

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PROBLEMATICA ACERCA DOS INDÍCIOS DE PATERNIDADE

Manoela Silva Muniz Barreto¹

André Delfino²

RESUMO

O referido artigo busca apresentar uma discussão acadêmica em torno da obrigação alimentar devida a genitora, em face do nascituro, que compreende tudo aquilo que se diz necessário referente ao período gestacional, fazendo com que dessa forma ela consiga ajuda nas despesas deste período. A genitora, ao pleitear os alimentos, deverá apresentar apenas indícios de paternidade para que tal obrigação seja fixada ao suposto pai pelo juiz. Essa é uma questão bastante discutida, visto que o ônus probatório é da mãe e existem alguns casos onde, após o nascimento e feito o exame de DNA, comprova-se a não paternidade, tornando assim a obrigação extinta, ou também casos onde a própria mãe age de má fé. Faz-se uma análise sobre o princípio da irrepetibilidade e traz consigo entendimentos jurisprudências para que seja analisado e discutido.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos, Direito de Família, Alimentos, Paternidade, Obrigação alimentar.

PREGNANT FOOD AND THE PROBLEM ABOUT PATERNITY INDICES

ABSTRACT/RESUMEN/RÉSUMÉ/SOMMARIO

This article seeks to present an academic discussion around the obligation to feed due to the mother, in the face of the unborn child, who understands everything that is said to be necessary regarding the gestational period, so that she can help with the expenses of this period. The mother, when pleading for food, must present only evidence of paternity so that this obligation is fixed to the alleged father by the judge. This is a widely discussed issue, since the burden of proof is on the mother and there are some cases where, after birth and the DNA test is done, non-paternity is proven, thus making the obligation extinct, or also cases where the mother herself mother acts in bad faith. An analysis is carried out on the principle of unrepeatability and brings with it jurisprudence to be analyzed and discussed.

Key words: Pregnancy Foods, Family Law, Foods, Paternity, Food Obligation.

¹ Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. Manoelambarretto@icloud.com

² Professor orientador. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais. Professor de Direito das Famílias e Sucessões (graduação e pós-graduação). Advogado. Andre.delfino@adv.oabmg.org.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito abordar o tema referente aos alimentos gravídicos, que é disciplinado pela lei 11.804 do ano de 2008, em especial no que tange a respeito dos indícios da paternidade e suas consequências.

Anteriormente a aplicação da lei, a genitora não contava com nenhum direito que a resguardasse até que a criança viesse a nascer. Posteriormente, surgiu a LAG com o objetivo de deixar com que a genitora tenha a faculdade de pleitear esse direito ao suposto pai, em prol do nascituro, colocando-se desde a concepção e convertendo-se, automaticamente após o nascimento, em pensão alimentícia.

Para que o juiz fixe a obrigação alimentar, não mais existe a necessidade de ser feito o exame de DNA, pois é comprovado cientificamente que esse exame traz riscos para a genitora e o feto. Então, basta apenas que tenha a existência de evidências de paternidade para que dessa forma o juiz se convença de quem deverá cumprir a obrigação.

Apesar de a lei exigir apenas indícios, esse entendimento é divergente em alguns Tribunais. Ao passo que um acredita ser insuficiente provas testemunhais e fotos para a comprovação, outro julga válido a legitimação apenas usando notas fiscais de compras em estabelecimentos infantis.

Essas medidas são motivos de discussão, uma vez que, ao determinar e fixar os alimentos a quem foi concebido pela comprovação da paternidade, pode-se levar ao erro, acarretando assim a obrigar o pagamento a quem não é verdadeiramente o pai. E mediante isso, entra em questão se este pai, agora confirmado a não paternidade, tem direito de reaver as prestações já pagas, tendo em vista o princípio da irrepetibilidade juntamente com a súmula 621 do STJ.

2 OS ALIMENTOS

Não existe no Código Civil um conceito específico no que tange aos alimentos, porém usa-se como base e fundamento os artigos 1.695 e 1.920, que discorrem:

Art. 1.695 CC/02: 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-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.920 CC/02: O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Dessa forma, quando se fala sobre o assunto, é de extrema importância saber e entender que estes não englobam apenas comida de fato, mas sim tudo aquilo que é considerado de sustento, de necessidade para manter o ser humano em boas condições básicas.

Diniz (2006, p. 407) comenta a respeito dos alimentos alegando que este assunto tem se tornado um assunto de dimensão grande, e que compreendem tudo aquilo que se diz essencial e necessário para alguém viver com dignidade, onde o próprio juiz que irá definir e dizer a respectiva quantidade e o valor.

Ao falarmos de alimentos, estes se distinguem de duas formas: os alimentos naturais, que são destinados àquelas despesas provenientes da manutenção do alimentando, necessários; e os alimentos civis, estes abrangendo não somente as despesas básicas, como também despesas sociais.

2.1 SUJEITOS DO DIREITO ALIMENTAR

Quanto ao dever de alimentar, deve ser repartido entre os parentes do mesmo grau, conforme suas possibilidades, obviamente, desse modo, quem tem o dever de alimentar são os pais. Porém existem casos onde não há a possibilidade do cumprimento dessa obrigação, então nestes casos será repassado para os outros na escala familiar, como discorre o artigo 1.696 e seguintes do Código Civil, que diz que a classe mais próxima afasta a mais remota.

É preciso que exista um vínculo de parentesco para que possam pleitear alimentos, e ao se falar especificamente dos alimentos aos filhos, estes só poderão ser requeridos por quem estiver sob seu poder. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229 aborda a respeito do dever dos pais com os filhos, quanto do dever dos filhos com os pais.

Uma vez imposta essa obrigação, esta não pode ser passada para terceiros, já que se trata de um direito personalíssimo, em regra irrenunciável, e, além disso, é inadmissível sua penhora, como prevê o artigo 1.707 do Código Civil. É oportuno dizer também que os alimentos são imprescritíveis, já que existindo os pressupostos necessários, o alimentando pode requerer sua prestação a qualquer tempo.

Valendo-se sobre origem, os alimentos podem ser distinguidos em legais ou legítimos decorrentes do vínculo familiar, casamento ou união afetiva, como descrito no artigo 1.694 do Código Civil. Se diferem também por serem voluntários, que são prestados de forma natural e espontânea, sem a necessidade de uma obrigação, ou os chamados indenizatórios, que são aqueles provenientes de uma decisão judicial, a qual profere uma sentença condenatória em ação de responsabilidade civil, com amparo nos artigos 948, inciso II, 951, ambos do Código Civil.

2.2 NASCITURO E O DIREITO A ALIMENTOS

No que se refere aos alimentos que o nascituro tem por direito, primeiramente precisa-se saber o que se entende por nascituro, que deriva do latim *nasciturus*, significando aquele que está para nascer.

Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno; está em vida intrauterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não iniciou sua vida como pessoa. Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como nascido, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem pela concepção. (PLÁCIDO E SILVA, 2006, pag. 942).

Em nosso ordenamento atual, em específico na Constituição Federal de 1988 existe um fundamento principal, que é o direito à vida. Desde o momento que existe a concepção do feto, este já é um ser dotado de vida e possui uma expectativa de direito, e em consequência disso tem o Estado o dever de cuidar e proteger, e como obrigação e dever dos pais, de prover o necessário para o desenvolvimento do nascituro, e do nascido, futuramente.

Esse direito o qual o nascituro tem de poder ingressar judicialmente pleiteando seus alimentos, já era assegurado pela Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV e também no Código Civil em seu artigo 2º, antes mesmo de ser garantida pela lei de alimentos gravídicos, e claro, representado pela genitora. É de garantia do nascituro os alimentos, a assistência médica, gastos referentes à saúde da genitora e tudo aquilo que se classifica como necessário para o crescimento do feto ainda no ventre materno.

