

ALIMENTOS GRAVÍDIOS: UMA CRÍTICA À LEI 11.804/2008 E A POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DA COBRANÇA INDEVIDA

Rafaela Pereira Bhering*

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo uma análise crítica da Lei nº 11804/2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, justificando o seu surgimento e os impactos que ela trouxe ao mundo jurídico. Fez-se também uma análise crítica da referida legislação principalmente no fato de ela não trazer nenhuma solução para o ressarcimento do réu que se descobre, posteriormente, não ser o pai da criança cujas despesas da gestação custeou. Para este estudo foi feita a leitura da referida Lei, inclusive dos seus vetos, e pesquisa de jurisprudência e doutrina. Num primeiro momento, foi analisado o sentido gramatical e jurídico do termo alimentos, passando pelas circunstâncias sociais que reclamavam solução para o custeio das despesas geradas pela gestação que não contavam com a contribuição monetária do pai. Foram analisadas as duas teorias que tratam da aquisição da personalidade e suas implicações no direito e proteção dos nascituros. A partir daí, foi analisada a necessidade de criação da Lei dos Alimentos Gravídicos, discutindo os vetos e suas consequências nas aplicações práticas da referida lei. Entre esses vetos, tomou-se o mais relevante, ou seja, aquele que tratava da possibilidade de o réu, que provou não ser o pai da criança, ajuizar ação em desfavor da genitora para pedir indenização pelos danos materiais e morais que o processo judicial lhe causou. Ao final do trabalho, foram propostas soluções viáveis para amenizar o prejuízo imposto ao réu, pela lacuna verificada na Lei por causa do veto destacado.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos. Cobrança Indevida. Ressarcimento.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A CRITICISM OF THE LAW 11.804/2008 AND THE POSSIBILITY OF REPAYMENT FOR IMPROPER CHARGE

ABSTRACT

The following article purpose a critical analysis of Law Nº. 11804/2008, known as the Law of Alimentos Gravídicos, justifying his emergence and the impacts brought to the legal world. A critical analysis of the aforementioned legislation was made too, mainly because it did not provide a solution to the defendant's repayment, when prove not being the father of the child that gave him expenses. For this article the Law was read, including his vetoes and a study of

jurisprudence and doctrine. At first, it was analyzed the grammatical and legal sense of the term “alimentos”, passing through the social circumstances that demanded solution for the costing expenses generated by the pregnancy that did not count with the monetary contribution of the father. Also was analyzed the two theories that manage the acquisition of legal personality and the implications on law and protection of the unborn. From that point on, the need for the creation of the Law of Alimentos Gravídicos was discussed, including the vetoes and their consequences in the practical applications this law. Among these vetoes there is the most relevant one, that is the one that dealt with the possibility of the defendant, who proved not to be the father of the child, to file suit against the mother, seeking compensation for the material and moral damages that the lawsuit caused him. At the end of the work, some solutions were proposed to reduce the damage imposed on the defendant, due to the gap in the Law because of the mencionet veto.

Keywords: Alimentos gravídicos. Improper charging. Repayment.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a sobrevivência do ser humano permanentemente esteve atrelada à sua alimentação. Tanto o homem nômade, quanto aquele que se sedentarizou, sempre estiveram em busca de alimentos como forma de manutenção da vida. Aliás, o que levou o homem à fixação em uma determinada área foi, entre outros aspectos, a possibilidade de criar e armazenar alimentos.

Por outro lado, é fato sabido que o ser humano não se alimenta apenas a partir do seu nascimento. Ainda quando embrião e posteriormente feto, a alimentação é necessidade que se faz presente, ainda que advinda através da mãe.

Essa constatação – a de que o nascituro se alimenta através da mãe – deixa evidente que a manutenção da boa saúde da mãe está irremediavelmente ligada à boa saúde da criança em formação. Em resumo, é preciso que se cuide da mãe para que se assegure a criação de um ser saudável em seu ventre.

Atento a essa realidade, o legislador sempre deu atenção aos direitos do nascituro, ressaltando-os por reconhecer que a personalidade jurídica só surge com o nascimento com vida.

Mas uma lacuna sempre atormentou as mães e todos aqueles que se preocupavam com uma formação sadia da criança que ela gestava: se uma criança é criação de dois seres humanos, um pai e uma mãe, porque se atribuía sempre e apenas à mãe a obrigação de efetuar gastos destinados à manutenção do processo de gestação?

Se, como vimos, a criança se alimenta através da mãe enquanto vive em seu ventre e

se, como consequência, é imperioso manter-se a saúde da mãe tão perfeita e protegida como possível, não seria viável aguardar-se o nascimento para se atribuir, também ao pai, o dever do seu sustento.

