Título: ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A LEI Nº 11.804/08

Douglas Phillips Freitas[1]

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO; 2- DO *QUANTUM* DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 3- DA NATUREZA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS; 4- DO ÔNUS PROBATÓRIO; 5- DA CONVERSÃO, REVISÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 6- PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE; 7- DANO MORAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ; 8- DA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 9- PRESCRIÇÃO; 10- CONCLUSÃO

1- INTRODUÇÃO

No dia 5 de novembro de 2008 foi sancionada a Lei nº 11.804. A chamada de Lei dos Alimentos Gravídicos, em vigor desde a sua publicação, disciplina os alimentos a serem pagos para a mulher gestante e a forma como será exercido este direito. Objeto de controvérsias, a lei, sem dúvidas traz importante tutela satisfativa aos direitos da mãe, tanto na viabilização da futura prole como no rateio das despesas com o suposto pai.

Os alimentos gravídicos compreendem, conforme redação do art. 2º da Lei nº 11.804/08, "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". Não se trata, portanto, de pensão alimentícia, tampouco, de mera responsabilização civil em relação ao suposto pai, mas, de um instituto híbrido, tanto no aspecto material como processual, conforme breves linhas que abaixo seguem[2].

2- DO *QUANTUM* DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A leitura do texto legal informa claramente que os valores dos alimentos gravídicos compreendem aqueles "adicionais do período de gravidez", "a juízo do médico". Ou seja, salvo se a genitora não possuir condições de autossustento, o que poderá prejudicar o desenvolvimento fetal, há que se instruir a exordial com documento médico que determine "alimentação especial" ou "demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis" (como por exemplo, e comum de certa forma, nos casos de: gravidez de risco, diabetes gestacional, entre outros). Já no tocante à possibilidade de despesas "outras

---

[1] Advogado familista. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB. Coordenador das comissões do IBDFAM-SC. Diretor catarinense da Associação Brasileira dos Advogados de Família – ABRAFAM. Professor de Direito da Estácio de Sá e IES/FASC. Autor de diversos livros e artigos jurídicos pela OAB, CONCEITO, VOXLEGEM, MAGISTER, IOB e CONSULEX. Contatos: www.douglasfreitas.adv.br.

[2] A discussão mais aprofundada sobre o tema é realizada no livro: "Alimentos Gravídicos" (no prelo, com lançamento previsto para agosto de 2009).

que o juiz" considerar pertinentes, deverão estas serem discriminadas para que não haja julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Ainda, na fixação do pensionamento mensal, deverão ser levados em conta os elementos trazidos na referida norma, porém, no tocante às despesas de internação e parto, por exemplo, salvo ajuste das partes, é temerário impor ao suposto pai, principalmente de forma liminar, tais custos quando já arcados pelo SUS ou convênio médico que a genitora possua.

Embora os critérios norteadores para fixação do *quantum* sejam diferentes da pensão alimentícia, prevista no art. 1.694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, isto é, deve-se levar em consideração todas as despesas relativas à gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade/proporcionalidade) para a fixação de acordo com os rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro.

Outrossim, sob pena de haver enriquecimento sem causa, não pode ser admitido ordem de desconto de percentual no salário do suposto pai para o pagamento de alimentos gravídicos (salvo quando dentre as despesas estiver a necessidade alimentar da mãe, por exemplo, que não possui renda). Afirma-se isto, pois a gravidez possui, de regra, uma previsibilidade de gastos da "concepção ao parto" (objeto do instituto). Salvo fortuito, os primeiros exames pré-natais já identificam tratamentos e projeção de consultas, exames e demais gastos que deverão por planilha, à ônus da autora, serem apresentados na exordial para que o susposto pai ao longo da gravidez contribua (respeitando a proporção de disponibilidade financeiras das partes).

3- DA NATUREZA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS

A natureza dos alimentos gravídicos é *sui generis*, tanto no aspecto material como processual. No tocante ao viés material, o instituto agrega elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira, se apropria a primazia de tutela em relação a outras obrigações (inclusive permitindo execução nos moldes do art. 732 e 733); da segunda, a novel Lei se vale das regras de integral reparação patrimonial (já que a lei retroage o início da responsabilidade do suposto pai a "concepção", ou seja, a data do acontecimento, como na responsabilidade civil (que juros e correção contam-se da data do fato e as medidas são de promover a restauração financeiro do *status quo ante*).

