

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº 11.804 ¹

Cesar Caldeira²

Doutor em Direito Civil pela Uerj;

Mestre pela Yale Law School;

Professor Adjunto da Escola de Ciências Jurídicas da UNI-RIO

RESUMO: O artigo apresenta a tramitação da lei que, aprovada pelo Senado, passou sem emendas pela Câmara dos Deputados, mas foi alvo de vetos do presidente que mudaram seu conteúdo inicial. Os desafios impostos aos intérpretes e aplicadores são analisados criticamente.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Nascituro. Mulher grávida. Responsabilidade civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução: Lei nº 11.804/2008 2 Alimentos gravídicos: trajetória no Congresso Nacional 3 Solicitação de vetos pelo IBDFAM 4 Vetos parciais do presidente da república 5 Avaliação crítica da Lei nº 11.804 6 O papel do Ministério Público 7 Responsabilidade civil: suposto pai não era o pai biológico 8 Conclusões

1 Introdução: Lei nº 11.804/2008

A partir de 6/11/2008, está em vigor a Lei nº 11.804 que disciplina o direito de alimentos da *mulher gestante*. Os alimentos compreendem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que dela sejam decorrentes, da *concepção ao parto*. Estão incluídos gastos com 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 despesas que o *juiz* considere pertinente.³ Esses alimentos referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo *futuro pai*, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.⁴

A Lei nº 11.804 cria uma *nova* legitimada ativa para propor ação de alimentos: a *mulher grávida* - que não seja casada, que não viva em união estável ou que não seja parente.⁵ A autora pode ser a namorada, ou a “ficante”, com todas as possíveis variantes, porque a lei visa a fazer o *suposto pai* biológico pagar alimentos.

¹ Enviado em 19/2, aprovado em 19/2 e aceito em 19/3/2010.

² E-mail: cesarcaldeira@globo.com. O autor agradece pelas informações, orientações e alertas dadas por Cristiane Xavier, Fábio Azevedo, Fabrício Bastos, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Rômulo Souza de Araújo e Sylvio Capanema de Souza. Agradeço ainda o apoio de Heloisa Maria Giserman. As opiniões emitidas e polêmicas suscitadas no texto são de minha inteira responsabilidade.

³ Este é o teor do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.804/08.

⁴ Ver o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.804/08.

⁵ O art. 1.694 do Código Civil (CC) de 2002 afirma: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Estes são os chamados “alimentos civis”.

A lei não exige prova de paternidade, por meio de laudos médicos ou periciais de DNA, para que lhe sejam impostos alimentos provisórios. 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 (art. 6º da Lei nº 11.804). As despesas do *suposto pai* não terminam aí. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em *pensão alimentícia em favor do menor*⁶ até que uma das partes solicite a sua *revisão* (parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.804). Esta obrigação alimentar imposta pela lei tem natureza jurídica mista: é um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal exigido do pai (devedor).

Esta lei protege o *nascituro*⁷ ao propiciar à namorada fiel, cujo namorado está bem empregado ou tem recursos patrimoniais e financeiros, uma ação com rito especial para assegurar boas condições de gestação. Nesta hipótese marcada pela boa-fé da gestante, afirmam-se o princípio constitucional da dignidade humana e os direitos à vida e a saúde; talvez até contribua para a paternidade responsável. Estatísticas do Registro Civil indicam que cerca de 30% das crianças nascidas no Brasil não têm pai declarado.⁸

Investigações de paternidade têm importância social e impacto crescente nas atividades forenses. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro registrou, em 2007, 6.784 pedidos de perícias de DNA para investigação de paternidade. Desde 1997, ano em que foi firmado o contrato entre a instituição e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 25 mil perícias já foram realizadas. No decorrer de 2008, porém, a procura chegou a superar 600 pedidos nos meses de março, junho e julho, que tiveram, respectivamente, 626, 629 e 616 solicitações. Desde 1997, o número de pedidos aumentou significativamente. Em 2008, cada exame custava ao Fundo Especial do TJ-RJ R\$ 375,00 - modelo-padrão, com o suposto pai, filho e mãe vivos, sendo utilizada tecnologia de ponta por parte do laboratório de diagnósticos.

Porém, com a Lei nº 11.804, que dificulta a defesa do suposto pai, cresce o risco de expansão dos “golpes de barriga”. Como fica a situação jurídica do *suposto pai* que após o nascimento com vida da criança constata, com o exame de DNA, que não é o pai biológico?

Neste artigo será apresentada a história legislativa dos alimentos gravídicos. O projeto de lei (PL) aprovado pelo Senado tramitou pela Câmara dos Deputados sem qualquer emenda. O presidente Lula mudou-o inteiramente, através de vetos parciais.⁹

⁶ Este dispositivo fundamenta o entendimento que, a partir da Lei nº 11.804, o *nascituro* tem direito a alimentos gravídicos, no período que vai da *concepção ao parto*. Isto faz parte de uma polêmica sobre a questão: o nascituro tem expectativa de direitos ou alguns direitos.

⁷ É palavra derivada do latim *nasciturus*, participio passado de *nasci*. Significa *aquele que deve nascer*.

⁸ A análise dos dados de nascimentos tem dois divisores de águas: a Constituição de 1988 (que termina com a obrigatoriedade da declaração do estado civil da mãe no registro de nascimento) e a promulgação da Lei nº 8.560/1992, cujo artigo 5º estabelece: “No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório de casamento dos pais e ao estado civil destes.” Esta nova lei provoca um salto do grupo “ignorado” no que diz respeito ao estado civil da mãe.

⁹ O Congresso Nacional, ao reabrir seus trabalhos em fevereiro de 2009, encontrou 1.152 vetos presidenciais não analisados. Poderia derrubar os artigos vetados do projeto original (PL nº 62/2004) ou aprovar nova lei sobre a mesma matéria, revogando a Lei nº 11.804. Todavia, nesta e em outras matérias, o Legislativo permanece omissivo quanto a vetos contrários a suas deliberações.

Por tudo isso, é importante *discutir* aspectos constitucionais, e de direito civil e processo civil da Lei nº 11.804/2008.

2 Alimentos gravídicos: trajetória no Congresso Nacional

A origem da Lei nº 11.804 está no PL nº 62, apresentado em 24/3/2004 por Rodolpho Tourinho Neto (PFL-BA).¹⁰ O texto original do projeto contém 11 artigos.¹¹ De início, a matéria foi encaminhada exclusivamente para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), em caráter *terminativo*,¹² por despacho da presidência do Senado, exercida à época por Renan Calheiros. No entanto, em razão da aprovação do Requerimento nº 163/2005, do próprio senador Rodolpho Tourinho, decidiu-se ouvir primeiro a Comissão de Assuntos Sociais (CAS), que, tendo por relator o senador Marco Maciel, proferiu parecer favorável, com duas emendas.

Na CCJ, a relatora foi a senadora Serys Slhessarenko (PT-MT). Faremos a análise do projeto de Lei original que a partir dessa deliberação tornou-se o Projeto de Lei nº 7.376/2006.