2.3 A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS NA LEI 11.804/08

A razão pela qual foi implementada a LAG foi para que o nascituro não ficasse desamparado como na lacuna deixada pelo Código Civil no que tange ao Direito de Família, ou seja, ela foi criada para que a obrigação alimentar fosse prestada desde a sua concepção.

Deste modo, os alimentos gravídicos são aqueles alimentos que serão destinados à mulher gestante, adicionando todos os custos necessários do tempo de gestação até o nascimento. Cahali (2009, pag. 353) conceitua esses alimentos como um autêntico auxílio

maternidade, porque irão abranger valores que possam cobrir tudo que seja suficiente nas despesas do período gestacional.

Art. 2º da Lei 11.804/08: Os alimentos de que se trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à 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.

Antes de ter sido sancionada esta lei, existia muitas decisões e alguns entendimentos que eram contrários no que tange a possibilidade do nascituro receber alimentos, pois havia uma grande discussão relativa ao quesito do início da personalidade civil, e grandes divergências referentes às teorias: concepcionistas e natalistas.

3 A (PRESUNÇÃO DA) PATERNIDADE

Antes da inserção da atual lei de alimentos gravídicos, existia um projeto de lei que contemplava um artigo, o qual foi vetado, que previa que o suposto pai que negasse a paternidade teria que comprovar com a realização do exame de DNA ainda durante a gestação, ou seja, intrauterino.

Atualmente, conforme a lei 11.804/08 é possível a designação dos alimentos antes da criança nascer, devendo conter apenas indícios que comprovem o vínculo paternal, não se tratando apenas de uma mera declaração, mas sim evidências que possam ser usadas como forma de prova, uma vez que esse exame realizado antes mesmo do nascimento da criança traz riscos tanto pro feto quanto pra gestante.

Essa lei acabou tendo uma problemática bem discutida entre os tribunais e doutrinadores quanto a isso, pois de acordo com o que diz o artigo 6º da lei, convencido da existência desses indícios, é o juiz que fixará os alimentos que perdurarão até que aconteça o nascimento da criança, analisando e equilibrando às necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Desse modo, esses indícios apresentados pela parte autora são a única forma de prova para que seja usada no deferimento pelo juiz. Sabe-se que não é preciso mais a realização do exame de DNA para comprovar a paternidade, ou seja, o ônus probatório é de responsabilidade única da mãe, onde esta irá apresentar provas lícitas que a resguarde quanto ao pedido pleiteado.

Douglas Phillips Freitas, autor do artigo Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08: primeiros reflexos, publicado no site do IBDFAM, questiona sobre o assunto:

Salvo a presunção de paternidade dos casos em lei, como imposto no artigo 1.597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe a genitora apresentar os “indícios de paternidade” informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus da probatório do 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 necessidade de aplicação da regra do artigo 373, I do Código de Processo Civil que informa que o ônus da prova incube ao autor, quando ao fato constitutivo de seu direito.

Diante disso, os tribunais vêm sendo bastante cautelosos ao proferirem sentenças referentes a estas situações, buscando indícios que sejam suficientes para fundamentar a sua decretação. Não devendo esquecer que o objetivo maior de tudo isso é a proteção ao nascituro e segurança da genitora.

Como a lei traz indícios como prova, a genitora deve convencer o juiz da sua relação, união afetiva com o suposto pai, podendo alegar isso com e-mails, fotos, trazendo testemunhas e qualquer outro tipo de prova que conseguir trazer para a ação para que fique comprovada a paternidade.

Observa-se essa decisão advinda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.848/08. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE. O deferimento de alimentos gravídicos à gestante pressupõe a demonstração de indícios da paternidade atribuída ao agravado, não bastando a mera imputação da paternidade (Lei 11.848/08). Ônus da agravante em demonstrar verossimilhança das alegações, diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais, resta inviabilizada, na fase, a concessão dos alimentos gravídicos, devendo o pleito de alimentos ser reexaminado no curso da ação de alimentos, a vista de provas trazidas aos autos. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

3.1 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Não tem porque falar na inversão do ônus probatório, uma vez que este é exclusivo da genitora, devendo usa-la de boa-fé, e na realização do exame pericial, já que este é impedido por trazer riscos ao feto. O que pode ser feito é, no prazo de 5 dias, conforme o artigo 7º da lei 11.804/08, o réu poder contestar a ação de alimentos gravídicos.

Art. 7º da lei 11.804/08: O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Ao contestar, poderá alegar apenas fatos concretos, como por exemplo o não envolvimento sexual no tempo da gestação, comprovante de esterilidade ou que possui alguma impossibilidade de fecundação, acarretando assim a não paternidade, ou que exista alguma outra prova que conste o contrário decidido.

4 A IRREPETIBILIDADE E A SÚMULA 621 DO STJ

Assim que a lei de alimentos gravídicos foi criada, alguns assuntos e tópicos foram vetados e revogados. Anteriormente, fazia-se jus a necessidade de comprovação pericial do vínculo paternal para que deste modo pudesse ser dado a sentença, porém entendia-se que essa necessidade acabava sendo uma barreira quanto a proteção do nascituro.

Posteriormente, ficou entendido que a única forma de comprovação de paternidade seria os indícios arguidos pela genitora, como dispõe o artigo 6º da lei 11.804/08. Acontece que, existem situações as quais esses indícios caem por terra assim que acontece o nascimento da criança, onde então pode ser feito o exame de DNA e constatando a não paternidade daquele que foi obrigado a prestar tais alimentos.

A maior discussão quanto a isso é que, paga essa obrigação indevida, é impossível que seja recuperada, isso porque esse montante foi destinado à sobrevivência, proteção e segurança da genitora, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, dessa forma não existiria a possibilidade de que o suposto pai, agora comprovada a negativa de paternidade, pudesse reavê-los.

O STJ discorre na súmula 621 que os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroage à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade. Os tribunais divergem opiniões quanto acreditarem que em situações assim ocorra enriquecimento ilícito, visto que existe prova de que um terceiro deveria cumprir com a obrigação alimentar.

Outra divergência no que tange a irrepetibilidade, são os casos onde a genitora age de má-fé, esconde uma nova relação conjugal, com o intuito de manter os alimentos prestados. Acontece que em casos como estes, fica nítido a conduta ilícita da genitora e aí sim, esta deve restituir o valor que recebeu referente aos alimentos, desde que se romperia a obrigação.

É o que Diniz (2005, pag. 540-541) nos conta:

É irrestituível, pois uma vez pagos, os alimentos não devem ser devolvidos, mesmo que a ação do beneficiário seja julgada improcedente. Assim, quem fornecer alimentos na crença de que os

devia, poderá exigir a devolução de seu favor ao terceiro, que era o verdadeiro devedor da prestação.

É de suma importância que flexibilizem esse princípio, pois não sendo absoluto dá o direito de ser discutida essa possível devolução dos montantes já pagos quando comprovado, por exemplo, que esta poderia ser feita por terceiro ou quando comprovado o dolo da gestante. É o que diz o Resp1384418, no STJ, onde ficou decidido que no caso de receber valores de caráter alimentar por força de tutela antecipada, que posteriormente seja revogada onde o titular do direito patrimonial terá que devolver os valores os quais recebeu.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Art. 1.022, do CPC/2015. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. SENTENÇA ANULADA. MANUTENÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO. STJ. REsp 1.384.418/SC. 1. Nos termos do Art. 1.022, do CPC/2015, os embargos de declaração se destinam a desfazer uma obscuridade, eliminar dúvida, afastar contradição ou suprimir omissão. 2. Na ausência de recurso da parte autora, não há que se falar em "apelação da parte autora prejudicada", como equivocadamente constou do acórdão. Sendo evidente a constatação do erro material necessária seja feita a devida correção, substituindo-se a parte dispositiva do voto pelo seguinte comando: "Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS para anular a sentença e julgar prejudicada a remessa oficial", nos termos da fundamentação nele (voto) exposta. 3. Estando o benefício da parte impetrante em manutenção há quase dez anos, deve ser suprida a omissão para fazer constar do acórdão ordem expressa para continuidade do pagamento até o julgamento do mérito do pedido, porquanto presentes a verossimilhança das alegações e o periculum in mora, o qual decorre da própria natureza alimentar da verba objeto da ação (art. 300 do CPC/2015). 4. Parte impetrante advertida sobre a possibilidade de restituição, tendo em a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.384.418/SC no sentido da obrigatoriedade de devolução de valores recebidos por força de decisão provisória ou precária (tutela/liminar) revertidas ao final. 5. Embargos providos para corrigir erro material e para suprir omissão.

(TRF-1 - EDAC: 00300960620054013800 0030096-06.2005.4.01.3800, Relator: JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 07/08/2017, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, Data de Publicação: 15/09/2017 e-DJF1).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como intuito discutir e abordar sobre o tema referente a alimentos gravídicos, disposto na lei 11.804/2008, onde foi abordado desde o conceito sobre alimentos, os sujeitos do direito alimentar, o direito do nascituro que podem ser requeridos pela genitora até o momento que tratamos também sobre a presunção de

paternidade, da necessidade dos indícios, passando por uma discussão acerca do princípio da irrepitibilidade dos alimentos.

Essa lei tem como garantia assegurar a genitora, fazendo com que esta tenha um período gestacional seguro, tranquilo e saudável, necessitando apenas que, para pleitear esses alimentos demonstre e comprove a paternidade com indícios que a resguardem.

E ao falarmos sobre essa presunção de paternidade, fica claro que é um assunto bastante debatido entre tribunais e autores, pois só haverá a real comprovação da paternidade através do exame de DNA, este podendo ser feito somente após o nascimento da criança. Lembrando sempre que o ônus probatório é da autora, então cabe a ela demonstrar os indícios que irão fazer o juiz se convencer de que ali existe uma relação afetiva na época da concepção.

Porem, caso fique comprovado que aquele o qual o juiz obrigou a prestação dos alimentos não se configura como pai biológico, a ele nada é devido, não podendo haver a restituição do montante já pago, conforme abordado no referido artigo sobre o princípio da irrepitibilidade. Porem, ainda é um assunto discutido, visto que tribunais e doutrinadores divergem opiniões, acreditando que em alguns casos haverá enriquecimento ilícito em casos onde a genitora possa ter agido de má-fé, com dolo.

Com isso, conclui-se com este artigo que a Lei de Alimentos Gravídicos resguarda a genitora e os direitos do nascituro, levantando questões problemáticas sobre a presunção de paternidade que é tão discutida.

REFERÊNCIAS

Alimentos Gravídicos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBFAM**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso: 29 ago 2020.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acessado: 29 ago 2020

BRASIL. **Lei Alimentos Gravídicos**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm> Acessado: 29 ago 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento nº2181868-13.2019.8.26.0000**. Relator: Alexandre Marcondes. Mogi das Cruzes. Data: 19 de setembro de 2019. Diário da Justiça: 19/09/2019. Acesso: 10 set 2020. <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912439255/agravo-de-instrumento-ai-21818681320198260000-sp-2181868-1320198260000/inteiro-teor-912439284?ref=serp>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº70046905147**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Cruz Alta. Data: 22 de março de 2012. Diário da Justiça do dia 02/04/2012. Acesso: 10 set 2020 <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21468614/agravo-de-instrumento-ai-70046905147-rs-tjrs/inteiro-teor-21468615?ref=juris-tabs>>

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**; 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Curso de Direito Civil Brasileiro**; vol 5, 20º ed; São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei n. 11.804/08**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII - n. 298, 15 de junho de 2009.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**.. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006