natureza desse direito que, sem a presença de uma convivência estável e afetiva na relação, acaba por

³ Art. 8^o: É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1^o A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema; § 2^o A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal; § 3^o Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem. [...]

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos para a vida*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>. Acesso em: 05.ago.2011.

esbarrar/colidir com outro valor não menos importante e nem menos constitucional, que é a presunção da inocência, até que se julgue o contrário (artigo 5º, LVII, CF/88).

Ora, apesar da Lei 11.804/08 regular os alimentos gravídicos como aqueles necessários à gestação do nascituro, assumindo assim a teoria concepcionista, em que a personalidade se iniciaria na concepção, que é, portanto, anterior ao seu nascimento, cumpre ressaltar que essa visão não traduz a consagração desta teoria, eis que os alimentos não são assegurados ao nascituro, mas à gestante.

A Lei 11.804/08 será analisada a partir de seus seis artigos vigentes, abordando também seus vetos. A simples verificação da quantidade de vetos sofridos (seis numa lei de doze artigos) evidencia que não se pode mesmo engessar uma ponderação de valores, já que ambos são constitucionalmente consagrados.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Após breve síntese sobre a novel Lei 11804/08 que trata de alimentos gravídicos, é possível analisar cada artigo e trazer à tona seus pontos positivos e negativos partindo de uma ótica preferencialmente jurídica.

Maria Berenice Dias (2008), vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, ao analisar o Projeto de Lei que deu origem a Lei de Alimentos Gravídicos, asseverou que

apesar das imprecisões, dúvidas e equívocos, os alimentos gravídicos vêm referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna.⁵

Após algumas considerações, nada mais adequado do que começar aferindo um conceito à expressão que dá nome à referida lei. O legislador aloca no

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos gravídicos?*. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/27_-_alimentos_grav%EDdicos.pdf. Acesso em: 05 ago.2011.

dispositivo 2º o conceito de alimentos gravídicos, e elucida da seguinte maneira: “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.” O texto é bem preciso, definindo com clareza algumas referências e ressaltando que o rol apresentado nesse artigo não é exaustivo estando ao livre arbítrio do magistrado o deferimento de uma ou outra situação peculiar ao caso concreto.

1.1 Legitimidade para propositura da ação de alimentos gravídicos

Após a compreensão dos alimentos gravídicos se faz necessário voltar ao artigo 1º que trata da questão da legitimidade para propositura da ação de alimentos gravídicos. Quem seria a parte legítima para figurar no polo ativo da ação? O artigo 1º diz que: “esta lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”. A partir de uma primeira leitura, é possível creditar a titularidade à gestante, que é a pessoa indicada a receber os alimentos do executado. Entretanto, esta lei foi criada com o intuito de preservar a saúde da gestante a fim de culminar com o nascimento saudável, com vida, do nascituro. Desta forma, num segundo momento, ao nos deparamos com o artigo 6º em seu parágrafo único, o nascimento com vida do nascituro conduz à transferência da titularidade da gestante para a criança. A partir deste evento (nascimento com vida) os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia e a ação de alimentos gravídicos se transformará em ação de alimentos. O que será visto mais adiante.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 387), sobre a consagrada ação de alimentos, salienta que são legitimados para intentar essa ação desde o nascituro até o Ministério Público como ação anômala.

1.2 Binômio possibilidade *versus* necessidade

Quando se trata de qualquer tipo de ação de alimentos contida na sistemática do Código de Processo Civil, é possível encontrar como princípio base, o binômio: possibilidade *versus* necessidade. O artigo 2º, parágrafo único, que traz em seu texto legal: *“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”*, faz menção à Lei sobre Ação de Alimentos n. 5478/68, mantendo presente na Ação de Alimentos Gravídicos a verificação prévia da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante em arcar com as despesas requeridas.