Na seara processual, mantém-se a hibridez, pois a Lei, institui uma Tutela de Urgência, que segue as regras das cautelares (vide prazo de contestação ser de 5 dias: igual ao procedimento cautelar), porém, por ser satisfativa contrapõe a natureza cautelar (que de regra, não se admite satisfazer direito, apenas processo). Logo, os alimentos gravídicos embora possuam um procedimento cautelar em seu bojo, é de natureza satisfativa, próprio das Tutelas Antecipatórias. Cabe esclarecer, também, que ao contrário das cautelares não há necessidade de interposição de ação principal.

Ainda que a Lei não tenha se valido expressamente do Código Civil como regra supletiva, a exemplo do que fez as Leis nºs 5.478/68 (Lei de Alimentos) e 5.869/73 (Código de Processo Civil), pelo escopo da norma, que é o de proteção da mãe e da futura prole, não há óbice à aplicação do CC/2002, principalmente nos termos do art. 1.698, que tem a seguinte redação:

> Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem

> concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Controvérsia, porém, instala-se quanto ao termo inicial dos alimentos gravídicos. O projeto que deu origem à Lei fazia referência à citação e, embora o veto presidencial, teoricamente, a regra é a mesma, pois assim determina o Código de Processo Civil. Numa interpretação sistemática, entretanto, por se tratar de norma específica mais recente, híbrida com a responsabilidade civil que os juros e as reparações patrimoniais contam-se da data do fato e não da citação, onde os alimentos gravídicos compreendem as despesas adicionais realizadas "da concepção ao parto", é possível requerer o reembolso das despesas já realizadas antes da citação (respeitando as regras de proporção e disponibilidade já mencionadas), além da fixação de pagamento mensal que será de acordo com as despesas dos demais meses gestacionais, além, é claro, de fixação do *quantum* da pensão de alimentos ao menor (aí sim, com possibilidade de desconto em folha). Neste sentido, é a regra de direito material, numa análise à luz da analogia:

> Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Embora a Lei informa que tal regra é aplicada ao ato ilícito, porém, o que é o desamparo alimentar e das despesas de gravidez do pai em relação à mãe senão o conceito de ato ilícito trazido no amplo art. 186 do Código Civil?

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4- DO ÔNUS PROBATÓRIO

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1.597 e seguintes do Código Civil, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercitar o pedido de exame de DNA como matéria de defesa (já que fora excluído esta possibilidade do texto do projeto de lei quando promulgado), cabe à genitora apresentar "indícios de paternidade", informada na lei, por meio de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que, ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior a necessidade presente nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade, nem existe a possibilidade de inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.

Há que se aplicar a regra do art. 333, inciso I, do Código Civil, a qual informa que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mesmo sem o exame de DNA, algumas provas podem ser produzidas pelo suposto pai, como a de ter realizado vasectomia, por exemplo. Os arts. 1.597 a 1.602 do Código Civil elencam as possibilidades de presunção ou não de paternidade, de acordo com casos de vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, entre outras. Embora tais regras refiram-se aos casos de casamento, não há óbice para serem interpretadas extensivamente no tocante às hipóteses de união estável.

5- DA CONVERSÃO, REVISÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A Lei dos Alimentos Gravídicos informa, no parágrafo único de seu art. 6º, 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".

Ocorrendo o nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulativamente com a investigação de paternidade, caso não seja esta reconhecida, mediante exame de DNA, lembrando, é claro, que não há possibilidade de retroagir os valores já pagos se der negativo o referido exame, haja vista a natureza desta obrigação.

Independentemente do reconhecimento da paternidade, por serem os critérios fundantes da fixação do *quantum* da pensão de alimentos e dos alimentos gravídicos diferentes, não sendo suficientes ou demasiados, urge revisá-los nos mesmos moldes do que informa a Lei Civil de 2002, *verbis*:

> 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.

