

ALIMENTOS GRAVÍDICOS
Aspectos Materiais e Processuais

Adilto Luiz Dall'Oglio Júnior
Defensor Público do Estado de Mato Grosso

Sávio Ricardo Cantadori Copetti
Defensor Público do Estado de Mato Grosso

Recentemente fora editada a Lei nº 11.804/08, que dispõe acerca dos alimentos gravídicos, pugnáveis pela mulher ainda em fase de gestação, em desfavor do suposto pai.

Inicialmente, contudo, é curial que façamos um breve apanhado acerca do instituto da personalidade civil e dos aspectos jurídicos que gravitam em torno da figura do nascituro.

Como sabemos, personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na órbita civil. Em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos.

A legislação brasileira, por sua vez, prevê a figura dos chamados entes personalizados (pessoa física e pessoa jurídica) e entes despersonalizados (quase-pessoa jurídica e nascituro).

A pessoa física é dotada, como a sua própria denominação revela, do atributo da personalidade jurídica, que, por sinal, é adquirida a partir do nascimento com vida. É, assim, a partir do nascimento com vida (fato jurídico)

e, diga-se, no momento em que o ser respira, que a personalidade jurídica fatalmente é adquirida.

Assim, embora controverso no âmbito doutrinário, trata-se da adoção, entre nós, da teoria natalista da personalidade.

De outro lado, a teoria concepcionista confere personalidade jurídica ao fruto da concepção e a teoria da viabilidade humana confere personalidade jurídica somente àqueles seres que tiverem forma humana, com todos os órgãos regularmente formados. Segundo a doutrina e jurisprudência ainda predominantes, estas teorias não foram adotadas pelo nosso legislador pátrio, como se depreende da análise do art. 2º do Código Civil.

Insta mencionar, porém, que é perfeitamente possível que a legislação de um país adote qualquer das teorias vistas acima, bastando, assim, que um indivíduo nasça em seu território para que se submeta à teoria por ele adotada, pois, como estabelece o art. 7º da LICC, o começo e o fim da personalidade jurídica serão regulados pela lei do domicílio da pessoa.

Convém ressaltar que a pessoa física, titular de direitos na ordem civil, pode exercê-los pessoalmente ou por meio de representante, conforme tenha ou não capacidade jurídica (atributo indispensável para que a pessoa exerça pessoalmente os atos da vida civil). Cite-se, como exemplo, o típico caso da criança que, representada pela sua mãe, pleiteia judicialmente alimentos de seu genitor. A criança, embora com personalidade e ostentando a condição de titular de direito, por não poder exercê-lo pessoalmente, recorre ao seu representante legal para tanto.

Antes, porém, do nascimento com vida, um ser alocado no útero materno, fruto da fecundação entre espermatozóide e óvulo, recebe real atenção de nosso ordenamento legal. Trata-se do nascituro que, como visto, segundo a teoria natalista, não é dotado de personalidade jurídica, muito embora já tenha aptidão para adquirir alguns direitos na seara civil.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, cuida-se “do ente concebido, embora ainda não nascido” (Novo Curso de Direito Civil, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84).

O Código Civil trata do nascituro em seu art. 2º, ocasião em que coloca a salvo os seus direitos, desde a concepção.

Assim, visto como ente despersonalizado, a doutrina tradicional tem considerado o nascituro como um ser condicional, uma vez que, para se tornar pessoa, é indispensável o seu nascimento com vida. Possui, assim, mera expectativa de direito.

É certo, no entanto, que a questão acerca do nascituro está longe de ser pacificada.

Com efeito, alguns civilistas modernos vêm entendendo que o nascituro, de fato, possui mera expectativa de direito, todavia tão somente em relação a direitos de conteúdo patrimonial. Entretanto, com relação aos direitos da personalidade (sem conteúdo material), o nascituro, desde a sua concepção, já seria deles titular.

É o entendimento de Maria Helena Diniz:

“Na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá”
(Código Civil Anotado, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9)

Realmente, seja qual for o entendimento adotado, ninguém discute que o nascituro tem direito à vida, e não mera expectativa.

A despeito de toda e qualquer discussão, o fato é que, nossa legislação pátria, orientada pelo Código Civil, confere ao nascituro alguns direitos, a saber: a) pode receber doação; b) pode ser beneficiado por legado ou herança; c) pode ter sua paternidade reconhecida; dentre outros.

Atentemo-nos, ainda, para o fato de que seria um absurdo resguardar direitos, das mais variadas espécies, desde o surgimento da vida intra-uterina, se não se viabilizasse a proteção do nascituro, garantindo-lhe o direito à vida, a fim de que pudesse, conseqüentemente, usufruir de tais direitos.