Para Venosa (2010, p. 385-386), vencido o juízo da necessidade do alimentando, mostra-se indispensável a constatação da capacidade financeira do alimentante. No entanto deixa claro que o alimentante não tem obrigação de dividir sua “fortuna” com o necessitado, já que o princípio que norteia os alimentos não é este. Ao contrário, consiste em pagamento periódico, justificado diante da manutenção da possibilidade do alimentante e da necessidade do alimentando.

Obviamente, este dispositivo é necessário, pois não descarta a responsabilidade da mãe em arcar com os custos do período pré-natal, além de condenar o suposto pai a contribuir apenas com o que pode oferecer, sem prejudicar seu próprio sustento. Vale ressaltar a expressão “proporção dos recursos de ambos”, ou seja, ocorre uma divisão de responsabilidades.

1.3 Foro competente

O artigo 3º estabelecia que a competência para julgar este tipo de ação seria no domicílio do réu (devedor), no entanto, acertadamente revogou-se este artigo, com a justificativa de que se assim fosse, estaríamos diante de uma enorme contradição com relação aos preceitos previstos no Código de Processo Civil⁶, o qual estabelece foro competente para propositura da ação de alimentos o domicílio do alimentando, no caso a gestante. Logo é possível trazer essa regra para os alimentos gravídicos e dar total clareza ao veto.

1.4 Viabilidade da gravidez

O artigo 4º, também revogado, trazia em seu dispositivo que “*a petição inicial deve vir instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade [...]*”. Qual seria o fundamento deste veto? O atestado de gravidez se mostra realmente imprescindível dando segurança à afirmação da gestante, no entanto, quando se fala em “viabilidade da gravidez”, já é possível criticar essa informação.

Conforme Eduardo Veríssimo Inocente

por mais que a gravidez seja inviável, enquanto ela durar, a gestante necessitará de cuidados, o que vai gerar gastos. Deste modo, caso não houvesse o veto deste artigo, não estaríamos em consonância com o cumprimento fiel à proposta que a lei busca atingir, portanto não seria correta a necessidade da demonstração da viabilidade da gravidez.⁷

⁶ Art. 100, II do Código de Processo Civil: É competente o foro: [...] do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.

⁷ INOCENTE, Eduardo Veríssimo. *Alimentos Gravídicos*. Tema da palestra proferida em 27.out.2010 em evento da OABSP (39º subsecção de São Bernardo do Campo). Disponível em <http://www.evi.adv.br/evin/?p=196>. Acesso em: 05.ago.2011.

1.5 Alimentos provisórios devidos desde o despacho inicial não havendo necessidade de audiência de justificação

Tratando-se do momento em que são deferidos os alimentos provisórios, destaca-se o veto do artigo 5º que trazia em seu texto legal: *“recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas e requisitar documentos”*, tal dispositivo foi vetado por determinar a audiência de justificação como um procedimento obrigatório à concessão de alimentos, fase que não é imposta a nenhuma outra ação de alimentos, o que causaria retardamento desnecessário ao processo, tendo em vista o caráter célere que a Lei de Alimentos Gravídicos visa alcançar.⁸

Entretanto, o referido dispositivo, conjugado à ausência do exame de DNA, poderia nortear, de maneira mais segura, a convicção do juiz em determinar a paternidade ou não do suposto pai. Se por um lado, o artigo vetado fere o princípio da celeridade processual, por outro lado garante, de certa maneira, maior veracidade e segurança no que diz respeito ao deferimento dos alimentos gravídicos.

1.6 Indícios de paternidade

Quando analisamos a questão das provas, estamos diante do mecanismo mais importante capaz de conferir ao julgador, a constatação ou a convicção de que determinada ação deva ser considerada procedente ou não. Antes de aprofundar nas provas propriamente ditas, se faz necessário discutir o instituto processual do “ônus da prova”, que consiste basicamente na necessidade de uma das partes em

⁸ Mensagem nº 853, de novembro de 2008 trazendo as razões dos vetos ao Art. 5º da Lei de Alimentos Gravídicos.

provar os fatos por ela alegados, visando a conquista da pretensão almejada em juízo. No Código de Processo Civil, o ônus da prova possui amparo legal e o artigo 333 define: “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor”.