Tal revisão poderá ser realizada, também, durante a gestação, embora pela morosidade processual, dificilmente se verá o fecho da demanda antes do nascimento do menor. Mas, após seu nascimento, quando convertido em pensão de alimentos, não há qualquer óbice.

No tocante a extinção da ação se dará automaticamente em casos de aborto ou de natimorto.

6- PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

A Lei informa que a fixação dos alimentos gravídicos se dará de acordo com o convencimento do juiz acerca da "existência de indícios da paternidade", conforme dito do art. 6º da referida norma. Não é possível, contudo, realizar-se qualquer exame pericial, pelo menos na tecnologia atual, sob pena de se por em risco a existência do feto e tal possibilidade não é admitida pelo nosso ordenamento jurídico, já que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (CC, art. 2º).

Os indícios de paternidade e possível acordo em audiência de conciliação não impõem, salvo que o objeto do acordo seja o reconhecimento voluntário da paternidade, o requerido como pai da prole credora dos alimentos. Ao nascer a criança, todo o procedimento de investigação de paternidade deverá ocorrer, lembrando que se houver reconhecimento voluntário, mas fundado este em vício de vontade, poderá ser visitado em ação própria, conforme entendimento dos tribunais superiores neste sentido.

7- DANO MORAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o

suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil.

8- DA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Não foi por acaso que a Lei ao ser promulgada citou a Lei dos Alimentos como norma supletiva. A equiparação do instituto ao da pensão dos alimentos permite a execução nos termos do art. 732 ou 733 do Código de Processo Civil. Ocorre que, pela natureza híbrida que permite o ingresso da ação de despesas já realizadas (afinal, pode-se pedir desde a "concepção"), não seria possível nas despesas anteriores a citação a execução pelo rito do art. 733 do CPC (pena de prisão), mas, apenas do art. 732 da mesma lei. Justifico o posicionamento por dois motivos: primeiro, o fundamento da execução do art. 733 é para dívidas alimentares já reconhecidas e não pagas, por sua natureza alimentar (urgente), a prisão se justifica para compelir o devedor; segundo, dar executividade aos alimentos anteriores a citação, despesas estas que não são necessariamente alimentar, apenas elevadas a tal *status,* é priorizar o instituto do "alimentos gravídicos" em relação a "pensão alimentíca", esta, que só é devida após a citação.

Em suma, o crédito a título dos alimentos gravídicos pode ser composto das despesas da concepção ao parto, logo, gastos anteriores ao protocolo da ação, mas, a execução deste crédito, no rito do art. 733 do CPC, somente dos valores vincendos a partir da citação (os anteriores, ficam sob o rito do art. 732 do CPC).

9- PRESCRIÇÃO

À luz dos fundamentos acima, como é possível obter o ressarcimento das despesas da "concepção ao parto", o prazo prescricional para tanto é de 3 (três) anos, o mesmo da responsabilidade civil. Logo, não é imprescritível como o da pensão de alimentos, esta, devida somente a partir do nascimento, conforme texto da própria lei que diferencia um e outro instituto. *In verbis:*

> Art. 6 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.

10- CONCLUSÃO

Os alimentos gravídicos, sem dúvida, permitirão melhor tutela às mulheres em gestação e à futura prole que, para seu nascimento com saúde, tanto precisa do suporte financeiro do pai e de outros parentes, no caso de impossibilidade daquele (não há óbice na ampliação do instituto já que este se vale, subsidiariamente das regras da pensão de alimentos. Porém, é indispensável cautela, principalmente por parte do magistrado, e ante a morosidade da Justiça na determinação destes alimentos especiais, deverão ser fixados de modo proporcional aos rendimentos do casal e de acordo com as provas da paternidade e

das despesas. Enquanto a primeira não precisará se muito comprovada, ante a fragilidade desta produção probatória, as provas dos gastos devem ser robustas já que, como dito é previsível e facilmente documentado os valores gastos e a ser despendido durante a gravidez. Assim, é preciso que os advogados – meus pares –, ao buscarem a efetividade do direito de suas clientes, não o façam de forma temerária para que, num futuro próximo, este importante instituto não se torne sinônimo de excessos e aviltamentos, como infelizmente se apresenta hoje o dano moral, imprescindível instituto manchado por sua má utilização.