

A exigibilidade da obrigação alimentar

Maria Berenice Dias
www.mbdias.com.br
www.mariaberenice.com.br
www.direitohomoafetivo.com.br

O princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como dogma maior do sistema jurídico constitucional, tem um tão grande espectro que seus ecos estão demorando a serem ouvidos. Para emprestar-lhe efetividade, é necessário rever conceitos, superar jurisprudência sedimentada e proclamar a inconstitucionalidade de um punhado de dispositivos legais.

Uma das verdades que se tem por absoluta é que os alimentos são devidos desde a data da citação, até porque está escrito na Lei de Alimentos (LA, 5.578-68, art. 13, § 2º): *Em qualquer caso os alimentos fixados retroagem à data da citação.* Como é determinada a aplicação dessa lei às ações de separação, de anulação de casamento e às revisionais, a expressão “em qualquer caso” significa que, em todas as demandas em que há a fixação de verba alimentar, o encargo tem como termo inicial a data da citação.

Parece ser este um ponto que ninguém questiona: alimentos são devidos desde o momento em que o réu foi citado para a ação e ponto final, mesmo que a lei tenha sido editada 20 anos antes da Constituição que elegeu como dogma maior a dignidade da pessoa humana e assegurou a crianças e adolescentes proteção integral.

Obrigação alimentar já constituída

Nas ações de alimentos, separação, anulatória de casamento, existe a prova pré-constituída do vínculo obrigacional de natureza alimentar. Daí a possibilidade do uso de lei especial (LA, art. 13), que dispõe de rito diferenciado e admite a concessão de tutela antecipada por meio dos alimentos provisórios.

Diante da prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar (LA, art. 2º), o juiz estipula, desde logo, alimentos provisórios. Aliás, mesmo se não requeridos, os alimentos devem ser fixados, a não ser que o credor expressamente declare que deles não necessita (LA, art. 4º).

Os alimentos provisórios são devidos a partir do momento em que o juiz os fixa. Equivocado o entendimento que, invocando o § 2º do art. 13 da Lei de Alimentos, sustenta que os alimentos provisórios se tornam exigíveis somente a partir da citação do devedor. Não há como sujeitar o pagamento dos alimentos ao ato citatório. Mantendo o devedor vínculo empregatício, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que desde logo dê início ao desconto, em folha de pagamento, da pensão, que passa a acontecer mesmo antes da citação do réu.

Nada justifica tratamento diferenciado se não tiver o réu vínculo laboral. Nessa hipótese, não há como conceder prazo distinto para iniciar o pagamento dos alimentos, por inexistência de fonte pagadora. Além de deixar o

credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação e a esconder-se do Oficial de Justiça.

Os alimentos provisórios fixados *initio litis* são devidos até o momento em que venham a ser modificados, o que pode ocorrer no curso da demanda, quando da sentença ou por ocasião do julgamento do recurso. Alterados os alimentos provisórios, passa a vigorar o novo valor, mesmo tendo sido eventualmente majorado ou reduzido.

A eficácia retroativa dos alimentos definitivos vai depender do aumento ou diminuição de valores. Esta diferenciação decorre do princípio da irrepetibilidade do encargo alimentar.

Assim, fixados os alimentos provisórios, devem eles ser pagos. Havendo redução de seu montante, o novo valor terá eficácia *ex nunc*, ou seja, só valerá com relação às parcelas futuras. As prestações vencidas, ainda que não pagas, continuam sendo devidas pelo valor estabelecido em sede provisória. Somente quando os alimentos definitivos têm valor maior que a verba provisória é que se pode falar em efeito retroativo. O devedor terá que proceder ao pagamento da diferença desde a data da citação. Mas há que atentar a um detalhe: como os alimentos provisórios vigem desde o momento em que são fixados, e os definitivos retroagem à data da citação, havendo majoração do valor dos alimentos, a diferença alcança somente as parcelas vencidas a contar da data da citação. As prestações que se venceram entre a data da fixação dos provisórios e a data da citação permanecem pelo valor provisório.

Esta sempre foi a posição pacífica da doutrina respaldada na jurisprudência amplamente majoritária. Porém, é absolutamente injustificável limitar a obrigação alimentar ao ato citatório. Os encargos decorrentes do poder familiar surgem quando da concepção do filho, tanto que *a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro* (CC, art. 4º). Mesmo antes do momento em que o pai procede ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever familiar, entre os quais se encontra o de assegurar-lhe sustento e educação.

Enquanto os pais mantêm vida em comum, os deveres decorrentes do poder familiar constituem obrigação de fazer. Cessado o vínculo de convívio dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação aos filhos (CC, arts. 1.579 e 1.632). Restando a guarda do filho com somente um dos pais, as obrigações decorrentes do poder familiar resolvem-se em obrigação de dar, consubstanciada no pagamento de pensão alimentícia.

Assim, o genitor que deixa de conviver com o filho deve alcançar-lhe alimentos de imediato: espontaneamente, mediante a entrega de dinheiro, ou por meio da ação de oferta de alimentos. Como a verba se destina à subsistência, os alimentos devem ser pagos antecipadamente. Assim, no dia em que o genitor sai de casa, deve depositar alimentos em favor do filho. O que não pode é, comodamente, ficar aguardando ser citado para a ação e somente então adimplir a obrigação de prover-lhe o sustento.