No que tange a Ação de Alimentos Grávidos, é possível, com fulcro no artigo 333, inciso I do diploma supracitado, atribuir o ônus da prova à gestante, cabendo à autora o impulso de comprovar que o réu é realmente o pai do nascituro. A grande questão gira em torno da impossibilidade de inversão do ônus da prova por parte do réu, já que este é impossibilitado de realizar prova negativa, por meio de exame pericial.

Acerca desse tema, ainda antes da lei entrar em vigor, Maria Berenice Dias (2008) brilhantemente abordou a questão

é concedido ao réu o prazo de resposta de 5 dias. Caso ele se oponha à paternidade a concessão dos alimentos vai depender de exame pericial. Este, às claras é o pior pecado da lei. Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.⁹

O advogado de família Douglas Phillips Freitas, membro da Comissão de Direito de Família da OAB/SC, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Família salientou também o problema

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

⁹ lb idem.

genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade [...] ¹⁰

Com base nos dizeres destes grandes juristas, a aplicação da Lei 12004/09 ¹¹ que absorveu a súmula 301 do STJ no seu conteúdo se torna inviabilizada, pois neste caso nem poderá ser cogitado o exame de DNA.

Como o exame pericial é refutado, não é possível que o réu prove através dessa via, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isto, aos olhos do direito, pode significar um cerceamento de defesa, ou até mesmo ferir o princípio da ampla defesa, restringindo o réu a apresentar provas como a de vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, dentre outras, o que, com certeza, limita e muito a defesa do demandado (FREITAS, 2008) ¹².

Partindo do pressuposto de que o ônus da prova é da futura genitora, cabe a ela apresentar os “indícios de paternidade”. O que significaria exatamente essa expressão no contexto da Lei de Alimentos Gravídicos?

A Lei 11804/08 traz em seu dispositivo 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*”. Quando se diz “convencido da existência de indícios da paternidade” alude sobre as provas necessárias à procedência do pedido da gestante à prestação de alimentos. Porém, como é possível observar, tal diploma mostra-se vago, ao determinar a satisfação de alimentos apenas pelo livre convencimento do juiz com base em meros indícios de paternidade. Neste aspecto a lei é falha, pois coloca o demandado em posição de “pai” pela simples convicção do juiz, visto a ausência do exame de DNA.

¹⁰ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08 – primeiros reflexos*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468. Acesso em: 05 ago. 2011.

¹¹ Art. 1º: Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º: - A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida da seguinte redação: Art. 2º- A - Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

¹² Ib idem.

Apesar dessa imprecisão no que se refere ao livre convencimento motivado do julgador, adverte-lhe o bom senso na análise dos indícios, devendo-lhe ser verídicos ou no mínimo consistentes.

Dessa forma, afirma Yussef Said Cahali em seu livro que trata de Alimentos

embora o legislador deixe transparecer certa liberalidade, ao referir-se que bastará para a fixação de alimentos gravídicos que esteja o juiz convencido da existência de indícios de paternidade (art. 6º), recomenda a prudência que tais indícios tenham alguma consistência, sejam seguros e veementes, especialmente diante do fato de a contribuição prestada pela parte ré ser considerada não repetível ou reembolsável. Seria leviandade pretender que o juiz deva satisfazer-se com uma *cognição superficial*. (2009, p. 354-355)

Ainda no contexto, Silvio de Salvo Venosa comenta sobre a relevância do papel do magistrado

o discernimento do juiz no caso concreto torna-se fundamental ao se examinarem os indícios, que devem ser claros e veementes: não se pode negar a ampla defesa ao indigitado pai. Há que se coibir também a má-fé, situação que, em princípio, não permite que se aplique o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, ensejando perdas e danos. (2010, p. 373)

Através dos ensinamentos de Freitas (2008), Cahali (2009, p. 354-355) e Venosa (2010, p. 373) é possível concluir que basta que haja os indícios, no entanto vale ressaltar que a consistência, a clareza e a veemência das provas, são sempre muito relevantes no convencimento do julgador.