2.1 Objeto da Lei e âmbito de sua aplicação

No art. 1º do PL nº 62 é indicado o objeto da lei e o âmbito de sua aplicação.¹³ Foi aprovado o texto original: “Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

A justificação afirma que o projeto visa a assegurar à mulher gestante *o direito* de pleitear ajuda financeira do suposto pai, com vistas a garantir-lhe uma gravidez saudável. A proposição prevê algo que já vem sendo adotado no Brasil por construção doutrinária e jurisprudencial: a possibilidade de se conceder alimentos com vistas a assegurar o *mínimo necessário* durante o período de gestação, que é por natureza, um período conturbado, no qual a mulher possui necessidades especiais.

¹⁰ Tourinho foi eleito como *suplente* do senador Paulo Souto em 1998. Quando este tomou posse no governo da Bahia, Tourinho assumiu sua vaga. Anteriormente, foi ministro de Minas e Energia (1999-2001), no governo de Fernando Henrique Cardoso, e secretário da fazenda do estado da Bahia (1991-1998). Perdeu as eleições para o Senado em 2006 para João Durval. Existe informação oficiosa que a sugestão do projeto de lei partiu de advogados familiaristas associados do IBD FAM. Porém, após contato com a Assessoria de Comunicação, não obteve confirmação sobre a participação inicial dessa instituição.

¹¹ O PL nº 62/2004 foi publicado no Diário do Senado Federal de 25/3/2004, p. 8.309-8.310.

¹² Decisão terminativa é aquela tomada por uma comissão, com valor de uma decisão do Senado. Depois de aprovados pela comissão, alguns projetos *não* vão a plenário: eles são enviados diretamente à Câmara dos Deputados, encaminhados à sanção, promulgados ou arquivados. *Eles somente serão votados pelo plenário do Senado se recurso com esse objetivo, assinado por pelo menos nove senadores, for* apresentado ao presidente da casa. Após a votação do parecer da comissão, o prazo para interpor recurso ao plenário do Senado é de cinco dias úteis.

¹³ Isso ocorre em obediência ao disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das Leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.”

2.2 Abrangência dos alimentos gravídicos

O art. 2º compreende norma de direito material destinada a definir a *abrangência* com que os alimentos gravídicos deverão ser considerados. É sobre este ponto que incidirá uma emenda.

No PL nº 62, o art. 2º tinha a redação seguinte: “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para arcar com despesas de exames médicos pré-natal, medicamentos, alimentação especial, entre outras indispensáveis a uma gravidez saudável.”

O senador Rodolpho Tourinho, em sua justificção, afirmara que a aprovação do projeto seria “um importante passo para possibilitar que a mulher gestante, sem recursos, possa realizar os exames pré-natais, contribuindo para a melhoria da sua saúde nesse período e reduzindo a mortalidade infantil, combatendo assim problemas sociais importantes que assolam nosso país e, decerto, *reduzindo os gastos públicos nessa seara*”.

A Emenda nº 2, oriunda da CAS, modificava o art. 2º, pretendendo “dar maior abrangência aos alimentos gravídicos, de forma a compreender quaisquer despesas realizadas no período da gravidez”.

A relatora da CCJ, senadora Serys Slhessarenko ponderou que não aceitava a Emenda nº 2, da CAS, pelos mesmos motivos que também não podia concordar com a redação original para o art. 2º do PL, objeto da referida emenda. Isso porque, se, por um lado, os alimentos gravídicos devem ter uma abrangência tal que compreenda quaisquer despesas durante a gravidez, por outro:

Há que se delimitar essa colaboração do suposto futuro pai apenas à proporção que corresponda, na medida das possibilidades de cada um, aos efetivos acréscimos decorrentes da gravidez, de forma que os alimentos gravídicos *não acabem se prestando ao indevido sustento total da mulher grávida pelo suposto futuro pai, independente dos ganhos da requerente e sem que ela também tenha uma participação proporcional nessas despesas*.¹⁴

O resultado final virou o art. 2º do projeto de Lei nº 7.376/2006 do Senado e foi aprovado sem alterações pela Câmara dos Deputados. O texto seguinte também não foi alvo de veto presidencial. *É atualmente o art. 2º da Lei nº 11.804/08:*

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da 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

¹⁴ Parecer da CCJ. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getTexto.asp?t=24599&c=RTF>>. Acesso em: 29/11/2010.

e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

2.3 Foro competente

Os artigos subsequentes, do 3º ao 10, dispõem sobre a ritualística processual da pretensão aos alimentos.

O art. 3º do PL nº 62/04 versa sobre o foro competente para processar e julgar as ações de alimentos gravídicos. É importante notar que *este dispositivo não sofreu emendas no Senado nem na Câmara dos Deputados*. O art. 3º afirmava: “Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 do Código de Processo Civil (CPC)”.¹⁵ Portanto, adotou-se como foro competente o do réu (suposto pai), como regra. Esta deliberação legislativa que é *expressamente contrária* à regra do art. 100, II, do CPC que afirma: “É competente o foro: II - do domicílio ou da residência do alimentando,¹⁶ para a ação em que se pedem alimentos.”¹⁷ Tanto as ações de alimentos em casamento como aquelas baseadas em união estável e parentesco são regidas por esse inciso do art. 100.

Por que os senadores e os deputados federais se afastaram da regra de competência *especial* do art. 100, II, do CPC? Este é um exemplo de como a falta de discussão no Poder Legislativo propicia dúvidas sobre o significado de suas decisões.

2.4 Requisitos indispensáveis da petição inicial

No art. 4º do PL nº 62/2004, são estabelecidos os requisitos indispensáveis da petição inicial: “Na petição inicial, necessariamente instruída com *laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade*, a parte autora *indicará as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas que dispõe para provar o alegado*, apontando, ainda, o *suposto pai*, sua qualificação e *quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe*, e exporá suas necessidades” (grifo nosso). Este dispositivo tramitou e foi aprovado sem qualquer emenda no Senado Federal e Câmara dos Deputados.

¹⁵ CPC: “Art. 94 A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. § 1º Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles. § 2º Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor. § 3º Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro. § 4º Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.”

¹⁶ Alimentando é quem é ou deve ser alimentado por outrem.

¹⁷ Quando cumulada com investigação de paternidade, as ações de alimentos devem ser ajuizadas no foro do domicílio ou residência do réu, conforme se constata no enunciado da Súmula nº 1 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O foro competente para a ação de alimentos provisionais também é o foro do domicílio ou residência do alimentando (CPC, arts. 852-854). E esta regra incide também na ação revisional de alimentos.