Ou seja, mostra-se imperioso que se assegure à mulher uma gestação saudável, entendendo-se por isso a execução de exames médicos, medicação, alimentação especial, internações e outros. E se a criança não era apenas fruto produzido pela mãe, mostra-se premente que se atribuisse ao pai, ou suposto pai, também a obrigação de contribuir para o custeio daquelas despesas.

Atento a esse reclame social o legislador em boa hora trouxe ao mundo jurídico a Lei 11.804/2008, que tratou do que se chamou “alimentos gravídicos”, ou seja, da responsabilidade atribuível ao pai, ou suposto pai, na participação no custeio dos gastos advindos da gestação da criança, cuja paternidade lhe é atribuída.

Os alimentos gravídicos, alvo da Lei 11.804/08, são o tema deste nosso trabalho. Nele veremos que desde a edição daquela lei, a mãe pode demandar o pai conhecido ou o suposto pai, para pedir alimentos gravídicos, assim considerados todos os gastos para uma gestação saudável, tais como exames, alimentação, internações etc.

Veremos também que à mãe compete fornecer ao juiz indícios fortes e convincentes da paternidade que atribui ao réu, o qual, condenado, tem a obrigação fixada desde a concepção, transformando-se os alimentos em provisionais ou definitivos após o nascimento.

Também discutiremos que um dos vetos àquela lei diz respeito ao direito do réu de pleitear indenização da mãe, caso, após pagar os alimentos, fosse comprovado não ser o pai da criança. Tal veto não foi suprido por outra lei e remanesce a dúvida a respeito do ressarcimento do prejuízo moral e financeiro do réu que se veja nessa situação. As soluções que se têm são apenas doutrinárias, sem legislação específica que as ratifique.

O objetivo desse artigo é compreender como pode agir o suposto pai quando é obrigado judicialmente a pagar custas de crédito alimentício e, posteriormente, não sendo o verdadeiro genitor, entender se há alguma medida jurídica a ser tomada para que haja o ressarcimento desta cobrança indevida.

Além disso, vamos buscar compreender sobre os alimentos gravídicos e seus elementos peculiares acerca da Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008 e do Código Civil de 2002, proceder a um estudo crítico sobre a obrigação de pagar alimentos à criança mesmo que não haja comprovação real da paternidade, identificar as medidas jurídicas que podem ser tomadas pelo indivíduo que não for o genitor, bem como descobrir quem será o réu na ação proposta para garantir seu devido ressarcimento e pesquisar sobre a existência de métodos que

evitem essa forma de litígio de modo que não seja desagradável para nenhuma das partes envolvidas no processo.

Este artigo é baseado única e exclusivamente em pesquisa bibliográfica, devido à dificuldade de encontrar materiais que norteiem essa matéria. É preciso que haja expansão de um assunto tão importante e corriqueiro, principalmente jurisprudencial. A jurisprudência determina aquilo que será aplicado em casos concretos e dificilmente se acha algum material desse porte.

Já os dados são primários e secundários, pois as informações foram retiradas da própria legislação (Lei dos Alimentos Gravídicos), artigos publicados em revistas e doutrinas.

De todo modo, concluiremos, ao final do trabalho, que apesar das falhas que a legislação sob exame possa conter, ela veio suprir uma necessidade social, na medida em que pretendeu dar amparo à mãe durante o período gravídico, convocando-se também o pai para contribuir com os gastos grandes e próprios daquela situação. O objetivo final de proteção há de ser sempre a criança, não obstante eventual prejuízo que se possa causar aos pais.

1. DOS ALIMENTOS

1.1 Conceito

Ao falar sobre o assunto, surge o questionamento sobre o conceito do termo “alimentos”. Apesar de seu significado gramatical, segundo o qual alimentos são basicamente mantimentos, o entendimento encampado pelo Código Civil e pela Lei 5.478/68 vai além disso.

O Código Civil trouxe em seu artigo 1.920 um entendimento mais extensivo, ao afirmar que alimentos seriam, além da própria alimentação, sustento, saúde, vestuário, casa, entre outros.

O autor Silvio Rodrigues (2007, p. 374) também traz o conceito de alimentos na interpretação mais extensiva:

A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui, trata-se não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para instrução.

O autor sustenta a ideia de que alimentos são quaisquer tipo de necessidade, que devem ser providos para a sobrevivência com dignidade, especialmente da criança, caso em que se devem priorizar também os estudos.