Ainda acerca do tema surge a seguinte indagação: “*mas como estes indícios são trazidos aos autos?*”

Eduardo Veríssimo Inocente (2010) indica o caminho

primeiramente deve-se observar que todos os meios de provas admitidas em direito são possíveis para a comprovação de que aquele suposto pai seria o legítimo genitor da criança. Neste contexto, encontramos basicamente as provas clássicas:

testemunhais e documentais, além do atestado que confirma a gravidez.¹³

Exemplifica ainda que as provas testemunhais podem ser dadas por pessoas próximas que presenciaram o relacionamento, as provas documentais através de uma troca de e-mails, mensagens em redes sociais, cartas com declarações íntimas e, como já dito, o exame de gravidez atestado por médico habilitado. A jurisprudência traz essas três “espécies” de provas como as mais utilizadas no ajuizamento de uma ação de alimentos gravídicos sempre respeitando o binômio necessidade-possibilidade. No entanto a jurisprudência é muito segura e ao analisar cada caso concreto busca sempre a medida mais justa trazendo sempre posicionamentos variados.

A seguir destacamos duas ementas de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) sendo um dando concretude às provas e outro refutando-as

FAMÍLIA. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/2008. PROVA DO RELACIONAMENTO AMOROSO E DA CONSEQUENTE GRAVIDEZ. VALOR DOS ALIMENTOS. EXORBITÂNCIA CARACTERIZADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. - A fixação dos alimentos gravídicos deve ser feita de forma prudente e mediante a apresentação de prova idônea da existência de relacionamento afetivo que permita formular juízo de valor sobre o nexo de correição temporal lógica entre este e o estado de gravidez. - Hipótese na qual a autora apresentou fotografias, diversas mensagens eletrônicas e conversas travadas por MSN que traduzem ser verossímil a alegação de que o réu é passível de ser o pai biológico do nascituro. - Os alimentos gravídicos não podem ser fixados de forma exorbitante sem que se faça uma avaliação mais ponderada das necessidades da gestante e das possibilidades do suposto pai, e, assim, podem ser reduzidos quando o valor fixado não encontra amparo em prova idônea.¹⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS GRAVÍDICOS - GESTANTE - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS E PROVAS ACERCA DA PATERNIDADE - NÃO EVIDENCIADA A POSSIBILIDADE DO SUPOSTO GENITOR DE ARCAR COM ALIMENTOS PROVISIONAIS - RECURSO NÃO PROVIDO. - Inexistindo elementos que comprovem o parentesco ou a obrigação de alimentar do agravado, não há como acolher a pretensão da agravante

¹³ *Ib idem.*

¹⁴ TJMG, Agravo de Instrumento - 0612222-51.2009.8.13.0210, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 2010.

referente à fixação de alimentos provisórios, visto que ela não logrou demonstrar requisito do art. 6.º da Lei 11.804/2008, qual seja, indício da alegada paternidade. - "Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará os alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré" (art. 6º da Lei 11.804/2008).¹⁵

1.7 Conversão para pensão alimentícia

Seguindo ainda no artigo 6º, o parágrafo único traz que "*após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão*".

Com o nascimento com vida, a criança adquire personalidade civil (artigo 2º, CC/02)¹⁶, logo temos não só a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, mas também a conversão da titularidade para a propositura da ação, que, até então, dizia respeito à mulher gestante e após o fim da gestação, ao próprio menor, obviamente representado por ela, que passa a figurar como polo ativo numa Ação de Alimentos.