Este artigo merece uma discussão crítica. Nos próximos parágrafos, seguem apreciações favoráveis ao dispositivo. Os requisitos estabelecidos são razoáveis e estabelecem critérios legais úteis para a avaliação judicial. Primeiro, a comprovação da gravidez é indispensável: é aspecto probatório mínimo. A prova da gravidez por laudo médico ajuda a determinar a época da concepção: *os alimentos gravídicos são devidos a partir dessa época*. A avaliação médica da viabilidade da gravidez dará subsídios ao juiz para determinar, minimamente, se é uma gravidez de alto risco, ou não, o que repercutirá na fixação do *quantum* alimentício.

Segundo, a petição inicial deve descrever os fatos e apresentar provas que - superando dúvidas razoáveis - permitam concluir que o homem indicado é o pai. Este é o requisito crucial para se acolher o pedido da gestante: ela manteve conjunção carnal com o suposto pai na época da concepção, e as relações sexuais eram exclusivas. Este é o escopo da prova pré-constituída que se exige *para se avaliar se a ação é movida com boa-fé*.¹⁸ Sem que isto fique documentado na petição inicial, haveria, de fato, *inversão do ônus da prova para o indigitado pai que terá que provar que não é o pai biológico* e oportunidade para decisões injustas. Por isso, a cognição sumária feita pelo juiz precisa ser cautelosa, rigorosa e perspicaz.

Terceiro, a fixação dos alimentos gravídicos provisórios deve-se orientar pelo princípio da proporcionalidade existente entre a capacidade do suposto pai e a necessidade da mulher gestante.¹⁹

Por outro lado, o art. 4º do PL nº 62/2004 pode ser atacado pelos fundamentos seguintes. Primeiro, mesmo se a gravidez for inviável, ocorrerão despesas a serem pagas nos termos do artigo 2º. Segundo, não seria necessário incluir que na petição inicial “a parte autora indicará as circunstâncias em que a concepção” ocorreu por duas razões: a) o art. 282, III do CPC adotou a *teoria da substanciação da causa de pedir* para a qual interessa a descrição do contexto fático em que as partes se encontram envolvidas;²⁰ b) haveria uma indevida invasão da intimidade da gestante.

2.5 Audiência de justificação

O art. 5º do PL nº 62/2004 foi aprovado sem qualquer emenda no Senado e na Câmara dos Deputados. Na justificativa, o senador Rodolpho Tourinho escreve:

¹⁸ “O processo civil está pautado pela necessidade de observância da probidade em todos os seus atos. Trata-se de preocupação de fundo ético, que se busca atender com a previsão de deveres éticos ao longo desse processo. O art. 14, do CPC, prevê deveres” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 112). CPC: “Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

¹⁹ É o critério estabelecido pelo Código Civil de 2002 no art. 1.694: “§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

²⁰ CPC: “Art. 282: A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

“Assim, sem olvidar da necessidade de elementos mínimos de convicção, o projeto estabelece procedimento de cognição sumária para que o juiz afira a existência de indícios da paternidade imputada”.

No PL nº 7.376/2006, enviado à apreciação do presidente da república, constava o art. 5º: “Recebida a petição inicial o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas de paternidade, em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré, de testemunhas e requisitar documentos”.

A audiência de justificação é, ordinariamente, marcada para comprovar uma situação fática para obter uma medida liminar.²¹ No PL nº 7.376/2006, os senadores e deputados pretenderam que a fixação dos alimentos fosse feita a partir das provas obtidas na audiência de justificação.

2.6 Indícios de paternidade

O art. 6º do PL nº 62/2004 foi mantido sem qualquer emenda no Senado ou na Câmara. O presidente não vetou este dispositivo, que agora vigora na Lei nº 11.804/2008:

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*. (grifo nosso)

2.7 Resposta do réu

O art. 7º do PL nº 62/2004 foi também mantido sem emendas no Senado e na Câmara dos Deputados. Não houve veto presidencial sobre este dispositivo, que consta agora da Lei nº 11.804/2008. O réu será citado para apresentar resposta em cinco dias.

O prazo é curto, o que traz dificuldades para a defesa do suposto pai. Na Lei dos Alimentos,²² o art. 5º, § 1º, autoriza o juiz, ao fixar a data da audiência de conciliação e julgamento, um “prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta”. Este prazo de cinco dias é usado nas ações cautelares,²³ o que sugere que o PL se inspirou no procedimento cautelar que inclui a “audiência de justificação” (art. 5º).

²¹ A audiência de justificação está prevista no CPC: “Art. 848: O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.”

²² Lei nº 5.478/1968.

²³ “Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

2.8 Contestação da paternidade

Aqui está o cerne da discussão, do ponto de vista da defesa do suposto pai.

O PL nº 62/2004, na justificativa do senador Rodolpho Tourinho, asseverou: “Por outro lado, o projeto cria mecanismos de oposição por parte do suposto pai, permitindo a contestação e a suspensão do valor fixado a título de alimentos gravídicos, mediante depósito em juízo. Impõe, entretanto, retroatividade até a data da citação.”

A redação original no PL nº 62/2004 era protetora dos interesses do suposto pai:

Art. 8º Se não for contestada a paternidade, o juiz, apreciando a resposta do réu, poderá alterar o valor dos alimentos; *caso haja contestação, o valor dos alimentos fixado pelo juiz será recolhido em depósito bancário à ordem do juízo até o nascimento da criança.*

§ 1º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial que comprove a paternidade.

§ 2º Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. (grifo nosso)

O *caput* do art. 8º e seu parágrafo primeiro foram rejeitados ainda na CCJ do Senado Federal. A relatora justificou a supressão da maneira seguinte:

Há também objeções a fazer no que se refere ao *caput* do art. 8º do Projeto, pois a fórmula nele estabelecida, de que o juiz poderá alterar o valor dos alimentos se não for contestada a paternidade, parece-nos despicienda, uma vez que o nosso ordenamento já comporta o entendimento de que o juiz deverá fundamentar sempre a sua decisão e jamais poderá julgar *extra petita*, isto é, conferir além daquilo que a parte pediu na sua petição inicial. Porém, sempre poderá conceder menos, desde que fundamentada a sua decisão.

Além disso, esse mesmo dispositivo também estabelece uma extravagante fórmula de que, se houver contestação quanto à paternidade, deverá a pensão alimentícia ser recolhida em depósito bancário à ordem do juízo até o nascimento da criança. Ora, se os alimentos gravídicos estão sendo criados para dar suporte financeiro à futura mãe para poder arcar com as despesas necessárias a uma gravidez saudável e segura, não faz sentido determinar que os recursos indispensáveis aos exames pré-natais, consultas médicas, medicamentos e etc, fiquem indisponíveis até o nascimento da criança, indiferente às inadiáveis necessidades da mulher grávida.

Assim, o texto do artigo, que foi depois aprovado pela Câmara dos Deputados, ficou com a redação seguinte: “Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de *exame pericial pertinente*” (grifo nosso).

2.9 Quando é que o suposto pai começa a pagar?

O PL nº 62/2004 manteve a norma prevista na Lei dos Alimentos, art. 13, § 2º: “Os alimentos são devidos desde a *data da citação do réu.*” Esta norma foi aprovada sem emendas no Senado e na Câmara dos Deputados.