Relativamente à obrigação de dar alimentos, deve-se atentar tanto para as possibilidades de quem deva dá-los, quanto para as necessidades de quem deve recebê-los. Nesse sentido, o Código Civil é claro ao tratar dos pressupostos da obrigação de alimentar, como se vê dos artigos 1.694 e 1.695:

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.

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.

Conceder alimentos a alguém significa dizer que tal pessoa não tem capacidade para prover a própria subsistência e, por esse motivo, a legislação brasileira é rígida com relação ao cumprimento de tal obrigação. Se o alimentado foi menor de idade essa rigidez se mostra ainda maior.

A própria Constituição Federal reconhece os direitos aos alimentos dos alimentos à criança. Em seu artigo 227, coloca a criança sob responsabilidade não só da família, como também da sociedade e do Estado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A autora Maria Berenice Dias opina de maneira crítica ao dizer que:

Ainda que estas sejam obrigações do Estado, tais encargos são repassados à família e à sociedade, colocando-se o Poder Público em confortável terceiro lugar, ao dizer que o dever é da família, da sociedade e do Estado (DIAS, 2010, p.1).

Mas, de fato, a legislação traz bom enunciado. Claro que o direito à vida deve ser tutelado pelo Estado, principalmente se tratando de uma criança. Mas não é certo ignorar o

fato que os pais devem ser os principais provedores, uma vez que a criança não pode por si só gerar seu sustento. Apenas caso estejam eles impossibilitados, é que se deve recorrer à sociedade e ao Estado.

1.2 Princípios

Diversos princípios norteiam o ordenamento jurídico e suprem matéria que não seja específica ou suficiente em lei. Neste sentido, também o instituto dos alimentos é regido por determinados princípios, tais como a irrenunciabilidade, a reciprocidade e a mutabilidade.

O direito a alimentos é *munus* público, portanto, não é possível renunciar ao direito a eles, embora se possa praticar a abstenção de seu recebimento. É o que consta no Artigo 1707 do Código Civil, revelando explicitamente o princípio da irrenunciabilidade:

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Desejou o legislador preservar os direitos do alimentado, pois a necessidade deste pode surgir a qualquer momento. Mesmo que sua situação atual seja favorável, ela pode se modificar ao longo do tempo. Por isso, a parte pode não exercer seu direito (ato momentâneo) mas jamais será possível renunciá-lo (ato definitivo).

Outro princípio que merece destaque é o da reciprocidade, revelado no Artigo 1696 de mesmo Código Civil ao afirmar que “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Vê-se, portanto, que o instituto dos alimentos não gera somente obrigação de pais em relação aos filhos, mas a todos os parentes de grau próximo, estendendo-se a todos os ascendentes.

Temos também o princípio da mutabilidade, segundo o qual se permite que o direito a alimentos possa ser modificado devido às circunstâncias ocorridas no âmbito financeiro, seja de quem tenha a obrigar de dar, como de quem tenha o direito de receber o alimento.

O princípio em questão permite que o valor determinado à obrigação seja modificado quando e se preciso, seguindo o critério da proporcionalidade, como se vê claramente do artigo 1.699 do Código Civil:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

2 OS DIREITOS DO NASCITURO AOS ALIMENTOS

Atentar para o direito dos nascituros é essencial para a compreensão do instituto alimentos gravídicos, tema deste trabalho. O direito dos nascituros não é tema que produza unanimidade de entendimentos, suscitando divergências doutrinárias.

Há, no Direito Civil, duas principais teorias que tratam do início da personalidade jurídica, quais sejam, a teoria concepcionista e a natalista. A primeira considera que a personalidade do indivíduo inicia-se com a sua concepção, ressalvando condicionantes a determinados direitos, como o nascimento com vida, no caso de direitos patrimoniais. A segunda teoria, majoritária, dita que somente no momento do nascimento com vida é que o indivíduo adquire sua personalidade.

Seguindo a teoria natalista e que é majoritária, como vimos, o feto não pode adquirir qualquer direito, nem a alimentos, pois o direito está condicionado ao nascimento com vida.

No entanto, o instituto dos alimentos tem como objetivo garantir os direitos da criança. Mesmo que ainda não nascida, ela gera gastos altos com consultas médicas, medicamentos e exames. Ou seja, foi preciso conciliar a aquisição da personalidade no nascimento com vida e as necessidades que a vida humana já tem quando ainda na forma fetal. Neste sentido o socorro e a solução vêm do Artigo 2º do Código Civil ao afirmar que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A própria legislação considera os direitos da criança desde sua concepção, mas condiciona ao nascimento com vida. Portanto, neste sentido, não seria possível que a gestante dividisse as despesas da gravidez com o pai da criança. Seria necessário permitir que a gestante figurasse o polo passivo.