1.8 Prazo para contestação

Para o dispositivo 7º cabe uma análise bem sucinta e objetiva, visto que seu texto legal é bem direto ao dizer que "*o réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias*". Artigo mantido por dar ênfase à ideia de celeridade. É um prazo considerado curto e o legislador achou por bem, mantê-lo, tendo em vista o nível de

¹⁵ TJMG, Agravo de Instrumento - 0402826-48.2010.8.13.0000, Relator: Des. Des. Armando Freire, 2011.

¹⁶ Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

urgência da ação (uma gestação dura no máximo nove meses), que deverá ter um desfecho bastante rápido.

1.9 Morosidade do Poder Judiciário e as “manobras” que visam impedir a citação

Anterior aos vetos, o artigo 9º possuía em seu texto legal que “*os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu*”. Trata-se de um comando bastante polêmico, pois são notórias as dificuldades no ato citatório do réu, que nem sempre pode ser realizado pelo Poder Judiciário na velocidade que se espera, nem com a urgência que o pedido de alimentos requer.

É sabido que o Poder Judiciário brasileiro e as próprias instituições de direitos sociais destinadas à população brasileira são, reconhecidamente, lentos. A gestação humana dura, normalmente nove meses, um processo judicial talvez leve anos até ser julgado em definitivo.

Como bem elucidou a eminente professora Gisele Leite (2009), conselheira do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas

a execução desses alimentos ocorrerá pelo artigo 732 ou 733 do CPC e, em face da morosidade da justiça, não se verá, exceto em raras comarcas a efetivação da ação constitutiva de direito e o cumprimento desta sentença e, nem mesmo sob pena de prisão civil ao inadimplente no exíguo prazo de 300 (trezentos) dias de gestação.¹⁷

Buscando essa informação trazida da ação de alimentos, é gritante que ante os prazos para resposta à citação e com a, já consolidada impossibilidade do exame de DNA durante a gestação, corre-se o sério risco de haver o nascimento da prole

¹⁷ LEITE, Gisele. *Comentários à Lei 11804/2008 (Alimentos gravídicos)*. Clubjus, Brasília-DF: 05 fev.2009. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.22657>. Acesso em: 29.jun.2011.

antes mesmo de uma solução para o impasse do custeamento ou não dos itens enunciados no artigo 2º da referida lei.

No que tange ao ato citatório, Eduardo Inocente (2010)¹⁸ recorre à experiência judiciária brasileira e relembra que uma citação demora, em determinadas situações, quatro, cinco, seis meses, e o Judiciário trata essa questão de maneira corriqueira, considerando este prazo dentro da nossa realidade. No entanto como já elucidado anteriormente, a gravidez não pode esperar a morosidade do Judiciário e os alimentos, na sistemática processual, não possuem caráter retroativo, logo a gestante só poderia reclamar algo a título de indenização após o nascimento da criança.

Quando se decidiu pelo veto deste artigo, foram colocadas em pauta as conhecidas “manobras” que visam impedir a citação. É possível que o réu, já ciente de que está sofrendo uma ação judicial e de que o serventário irá citá-lo, consiga esquivar-se da situação forjando uma mudança de endereço ou uma viagem, evitando a visita do Oficial de Justiça.

Portanto, pelo entendimento jurisprudencial, os alimentos já são devidos desde o despacho inicial e não desde a citação. Em síntese, o procedimento se dá da seguinte maneira: o juiz recebe a petição inicial, analisa se as provas pré-constituídas levam aos indícios de paternidade, caso sejam consistentes, fixa os alimentos provisórios em forma de tutela antecipada e quando mandar citar o réu, cumulativamente manda este quitar os custos direcionados à gestante. Como já dito anteriormente, vale ressaltar que não há a necessidade da citação nem da audiência de justificação para a fixação dos alimentos gravídicos.

1.10 Responsabilidade civil da gestante

Como já analisado, é possível reputar à referida lei, seu nobre caráter social servindo como um eficiente instrumento capaz de permitir ao nascituro, saúde e dignidade necessárias para a formação, desde a concepção até o seu nascimento.