É justamente sob tal prisma que surge o fascinante tema dos alimentos gravídicos. O nascituro, diante de todo o exposto, teria direito aos alimentos? Seria justo que a genitora suportasse todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido?

Suscitando o tema, convém apontar que, já no ano de 2003, nossa jurisprudência brasileira fora enriquecida e contemplada com um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se reconheceu a necessidade de concessão dos alimentos gravídicos ao nascituro:

“Investigação de paternidade. Alimentos provisórios em favor do nascituro. Possibilidade. Adequação do *quantum*. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade sobre esse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão

alimentícia deve ser fixada, tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento n. 70006429096, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/08/2003”.

Analisando o presente julgado, e tantos outros que apontam no mesmo sentido, chegamos à conclusão de que a vida humana intra-uterina jamais foi relegada a um segundo plano pelos nossos tribunais.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao elevar o direito à vida à categoria de direito fundamental, buscou ampará-lo em todas as suas dimensões, quer sob a forma intra-uterina, quer sob a forma extra-uterina, possibilitando, assim, o manejo de todo e qualquer instrumento destinado a tutelá-lo em sua integralidade.

Garantir que o nascituro tenha direito aos alimentos nada mais é do que valorizar a vida humana intra-uterina, respeitando-a como tal. E, como já visto, de nada adiantaria colocar a salvo os direitos do nascituro desde a concepção se não se garantisse o seu direito básico e fundamental de nascer e viver.

Entretanto, malgrado o desenvolvimento das teses acerca do início da personalidade jurídica, bem como da inarredabilidade quanto ao reconhecimento dos direitos do nascituro, mormente aqueles ligados a seu sagrado direito de nascer e viver, o legislador pátrio parece ter feito ouvidos moucos a tais ponderações, uma vez que previu ser da genitora a legitimidade para buscar os alimentos gravídicos em juízo em favor do nascituro.

Isto porquê, o Diploma Legal em comento, logo em seu artigo inicial, é expresso em afirmar que à gestante cabem os alimentos gravídicos, senão vejamos:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Com efeito, malgrado se mostre aparentemente inequívoca a redação do dispositivo, temos que os alimentos previstos em lei são de titularidade do nascituro, como forma de se resguardar o seu direito à vida, e não de sua genitora.

Destarte, entendemos que a nova Lei trouxe hipótese de substituição processual, legitimando extraordinariamente a genitora a pleitear alimentos em favor de seu filho, ainda em fase de gestação.

Destarte, aplaudimos o advento da Lei nº 11.804/08 que acrescenta ao ordenamento jurídico importante contribuição no sentido de conferir plena efetividade ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, dando amostras de que o processo de despatrimonialização do direito civil encontra-se em plena marcha.

DA PROVA

No que tange especificamente à prova da filiação atribuída ao suposto pai, cumpre-nos aclarar que os elementos probatórios passíveis de produção no trâmite da demanda não gozam, por certo, do grau de certeza decorrente daqueles que poderiam ser amealhados em sede de Ação Investigatória de Paternidade, mormente em se considerando o usual exame hematológico pelo método DNA.

Entretanto, tal situação não pode obstaculizar o deferimento dos alimentos gravídicos, tão necessários à gestante e ao nascituro.

Com efeito, a situação fática vivida por aqueles seres que se socorrem da Justiça fulcrada na festejada Lei n.º 11.804/08 inviabiliza que se condicione o deferimento dos alimentos à prova plena da paternidade, sob pena de se ver o nascimento do nascituro antes sequer da juntada aos autos do Laudo do exame biológico.

Nesse sentido manifesta-se a eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame

Assim, o Diploma Legal recém inaugurado afastou-se do tradicional sistema da cognição exauriente para o deferimento do bem da vida pleiteado, conferindo ao Magistrado a possibilidade de conferir à parte o direito pugnado mesmo sem a demonstração inequívoca do quanto alegado, ou seja, satisfaz-se com a cognição sumária, sempre atento às necessidades da pessoa em formação e às peculiaridades do caso concreto.

Nesse passo, necessária se faz a incursão, ainda que breve, pelas teorias de cognição judicial previstas por nosso ordenamento jurídico.

Assim, a cognição judicial a ser realizada no curso do processo deve atentar tanto para os limites objetivos da demanda, uma vez que os pedidos formulados na petição inicial limitam o exercício da jurisdição, quanto para o grau de certeza que se deve reclamar para o deferimento do referido pleito.