2.10 Responsabilidade civil da gestante grávida

Aqui está um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 11.804/2008. Como fica a situação jurídica do *suposto pai* que, após o nascimento com vida da criança, constata, com o exame de DNA, que não é o verdadeiro pai?

Esta foi a questão mais debatida na trajetória da PL nº 62/2004. Na justificativa do senador Rodolpho Tourinho, consta: “Registre-se, ainda, que a falsa indicação de paternidade, apurada mediante exame pericial por contestação do réu, importará ao autor [sic]²⁴ responsabilidade objetiva pelos danos materiais e morais causados”.

A relatora da CCJ sintetizou em seu parecer:

No caso de negativa de paternidade na contestação, estabelece o Projeto que a improcedência do pedido, com base nessa alegação, sempre dependerá da realização de exame pericial, sendo que, não confirmada a paternidade, a autora responderá pelos danos morais e materiais causados ao autor, devolvendo-se a pensão alimentícia em liquidação nos próprios autos.

No voto da relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, deputada Solange Almeida, também existe referência ao dispositivo: “Ressalte-se que a proposição contém preceito que garante a cidadãos a quem se impute injusta ou por má-fé paternidade não comprovada pericialmente o direito de ingressar com ações indenizatórias por danos materiais e morais.”

Observe-se que a “liquidação nos autos” é extremamente positiva, para dar *celeridade* a uma ação que apontou equivocadamente o suposto pai, reduzindo a injustiça de que foi vítima.

O texto aprovado sem emendas no Senado e Câmara tornou-se, no PL nº 7.376, o art. 10: “Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.”

Última observação: foi aprovada, sem emendas ou veto presidencial, o dispositivo do PL nº 62/2004 que declarou: “Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, e do Código de Processo Civil”.

²⁴ Evidentemente, trata-se da autora, a gestante.

3 Solicitação de vetos pelo IBDFAM

A entidade da sociedade que mais ostensivamente participou do *lobby* por vetos junto ao presidente da república foi o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).²⁵ Devido à importância dos vetos presidenciais, transcreve-se a seguir o teor do OF/PRESI nº 415/2007, assinado por Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM:

O PL nº 7376/06, que aguarda a sanção de V. Exa, no entendimento do IBDFAM, é inovador e necessário, mas apresenta alguns equívocos que comprometem a sua aplicabilidade. Não se discute a salutar intenção do legislador em fornecer às mulheres grávidas o que lhes é de direito, mas as disposições dos artigos do PL apresentam incongruências que vilipendiam a Lei de Alimentos e os princípios constitucionais, do acesso à justiça, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança, entre outros.

A seguir, destacamos graves equívocos nos artigos abaixo citados e justificados:

Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 do Código de Processo Civil.

Não se pode fixar a competência no domicílio do réu (CPC, art. 94), já que estatuto processual concede foro privilegiado ao credor de alimentos (CPC, art. 100, II). Além do mais, o PL deve ser interpretado da forma que melhor atenda ao interesse da gestante.

Art. 5º Recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré, de testemunhas e requisitar documentos.

Congestionado como está o nosso Judiciário, seria um contrassenso a necessidade da audiência para fixação de alimentos. A gestante corre o risco de não ter os alimentos fixados antes que seu filho nasça. Sugerimos que o juiz, convencido da existência de indícios da paternidade, fixe os alimentos sem essa solenidade.

Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente.

Se não vetada, essa disposição pode pôr em risco a vida da criança. É consenso na comunidade médica que o exame de DNA em líquido amniótico pode comprometer a gestação.

²⁵ "O IBDFAM teve participação significativa nestes vetos, pois encaminhou no último dia 21 de outubro um ofício para o presidente Lula sugerindo a retirada dos artigos 3º, 5º, 8º e 9º, e todos eles foram extraídos do texto". (IBDFAM, 2008).

Art. 9º Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu.

Esse dispositivo favorece as manobras do réu para esquivar-se do oficial de justiça, atrasando o trâmite e a fixação de alimentos. Ao depois, o dispositivo afronta jurisprudência já consolidada dos tribunais e se choca com a Lei de Alimentos, que diz no art. 4º: “Ao despachar a inicial o juiz fixa, desde logo, alimentos provisórios”. O intuito do legislador é garantir o melhor interesse da criança (art. 4º do ECA), ao dispor que: “Tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade solicitamos a V. Exa. que vete os artigos supracitados para que, de fato, seja assegurada o bem-estar de milhares de gestantes, futuras mães e crianças brasileiras.”

4 Vetos parciais do presidente da república

Aprovado no Senado e Câmara dos Deputados, o PL nº 7.376 foi para a apreciação do presidente da república, que, por vetos parciais, mudou dramaticamente o teor da matéria regulada.

Dirigida ao presidente do Senado, a Mensagem nº 853/2008 apresenta os vetos parciais ao PL nº 7.376/2006. Os aspectos principais da mensagem são os seguintes:

Ouvidos, o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

“Art. 3º Aplica-se, para a aferição do foro competente para o processamento e julgamento das ações de que trata esta Lei, o art. 94 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

Razões do veto:

O dispositivo está dissociado da sistemática prevista no Código de Processo Civil, que estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos o do domicílio do alimentando. O artigo em questão descon siderou a especial condição da gestante e atribuiu a ela o ônus de ajuizar a ação de alimentos gravídicos na sede do domicílio do réu, que nenhuma condição especial vivencia, o que contraria diversos diplomas normativos que dispõem sobre a fixação da competência.

“Art. 5º Recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas e requisitar documentos”.

Razões do veto:

O art. 5º ao estabelecer o procedimento a ser adotado, determina que será obrigatória a designação de audiência de justificação, procedimento que não é obrigatório para nenhuma outra ação de alimentos e que causará retardamento, por vezes, desnecessário para o processo.

Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se ainda pelo veto aos seguintes dispositivos:

“Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente”.

Razões do veto:

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.

“Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.

“Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.”

Razões do veto:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres manifestaram-se ainda pelo veto ao seguinte dispositivo:

“Art. 9º Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu.”

Razões do veto:

O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.

Por fim, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

“Art. 4º Na petição inicial, necessariamente instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade, a parte autora indicará as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas de que dispõe para provar o alegado, apontando, ainda, o suposto pai, sua qualificação e quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe, e exporá suas necessidades.”

Razões do veto:

O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à petição inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. No entanto, a gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. O próprio art. 2º do projeto de lei dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: “valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis [...]”. Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança.

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

5 Avaliação crítica da Lei nº 11.804

O presidente da República vetou 6 artigos do PL nº 7.376, que continha 12 artigos. Todos os artigos que protegiam processualmente o *suposto pai* foram vetados. Esses vetos foram saudados pela advogada familiarista Maria Berenice Dias:²⁶

De forma salutar foram afastados dispositivos do projeto que traziam todo um novo e moroso procedimento, o que não se justificava em face da existência da Lei de Alimentos. Permaneceu somente uma regra processual: a definição do *prazo da contestação* em cinco dias (7º). Com isso fica afastado o poder discricionário do juiz de fixar o prazo para a defesa (Lei nº 5.478/68, 5º, § 1º). (DIAS, 2009, p. 482)

A prestação jurisdicional deve ser célere na medida do possível, desde que respeite a garantia do devido processo legal. O exame do pleito em cognição sumária²⁷ pelo juiz - devido a uma situação de urgência (o período de gestação materna) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (não pagamento das despesas pelo suposto pai) - é baseado em um juízo de verossimilhança (probabilidade).

Anterior à reforma do art. 273 do CPC (Lei nº 8.952/1994),²⁸ a Lei dos Alimentos

²⁶ Maria Berenice Dias Advogados é o primeiro escritório especializado em direito homoafetivo do Brasil. Todos os artigos citados neste estudo estão disponíveis em <<http://www.mbdias.com.br>>

²⁷ A cognição sumária diz respeito à maneira pela qual as alegações das partes são examinadas pelo juiz. A cognição é sumária quando o exame das alegações não é completo, ficando limitada a determinadas alegações, como, por exemplo, que “X” é o suposto pai.

²⁸ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença *da verossimilhança da alegação* e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela,

pertence a uma época em que antecipações de tutela eram previstas em regras especiais, para hipóteses limitadas. O art. 2º da Lei dos Alimentos exige para a concessão de alimentos provisórios a *prova pré-constituída* da relação alimentar - no caso em discussão, a prova da paternidade.²⁹ Os alimentos provisórios são fixados por despacho judicial no início da ação de alimentos, sem ser ouvida a parte contrária (o *suposto* pai biológico). A antecipação de tutela do art. 273, *caput*, do CPC exige, de maneira assemelhada, a “prova inequívoca” que indique a “verossimilhança da alegação”.

5.1 O ônus da prova da autora

O *ônus da prova incumbe à autora* (mulher gestante) quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I). A obrigação alimentar tem como pressuposto a existência de um determinado vínculo parental: o indigitado réu provavelmente teria engravidado a autora. Mas qual seria a *prova pré-constituída* que convenceria o juiz sobre as alegações, de fato, da causa?³⁰

Dado o consentimento da autora e do réu, e considerando o advento da técnica de PCR (*polymerase chain reaction*), o teste de verificação de paternidade pode ser feito por meio da análise em DNA contido nas células do líquido amniótico ou das vilosidades coriônicas da placenta, ao redor do início do 4º mês de gestação (RASKIN, 1999). Dado o risco e custo existente, este exame provavelmente não será usado.

Existe no Código Civil (CC), no art. 1.597, I e II, a *presunção legal* da paternidade.³¹ O pai é aquele indicado pelo casamento.³² Hoje esta presunção legal é relativa (*juris tantum*): pode-se fazer prova em contrário.³³ A lei civil não estendeu a presunção de paternidade para a união estável. A jurisprudência vem se inclinando para reconhecer esta presunção, ao ponto de dispensar a investigação de paternidade quando demonstrada a notória convivência estável de um casal e quando a mulher deu à luz na constância da união estável (MADALENO, 2008, p. 437).

O Código Civil afirma que a filiação é provada pela certidão do termo de nascimento assentado no Registro Civil (art. 1.603). Mas, segundo o art. 1.605,³⁴ poderá

requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

²⁹ “Art. 2º O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, *provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor*, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.”

³⁰ Sobre esta questão versava o art. 4º do PL nº 7.376, que foi vetado.

³¹ CC: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.”

³² A expressão vem do Direito Romano: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Ou seja, é pai aquele que núpcias legítimas indicam.

³³ CC: “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

³⁴ “Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”

também ser evidenciada por *qualquer outro modo admissível* em direito: a) quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; ou b) quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Assim, bilhetes, cartões ou e-mails com referência ao “nosso futuro bebê”, pagamento de conta da ginecologista pelo indigitado pai ou relacionamentos sexualmente exclusivos na época da concepção seriam veementes presunções de paternidade.

Ao aplicar pela primeira vez a Lei nº 11.804, que entrou em vigor em novembro de 2008, a juíza Maria Cristina Costa, da 5ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia, deferiu, em 4/12/2008, pedido de alimentos gravídicos a S.R.M., determinando a A.A. que pague à gestante, até o dia 10 de cada mês, o valor correspondente a 60% do salário-mínimo. Ao pedir os alimentos gravídicos, S.R.M. juntou prova da gravidez nos autos e, ainda, *testemunho de duas pessoas que atestaram a existência de relacionamento amoroso* entre ela e A.A. em época coincidente com a concepção, o que para a juíza são fortes indícios da paternidade (*Jus Brasil Notícias*, 4/12/2008).

5.2 Defesa do suposto pai

A contestação da paternidade está extremamente fragilizada. Salvo se o indigitado pai tiver laudos médicos ou documentos que provem ter feito vasectomia ou sofrer de impotência sexual grave ou ser estéril,³⁵ a sua resposta a ser dada no prazo de cinco dias provavelmente não será muito convincente.

É possível provar, por meio de testemunhas, que a gestante, no período da concepção, manteve relações sexuais com outro ou outros homens. É a chamada *exceptio plurium concubentio* (exceção do concubinato plúrimo). Esta defesa pode se tornar bastante usada porque gera dúvida para o juiz sobre quem é o pai biológico, o que pode ser suficiente para a improcedência da ação.³⁶ Neste caso, talvez a decisão sobre alimentos fosse adiada para após o nascimento com vida da criança, quando se faria o exame pericial de DNA.

Outra tese de defesa consiste em afirmar que a relação sexual entre a gestante e o suposto pai ocorreu em período *anterior* à concepção. Era uma linha de defesa bastante usada antes do uso do exame de DNA.

O contestante pode ainda negar que conhece a gestante ou que teve com ela conjunção carnal, mesmo eventual. Essa defesa só seria adequada se o réu não temesse uma criteriosa coleta de provas, com oitiva de testemunhas. Só deve ser usada se corresponde à verdade dos fatos, pois implica uma terrível exposição no processo, com inevitáveis repercussões familiares e profissionais.

³⁵ O suposto pai teria de comprovar que se achava fisicamente impossibilitado de manter relação sexual com a mulher, o que inclui a impotência *generandi*, desde que absoluta.

³⁶ “Ao Direito interessa a ausência da fidelidade ou de exclusividade do relacionamento sexual entretido em coincidência temporal com a concepção, podendo ainda ser alegada a notória má-conduta da mãe do investigante, a qual levava à época da gravidez uma vida desonesta e desregrada. Sempre existe uma margem de incerteza acerca da paternidade de uma mãe sobre a qual pesa a acusação de haver mantido relacionamentos concomitantes, tendo mantido congresso carnal com todos os namorados ao tempo da concepção, permitindo recair uma concorrência de possibilidades sobre todos os distintos varões que coabitaram com a mãe do investigante” (MADALENO, 2008, p. 444).