¹⁸ lb idem.

Entretanto, deixando de lado esse viés social que o referido diploma brilhantemente alcança, nos deparamos com a maior polêmica da lei, que é a questão da responsabilidade civil da gestante. Quando o pai é sabido, a lei não nos apresenta problemas, uma vez que o magistrado obtendo esta informação e fundamentando sua decisão, concede a tutela antecipada e obriga o pai do nascituro a auxiliar a gestante enquanto durar sua gravidez, cobrindo sua alimentação, médico, pré-natal, parto, internação, enfim, tudo o que for essencial para uma gestação saudável.

Rafael Pontes Vital (2010)¹⁹, em artigo que aborda a responsabilidade civil da genitora, afirmou que o maior problema surge, quando posteriormente, descobre-se que o suposto pai demandado em juízo, na verdade não é o genitor da criança, mas sim um cidadão que durante vários meses pagou um *quantum* significativo à gestante relativo às despesas de um filho que não era seu.

Em muitos casos estamos lidando com indivíduos carentes de recursos, e esse dispêndio mensal acaba causando uma redução significativa dos rendimentos, privando-os, às vezes, de seu próprio sustento digno. Além da questão material (financeira), temos o imbróglio moral, a questão da honra desse “pai injustiçado” perante a sociedade ou até mesmo à sua família. Certamente um erro na indicação de um pai pode causar prejuízos incalculáveis na vida de um cidadão correto.

Logo torna-se latente a seguinte indagação: “é possível que esse cidadão, que respondeu em juízo como pai de uma criança que não é sua, tenha direito à indenização por danos materiais e morais sobre a gestante?” Existem várias respostas para essa pergunta. A análise deve ter início com fulcro no artigo 10 (vetado) que já trouxe vícios em seu texto legal.

A primeira falha se pauta na possibilidade de imputar à autora, responsabilidade civil objetiva pelos danos materiais e morais causados ao réu. Neste caso a lei estaria mitigando o direito de ação da gestante, princípio previsto na Constituição, e como elucida a própria motivação oficial do veto, este artigo teria

¹⁹ VITAL, Rafael Pontes. *Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido-dos-alimentos-gravidicos>. Acesso em: 06. jul. 2011.

caráter intimidador, pois criaria a hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de uma pessoa ingressar em juízo e não obter êxito. O segundo vício do artigo é detectado quando é mencionada a possibilidade de exame pericial, o que pelo entendimento pacífico da doutrina e dos tribunais, não é tratado como prova para esta qualidade de ação.

Pautado nestes motivos, que o Poder Executivo achou por bem vetar esse artigo da Lei 11.804/2008, deixando sem respaldo algum a atitude da mãe com relação à indicação do suposto pai.

Como o artigo supracitado foi revogado e a jurisprudência ainda não conseguiu cobrir essa lacuna, muito pelo fato de estarmos lidando com uma situação jurídica recente e ainda pouco reiterada, é possível desmembrar a questão da responsabilidade civil, em dois institutos consagrados no direito civil brasileiro: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

O atual Código Civil ao tratar da responsabilidade civil subjetiva menciona o ato ilícito como causa de possíveis ressarcimentos e reparações. *In verbis*:

Art. 186. “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 927. “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Em contrapartida, como bem elucida Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 545)

é no campo da teoria objetiva que se coloca a *teoria do risco*, pela qual cada um deve suportar os riscos da atividade a que se dedica, devendo indenizar quando causar dano. O presente código inova arriscadamente nessa área. De fato, o parágrafo único do art. 927, que estabelece a obrigação geral de reparar o dano por conduta decorrente de ato ilícito, dispõe: “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Após breve conceituação dos institutos, nota-se que a responsabilidade aqui aplicada não seria a objetiva, mas sim a subjetiva da mulher, que responderia de acordo com seu grau de culpa e consciência do fato.