Quanto a isso, o autor Pontes de Miranda (2009, p. 346) se manifesta em idêntico sentido:

O dever de alimentos em favor do nascituro pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria

inferior à vida se acaso recuasse atendimento a tais relações entre inter-humanos, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

Por muitos anos os Tribunais decidiram de maneira desfavorável ao nascituro e portanto, à mãe, que por muitas vezes arcava sozinha com os custos trazidos pela gravidez.

Nessa interpretação, a obrigação de arcar com as despesas decorrentes da gestação, antes do nascimento, cabiam somente à mãe. O pai só teria obrigação depois do nascimento da criança, uma vez que apenas o nascimento com vida concederia à criança a personalidade jurídica, apta à exigência de direitos, inclusive aos de alimentos. Verificando-se ao longo dos anos a injustiça de tal entendimento, eis que impunha apenas à mãe os ônus da gravidez, por fim veio ao jurídico a Lei 11.804, trazendo um novo instituto chamado de alimentos gravídicos e que pretendia tratar com mais justiça daquela situação.

3 O SURGIMENTO DO INSTITUTO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 A inovação trazida pela Lei 11.804 de 2008

Após muita controvérsia e dúvida gerada em torno da responsabilidade pelas despesas decorrentes da gestação, como já vimos, veio ao mundo jurídico a Lei 11.804/88, que tratou dos alimentos gravídicos, ou seja, aqueles devidos durante a gestação.

Dias (2015, p. 585) faz uma observação interessante sobre esse instituto:

A expressão é feia, mas o seu significado é dos mais salutares. A L 11.804/08 concede à gestante o direito de buscar alimentos durante a gravidez - daí “alimentos gravídicos”. Apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de subsídios gestacionais.

A Lei em questão trouxe diversas inovações sobre o assunto, que até então não era tratado com a prioridade de que era merecedor. Já em seu artigo 2º, definiu de forma exemplificativa, o significado de alimentos gravídicos:

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.

O parágrafo único deixou claro que ambos os genitores eram responsáveis pelas despesas da gestação, respeitada a possibilidade de cada um.

A Lei também trouxe a possibilidade de fixação dos alimentos gravídicos, mesmo sem definição conclusiva da paternidade, mas desde que houvesse fortes indícios da existência dela:

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.

Assim, não seria necessário o nascimento da criança para obrigar o genitor a contribuir com as despesas decorrentes da gestação, convertendo-se os alimentos gravídicos em pensão alimentícia, após o nascimento com vida.

Acontece que, ao esperar o nascimento da criança para a confirmação da paternidade, a mãe teria que arcar sozinha com as despesas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inclusive, decidiu que entre a dúvida da paternidade e a necessidade da mãe e da criança, permanece a necessidade da criança.

3.2 A revogação dos artigos da Lei 11.804 de 2008

Inicialmente, pareceu uma boa ideia a criação de lei que possibilitasse o esclarecimento em relação a um instituto tão relevante, qual seja, as necessidades que a gestação traz, mesmo antes de nascida a criança. No entanto, aquela Lei, enquanto ainda projeto, sofreu muitas críticas quanto seu conteúdo formal, o que acabou acarretando veto a seis de seus artigos que indiscutivelmente traziam prejuízo a quem pretendiam proteger.

Então, analisar a redação dos artigos vetados se mostra de relevante importância, no sentido de se confirmar o prejuízo que se traria ao exercício do direito a alimentos.

Começando pelo artigo 3º, do qual se extraía o seguinte texto:

Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Aqui há o primeiro exemplo do prejuízo e dificuldade atribuído à gestante. O legislador sequer considerou a situação pela qual a gestante passa durante a gravidez, enquanto o réu, sem apresentar qualquer condição especial, teria essa vantagem. Ficou assentado, então, que a autora poderia propor a ação em seu domicílio.

Em seguida, o artigo 4º dispunha:

Art. 4º Na petição inicial, necessariamente instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade, a parte autora indicará as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas de que dispõe para provar o alegado, apontando, ainda, o suposto pai, sua qualificação e quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe, e exporá suas necessidades.

Por que deveria a gestante comprovar qualquer viabilidade se o genitor tem que arcar com as despesas de qualquer maneira? Afinal, um pai tem o dever de contribuir para a criação de seu filho, de acordo com a própria Constituição Federal.