O réu pode mover uma ação declaratória incidental de negação de paternidade, solicitando que se faça o teste de DNA contido nas células do líquido amniótico. Provavelmente, este pedido não será acolhido, devido ao risco para a gestante e o feto.

Enfim, o prognóstico é que, ao ponderar o direito de saúde da gestante e do nascituro, com os direitos patrimoniais do suposto pai, o juiz tenderá a favorecer o direito à assistência alimentar e à vida.

O indigitado pai na ação de alimentos gravídicos está numa situação cujo ônus probatório é muito difícil ou impossível de atender. A doutrina usa a expressão “prova diabólica” (DIDIER JR. et al., 2007, p. 60-61) para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Como pode o suposto pai provar que não engravidou a mulher porque usa sempre preservativo?

5.3 A posição doutrinária de Maria Berenice Dias sobre a Lei nº 11.804

Em seu texto sobre alimentos gravídicos, escreve a autora: “Caso o genitor não conteste a ação e não proceda ao registro do filho, a procedência da ação deve ensejar a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental” (DIAS, 2009, p. 482).

Com o suposto objetivo de diminuir as dificuldades probatórias no campo das investigações de “parentalidade”, Maria Berenice Dias socorre-se de um autor para apresentar sua proposta. Eis o texto pertinente:

As ações que buscam identificar o estado de filiação são o exemplo clássico do que se chama *ação de estado*. Por isso, ninguém põe em dúvida que não se operam os efeitos da *revelia* (CPC art. 320, II). Assim, mesmo que o réu seja citado pessoalmente, se não contestar, não se reputam verdadeiros os fatos afirmados pela autor (CPC, art. 319). É necessária a produção de *provas*. Cabe acompanhar o raciocínio de Arnoldo Camanho de Assis: será colhido o depoimento do representante do autor, que certamente vai ratificar os termos da inicial. Quanto às testemunhas, é claro, nada poderão dizer sobre o momento da concepção, já que isso somente seria possível com o auxílio de uma microcâmera, mas vão falar que sabiam do relacionamento afetivo. Assim, somente a negativa do réu de submeter-se ao DNA (depois de ser marcada a perícia mais de uma vez) é que produzirá os efeitos da revelia. Só que do decurso do prazo da contestação até ser certificado que o réu não compareceu ao exame, quanto tempo decorreu? O processo demorou esse tempo todo e o juiz fez isso tudo para chegar ao fim do processo e decidir com base em mera presunção. E, presunção por presunção, preferível usar a presunção decorrente da revelia. (DIAS, 2009, p. 373, grifo do autor)

Este raciocínio não tem base legal e enseja uma discriminação contra o suposto pai, que tem seu direito de defesa cerceado, com a antecipação dos efeitos da revelia.³⁷ O indigitado pai só será pai por reconhecimento voluntário ou sentença judicial.

6 O papel do Ministério Público

Os promotores atuam nas ações de alimentos³⁸ gravídicos como *custus legis* (fiscais da lei), defendendo a ordem jurídica, o bem comum, os interesses sociais e individuais indisponíveis e a busca da verdade. É difícil prever como avaliarão cada caso.³⁹

6.1 Lei nº 8.560: investigação oficiosa de paternidade

As normas jurídicas que hoje amparam a investigação de paternidade são, segundo a doutrina majoritária, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴⁰ e o princípio da isonomia entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.⁴¹ Estas duas normas devem ser conjugadas com o art. 1.606 do CC, que trata da ação de prova de filiação.⁴²

A Lei nº 8.560/1992 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.⁴³ Esta investigação oficiosa é de caráter *administrativo*. Ela antecede a uma investigação de paternidade e visa até a evitar a sua propositura.

O procedimento é o seguinte. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro

³⁷ V. a seção 5.1, que versa sobre a investigação oficiosa de paternidade. “COISA JULGADA. PATERNIDADE. INVESTIGAÇÃO. A Turma, por maioria entendeu que não faz coisa julgada, na primeira ação de investigação de paternidade, em que não houve pronunciamento de mérito pelo não comparecimento da mãe do autor à audiência de instrução, vez que aquela sequer era parte no processo. Ademais, em se tratando de direito indisponível e imprescritível, a revelia não produz efeitos, assim como é inadmissível a confissão quanto a fatos dessa natureza (CPC, arts. 320, II, e 351). Precedente citado: REsp nº 226.435-PR, DJ 4/2/2002.” (STJ, REsp nº 427.117/MS, j. em 4/11/2003, gifo nosso.

³⁸ V. art. 11 da Lei dos Alimentos e art. 82, II, do CPC.

³⁹ “Legitimidade do MP. *Custus Legis*. Investigação de paternidade. A atuação do MP não se restringe a defesa do interesse do menor. Como *custus legis* ele defende o interesse público, que busca a verdade real a qual prevalece sobre o particular, seja o investigado ou o investigante. Assim a revelia do investigado não impede ou exclui a intervenção do *Parquet*. Na espécie houve revelia e não foram apresentados outros elementos comprobatórios da relação ou vinculação da mãe do investigante com o investigado. Logo pode o MP intervir no feito, impugnar os efeitos da revelia aplicados pelo juiz singular, requerer provas, etc. A Turma deu provimento ao recurso e, conseqüentemente, determinou o processamento da apelação.” (STJ, REsp nº 172.968/MG, j. 29/6/2004).

⁴⁰ ECA: “Art. 27 O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

⁴¹ CF, art. 227: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁴² CC: “Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. “Se a boa técnica legislativa tivesse prevalecido no CC de 2002, os artigos 1.606 e 1.605 deveriam estar no Capítulo III (“Do Reconhecimento dos Filhos”), do Subtítulo II (“Das Relações de Parentesco”), do Título I (“Do Direito Pessoal”), do Livro IV (“Do Direito de Família”). Atualmente estes dois artigos estão no Capítulo II: “Da Filiação”.

⁴³ O reconhecimento voluntário dos filhos havido fora do casamento está previsto no CC: “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.” Este texto legal corresponde ao art. 1º da Lei nº 8.560/1992.

e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do *suposto pai*, a fim de ser *averiguada oficiosamente* a procedência da alegação (art. 2º).

O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, *notificar* o suposto pai, *independentemente de seu estado civil*, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (art. 2º, § 1º).

A notificação do suposto pai deve ser coberta pelo manto do segredo de justiça,⁴⁴ pois este pode ser casado ou viver em união estável. No Rio de Janeiro, esta notificação é feita pelos correios! Se o *suposto pai* tiver uma esposa ou companheira curiosa, as chances de uma confusão ou briga são grandes.

No caso de o suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação (art. 2º, § 3º). É o caso do reconhecimento voluntário da paternidade.

Se o *suposto pai não atender, no prazo de 30 dias*, à notificação judicial, ou *negar a alegada paternidade*, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, *havendo elementos suficientes*, a ação de investigação de paternidade (art. 2º, § 3º). Aqui cessa a atuação do juiz no procedimento de investigação oficiosa.

Se o promotor não verificar elementos suficientes de paternidade, promoverá o *arquivamento* do procedimento de investigação oficiosa. Neste caso, o procedimento será enviado ao Conselho Superior do Ministério Público para homologar o arquivamento ou indicar outro membro do Parquet para atuar em defesa dos interesses do menor.

No entanto, se o promotor encontrar “elementos suficientes”, promoverá a ação de investigação de paternidade. Apesar do caráter personalíssimo do estado de filiação previsto no art. 27 do ECA, a Lei nº 8.560/92, no art. 2º, § 4º, confere a legitimidade ativa (legitimação extraordinária) ao Ministério Público. Na prática, ocorrem poucos casos de promoção da ação de investigação.

Por fim, o arquivamento da investigação oficiosa pelo Ministério Público *não* impede que o menor, por meio da Defensoria Pública ou do advogado, venha a promover a investigação de paternidade. O menor tem legitimidade concorrente nos termos do art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.560.⁴⁵

7 Responsabilidade civil: o suposto pai não era o pai biológico

O art. 10 do PL nº 7.376 foi vetado pelo presidente. Como fica a situação agora?

Primeiro, os alimentos são irrepetíveis ou irrestituíveis. A lei não dispõe sobre a impossibilidade das prestações alimentares serem devolvidas. Foi essa construção doutrinária e jurisprudencial brasileira que fixou esta característica da obrigação alimentar.

⁴⁴ Lei nº 8.560/1992, art. 2º: “§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.”

⁴⁵ Lei nº 8.560, art. 2º: “§ 5º A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.”

É justificada por ser a prestação alimentar, de caráter assistencial. Uma vez consumidos os alimentos, não há como devolvê-los. Assim sendo, mesmo vindo a ser desconstituído o título que serviu de base para o pagamento dos alimentos (por exemplo, por intermédio da ação negativa de paternidade), não cabe a restituição dos valores pagos durante a gravidez (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 606). Existe uma posição minoritária na doutrina que sustenta o seguinte: “O princípio da irrepetibilidade não é, todavia, absoluto e encontra limites no dolo em sua obtenção, bem como na hipótese de erro no pagamento de dos alimentos” (GONÇALVES, 2007, p. 462).

Segundo, o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.804 prevê 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*” (grifo nosso).

Isso significa, por um lado, que se o bebê nascer morto, cessa a obrigação alimentar do suposto pai. Por outro, quando a criança sobrevive, passa automaticamente a receber uma pensão alimentar.

É muito provável que a mãe mova uma ação revisional de alimentos alegando que as despesas com a criança se elevaram. O suposto pai poderia reconvir,⁴⁶ alegando que havia negado a paternidade do nascituro e demandar agora, para a revisão de alimentos, a prova pericial do exame de DNA? Não, porque o parágrafo único do art. 315 do CPC⁴⁷ nega essa possibilidade, uma vez que a mãe (autora) está representando a criança.

O suposto pai precisará contratar um advogado e mover uma ação autônoma: ação negatória de paternidade. Deverá, então, ser feito o exame de DNA. Os resultados do teste serão aceitos para fixar se ele é o pai biológico ou não. Se for o pai biológico, dirimiram-se as dúvidas: está firmado o vínculo de filiação que fixa a obrigação alimentar, e o homem continuará a pagar a pensão alimentícia devida e sujeita a revisões.

O que ocorrerá na hipótese de a mãe, que já assegurou uma pensão alimentícia *em favor do menor*, impedir que a criança seja submetida ao exame de DNA?⁴⁸ O CC adota o princípio da *presunção* pela recusa. Afirma o art. 231: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”. E no art. 232 está previsto: “A *recusa à perícia médica* ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia com o exame”. Todos devem colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (CPC, art. 339), e o teste pericial de DNA traz uma força de convicção muito grande ao juiz. Mesmo a partir dessa base legal, e da jurisprudência dos tribunais, muitos homens continuaram a recusar a fazer o exame pericial. Em 2004, o STJ firmou o seguinte enunciado, na Súmula nº 301: “Em ação investigatória, a recusa do *suposto pai* a submeter-se ao exame de DNA induz *presunção juris tantum* de paternidade.”

⁴⁶ Reconvenção é um instituto do Direito Processual Civil pelo qual o réu formula uma pretensão contra o autor da ação.

⁴⁷ CPC: “Art. 315. [...] Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.”

⁴⁸ Ou: se a mãe recusar a fazer o exame pericial de DNA, como muitos homens já fizeram e fazem?

Terceiro, na hipótese de o exame de DNA indicar que o indigitado pai não é o pai biológico, haverá fundamento jurídico para pedir a exoneração da pensão alimentícia.

Quarto, o suposto pai, que demonstrou por prova pericial não ser o pai biológico, poderá ingressar com uma ação indenizatória por danos morais em face da autora da ação de alimentos gravídicos. São os casos em que o indigitado pai teve sua vida familiar (casamento ou união estável), social (noivado ou namoro) ou profissional desestabilizada. A base legal para esta ação indenizatória está presente no art. 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Porém, é possível sustentar, em circunstâncias especiais, que a indenização será devida com base no art. 187 do CC, que prevê o *abuso de direito*, inclusive de ação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁴⁹

A obrigação de indenizar está prevista no art. 927 do CC: “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a indenizá-lo”.

8 Conclusões

As inovações trazidas pela Lei nº 11.804/2008 contemplam orientações doutrinárias⁵⁰ e alguns julgados que reconheciam, em circunstâncias especiais, o direito do nascituro a alimentos.

A história legislativa dos alimentos gravídicos no Congresso Nacional evidenciou que esta inovação visava a *reduzir gastos públicos*, como justificou o senador Tourinho Filho.⁵¹ A iniciativa era louvável, e o PL nº 7.376 continha garantias legais contra o eventual uso abusivo da lei por gestantes que, de má-fé, indicassem um suposto pai. Os vetos parciais do presidente Lula alteraram dramaticamente o texto original, criando para, repitamos, aquelas grávidas que não agirem de boa-fé, uma “Bolsa Barriga” que se tornará, quando o menor nascer com vida, uma pensão alimentícia.

Deve-se lembrar, em primeiro lugar, a velha lição médica: “gravidez não é doença”. A dieta a que uma gestante se submete deve ser assemelhada a que qualquer mulher saudável segue. As despesas mais elevadas talvez sejam aquelas do futuro bebê, mas isto não está contemplado nos “alimentos gravídicos”, mesmo porque a propensão ao consumismo de algumas gestantes pode tornar esta despesa incalculável.

⁴⁹ No caso de abuso de direito, a doutrina vem entendendo que a responsabilidade é objetiva.

⁵⁰ Autores como: J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, R. Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosendal e Silmara Juny A. Chinellato e Almeida.