Visando um aprofundamento mais conciso no tema, Eduardo Veríssimo Inocente (2010)²⁰ selecionou três correntes doutrinárias que abordam esse assunto de maneiras distintas. Uma primeira corrente alega que o ressarcimento pela gestante ao “falso pai” não seria aceito pelo ordenamento, pois, segundo a sistemática processual o alimento é irrestituível, irrepetível e por se tratar de uma norma intimidadora, ferir-se-ia o direito de ação. Outra corrente defende que o ressarcimento seria sim possível, desde que baseado nos supracitados artigos 186 e 927, caput do Código Civil que tratam da Responsabilidade Civil, cabendo ainda eventual dano moral caso seja comprovada a má-fé da mãe. Ainda é possível trazer à tona uma terceira corrente, minoritária, que defende a possibilidade deste “pai injustiçado” ajuizar uma ação em face do verdadeiro pai que se omitiu, pleiteando dele o ressarcimento.

A partir do exposto, a grande saída para tal lacuna seria o amparo legal na responsabilidade subjetiva, respeitando a individualidade de cada caso concreto, evitando o equívoco que se encontra quanto a responsabilidade objetiva genérica, que colocaria, a toda e qualquer mãe que se enganasse em relação ao pai, o dever de indenizá-lo, como propunha o artigo 10, sem levar em conta uma possível boa-fé da gestante. É preciso manter um critério bem seguro através da ponderação de valores, a fim de não causar injustiças tanto à gestante quanto ao suposto pai demandado em juízo.

CONCLUSÃO

Com o surgimento da Lei de Alimentos Gravídicos, os questionamentos acerca do início da existência da personalidade civil foram novamente alvos dos

²⁰ lb idem.

mais variados entendimentos. No entanto, é notório e evidente que temos implicitamente no novel diploma o reconhecimento dos alcances do direito de personalidade do nascituro. Vale ressaltar que essa lei não traduz a consagração da teoria concepcionista, pois a legitimidade para pedir os alimentos é da gestante.

Destaca-se que a presente lei preenche uma importante lacuna no Direito de Família, estendendo a pensão alimentícia, já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, ao feto que ainda se encontra no ventre materno – a lei, portanto, na medida do real e do possível, dá garantias mínimas para cobertura das despesas tanto do período gravídico quanto as que sejam dele decorrentes, como alimentação, parto, exames, etc. (art. 2º, Lei 11.804/08), para que se proteja a integridade da criança em formação. Sem, contudo, esquecer-se da regra geral da responsabilidade subjetiva (art. 186, CC/02), em que a autora se agir com dolo ou culpa, poderá responder por indenização se comprovada sua má-fé na indevida promoção de tal ação.

Ademais, a Lei 11.804/08 permite uma abordagem bem humanista ao refletir sob a ótica da mulher, que, em muitos casos, dependeria do SUS para poder sobreviver a essa gravidez. A partir dessa percepção, não é válido partir do pressuposto que todos têm condições financeiras para poder pagar um médico particular ou que possuem alguém na família que possa auxiliar. Logo, é necessária uma análise aprofundada a fim de dirimir essas questões.

Após o estudo, sobretudo dos pontos relevantes relativos à Lei de Alimentos Gravídicos, nota-se que, apesar da nobre finalidade desse instituto, a lei ainda apresenta aspectos que necessitam de soluções mais aprimoradas. Aponta-se que alguns deles se mostram divergentes dentro do próprio ordenamento jurídico vigente como dentro do teor da referida lei. A dificuldade de dar efetividade à execução da lei, a morosidade do Poder Judiciário e a falta de ferramentas fundamentais para o seu cumprimento são expressões de falha.