Na ação de alimentos, há inversão dos encargos probatórios. Ao autor cabe tão-só comprovar 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. É do réu o ônus de provar seus ganhos para que o juiz possa fixar os alimentos segundo o critério da proporcionalidade. Também com relação à cessação do convívio e ao não-pagamento dos alimentos, compete ao autor indicar as circunstâncias em que ocorreu a mora, sendo do réu o encargo de demonstrar que continuou exercendo os deveres inerentes ao poder familiar.

Em se tratando de obrigação decorrente dos deveres parentais, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Não há por que constituir o devedor em mora pelo ato citatório para lhe impor o adimplemento (CPC, art. 219). A mora se dá quando o genitor deixa de prover o sustento do filho. Este é o marco inicial da obrigação alimentar. Assim, proposta a ação, além da prova do parentesco, mister informe o autor o momento em que deixou o réu de cumprir os pagamentos. O devedor é quem deve provar que pagou. Por ocasião da sentença, o juiz fixará o termo inicial do encargo alimentar aquém da data da citação e aquém da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento decorrente do poder familiar.

Encargo alimentar ainda não reconhecido

Na ação de investigação de paternidade inexistente o vínculo constituído da parentalidade. Porém, salutar construção jurisprudencial passou a conceder alimentos provisórios também nessas ações. Havendo indícios de prova da verossimilhança da paternidade imputada ao autor, são fixados alimentos *initio litis*. Também são deferidos alimentos provisórios de modo incidental, diante do resultado positivo do exame de DNA ou quando se recusa o réu em submeter-se à perícia.

Depois de algumas vacilações, a jurisprudência, ao atentar à natureza declaratória da demanda investigatória de paternidade, deu mais um significativo passo, e o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 227: *Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.*

O 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 de não assumir a responsabilidade parental não o desonera, porém isso acontece diuturnamente. Ao saber que a namorada ou companheira está grávida, tenta induzi-la ao aborto, nega ser o pai, abandona-a. Ameaça comprometer sua imagem arguindo a malsinada *exceptio plurium concubentium* - diz que levará vários amigos como testemunhas para afirmarem que mantiveram contato sexual com ela. A mulher fragilizada, normalmente abandonada pela família, acaba tendo o filho sozinha. Tem enorme dificuldade de procurar um advogado, de amealhar provas de um relacionamento íntimo que lhe causou tanto sofrimento e que muitas vezes, por imposição do varão, se manteve na clandestinidade.

Enquanto isso, o filho, que tem direito à identidade, à proteção integral, a alimentos, tem direito a um pai, a uma vida digna, fica, durante anos, no mais completo abandono. Quando, depois de muito tempo, consegue obter o

reconhecimento da paternidade, os alimentos são devidos somente a partir da citação do genitor.

Diante dessa orientação consolidada da jurisprudência, não há como se falar em paternidade responsável. Quem será o pai que acompanhará a mãe, prestará auxílio, registrará o filho e prestará alimentos, sabendo que, se ficar inerte e lograr safar-se da citação, poderá ficar anos sem arcar com responsabilidade nenhuma?

O filho necessita de cuidados especiais ainda durante a vida intra-uterina. A mãe precisa submeter-se a exames pré-natais, e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a mãe precisa de roupas especiais e alimentação adequada, sem olvidar que tem sua capacidade laboral reduzida durante a gestação e depois do nascimento do filho. Também seus ganhos são limitados durante o período da licença-maternidade.

É necessário dar efetividade ao princípio da paternidade responsável, que a Constituição (CF, art. 227) procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes. Não só a família, mas também a sociedade e o próprio Estado têm compromissos pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar e reconhecer, quando o reconhecimento é feito na ação investigatória de paternidade, a responsabilidade exclusivamente a partir da citação.

Nada justifica livrar o genitor das obrigações decorrentes do poder familiar que surgem desde a concepção do filho. Como a ação de investigação de paternidade tem carga eficaz declaratória, todos os efeitos retroagem à data da concepção, até mesmo a obrigação alimentar.

Esta é a orientação que já vem despontando na doutrina¹ e na jurisprudência².

É muito bonito falar em dignidade humana, em paternidade responsável, em proteção integral. Mas é preciso dar efetividade a todos esses princípios. Certamente a responsabilidade é da Justiça. Para isso, não é necessário aguardar o legislador. Basta o Poder Judiciário continuar desempenhando o seu papel, função que precisa exercer com coragem e responsabilidade, para garantir a cidadania a todos, principalmente aos menos iguais: crianças e adolescentes.

¹ FERNANDES, Thycho Barhe. Do Termo Inicial dos Alimentos na Ação de Investigação de Paternidade, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 268-70, 1993; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O Termo Inicial dos Alimentos e a Ação de Investigação de Paternidade, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 6, p. 50-60, 2000; BORGHEZAN, Miguel. O Termo Inicial dos Alimentos e A Concreta Defesa da Vida na Ação de Investigação de Paternidade, *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 3/18048, 2001.

² INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA. ALIMENTOS. FIXAÇÃO E TERMO INICIAL À DATA DA CONCEPÇÃO. A recusa em se submeter ao exame de paternidade gera presunção da paternidade. O fato de inexistir pedido expresso de alimentos não impede o magistrado de fixá-los, não sendo *extra petita* a sentença. O termo inicial da obrigação alimentar deve ser o da data da concepção quando o genitor tinha ciência da gravidez e recusou-se a reconhecer o filho. REJEITADA A PRELIMINAR. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (TJRGS – AC 70012915062 – 7ª C.Cív. – Rel. Desa. Maria Berenice Dias – j. 9/11/2005).