

ALIMENTOS GRAVÍDICOS, TRANSITÓRIOS E COMPENSATÓRIOS – BREVES CONSIDERAÇÕES DE UMA VISÃO PRÁTICA

*Raduan Miguel Filho**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Família Contemporânea entre o Público e o Privado. 2 Alimentos Gravídicos – um Novo Colorido. 3 Necessidades Prementes, Despesas Adicionais e o Princípio da Assistência Integral à Gestante. 4 O Direito da Gestante e a Proteção a Termo. 5 Alimentos Gravídicos e a Paternidade Responsável e Obrigação Avoenga. 6 O Início da Obrigação Alimentar à Gestante. 7 A Prova – Índícios da Paternidade e Convencimento do Juiz. 8 Alimentos Gravídicos – Transitórios e Definitivos. 9 Construção Pretoriana e Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Primeiro quero manifestar minha alegria de estar novamente neste belíssimo horizonte das Minas Gerais, e no evento que já se consagrou no Brasil como ícone das discussões das relações parentais e afetivas, a que denominamos Direito das Famílias.

Nestes eventos realizados sob a marca do IBDFAM, os Congressos Brasileiros de Direito de Família, que Minas Gerais tradicionalmente vêm sediando desde 1997, quando foi lançada a célula embrionária do Instituto Brasileiro de Direito de Família, por contemplar e trazer à discussão relevantes temas desse Direito, têm permitido uma constante evolução na Família Brasileira, em suas várias formas e modos de vê-la e interpretá-la.

1 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Falemos da contemporaneidade da família, que hoje, tema deste VIII Congresso, tramita entre o público e o privado, ancorada no indissociável princípio da

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia; Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getulio Vargas – Rio de Janeiro; Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família; Presidente do IBDFAM – Rondônia; Vice Presidente da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros; Professor Universitário.

dignidade da pessoa humana contemplado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

As relações entre as pessoas, na atualidade, têm se revelado e marcado por realidades econômicas díspares e injustas entre elas, impondo às famílias, ou a seus segmentos, o enfrentamento de necessidades básicas e concretas, na busca de seus legítimos interesses.

Na satisfação dos interesses privados dos membros da sociedade, é princípio de direito a utilização do Estado, na atividade pública como mecanismo da realização da jurisdição, pois vedado a chamada justiça pelas próprias mãos. Nessa situação, surge a função de proteção do Estado, emergindo métodos e mecanismos para promover a justiça, e assegurar a dignidade da pessoa humana, resultando uma sociedade mais justa.

E para que tenhamos uma sociedade justa é imperativo que também tenhamos um Estado justo.

As leis normalmente são resultado dos clamores da sociedade. Mas não basta a existência das leis. Necessário a intervenção do Estado para assegurar a fiel e justa aplicação dessa lei.

Veja aí, então, a inter-relação entre o público e o privado, a necessidade do cidadão com o Estado contemplando e assegurando seu direito.

Nessa contemplação de direitos para a realização concreta das necessidades básicas, surgem as interpretações, pelos entes e agentes estatais do direito.

Dessa relação necessária entre o público e o privado, entre o Estado e o Cidadão, entre o sujeito e seu direito, podem surgir inferências e ingerências nas intimidades ou afetividades das pessoas, indagações ou respostas, cujos resultados dão ensejo à consolidação do direito, tornando-o justo ou injusto, com reflexos nas relações familiares, legitimando ou não as desigualdades entre os membros e entre as entidades familiares.

2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS – UM NOVO COLORIDO

O assunto que nos propomos a comentar, denominado Alimentos Gravídicos, atualmente contemplado na Lei nº 11.804/08 outrora assunto de difícil compreensão, na atualidade tornou-se corriqueiro.

É importante registrar que muito tempo antes da edição dessa norma, alguns tribunais brasileiros já tiveram a coragem jurídica de assegurar às gestantes, abandonadas pelos maridos, companheiros ou namorados, durante o abençoado período de

gestação, direitos para que tivessem uma gravidez com certa dignidade e condições materiais.

Certo é que o Projeto de Lei que resultou na referida Lei recebeu inúmeras críticas porquanto criava ele situações de desestímulo e de disparidade entre a gestante e o provável pai do nascituro, tornando-a excessivamente protetiva em relação ao réu, modificavam o foro de competência fixando no domicílio do réu quando o Código de Processo Civil já concede foro privilegiado ao credor de alimentos, e outras incongruências que, graças às ingerências contundente, inclusive do IBDFAM, resultaram no veto presidencial a seis artigos do referido projeto.

É claro que não podemos negar os avanços que o direito teve com a edição da Lei dos Alimentos Gravídicos (nº 11.804/08). Primeiro pela discussão acalorada que deu ela ensejo durante a tramitação do seu projeto no Congresso Nacional. Fez a nação tomar conhecimento desses direitos e sensibilizou jurista e julgadores em todo o país. Maria Berenice Dias afirma que “os alimentos gravídicos vem referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna”¹.

Repito, sabemos que não trouxe esse diploma legal nenhuma grande novidade ao Direito Brasileiro, pois como já dito, baseando-se no “princípio da dignidade da pessoa humana”, muitos tribunais pátrios já reconheciam o direito do nascituro e das gestantes. É certo também que essas decisões, sempre acanhadas e inovadoras, porque a lei em vigor sempre exigia a prova do parentesco.

Aliás, o Brasil sempre demonstrou uma grande e incomensurável tendência de, acanhadamente, proteger o nascituro desde a promulgação da Lei do Ventre Livre em 1871. O Código Civil de 1916, apenas para ilustrar, também, em vários momentos, contempla a proteção do direito dos nascituros, como podemos encontrar quando falava da curatela dos nascituros (art. 468), capacidade de adquirir por testamento (art. 1.178), e outros.

3 NECESSIDADES PREMENTES, DESPESAS ADICIONAIS E O PRINCÍPIO DA ASSISTÊNCIA INTEGRAL À GESTANTE

Nossa abordagem ao assunto, muito mais prática do que teórica ou crítica, é trazer uma visão dos tribunais que vivenciam diuturnamente as agruras do cotidiano doméstico. É também contemplar a interpretação jurídica da norma, num aspecto inclusive processual e dentro das necessidades dos cidadãos, corrigindo eventuais dis-

1 In: Alimentos Gravídicos? Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 28.07.08.

torções sociais e econômicas, atribuindo o verdadeiro cunho social a que se destinam as leis e, claro, sem a pretensão de esgotar saboroso tema.

Assim, desnecessário trazeremos à balha definições doutrinárias a respeito de embrião, feto, nascituro, gestante, pois o assunto certamente é por demais conhecido, e veja, nunca perdendo o foco de que a lei em comento contempla direitos de alimentos para a mulher gestante, como expresso em seu art. 1º, e falando do filho apenas quando contempla a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, porém, após o seu nascimento com vida, o que veremos em outra oportunidade. Porém, deixemos certo que “nascituro” é a designação jurídica para o ente que já foi concebido, porém, por estar em gestação, ainda não nasceu.

Anoto que, com claro e evidente intuito de evitar discussões desnecessárias aos interesses dos envolvidos que clamam por imediatas providências do Estado, preferiu a norma legal em referência, abandonar referências às clássicas teorias sobre o início da personalidade civil do ser humano, e contemplar à mãe, mulher gestante, o direito aos alimentos gravídicos, como elemento meio de, ao se permitir assistência integral a ela, proporcionar ao nascituro como o beneficiário fim, condições aptas e favoráveis de nascer com dignidade. Não apenas nascer, mas primordialmente nascer com dignidade.

Percebe-se, pois, da leitura dos artigos que passaram a vigor com a Lei nº 11.804, que a preocupação do legislador, embora afirme de forma contrária, foi tutelar a criança que está no ventre materno, ou seja, o nascituro, porquanto os ônus pecuniários e morais advindos de todo o período compreendido de gestação não se esvai com parto, ainda que não ocorra nascimento com vida. Temos conhecimento, do trato diuturno de situações semelhantes, que a mulher grávida enfrenta toda sorte de situações decorrentes do seu estado de gravidez, não só de natureza moral, mas ônus financeiros relevantes e extraordinários impostos pela especial condição do estado de gestante.

Abro parêntese para anotar que o Estado-Juiz deve estar atento nestas questões peculiares e especiais quando, ao fixar os chamados alimentos gravídicos em favor da mãe, considerar que nestes momentos os ônus e gastos são anormais, ou seja, extraordinariamente superiores ao que normalmente despenderia a mãe para criar seu filho; como assegura a lei, em seu art. 2º, para fazer frente às despesas que consideramos extraordinárias, e elencadas exemplificativamente (alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, além de outras que o juiz considere pertinentes), é bastante claro o comando legal para o aplicador da norma que, ao analisar o pedido inicial, deva o Juiz considerar, ao fixar o seu valor, ser a necessidade sensivelmente superior ao que se demandaria em situações normais.

Nesse particular, correto aqueles que buscam para esses casos a fixação de alimentos em percentual mais elevado ao que o juiz normalmente fixaria em favor de uma criança ou até de um recém-nascido, porquanto as necessidades do nascituro, além de especiais são muito mais amplas, abrangendo o bem-estar moral e material da mãe, gestante.

Porém, os critérios a nortear o magistrado devem ser apreciados com moderação e muito bom-senso, visando evitar atitudes com claro viés penalizador ao abandono sofrido pela gestante. Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência ao confirmar entendimento de que “*os alimentos devem ser fixados de acordo com o padrão de vida do nascituro*”², evitando a ocorrência e cometimento de abusos para que a gestação seja acompanhada, por exemplo, em hospitais ou por médicos de alto custo, indo muito além das condições sociais e financeiras da mãe, em evidente demonstração de oportunismo.

4 O DIREITO DA GESTANTE E A PROTEÇÃO A TERMO

Assunto também relevante e que tem despertado alguma discussão, é exatamente o comando do primeiro artigo da lei de alimentos gravídicos, que é taxativa ao disciplinar “o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

Aparentemente não se vê conflito ou divergência, mas percebe-se que o legislador pretendeu fixar um período para o direito a ser postulado, ou seja, enquanto a mulher for gestante, nos levando ao raciocínio de que, terminada a gestação, isto é, após o nascimento do filho, não pode a mulher postular alimentos gravídicos retroativos ao período em que esteve grávida e gestante, pois a jurisprudência tem caminhado para considerar “inadmissível o pedido de alimentos gravídicos após o nascimento do menor, para retroagir à gestação. Segundo o art. 2º da supracitada Lei nº 11.804/08, alimentos gravídicos dizem com a condição de grávida da mãe do nascituro e os gastos inerentes ao período gestacional, não podendo ser confundidos com alimentos em favor de filho menor. Tendo a criança nascido no curso da ação, não é possível a transformação em “ação de alimentos, por economia processual”, já que essa depende de ser intentada pelo menor, enquanto a de alimentos gravídicos era da genitora, com outra causa de pedir e outras provas”³.

2 TJSP, AI 110.901-4/4.

3 TJRS, Ap. Cível 70035118975, em 13.04.2011.

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PATERNIDADE RESPONSÁVEL E OBRIGAÇÃO AVOENGA

Oportuno lembrar que, quase sempre, a busca dos direitos e princípios assegurados pela Lei nº 11.804 dá-se em razão de uma relação que leva à consequência de uma paternidade irresponsável. Digo paternidade na utilização de uma concepção ampla do termo, referindo-me aos pais, pois a irresponsabilidade não é praticada apenas pelo pai, muito embora na prática seja a ele atribuída a maior parcela de (ir) responsabilidade, mas à mãe também se atribui atitudes irresponsáveis quando engravida ciente de um relacionamento leviano, passageiro, inconsequente e fruto de deleite momentâneo.

Nestas situações, a irresponsabilidade do pai é ainda maior e a que traz consequências mais danosas, pois muitos casos não o têm sequer condições materiais de se manter, já vivendo à custa da família. Tem-se assim, aqui, presente a obrigação avoenga, sendo, pois imperativo a responsabilização dos pretensos avôs paternos, pois, quando a lei atribui a responsabilidade das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.804), não excluiu a responsabilidade dos avôs diante da evidente incapacidade do pai, permitindo assim que “os alimentos provisórios do nascituro podem ser subsidiariamente impostos ao avô, que não comprovou a possibilidade financeira do filho – suposto pai do nascituro”⁴.

Na questão em comento, para permanecer a obrigação avoenga, é imprescindível o cuidado com a prova e demonstração de “que o suposto genitor não tenha capacidade financeira para suportar os alimentos gravídicos”⁵.

6 O INÍCIO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR À GESTANTE

Outra aparente fonte de divergência da jurisprudência é apurar o termo inicial da obrigação dos alimentos gravídicos. No projeto da lei referida constou do vetado art. 9º que os alimentos seriam devidos a partir da citação. Essa regra, embora não constante da indigitada lei, é a que impõe o Código de Processo Civil e a Lei de Alimentos (nº 5.478/68).

Divergências ao assunto aparecem sustentando que, diante da especialização da norma, estes alimentos têm por finalidade “cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto (...)”; daí extrai-se o entendimento de que, esse termo inicial ocorra mesmo antes do ajuizamento da ação, ou seja, desde a concepção, muito embora nossos tribunais, capitaneados pelo

4 TJSP, AI 665.413-4/0-00.

5 TJSP, AI 994.09.332008-5.

STJ – Superior Tribunal de Justiça, mantenham o entendimento já cristalizado de que “na ação de alimentos, ainda que não submetida ao procedimento da Lei nº 5.478/68, serão eles devidos a partir da citação”⁶.

Aliás, esse é o comando expresso do contido no § 2º do art. 13 da Lei nº 5.478/68 de pertinente aplicação em face do que dispõe o art. 11 da Lei nº 11.804/08. E se o juiz, aplicador da lei, perceber a ocorrência de atos protelatórios por parte do devedor para ser citado poderá, fundamentadamente, modificar essa interpretação, com vista a garantir uma maior proteção aos envolvidos na lide.

7 A PROVA – INDÍCIOS DA PATERNIDADE E CONVENCIMENTO DO JUIZ

Não menos oportuno registrar que, ainda que irrepetíveis os alimentos fixados, se algum equívoco porventura vier a se manifestar, poderá ser reparado pelo suposto pai, buscando os valores despendidos junto ao verdadeiro pai.

Nesse particular assunto saliento que no art. 6º da mencionada lei autoriza o magistrado fixar alimentos gravídicos segundo o seu convencimento e prudente arbítrio baseado na “existência de indícios da paternidade”. Não se fala em prova robusta e incontestada, mas em prova indiciária da paternidade. A prova verossímil de exame pericial pretendida pelo vetado artigo⁷ que continha no projeto, com muita propriedade cedeu lugar a dois elementos a serem considerados no momento inicial para a fixação dos alimentos gravídicos: (a) indícios da paternidade e (b) o convencimento do juiz dessa paternidade. Nas razões do veto ao art. 8º, a Presidência da República consignou que “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 de prova necessário sempre que ausentes outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia”.

Outro ponto de crucial importância e digno de registro nestas apertadas linhas diz respeito à questão eminentemente processual em confronto com o direito material.

Refiro-me à prova acerca da apontada paternidade. Trata-se de elemento de suma importância para o deslinde da questão e que, mal conduzida, leva ao desacolhimento e improcedência do pedido inicial. É assente na doutrina e jurisprudência que “em se tratando de ação de alimentos gravídicos, imperioso que a demanda esteja instruída com elementos de prova que conduzam à reclamada paternidade;

6 STJ – 3ª Turma: RJ 184/43.

7 Art. 8º da Lei nº 11.804: “Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial”.

na ausência de qualquer prova acerca da apontada paternidade, inviável a fixação de alimentos provisórios”⁸.

As relações entre a gestante e o possível pai certamente que ocorrem na mais íntima convivência. E se a produção dessa prova é imprescindível para as ações em que se postulam os alimentos gravídicos, é também muito comum o juiz encontrar-se diante de um paradoxo a ser suplantado, pois se vislumbra a necessidade de fixação imediata e, ainda que em caráter provisório, dos alimentos pretendidos sob pena de tornar-se inócua e de nenhum efeito a pretensão da mãe, que está na premência de sua necessidade alimentar na forma do enunciado no art. 2º da lei de alimentos gravídicos.

E o paradoxo a que me refiro tem do outro lado a prova da paternidade para fins de fixação dos alimentos gravídicos provisórios, geralmente franciscana, frágil, delicada, e muito fraca. Nesse estágio de valoração da prova apresentada pela interessada, deve o magistrado estar atento a elementos de convencimento e socorrer-se de princípios insculpidos no Direito Processual, aplicando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente ocorre⁹, pois o que vemos no dia a dia e nos “ensinam as regras de experiência, são percentualmente insignificantes os casos em que uma ação investigatória de paternidade resulta improcedente, o que confere credibilidade, em geral, à palavra da mulher, na indicação de seu filho”¹⁰.

As situações contempladas pela lei já traz circunstâncias de difícil comprovação; difícil para a mãe, de plano, demonstrar os elementos exigidos pela lei e que o filho que carrega é efetivamente da pessoa a quem ela aponta como sendo o pai. Nestas situações, repito, é imperativo que o juiz, ao analisar o pedido de alimentos, seja flexível a certas exigências que normalmente possua em casos de alimentos, pois a peculiaridade da questão permite e exige olhares diferentes, sendo deveras razoável impor ao suposto pai um dever provisório para garantir um melhor desenvolvimento do nascituro.

Certamente que a flexibilização que me refiro não ampara o pedido sem nenhum elemento de prova para o deferimento de alimentos gravídicos em sede de provisórios ou não. A prova é sempre necessária e exigível, até para se evitar pedidos imbuídos de má-fé; o que a lei flexibiliza é a prova verossímil, quando cede lugar para a prova indiciária, que é aquela composta de variados fragmentos que isoladamente nada dizem, mas em conjunto levam o intérprete da lei ao convencimento, ou não, de determinada situação. É sempre importante ter em consideração que “a Lei nº 11.804/08, ao condicionar a concessão de liminar à existência de indícios de paternidade, flexibilizou a ideia de verossimilhança, mas manteve presente a necessidade

8 TJRS, AI 70043072974, em 24.08.2011.

9 Art. 335 do CPC.

10 TJRS, AI 70043709161 em 01.09.2011.

de prova mínima, como cartas, depoimento em audiência prévia, declarações, etc.”¹¹, sendo deveras necessária a presença de prova mínima para o acolhimento do pleito.

8 ALIMENTOS GRAVÍDICOS – TRANSITÓRIOS E DEFINITIVOS

Por serem destinados a cobrir despesas tidas por adicionais de gravidez e dela decorrentes, em período abrangido da concepção ao parto é que a doutrina e a jurisprudência têm insistido no caráter transitório dos alimentos gravídicos previstos na Lei nº 11.804.

Não só o gravídico reveste-se desse caráter de transitoriedade, característico dos alimentos concedidos a termo certo, e que não necessitam de procedimento revisional com vistas a modificá-lo, reduzindo, majorando ou exonerando¹². Assim, o que diferencia os alimentos transitórios dos alimentos definitivamente fixados é que o primeiro é sempre por período certo e definido na sentença ou acordo, contemplando condição resolutiva que faz não necessitar de ato judicial posterior declarando essa condição; ou seja, resolve-se por si só. Já os alimentos fixados em definitivo, e por considerar que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”¹³, faz imperativo a intervenção do Estado-Juiz para modificar a decisão judicial que instituiu a obrigação alimentar.

Entretanto, especificamente aos alimentos gravídicos, por haver uma lei especial tratando do assunto, deve ela prevalecer aos preceitos gerais, e, nesse caso, salvo determinação especial na decisão judicial impondo tempo ou condição resolutiva, não vejo possível a ocorrência de transitoriedade na forma que já referi, porquanto o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.804 é expresso quando, constatado o nascimento com vida do filho da então gestante, converte os alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite a sua revisão.

Veja então que não fica ele resolúvel ou condicionado ao nascimento, mas a própria lei o converte em pensão alimentícia, no aguardo de procedimento de revisão de uma das partes.

11 TJRJ, AI 0054853-08.2010.8.19.0000 em 19.04.2011.

12 Art. 1699 do CC.

13 Art. 15 da Lei nº 5.478/68 (L.A.).

9 CONSTRUÇÃO PRETORIANA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora deixe transparecer aspectos polêmicos e tormentosos, o aplicador do direito não deve temer e perder a oportunidade de manter vivo o cunho social da norma, ao resgatar o amparo à mulher grávida e ao filho que carrega em seu ventre, mesmo diante de frágeis indícios de paternidade.

A evolução do direito e das normas sociais reclama o abandono de algumas formas tradicionais de solucionar conflitos e litígios, homenageando a eficácia do sistema.