Além disso, não parece certo exigir que a gestante possua tantas informações a respeito do pai para entrar em juízo. Dias compartilha de pensamento similar:

Ao autor cabe tão-só comprovar o vínculo de parentesco ou a obrigação alimentar do réu. Não há como lhe impor que comprove os ganhos do demandado, pois são informações sigilosas que integram o direito à privacidade.

Já o artigo 5º determinava que houvesse previamente uma audiência de justificação:

Art. 5º 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.

O veto foi justificado pois a audiência de justificação não é requerida em qualquer outra ação de alimentos, além disso, diminuiria a celeridade do processo, o que seria prejudicial à mãe e, conseqüentemente, à criança.

O artigo 8º determinava um exame pericial no seguinte caso:

Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente.

As razões do veto foram manifestadas da seguinte forma:

O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia (BRASIL, 2008).

Além disso, se a própria Lei determina que os fortes indícios da paternidade são suficientes para atribuir obrigação e condenar o réu, por que seria necessário a espera de um exame pericial? Não faria qualquer sentido.

O artigo nono permitia retroação apenas à data de citação do réu para a condenação de alimentos, quando se sabe que durante o período de citação muitos fatores podiam atrasá-la, até mesmo criados pelo próprio réu.

Não obstante, o genitor da criança tem obrigações com ela e, portanto, com a grávida, desde o momento da concepção. Seria injusto designar-se como marco inicial da obrigação de alimentar à data da citação, como vimos. De acordo com Dias (2010, p. 4):

Mas pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. O simples fato do genitor não assumir a responsabilidade parental não o desonera.

Por fim, o artigo 10º permitia, em caso de ausência da paternidade, culpar a autora por danos morais e materiais:

Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.

Esse artigo trouxe muita controvérsia, pois definia as medidas cabíveis pelo réu no caso deste não ser o pai da criança. Por outro lado, o receio de sofrer posteriormente um processo, intimidaria a mãe na busca do direito de seu filho, em evidente prejuízo a ele. Na dúvida, o direito socorre o mais frágil e protege o valor de maior relevância.

Já é constrangedor para a autora ajuizar a ação, seria errado condená-la pelo simples exercício de tal direito. Dias (2010, p. 4) também critica fortemente o artigo:

A genitora fragilizada, normalmente abandonada pela família, acaba tendo o filho sozinha. Tem enorme dificuldade de procurar um advogado, de amearhar provas de um relacionamento íntimo que lhe causou tanto

sofrimento e que, muitas vezes, por imposição do varão, se manteve na clandestinidade.

Infelizmente, com o veto ao dispositivo, permaneceu omissa a Lei no que tange a outra solução para o réu, caso se comprovasse não ser ele o pai da criança. Assim, o réu que é condenado a pagar alimentos, ante a apresentação de meros indícios pela parte autora, não tem alternativa legal para eventual ressarcimento se, após o nascimento da criança, verificar a ausência de parentesco entre o réu e ela.

4 A CONCESSÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

4.1 A possibilidade de concessão à criança não nascida

Como analisado anteriormente, o juiz pode, convencido da paternidade, conceder alimentos gravídicos para que a gestante tenha auxílio do suposto genitor durante a gravidez.

Segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 484) “o objetivo da referida lei, em última análise, é proporcionar um nascimento com dignidade ao ser concebido”.

Portanto, é necessário que a criança seja tratada com prioridade. Para isso, foi preciso conceder à mãe, sua responsável, a legitimidade para propor tal ação. Gonçalves (2012, p. 485) diz que:

A legitimidade para a propositura da ação de alimentos é, portanto, da mulher gestante, independentemente de qualquer vínculo desta com o suposto pai. Basta a existência de indícios de paternidade, para que o juiz fixe os alimentos gravídicos, que perpedurarão até o nascimento da criança.

Após o nascimento da criança, os alimentos são convertidos em alimentos provisionais e definitivos, como também já vimos. Há, porém, um questionamento importante a ser feito: os alimentos gravídicos e os alimentos da criança teriam o mesmo valor monetário?

Por serem dois institutos diferentes, que abordam necessidades diferentes, o valor deveria ser revisionado por um juiz. Uma grávida possui suas necessidades e a criança, já nascida e durante seu crescimento, possui outras, tais como aquelas relativas a educação, cultura, entretenimento, entre outras.

Além disso, deve-se analisar a necessidade dos genitores durante e após a gestação, pois podem sofrer alterações, tanto favoráveis quanto desfavoráveis à criança.

Deveria ser possível que essa conversão dos alimentos fosse feita mediante prévia audiência, para que o juiz possa analisar as necessidades e gastos da criança, uma vez nascida, e alterar o valor dos alimentos quando necessário.