⁵¹ Nesse sentido, escreve Sílvio Rodrigues (2004, p. 373): “A tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe, ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumprimento, o Estado, transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuges ou companheiro do necessitado, cada vez que possam atender a tal incumbência”.

O indigitado pai que não for o pai biológico foi posto numa situação probatória em que está materialmente indefensável. Como provar que não é o pai do nascituro? É uma prova diabólica.

Outro problema que pode surgir após o menor nascer com vida: a recusa em fazer o exame de DNA.⁵² Vai ser indispensável que a sociedade venha a *discutir a legalização do exame de material genético da placenta e do sangue do cordão umbilical após o parto*.⁵³ O exame desse material não constitui invasão da intimidade da mãe. Ao contrário, é considerado “lixo biológico” que pode ser adequadamente examinado para resolver um problema jurídico complexo do ponto de vista probatório: o reconhecimento da paternidade.

Algumas mulheres, ao longo do tempo, iludiram-se com a ideia de que, ao engravidarem, consolidariam um vínculo afetivo com seus parceiros. As mulheres mais prudentes ou experientes sabem que isto não é verdade. A gravidez indesejada é muitas vezes a causa dos fins de relacionamentos. Com a Lei nº 11.804/2008, este problema social e existencial não será resolvido, mas garantirá assistência ao nascituro e ao menor. Se, e quando usada com boa-fé pela mulher gestante, a lei dará assistência a uma nova família monoparental.

Mas a gestante pode agir de má-fé ou até se enganar, ao apontar o suposto pai. Certamente, um indigitado pai que não for o pai biológico sofrerá graves danos na sua vida pessoal, familiar, financeira e profissional. Ações indenizatórias por dano moral provavelmente não serão capazes de reparar as perdas, até porque a ré supostamente necessita de assistência.

No caso de o suposto pai estar certo de que não é o pai biológico, será aconselhável propor uma ação negatória de paternidade, para, com o resultado do exame pericial, obter a exoneração da pensão alimentícia. O exame de DNA atualmente custa cerca de R\$ 900,00 em clínicas particulares. Se for indispensável fazer o exame pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a fila de espera é de cerca de seis meses. Deve-se levar em conta também a demora na prestação jurisdicional: nas regiões Sul e Sudeste, em mais de 70% das varas mais de 2.500 processos esperam julgamento.⁵⁴

⁵² No Brasil, prevalece o princípio da dignidade humana o que impede que o corpo seja invadido em suas cavidades (boca, ânus, vagina, cirurgias) para a coleta de evidências, ficando como regra geral a da concordância do investigado, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (*HC nº 71.371/RJ*, rel.: min. Marco Aurélio).

⁵³ Esta discussão ocorreu no caso Glória Trevi. O voto vencedor, proferido pelo Ministro Néri da Silveira, relator da reclamação, abordou o cerne da controvérsia, nos seguintes termos: “Em realidade, assim, de um lado, a extraditanda, ‘ora reclamante, com base no art. 5º, inciso X, da Constituição, alega como o faz na inicial seu direito fundamental à intimidade, à vida privada, em não concordando com qualquer exame de “material genético dela e de seu filho” (fls. 3), e, de outra parte, os Policiais Federais (fls. 186), atingidos, consoante alegam, em sua honra, pelas acusações da reclamante, juntamente com o Delegado Federal que preside o Inquérito Policial em que se apuram os fatos ligados à origem da gravidez da requerente, e o Ministério Público Federal, invocando, por igual, o direito à honra e à imagem, art. 5º, X, da Constituição, *sustentam a imprescindibilidade da prova do DNA do filho da reclamante, recém-nascido, o que se pode obter por meio da placenta retirada da reclamante*. Põem-se, aqui, portanto, em confronto alegações de direitos fundamentais à intimidade, de um lado, e à honra e imagem de outro lado, previstos no art. 5º, inciso X, da Lei Magna da República.” (STF, *Reclamação nº 2.040-1/DF*, DJU 27/6/2003).

⁵⁴ “Cerca de 85% das varas judiciais brasileiras estão sobrecarregadas com mais de mil processos em tramitação. Em apenas 15% das unidades tramitam até mil processos, número considerado aceitável. Os números fazem parte da pesquisa inédita realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sobre as condições de trabalho dos juizes. O excesso de trabalho associado à falta de estrutura física nas unidades são apontados pela entidade como as principais causas da morosidade na Justiça. A pesquisa ouviu 1.228 juizes de primeira instância nas cinco regiões.” (*Jornal do Brasil*, 11/2/2009, p. A5).

O STJ havia pacificado, por conta da Súmula nº 277, a questão da retroatividade dos alimentos devidos *em ação de investigação de paternidade* julgada *procedente*: são devidos a partir da citação.⁵⁵ Em contraste, pela Lei nº 11.804/2008, o *nascituro que não é*, em termos jurídicos, comprovadamente filho biológico do pai, a gestante recebe alimentos gravídicos *desde a concepção* (art. 2º). Esta discrepância entre as duas leis vai, provavelmente, fazer com que advogados e a Defensoria Pública passem a pedir alimentos *a partir do momento da concepção* nas ações de *investigação da paternidade*.

Há previsão de prisão civil para o devedor de prestação alimentar na Constituição Federal de 1988.⁵⁶ A Lei nº 5.478/68, no art. 19, autoriza a prisão do devedor por até 60 dias. Já o CPC, no art. 733, § 1º, prevê a prisão pelo prazo de um a três meses. O juiz decide qual entendimento adotará no caso.

PREGNANT'S FOOD: CRITICAL ANALYSIS OF LAW N. 11,804

ABSTRACT: This article reveals that a law that approved by the Senate passed without amendments in the House of Representatives, but became object of presidential vetoes that changed its initial content. The challenges created to legal professionals are critically analysed.

KEYWORDS: Alimony. Unborn child. Pregnant woman. Liability.

Bibliografia

ABADE, Luciana. Magistrados julgam-se sobrecarregados. *Jornal do Brasil*. Caderno País. 11/2/2009, p. A5.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.040-1/DF*. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. Reclamante: Glória de los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 21/2/2002. DJU de 27/6/2003.

IBDFAM. IBDFAM colabora com a aprovação dos alimentos gravídicos. *IBDFAM online*, 6/11/2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2751>>. Acesso em: 4 fev. 2009.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual*. V. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

⁵⁵ O verbete do STJ regulou a questão em consonância com o art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/1968 (Lei dos Alimentos): "Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação".

⁵⁶ CF, art. 5º: "LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

_____. Alimentos para a vida. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,3>>. Acesso em: 4 fev. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. VI: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 437-444.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: RT, 2008.

PAPINI, Patrícia. Juíza Aplica Lei sobre Alimentos Grávidicos. *JusBrasil Notícias*, 4/12/2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/329072/juiza-aplica-Lei-sobre-alimentos-gravidicos>>. Acesso em 5 jan. 2010.

RASKIN, Salmo. DNA e investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=538>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Atualização de Francisco José Cahali.