Sabe-se que o sistema judiciário brasileiro sofre com o inchaço de ações, o que tem por consequência a demora na conclusão das mesmas. Sendo assim, a ação de alimentos gravídicos torna-se inviável no quesito de produção de provas contundentes em relação à paternidade, uma vez que ela exige celeridade em suas

decisões. O fator tempo (rapidez) fere o objetivo principal: propiciar um auxílio à mulher durante o período de gestação.

Dessa forma, é possível adentrar em outro ponto: já que não é viável a formação de provas incisivas, a tarefa de distinguir com precisão o verdadeiro responsável para o pagamento dos alimentos à mulher gestante torna-se árdua. Deve-se ressaltar que o princípio da boa-fé deve reger tanto as ações da genitora quanto do suposto pai.

Logo, a responsabilidade civil da gestante é o ponto de maior discussão, já que, de acordo com a lei, não há direito de regresso do *quantum* dado à gestante pelo suposto pai, quando, após o nascimento com vida da criança, prova-se que este não é o verdadeiro genitor.

A presunção de paternidade é prevista no ordenamento jurídico pátrio apenas após o nascimento com vida da criança. Entretanto, a novel Lei de Alimentos Gravídicos fere fundamentos constitucionais, como o da presunção de inocência que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em suma, a lei tratada concretiza um grande avanço no âmbito do direito do nascituro, possibilitando, deste modo, sua efetividade – esta é observada na conversão de alimentos gravídicos em pensão alimentícia. O referido evento é admissível se a condição, de cunho suspensivo, for alcançada: o nascimento com vida.

Conclui-se, por fim, que a lei permite mais uma proteção ao nascituro e que, apesar de algumas controvérsias, ela oferece garantias àquele que está por nascer mesmo que de maneira reflexa. Este termo remete ao fato de que o nascituro necessita da mãe para representá-lo para que ocorra, assim, a materialização de seus direitos. Observa-se, dessa forma, o engrandecimento da família no âmbito da dignidade. Para efetuar a busca pela subsistência e pela Justiça, é necessário este enfoque a fim de superar os impasses que envolvem as relações parentais.

**NASCITURUS SUPPORT:
assured subsistence, unassured justice**

ABSTRACT

As the Law 11804/2008 recognized nasciturus support, it has been very important to understand its details, profound aspects, formalities and also the social and juridical reflexes, since it has come into force until nowadays. The current article aims to clearly, objectively and impartially explain the great variety of opinions concerning this law, including the processual aspects as well as the consequences to all interested parties. The whole analysis has gone through paternity evidence and legal liability of the expectant. Extracts from many notorious jurists framed a rich bibliography that enabled a deeper approach featuring the current wording of the law and also the past vetoes related to the entire Brazilian legislation.

KEYWORDS: Nasciturus support. Processual aspects. Paternity evidence. Judicial inefficiency. Legal liability.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos gravídicos?* Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/27_-_alimentos_grav%EDdicos.pdf. Acesso em: 05.ago.2011.

_____, *Alimentos para a vida*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>. Acesso em: 05.ago.2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 - primeiros reflexos*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468. Acesso em: 05. ago. 2011.

INOCENTE, Eduardo Veríssimo. *Alimentos Gravídicos*. Tema da palestra proferida em 27.out.2010 em evento da OABSP da 39º subsecção de São Bernardo do Campo. Disponível em <http://www.evi.adv.br/evin/?p=196>. Acesso em: 05.ago.2011.

LEITE, Gisele. *Comentários à Lei 11804/2008 (Alimentos Gravídicos)*. Clubjus, Brasília-DF: 05 fev.2009. Disponível em: [http://www.clubjus.com.br/?artigos & ver = 2.22657](http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.22657). Acesso em: 29. jun.2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

_____, **Direito Civil**: direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

VITAL, Rafael Pontes. *Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos*. Disponível em: [http:// jus. com. br/ revista/ texto/ 16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido - dos- alimentos -gravidicos](http://jus.com.br/revista/texto/16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido-dos-alimentos-gravidicos). Acesso em: 06.jul.2011.