4.2 A legitimidade passiva para concessão dos alimentos gravídicos

A legitimidade passiva apesar de parecer óbvia, é do genitor, ou suposto genitor, e não se estende aos parentes do nascituro. Essa possibilidade é vetada, pois ao condenar o réu, se não se verificar a existência de parentesco, fica arriscado envolver outros parentes, como pretensos avós, nessa possibilidade, não seria medida acertada e justa.

Todavia, essa regra – obrigação estendida a outros parentes - é aplicada ao instituto dos alimentos. Então, a pergunta que não se cala: por que não poderia ser aplicada também no caso dos alimentos gravídicos, principalmente se o genitor se mostrar sem condições de prover o sustento?

Se a premissa é de que o nascituro deve ser tratado com prioridade, o que acontece se o pai não puder prover os alimentos devidos? Ou em caso do falecimento do réu?

4.3 A necessidade da produção de provas

Já foi dito anteriormente que há necessidade da produção de provas, de forte indício, para que o juiz conceda os alimentos gravídicos. A gestante, ao apresentar a petição inicial já deve exibir as provas. Não há, porém, uma exigência de documentação específica para comprovar a paternidade. Exemplifica Gonçalves (2012, p. 486):

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída com a comprovação da gravidez e dos indícios de paternidade do réu (por exemplo, cartas, emails ou outro documento em que o suposto pai admite a paternidade); comprovação da hospedagem do casal em hotel, pousada ou motel, no período da concepção; fotografias que comprovem o relacionamento amoroso do casal no período da concepção etc.)

A produção das provas é fator essencial para concessão dos alimentos gravídicos, somente através delas o juiz consegue se convencer e sentenciar. Portanto, devem ser provas que praticamente não deixem dúvidas sobre a paternidade, caso contrário, não pode haver concessão dos alimentos.

5. A COBRANÇA INDEVIDA

5.1 A insegurança trazida ao suposto pai

Como analisado anteriormente, o artigo 10, vetado na Lei 11.804 de 2008 conferia ao réu proteção jurídica e possibilidade de ressarcimento se comprovada a ausência da paternidade. Naquele artigo vetado, a autora responderia, de forma objetiva, pelos danos materiais e morais causados ao réu, caso se comprovasse que ele não era o pai da criança gestada.

Por essa razão e sem qualquer outra ressalva, esgotaram-se as formas de o réu se ver ressarcido pelas despesas indevidas feitas, sem contar o dano moral que a ação teria lhe causado. Ou seja, a cobrança restou sem solução.

Claro que a criança deve ser prioridade, mas não se conhecem exatamente as condições do réu. Apesar do valor dos alimentos gravídicos ser fixado proporcionalmente ao salário do suposto genitor, não há maneira de se saber efetivamente o valor dos gastos.

As despesas decorrentes da gestação são grandes e podem fugir completamente do planejamento financeiro do réu, tornando difícil o seu pagamento. Se o réu realmente é o pai da criança, a circunstância não comove, visto que é sua obrigação arcar com o custo de ação deliberada sua. Mas, em caso de ausência de paternidade, como pode o réu arcar com algo que sequer estava em seu planejamento?

Uma solução a ser considerada seria o réu poder tentar provar a ausência da paternidade, conquanto se reconheça difícil a apresentação de tal prova. Por exemplo, o réu poderia apresentar um atestado que comprovasse infertilidade ou cirurgia de vasectomia. Poderia também demonstrar de forma inequívoca que as relações sexuais ocorreram antes da gravidez, ou que elas nunca ocorreram, ou que sequer conhece a gestante. Assim como na comprovação de união estável, em que é preciso demonstrar que a relação foi pública, poderia o réu demonstrar a durabilidade e data aproximada da relação.

Enfim, o réu pode demonstrar ao juiz que os indícios da paternidade não são fortes o suficiente, sendo evidente o prejuízo moral e financeiro se ao final se constatar a ausência da paternidade.

5.2 A possibilidade de indenização

Caso o réu não consiga convencer da impossibilidade da paternidade, o juiz fixará os alimentos gravídicos, que serão devidos até o nascimento da criança. Feito o exame de DNA e comprovando que o réu não é pai da criança, a lei em questão, como vimos, não traz solução para o ressarcimento dele.

No entanto, grande parte dos doutrinadores têm entendido que existe a possibilidade de indenização, desde que comprovado a má-fé, dolo ou culpa da autora, tomando-se o artigo 186 do Código Civil, que declara que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dias (2015, p. 588) manifesta sua opinião dessa maneira:

Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de procedência da ação cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de má-fé ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de danos morais.

Mas segue dizendo que não há possibilidade dessa ação ser feita contra a criança, somente contra a mãe quando reconhece que “O eventual pedido indenizatório há que ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido seu nascimento”(DIAS, 2015, p. 588).

Já Gonçalves (2012, p. 487) discute um ponto interessante sobre o assunto, ao dizer que:

O problema é que, neste caso, qualquer grau de culpa, mesmo a levíssima, pode ser considerada pelo julgador - o que poderia desencorajar a mulher grávida de propor ação de alimentos gravídicos, para não correr o risco de, no caso de insucesso de empreitada, vir a ser condenada a indenizar o suposto pai.

Realmente, por não se delimitar um grau na ocorrência de culpa, a interpretação do juiz mostra-se de impossível previsão. Por exemplo, se a mulher mantinha relações com o mesmo homem por anos e, dias depois, tem relações com outro homem, configura-se a culpa pelo ajuizamento de ação de alimentos contra o homem errado? Neste contexto e receosa da consequência de possível erro, dificilmente a gestante entraria com a ação, seja por não querer enfrentar o judiciário, seja por não vislumbrar possibilidade de ressarcir o réu.

A indenização deve ser concedida então, desde que comprovada a má-fé da autora, ou seja, se ela claramente pretendia causar dano ao réu e não apenas defender a criança que gestava.

A ação de alimentos gravídicos tem o objetivo único e exclusivo de auxílio à mãe com os gastos da criança que está por vir. Se, contudo, ela usa dessa ação com o intuito de causar prejuízo ao réu, deve responder judicialmente por isso, além de restituir o prejuízo causado. É a solução que parece mais justa.

5.3 Método alternativo que elimina o erro da cobrança indevida

Apesar de não sabido por muitos, existem atualmente maneiras de se fazer o exame de DNA enquanto a criança ainda não nasceu. São elas o exame convencional e o exame não invasivo.

O primeiro é feito através do ginecologista, que retira uma amostra do líquido amniótico ou uma fração da placenta. Esse exame apresenta risco inferior a 1% à gravidez. O segundo é feito através da coleta de sangue da mãe e do suposto pai, não apresentando qualquer risco à gravidez.

Infelizmente, ambos os exames são caros, principalmente aquele em que há coleta de sangue, já que a análise é patenteada, orçado em cerca de R\$4.000,00 (quatro mil reais). Além disso, as amostras são enviadas aos Estados Unidos e, conseqüentemente, o resultado é demorado.

De qualquer forma, sendo possível a realização desses exames, confirma-se ou não a paternidade, ainda no decorrer da gestação, evitando-se a cobrança indevida. Seria necessário e útil, no entanto, regularmentar-se quem seria o responsável por arcar com o custo dos referidos exames. Se diz a Constituição Federal que o dever de proteção da criança seria dos pais, da sociedade e do Estado, seria de se esperar que a um deles se imputasse tal obrigação.

Evidente que sendo possível a realização dos exames destinados a atestar a paternidade ainda no período gestacional, mostra-se absolutamente necessário que o legislador regulamente tanto a execução deles, como a responsabilidade pelo seu custeio.

6 CRÍTICA À LEI 11.804/08

A crítica que se deve fazer à Lei 11.804/08 diz respeito à sua absoluta omissão no tratamento daquele que é acionado como pai, recebendo atribuições financeiras como se pai fosse para, ao final, descobrir-se que não tem qualquer parentesco com a criança nascida.

É fato que se advoga, como visto neste trabalho, a possibilidade de o réu promover ação para pleitear pagamento de indenização por danos morais e materiais em desfavor da mãe. Contra tal argumento se tem o de que qualquer tipo de atitude que pudesse representar intimidação que impedisse a mãe de ajuizar a ação para pedir alimentos, redundaria em prejuízo da própria criança.

Uma solução intermediária seria a possibilidade de se fazer o pedido judicial de indenização, quando provada a má-fé, ou de ajuizar ação de regresso contra o verdadeiro pai. Em caso de falecimento deste, a ação poderia ser intentada contra os herdeiros, respeitados os limites da herança. Seria uma forma de amparar o réu que não foi confirmado como pai ao mesmo tempo que não intimidando a mãe na propositura da ação, protegendo-se, ao mesmo tempo, os direitos do nascituro.

Outra solução seria a trazida por Gonçalves (2012 p. 787), que seria a exoneração aos alimentos fixados após o nascimento:

Todavia, após o nascimento com vida, o vínculo provisório da paternidade pode ser desconstituído mediante ação de exoneração da obrigação alimentícia, com a realização do referido exame.

Com essa ideia, porém, não haveria o ressarcimento ao réu com relação aos gastos feitos durante a gestação, sem contar o dano moral evidente. De todo modo, o autor defende que o ressarcimento possa ocorrer em determinadas situações:

Deve-se aplicar o mesmo critério recomendado para o caso de oposição, de má-fé, de impedimentos ao casamento (...) qual seja: somente a culpa que se revele uma total ausência de cautelas mínimas por parte da mulher pode justificar sua responsabilização, afastando-se as hipóteses de culpa levíssima e até mesmo de culpa leve. Somente o dolo ou culpa grave serviriam de fundamento para a sentença condenatória (GONÇALVES, 2012, p. 787).

O que pode ocorrer também é a possibilidade da gestante propor a ação após o nascimento da criança e a realização do exame, tendo direito a pedir a restituição dos

alimentos gravídicos desde o momento da concepção da criança. De mesmo modo pensa Dias (2015, p. 587):

Na hipótese de a gestante não ter pleitado nos alimentos durante o período da gestação, nada impede que, após o nascimento, pleiteie o reembolso das despesas que integram o encargo que a lei atribui ao genitor.

Seria importante também regulamentar o que ocorreria em caso de aborto, Dias (2015, p. 587) acredita que “Caso haja a interrupção da gestação, como nos casos de aborto espontâneo, os alimentos restam extintos, descabendo, no entendo, qualquer reembolso ou restituição dos valores pagos”.

A solução ideal parece ser a ação de regresso do réu ao pai verdadeiro da criança. Claro que os alimentos gravídicos são condenados observando os critérios subjetivos do réu, ou seja, sua possibilidade de pagar; e o valor pode não se aplicar ao pai da criança, que possa ter condições inferiores. Para isso, deve-se fixar também um valor máximo permitido para a ação, de modo que não onere o genitor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei dos Alimentos Gravídicos foi inovação legislativa que se mostrava necessária. Se a lei prevê expressamente proteção ao direito dos nascituros, mostrava-se impensável que ficassem eles sem legislação específica.

Se uma mãe mal alimentada, sem assistência médica devida, não pode gerar uma criança saudável, fácil ver que prejudicar a saúde da mãe, significa prejudicar a saúde do filho.

Por outro lado é bastante comum que a mãe não possua condição financeira para sustentar uma gravidez com a assistência necessária. E também não é incomum que o pai se faça ausente neste período, muitas vezes fugindo da imputação da paternidade.

Neste sentido, a lei permitiu o ajuizamento da ação pela mãe em desfavor do pai, ou pretensão pai, e exigiu da mãe que demonstrasse em juízo indícios fortes e convincentes da paternidade, a fim de se evitar ações levianas que tivessem algum objetivo escuso.

Mas, ainda que com tal ressalva, não é incomum que depois de condenado ao pagamento dos alimentos gravídicos, o réu descubra, feito o exame médico, que não é o pai.

O assunto tem gerado dúvidas, desde o veto que se fez ao artigo da Lei que impunha à mãe a obrigação de indenizar o réu que não se revelasse o pai. É que, vetado o artigo que previa a indenização, nenhuma outra legislação veio suprir aquela lacuna.

É fácil perceber o prejuízo moral e financeiro daquele que foi acionado na qualidade de pai, pois foi condenado a pagar alimentos gravídicos desde a concepção da criança; e descobre ao final que não é o pai.

Além disso, existindo hoje a possibilidade de realização do exame de DNA durante a gestação, ele deve ser aproveitado para evitar tanto o constrangimento das partes quando a cobrança indevida. Deve-se definir também quem arcará com o pagamento do dito exame, o Estado ou o suposto pai.

De forma que, como toda e qualquer legislação, a que tratamos aqui, dos alimentos gravídicos, reclama atualização, porque as alterações científicas acontecem em ritmo acelerado e o legislador não pode ficar imune a isso.

Além do mais, atualização legislativa é oportunidade excelente para que sejam corrigidos equívocos eventualmente existentes na lei anterior.

O que se deve ter como objetivo principal, é que a geração de uma vida se faça da maneira mais saudável e tranquila possível, porque no final a prioridade absoluta deve ser sempre a proteção da criança.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice- **Alimentos desde a concepção**. Disponível em:
<<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. **Manual de Direitos das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.6.

BRASIL. Código Civil(2002). In: *Vade Mecum compacto. Saraiva*. 15. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** TJRS, AI 70058933417, 8.^a C.Cív., Relator Rui Portanova, j. Rio Grande do Sul, 24/04/2014.