Ou seja, uma vez ajuizada a ação, o Juiz deverá apreciar tão-somente aquilo que fora exposto como objeto da demanda, exceto, por óbvio, as objeções, isto é, matérias que a despeito de não suscitadas podem ser analisadas pelo Magistrado, a exemplo das condições da ação.

Os pedidos da demanda, portanto, restringem o objeto de apreciação judicial, naquilo que a doutrina mais abalizada convencionou denominar de limites horizontais da cognição judicial.

De outro lado, há mais um aspecto da cognição judicial que carece de explanação, e que ganha contornos de imprescindibilidade para o desate do tema ora sob análise, qual seja, os seus limites verticais, que indicarão qual o grau de certeza necessário para a entrega do bem da vida a seu pleiteante.

É dizer, qual o grau de certeza reclamável pelo Magistrado para o deferimento do bem da vida requerido?

A esse respeito, cumpre-nos aclarar que, basicamente, dois são os sistemas de cognição judicial, no que pertine à sua verticalidade, quais sejam, a cognição exauriente e a cognição sumária.

Acerca das espécies de cognição judicial, e de seu cabimento, anota o inexcelsível FREDIE DIDIER JÚNIOR, *litteris*:

(...) o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão

conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame.

(...)

Há procedimentos de cognição plena e exauriente, que são a regra. A solução dos conflitos de interesses é buscada através de provimento que se assente em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas dos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de produção de coisa julgada material. Prestigia-se o valor segurança.

(...)

A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes (causa de pedir).¹

Assim, repise-se, embora a cognição exauriente, mormente no que se refere à sua profundidade, seja a regra para o deferimento

¹ Curso de Direito Processual Civil, vol. I, ed. JusPodivm, 8ª ed., pgs. 273/274.

da tutela jurisdicional pretendida, a Lei n.º 11.804/08 expressamente a afastou, privilegiando, assim, o manejo da cognição sumária para o deferimento dos alimentos gravídicos, conforme se pode extrair da mera leitura do art. 6º do mencionado Diploma Legal, *in verbis*:

*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.*

Aliás, essa a razão do veto ao art. 8º da Lei dos Alimentos Gravídicos, que condicionava o deferimento de referidos alimentos à submissão das partes ao exame de DNA, caso houvesse recusa por parte do suposto pai em relação à paternidade a ele atribuída.

Expondo como razão de seu veto político, deixou consignado a Presidência da República:

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

Dessa forma, comprovada a gestação da requerente, e os indícios suficientes acerca da paternidade do suposto pai, inafastável se mostra o deferimento dos alimentos gravídicos, conclusão esta, ademais, que se mostra em inteiro compasso com a finalidade da lei, de proteger o ser ainda em gestação, proporcionando-lhe todo o necessário para seu sadio desenvolvimento.

DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

É certo que a Lei n.º 11.804/08, em seu art. 11, prevê a aplicação supletiva, nas ações em que se pleiteie alimentos gravídicos, das Leis n.º 5.478/68 e 5.869/73, que dispõem, respectivamente, sobre a Ação de Alimentos e o Código de Processo Civil.

Assim, num primeiro momento, poderia parecer cabível a fixação de alimentos provisórios nas ações de alimentos gravídicos, com fulcro no art. 4º da Lei n.º 5.478/68.

Todavia, em consonância com o entendimento sufragado pela jurisprudência e doutrina pátrias, tal espécie de alimentos só tem cabimento quando houver nos autos prova pré-constituída da relação de parentesco, prova esta inviável de produção no presente feito.

Nesse sentido, colacionamos o seguinte excerto jurisprudencial:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PROVA DA PATERNIDADE. HIPÓTESE DE CONCESSÃO. Com a paternidade finalmente comprovada, em face do resultado positivo do exame de DNA, e demonstrado que a agravante enfrenta dificuldades, sem possuir emprego fixo, não podem lhe ser negados os alimentos indispensáveis para que complete sua formação acadêmica (TJRS – Agravo de Instrumento n.º 70017606781, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 20/12/2006).

No entanto, o descabimento do pleito de alimentos provisórios não inviabiliza a formulação de pedido liminar, com fulcro na cláusula genérica prevista no art. 273 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio possibilita ao litigante que obtenha, já antes da decisão de mérito, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, a fim de se lhe evitar que sofra os prejuízos decorrentes do longo lapso temporal existente entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional.

Ademais, necessário frisar a superficialidade a ser empregada pelo Magistrado quando da aferição da prova relativa à imputada paternidade para o deferimento da tutela antecipada.

Ora, se para o deferimento do pedido principal – bem da vida, basta o juízo sumário de cognição, conforme acima elucidado, menor rigidez ainda se deve reclamar, na análise das provas, para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida.