



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO DA UFBA
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BIANCA PEREIRA PESSOA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA FALSA IMPUTAÇÃO
DE PATERNIDADE COM PAGAMENTO DE ALIMENTOS
GRAVÍDICOS**

Salvador
2018

BIANCA PEREIRA PESSOA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PARA FALSA IMPUTAÇÃO
DE PATERNIDADE COM PAGAMENTO DE ALIMENTOS
GRAVÍDICOS**

Monografia apresentado ao curso de Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Salvador
2018

BIANCA PEREIRA PESSOA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PARA FALSA IMPUTAÇÃO
DE PATERNIDADE COM PAGAMENTO DE ALIMENTOS
GRAVÍDICOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia

Iran Furtado de Souza Filho – Examinador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia

Felipe Jacques Silva – Examinador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Após essa longa caminhada eu agradeço a todos que estiveram ao meu lado sempre me incentivando e alegrando os meus dias.

No primeiro momento eu agradeço a Deus por me conceder a graça de viver esta experiência acadêmica e me fortalecer a cada momento de dificuldade.

Agradeço aos meus pais, Lilian e Júlio, por todo o amor que me deram, por acreditarem em mim e sempre me lembrarem o quanto sou capaz de realizar todos os meus sonhos.

Aos meus irmãos, Geraldo e Júlio, por mostrarem que devemos sempre lutar por aquilo que acreditamos.

Aos meus familiares e amigos que estiveram presentes em todos os momentos, incentivando e deixando o caminho mais leve e doce.

Ao meu amigo e namorado Bryant, por ser o meu companheiro e vivenciar comigo todas as alegrias e dificuldades.

Aos mestres, funcionários e alunos da Faculdade de Direito da UFBA, que dividiram o conhecimento, as angústias, as obrigações e as conquistas durante todos esses anos, principalmente ao meu orientador Rodolfo Pamplona Filho, por me ajudar a construir esse trabalho e dividir comigo tanta experiência e vivência jurídica.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar a aplicação da Lei de Alimentos Gravídicos (11.804/2008) e a possibilidade da responsabilização civil da genitora em situações que haja a falsa imputação de paternidade. Para isso, no primeiro momento será feito um estudo da teoria da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, será abordada a sua evolução histórica, conceito, elementos e a sua importância para o direito. Além disso, será estudado o instituto dos alimentos, analisando a sua aplicação prática, os princípios que fundamentam a obrigação alimentar, os seus pressupostos de existência e principais características. Após, serão estudados os alimentos gravídicos e as suas peculiaridades, analisando o direito do nascituro, as teorias de início da personalidade jurídica, as limitações deste instituto e as controvérsias que giram em torno da Lei 11.804/2008. No momento posterior será analisada a possibilidade de responsabilização civil da gestante quando houver a falsa imputação da paternidade, levando em consideração a irrepetibilidade da obrigação alimentar.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Alimentos Gravídicos. Inícios de Paternidade.

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the application of the Law of Gravitational Food (11,804 / 2008) and the possibility of civil responsibility of the mother in situations where there is false imputation of paternity. For this, in the first moment will be made a study of the theory of civil responsibility in the Brazilian legal system, will approach its historical evolution, concept, elements and their importance to the law. In addition, the institute of food will be studied, analyzing its practical application, the principles that underlie the obligation of food, its assumptions of existence and main characteristics. After that, gravid foods and their peculiarities will be studied, analyzing the right of the unborn child, theories about the beginning of legal personality, the limitations of this institute and the controversies that revolve around Law 11804/2008. Later, the possibility of civil liability of the pregnant woman will be analyzed when there is a false imputation of paternity, taking into account the unrepeatability of the food obligation.

Keywords: Civil responsibility. Food Gravidicos. Beginnings of Paternity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	UM PANORAMA SOBRE A TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1	HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.2	CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.3	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.3.1	Conduta humana	13
2.3.2	Dano	14
2.3.2.1	Dano indenizável	15
2.3.2.2	Dano patrimonial.....	16
2.3.2.3	Dano extrapatrimonial.....	18
2.4	NEXO DE CAUSALIDADE.....	20
2.5	ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.5.1	Responsabilidade civil subjetiva	23
2.5.2	Responsabilidade civil objetiva	24
2.6	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	25
3	O INSTITUTO DOS ALIMENTOS	28
3.1	ALIMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	28
3.1.1	Conceito	28
3.1.2	Pressupostos da obrigação de alimentos	29
3.1.3	Espécies de alimentos	30
3.1.3.1	Quanto a natureza jurídica	30
3.1.3.2	Quanto a causa jurídica.....	30
3.1.3.3	Quanto a finalidade.....	30
3.1.3.4	Quanto ao tempo	31
3.1.4	Características do direito a alimentos	31
3.1.4.1	Impenhorável	31
3.1.4.2	Personalíssimo	31
3.1.4.3	Incessível.....	32
3.1.4.4	Incompensável	32
3.1.4.5	Imprescritível	32
3.1.4.6	Atual	33
3.1.4.7	Intransacionável.....	33

3.1.4.8 Irrenunciável	33
3.1.4.9 Irrepetível.....	34
3.1.5 Princípios do direito aos alimentos	34
3.1.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	35
3.1.5.2 Princípio da solidariedade familiar	37
3.1.5.3 Princípio da igualdade	38
3.2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	39
3.2.1 A Lei 11.804/2008	39
3.2.2 Conceito dos alimentos gravídicos.....	40
3.2.3 O nascituro e os direitos tutelados	41
3.2.4 Ação de alimentos gravídicos	42
3.2.4.1 Procedimento	43
3.2.4.2 Competência e foro	44
3.2.4.3 Provas	44
3.2.4.4 Legitimidade	45
3.2.5 Conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia	46
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PARA FALSA IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE COM PAGAMENTO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS	48
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	48
4.1.1 Ação de investigação de paternidade	49
4.1.2 Meios de prova da paternidade	50
4.1.3 Paternidade responsável e a obrigação alimentar.....	52
4.2 A PROBLEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS	53
4.2.1 Proibição do exame de DNA na gestação	53
4.2.2 Índícios de paternidade	54
4.2.3 Negativa de paternidade após o pagamento de alimentos gravídicos	55
4.3 A RESPONSABILIZAÇÃO QUANDO HÁ A FALSA IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE	56
4.3.1 O artigo 10 da lei de alimentos gravídicos	57
4.3.2 A responsabilização civil da genitora	58
5 CONCLUSÕES.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os chamados alimentos gravídicos, que é um tema discutido no meio jurídico brasileiro devido as suas peculiaridades. Os alimentos gravídicos foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008.

Para que fosse possível a execução desta monografia, foi necessária a pesquisa bibliográfica de livros e obras da doutrina brasileira, a leitura de artigos e monografias publicadas na Internet, o estudo da Constituição Federal, do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2016, da Lei 11.804/2008, bem como do Projeto de Lei nº 7.376/2006, do qual se originou a lei de alimentos gravídicos.

Os alimentos gravídicos configuram um instituto do direito de família que tem como base os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade familiar e da paternidade responsável, princípios estes, previstos na constituição federal e que são o fundamento para a proteção do sujeito inserido no núcleo familiar e na sociedade.

A família tem a obrigação de promover de forma recíproca, a subsistência dos seus membros, fornecendo os mecanismos para uma vida saudável e segura, além de promover o acesso à saúde e ao desenvolvimento adequado de cada indivíduo que a integra. Dentro do núcleo familiar, é obrigação primordial dos pais executarem as ações necessárias para que os filhos tenham acesso a tais direitos, o que se aplica desde a concepção até o momento que possa o sujeito promover a sua subsistência de forma independente.

Ocorre que a Lei de alimentos gravídicos apesar de trazer uma evolução na proteção da vida, trouxe algumas problemáticas que serão o objetivo de estudo deste trabalho. A lei 11.804/2008 prevê que será deferido o pedido de alimentos gravídicos fundada em indícios de paternidade, haja vista que não é possível a realização de exame médico pericial de DNA, por colocar em risco a gestação. Além disso, a irrepetibilidade é uma característica dos alimentos no ordenamento jurídico, assim, os valores desembolsados como alimentos não podem ser devolvidos.

Nesse sentido, discute-se quais seriam as consequências caso ocorra o abuso do direito por parte da gestante ao imputar falsamente a paternidade, já que não terá a obrigação de devolver os valores recebidos, bem como o fato da matéria probatória resumir-se a meros indícios de paternidade, levando em consideração que o Projeto

de Lei 7.376/2007 previa no artigo 10 a possibilidade da responsabilização da autora da ação de alimentos gravídicos quando comprovada a ausência da paternidade, entretanto, foi vetado com a justificativa de dificultar o direito de ação protegido constitucionalmente.

Com efeito, o trabalho está distribuído em 3 partes. A primeira parte discorrerá sobre a teoria da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, analisando o desenvolvimento histórico, trabalhando a conceituação do tema, os elementos que compõem a responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Serão trabalhadas também, as espécies da responsabilidade civil com o desenvolvimento destas e as hipóteses excludentes da responsabilização.

A segunda parte tratará do instituto dos alimentos, oportunidade em que será trabalhado o seu conceito, os pressupostos da obrigação alimentar, as espécies de alimentos, suas características e os princípios que norteiam este instituto. Neste mesmo capítulo, serão estudados os alimentos gravídicos, por meio da análise da Lei 11.804/2008, momento em que se explorará a sua conceituação e a aplicação em conformidade com os direitos de proteção do nascituro. Será trabalhada também, a ação de alimentos gravídicos, estudando o seu procedimento, competência, foro, matéria probatória, legitimidade e a possibilidade de conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia.

Na terceira parte do trabalho será tratada a possibilidade da responsabilidade civil para a autora da ação de alimentos gravídicos quando há a falsa imputação de paternidade, levando em consideração a investigação de paternidade no ordenamento jurídico pátrio e a proibição da exigibilidade do exame de DNA nas ações de alimentos gravídicos, bem como o estudado nos capítulos anteriores, principalmente a característica da irrepetibilidade dos alimentos. Assim, será analisada a possibilidade da responsabilidade civil, considerando o veto do artigo 10 da lei de alimentos gravídicos.

O trabalho se encerra com as conclusões, em que se reconhece a importância da lei de alimentos gravídicos e o avanço dos legisladores brasileiros ao confeccionarem a Lei 11.804/2008, que assegurou ao nascituro os seus direitos e realizou mais um ato de proteção à vida, bem como pela possibilidade da responsabilização da autora da ação de alimentos gravídicos ao se utilizar a regra geral da responsabilidade civil, que é a responsabilidade subjetiva.

2 UM PANORAMA SOBRE A TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No decorrer da evolução da sociedade, a civilização cresceu pautada no direito e no controle das ações humanas, com a finalidade de se alcançar o equilíbrio social e o respeito ao próximo, por meio da punição das ações danosas. A responsabilidade civil foi um mecanismo desenvolvido para controlar os atos dos sujeitos, promovendo melhor compreensão da cidadania e da justiça (LINS, 2015, p. 4).

O presente capítulo busca entender o instituto da responsabilidade civil estudando a sua estrutura e aplicação jurídica.

2.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os primórdios o homem busca viver com os seus iguais e com a sua evolução, vieram as relações interpessoais e a formação efetiva das sociedades. Este estilo de vida social, requereu do homem um controle maior das suas atitudes e o respeito ao espaço do outro e para que fosse possível a proteção deste espaço e dos demais direitos, foi necessária a criação de mecanismos de controle da sociedade.

A primeira forma de controle utilizada é conhecida como vingança coletivizada, em que, se algum indivíduo prejudicasse outro indivíduo, todo o grupo em que a vítima se encontrava reagia e ia vingar a lesão, criando conflitos grandiosos. Como a sociedade era muito primitiva, não existiam regras e, na maioria das vezes, esses conflitos resultavam na morte (NEVES, 2018, p. 12).

Com o passar dos anos e a evolução das relações sociais, foi elaborada a Lei do Talião. Aqui a vingança deixa de ser coletiva e passa a ser individual, pois há a legitimação da vingança particular, oportunidade em que o indivíduo lesado provoca com as próprias mãos a mesma lesão no autor do dano, para que seja compensada a sua dor. Esta fase é caracterizada pela expressão “olho por olho, dente por dente”, haja vista que a vingança deverá se limitar na medida da lesão inicial e deve ter o mesmo resultado. Apesar da violência nas ações, é possível perceber a busca pela reparação de uma lesão e pela responsabilização do agente (VENOSA, 2012, p. 18).

O estado exercia o controle das vinganças através do reconhecimento de quem era o autor e qual seria a sua pena, era uma forma de monitorar as ações e evitar o uso indiscriminado e absurdo das vinganças. Era deferido ao lesado o poder de causar o dano na mesma medida ao seu agressor independente da análise da culpa, como mecanismo de compensar a sua perda, mas de forma limitada (DINIZ, 2014).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2017) afirmam que durante muito tempo as vinganças foram utilizadas como tentativas de reparação de danos, contudo, o homem permanecia insatisfeito com a sua situação, já que não havia uma compensação efetiva da lesão. Nessas circunstâncias, passou-se a permitir o uso da pecúnia como forma de reparação dos danos, assim, havia a obrigação de pagar uma quantia ou entregar um bem em razão do ato lesivo. É aqui que a responsabilidade civil aparece, pois, a finalidade é de tutelar o lesado ao mesmo tempo em que gera um prejuízo ao agressor, como ocorre na responsabilidade da atualidade.

Conforme as sociedades foram evoluindo e crescendo, a obrigação pecuniária deixou de ser uma opção para tornar-se obrigação. O poder público desenvolveu maior autoridade, com legitimidade para criar leis e ditar normas de convivência de forma mais efetiva, isto permitiu que proibisse a prática de violência no tocante a reparação, obrigando o uso da compensação econômica nas hipóteses de lesão e responsabilização civil, que tinham, muitas vezes, os valores preestabelecidos por meio das chamadas “tarifas” (GONÇALVES, 2012).

Um grande feito para a teoria da responsabilidade civil foi a criação da Lex Aquilia, que influencia imensamente a aplicação do direito nos dias atuais. Do seu texto foi possível extrair o estudo da culpa na ação danosa, pois além de retirar as “tarifas” fixas dos delitos e promover um julgamento e uma sentença que mantenha proporção com os danos, buscou introduzir a culpa como elemento essencial para a responsabilização civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a).

Uma importante contribuição da Lex Aquilia é a diferenciação da “pena” e da “reparação”. Esta distinção ocorreu pois, passou-se a separar os delitos, sendo aplicada penas punitivas, pelo Estado, aos delitos praticados contra a ordem pública e a aplicação da reparação no tocante a lesão dos direitos privados, que forneciam benefícios ao lesado e promoviam o prejuízo ao agressor de forma a reparar o dano (FARIAS; ROSENVALD E NETTO, 2017).

A Lex Aquilia é um dos basilares da responsabilização civil subjetiva, que leva em consideração a culpa nos atos danosos com a finalidade de promover uma análise do caso concreto e das condições dos sujeitos, conseqüentemente, promove uma obrigação reparatória proporcional ao dano, é também a base da responsabilização extracontratual que será estudada neste trabalho.

Apesar da grande importância da culpa na responsabilidade civil, a modernização da vida em sociedade e a complexidade das relações sociais passaram a exigir a aplicação da responsabilização mesmo quando não restasse comprovado o elemento culpa, pois haviam situações de dano sem resolução e vítimas que não podiam ser reparadas. Neste sentido, foi desenvolvida a “teoria do risco” e a aplicação da responsabilidade em razão, apenas, da atividade que o autor do dano desenvolvia, contudo, importa salientar que o desenvolvimento desta teoria não eliminou a aplicação da “teoria da culpa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a).

2.2 CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 268) a responsabilidade civil é a obrigação de indenizar em razão de um prejuízo e poderá ser cobrada por um sujeito ativo vítima do ato de um sujeito passivo. Esta obrigação tem sua origem na realização de um ato ilícito do sujeito passivo em face do sujeito ativo ou de um fato jurídico em que estejam envolvidos.

Entende-se que a responsabilidade civil é consequência da lesão de um “interesse eminentemente particular”, que gera o direito do lesado requerer do agressor indenização para suprir a sua frustração. Caberá ao agressor o reestabelecimento das coisas como eram originalmente, antes da lesão, contudo, quando não há esta possibilidade, fica obrigado a realizar pagamento de pecúnia no montante do dano causado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 59). Haverá conduta ilícita contrária a uma norma, seja ela contratual ou jurídica, que resulta em um prejuízo a outrem, gerando a obrigação de indenizar.

Insta salientar que obrigação e responsabilidade não se confundem, pois, a obrigação é o direito do credor de requerer do devedor a realização de uma atividade em decorrência de uma lei ou um contrato entre as partes. Quando não há o cumprimento da obrigação é que surge a responsabilidade, sendo esta “consequência jurídica patrimonial” do inadimplemento de uma prestação (GONÇALVES, 2012, p. 22).

No entendimento de Flávio Tartuce (2017, p. 328) a responsabilidade civil se divide em duas modalidades, sendo a primeira a Responsabilidade Civil Contratual ou Negocial, em que o sujeito passivo é reconhecido como devedor, pois deixa de realizar uma prestação contratual, particular. Já a segunda modalidade, é a Responsabilidade

Civil Extracontratual ou Aquiliana, em que há a inobservância de uma norma legal, não significa que não poderá existir um contrato entre as partes, mas que este não será a consequência da responsabilidade civil.

Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 266) chama atenção de que nem toda indenização por descumprimento contratual resulta em responsabilidade civil, visto que pode ser consequência de cláusula negocial em que há a previsão do pagamento de perdas e danos por inadimplência. Desta forma, conclui: “Assim, se toda responsabilidade civil é obrigação compensatória de danos sofridos pelo sujeito ativo, o inverso não se pode afirmar”.

2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No Código Civil, precisamente no artigo 186, está elencado os requisitos para que seja possível a concretude da responsabilidade civil, estes preceitos devem estar presentes em conjunto, quais sejam: Conduta Humana, Dolo e Nexo de Causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 79).

2.3.1 Conduta humana

A conduta humana é consequência de um ato praticado pelo sujeito ou de um ato que o mesmo deixa de praticar, seja por não querer praticá-lo ou por agir com imprudência, negligência ou imperícia. No ordenamento jurídico, a primeira forma de conduta humana citada é a ação, que caracteriza o dolo, e a segunda é a omissão, que caracteriza a culpa (TARTUCE, 2017, p. 339).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 56) afirma que quando se trata de um dever oriundo de um contrato, há a obrigação de realizar ou deixar de realizar atos de acordo com o acertado entre as partes. Quando se trata de um dever extracontratual é necessário observar as normas jurídicas, realizando o que está ali exposto, bem como deixando de realizar ações que possam ferir o direito de alguém. Assim, a conduta humana é um elemento da responsabilidade civil e que poderá ser uma ação ou uma omissão, contratual ou extracontratual e é um elemento determinante para que seja possível se pleitear a indenização.

Como foi exposto, a responsabilidade civil ocorre em decorrência uma conduta necessariamente humana, que tem como resultado o dano a alguém. Entretanto, insta

salientar que além do comportamento ser humano deve ser voluntário, ou seja, estar pautado na vontade do sujeito, sendo resultado do seu livre arbítrio e ainda, sendo racional, haja vista que com a livre escolha o agente deve ter consciência do resultado da sua ação, tendo, portanto, capacidade de assumir as suas consequências (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2017a, p. 84-85).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 57) reforça este entendimento quando diz que não há que se falar em responsabilidade civil quando o dano é oriundo das “forças da natureza” ou se o agente está fora de si, inconsciente, por não ser um ato voluntário. Assim sendo, a conduta humana deve ser passível do controle do agente, como condição essencial para gerar a responsabilização civil.

Importa destacar que na omissão, para que ocorra a responsabilidade civil, há duas exigências que devem ser preenchidas: em primeiro lugar, o agente que comete a omissão tinha a obrigação de realizar determinado ato e não o fez, deixando de cumprir com o seu dever, e em segundo lugar, o ato que deveria ter sido realizado e não foi, poderia mudar a realidade factual, poderia evitar ou reduzir o dano (COELHO, 2012b, p. 616).

2.3.2 Dano

O dano é um elemento essencial para a responsabilidade civil, se o ato humano não caracterizar prejuízo a alguém, não há o dever de indenizar, portanto, não há que se falar em responsabilidade. O dano deve estar demonstrado, haja vista que o risco de dano não é capaz de causar verdadeiro prejuízo, muito menos se restar comprovado que a ação só gerou algum desconforto ao sujeito (COELHO, 2014, p. 300).

Sem o efetivo dano, não há razão para que seja pleiteada uma indenização, por não haver elementos a serem indenizados. Até nas situações de descumprimento de contrato deve haver o dano, já que não é apenas o descumprimento que acarreta a responsabilidade, sendo necessário o prejuízo, ou não se trataria de responsabilidade civil, mas mero descumprimento contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 93).

No entendimento de Flávio Tartuce (2011), a comprovação da culpa ou dolo é importante para que seja cabível a compensação por indenização, contudo, não basta a análise da ação, deve-se levar em conta o dano, seja ele patrimonial ou

extrapatrimonial. Afirma ainda, que não é cabível a indenização por dano “hipotético ou eventual”, ou seja, há a obrigatoriedade do dano efetivo.

Segundo Sergio Cavaliere Filho (2012), o dano se configura na responsabilidade civil da seguinte forma:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 77).

Como visto, o dano é um elemento decisivo da responsabilidade civil e é classificado de diversas formas. Para Fábio Ulhoa Coelho (2014) o dano está classificado em danos materiais ou pessoais, diretos ou indiretos, individuais ou coletivos e extrapatrimoniais ou patrimoniais. Os danos materiais são aqueles que decaem sob o patrimônio tangível, os pessoais decaem diretamente sob o indivíduo. Diretos, são os danos imediatos após a ação e os danos indiretos são os danos mediatos, consequência dos danos diretos. Os danos individuais são os que geram prejuízo a apenas um sujeito, enquanto que os danos coletivos geram prejuízo à diversas pessoas, que muitas vezes podem ser indeterminadas. Danos patrimoniais causam uma diminuição nos bens, podendo gerar a perda dos mesmos, já os danos extrapatrimoniais estão relacionados ao sofrimento e aos transtornos que o sujeito foi obrigado a passar.

2.3.2.1 Dano indenizável

O dano retratado pela responsabilidade civil não se limita apenas aos prejuízos causados a bens materiais, recaí também sob os bens imateriais, ou seja, há que se falar na diminuição de um “bem jurídico” tutelado pelo sujeito, pois abrange as diversas espécies de dano. Se o dano recaí sobre algo que não é tutelado ou se simplesmente não causa lesão alguma, não há que se falar em indenização, desta forma, a análise se prende ao dano indenizável (GONÇALVES, 2012, p. 335).

A indenização é um mecanismo que busca devolver ao credor o bem que foi lesado como este era antes da ação danosa, assim, a indenização terá que abarcar todas as possibilidades de danos, haja vista que há bens intangíveis que podem ser

objeto de lesão, portanto, no momento da fixação da indenização pode ser determinada a obrigação de pagamento de dinheiro, como forma de ressarcir um dano irreparável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 96).

No entendimento de Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2012), para que o dano seja considerado indenizável, deve-se atender a 4 requisitos essenciais. O primeiro requisito é a lesão de um interesse tutelado pela vítima, abrangendo a esfera patrimonial ou não, um dano que gere prejuízo ou viole um direito personalíssimo, não pode estar limitado a meros desconfortos. Em seguida, deve haver a comprovação de dano, ou seja, deve ser uma lesão concreta, existente, não pode ser um risco presumido ou uma lesão futura. O terceiro requisito é a “subsistência” do dano, já que a exigência jurídica de reparação deve ser atual, o mesmo ato danoso não pode ter sido causa de indenização anterior, pois se ocorresse esta hipótese, haveria a perda do objeto da ação. Por último, se fala na “imediatialidade”, pois os efeitos do dano indenizável devem ser imediatos e diretos, contudo, se fala na possibilidade da indenização dos efeitos indiretos, ligados ao dano principal.

2.3.2.2 Dano patrimonial

O dano patrimonial abrange toda lesão ou redução dos bens materiais da vítima, que são passíveis de tradução pecuniária e avaliação da perda. Há diminuição econômica mensurável que enseja a indenização, para que seja possível se estabelecer a situação anterior ao dano, por meio da reparação pecuniária (VENOSA, 2012, p. 304).

No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 422), para que a indenização por um dano patrimonial seja efetiva, devem estar inclusos os chamados lucros cessantes, indo além dos danos materiais óbvios, pois a avaliação do dano leva em consideração o “potencial de geração de riquezas” que foi prejudicado pela supressão do patrimônio da vítima.

Os danos materiais podem gerar efeitos mediatos e imediatos. Os efeitos mediatos são entendidos como a diminuição patrimonial, que são os danos emergentes, já os efeitos imediatos são entendidos como a frustração da ampliação patrimonial, que são os lucros cessantes (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 89).

O artigo 402 do Código Civil de 2002 estabelece que, *in verbis*:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 2002).

Danos emergentes são os “danos positivos” que geram a redução sensível do patrimônio, é notado no primeiro momento após a conduta lesiva, e compreende o que foi lesado concretamente, é o déficit factual do patrimônio. Os lucros cessantes são os “danos negativos” que diminuem ou impossibilitam um ganho, privam o sujeito lesado de lucrar por meio do bem prejudicado, é o que não lucrou em consequência do dano (TARTUCE, 2011, p. 396).

Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2012, p. 89) entendem que quando se trata de danos emergentes a indenização tem a intenção de gerar a restauração do patrimônio na sua forma anterior a lesão, auferindo o prejuízo efetivo. Quando se trata de lucros cessantes, deve-se levar em consideração a razoabilidade e a probabilidade do dano para que seja cabível a indenização, e assim, buscar minimizar os efeitos do ato danoso.

Agostinho Alvim (1996), citado por Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 340) entende que:

Ele (o advérbio *razoavelmente*) não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade. Mesmo porque, admitida a existência o prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado (ALVIM, 1996, citado por GONÇALVES, 2012, p. 340).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 340) continua o entendimento explicando que para o Supremo Tribunal de Justiça o termo “razoavelmente” deve ser aplicado como o que o sujeito lucraria, interpretando o desenvolvimento normal dos fatos se não houvesse a lesão, avaliando os resultados anteriores.

Apesar da lei abranger a indenização por danos materiais aos lucros cessantes e não conseguir fixar um limite específico, mas um preceito geral, o ordenamento jurídico proíbe o enriquecimento sem causa da vítima. A indenização deve estar pautada na reconstrução do patrimônio que sofreu prejuízo, da forma mais eficaz possível, contudo, se limitando aos danos efetivos (COELHO, 2014, p. 422).

Nas ações que buscam a indenização por lucros cessantes, é importante salutar que caberá aos magistrados a função de evitar que pedidos sem fundamento, exorbitantes e que buscam o mero enriquecimento sejam levados adiante,

alimentando a precarização do direito e o fortalecimento da “indústria da indenização” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 101).

Para o melhor entendimento dos danos emergentes e os lucros cessantes, Flávio Tartuce (2011, p. 397) traz o estudo da responsabilidade civil no âmbito do homicídio. Quando há a indenização da família da vítima no tocante aos gastos materiais, como é o exemplo da compra do caixão, do enterro e do funeral, há a indenização em razão dos danos emergentes, mensuráveis e que geraram repercussão negativa no patrimônio dos familiares. Quando se trata da indenização no tocante ao pagamento de alimentos e pensão aos dependentes da vítima, se estará diante dos lucros cessantes, já que se busca minimizar a perda futura.

O artigo 948 do Código Civil estabelece que:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I - No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II - Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).

Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 423) explica que em se tratando da indenização do inciso II é aplicável porque leva em consideração que haviam pessoas dependentes economicamente da vítima, que deixam de ter o auxílio, mas deve restar provada esta dependência.

2.3.2.3 Dano extrapatrimonial

Os danos extrapatrimoniais são conhecidos também como danos morais e constituem toda dor e sofrimento intenso gerado a um sujeito. Aqui haverá a lesão de direitos tutelados pelo código civil, bem como a integridade emocional e psíquica da vítima. Na indenização deste tipo de dano, se busca a reparação por meio da minimização das consequências lesivas e não apenas a valoração econômica da dor auferida pela vítima (TARTUCE, 2011, p. 409).

Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2012, p. 94) explicam que a responsabilização por danos extrapatrimoniais está pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio basilar do direito brasileiro que protege o ser humano em sua totalidade. A responsabilização dos danos morais além de estar espelhada neste princípio, é também um mecanismo de garantir a aplicação do mesmo, pois

através da responsabilização é possível proteger diversas esferas dos direitos do cidadão, inclusive os direitos da personalidade.

Uma discussão interessante sobre os danos morais trazida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017a, p. 146) é quanto a sua natureza jurídica. Há uma ramificação de entendimentos, pois há quem acredita que os danos morais tenham uma natureza de “pena civil”, pois têm a finalidade de inibir o ato danoso e de castigar o autor da ação. Contudo, os autores discordam de tal segmento, acreditam que a natureza jurídica dos danos morais é educativa, ou seja, tem um “caráter sancionatório”, pois buscam evitar a recorrência do ato danoso, bem como compensar o real sofrimento causado à vítima, porém, não se enquadram na espécie de pena, por não gerar uma obrigação física ao agente.

Como visto, a indenização por danos materiais recai sob os danos pessoais diretos, entretanto, podem ir além, abrangendo os sujeitos de forma indireta. O dano direto é aquele que recai à vítima de forma a ferir os seus direitos pessoais, seu bem-estar e sua integridade, por ser alvo direto da lesão. O dano indireto, chamado de “dano moral em ricochete”, é aquele que também proporciona dor e sofrimento, contudo, este sofrimento será consequência reflexa do ato danoso que atingiu em primeiro lugar outro sujeito e gerou indiretamente danos aos demais, como é o exemplo do sofrimento de uma mãe pela morte prematura do seu filho (TARTUCE, 2011, p. 412).

Insta salientar que é de comum entendimento que os danos extrapatrimoniais devem ser efetivos e devem exercer força negativa considerável na vida da vítima, desta forma, restam excluídos os simples aborrecimentos, pois são naturais da vida em sociedade, já que todos devem tolerar certos desconfortos. Esta premissa está pautada na própria proteção do instituto, visto que a permissão da aplicação da responsabilidade por meros transtornos banalizaria a concepção do dano moral (GONÇALVES, 2012, p. 354).

Na obra sobre responsabilidade civil, Flávio Tartuce (2011, p. 411) explica que no primeiro momento o dano moral era presumido, não precisando de prova da sua existência, contudo, após constantes condutas abusivas, o instituto do dano moral começou a ser banalizado, assim, para garantir a sua eficiência, passou a ser requerida a elaboração de provas do dano em algumas hipóteses. A principal motivação para a necessidade de prova do dano é de inibir o enriquecimento exacerbado e sem causa, enfraquecendo a chamada “indústria do dano moral”.

Quando o dano extrapatrimonial é subjetivo, depende da produção de prova, quando é objetivo, dispensa a produção de prova, pois o dano é notório e deriva da própria lesão, sem a necessidade de provar o desencadeamento de uma dor, é um dano presumido (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 95).

Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 442) trata da quantificação dos danos extrapatrimoniais. Explica que no ordenamento jurídico brasileiro não existe um método objetivo para quantificação da indenização, pois não há a possibilidade de se mensurar a dor e o sofrimento de alguém de forma fixa ou engessada em todos os casos. Apesar da necessidade de diminuir a diferença entre as indenizações, não tem como se prefixar valores, desta forma, o julgador deve buscar um “padrão geral” através da análise dos precedentes jurisprudenciais, buscando um equilíbrio nas decisões de casos semelhantes.

Ainda no entendimento do autor, após a quantificação do valor da indenização por meio do “padrão geral”, deve ser levado em conta também, a possibilidade de aplicação de alguma das hipóteses dos “fatores de redução”:

O padrão geral de quantificação do dano moral é o da intensidade da dor. Estabelecido o valor, em reais, que a compense, deve o juiz verificar se não há, no caso, a incidência de algum fator de redução, como o reduzido grau de culpa do devedor, a culpa concorrente da vítima, a demora no ajuizamento da ação de indenização, a conduta do devedor ou a imposição de obrigação ao Estado (COELHO, 2014, p. 443).

O fato de não ter um critério específico para a quantificação da indenização, demanda do julgador uma responsabilidade maior, desta forma, no momento da fixação dos valores a serem pagos a título de reparação por danos morais, o juiz deve ter significativo bom-senso, fixando quantia razoável e proporcional, para evitar o enriquecimento exagerado do lesado e o prejuízo demasiado do autor do dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 493).

2.4 NEXO DE CAUSALIDADE

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.101) afirma que para que seja cabível a indenização por um dano causado, este deve ser a consequência de um ato ilícito, o fio condutor que une os dois polos é chamado de nexo de causalidade, objeto essencial na teoria geral da responsabilidade civil. Assim sendo, para que um sujeito seja responsabilizado por um prejuízo, deve existir nexo de causalidade entre a sua ação e o resultado danoso, pois só responde pelo dano quem deu causa ao mesmo.

O nexo de causalidade é entendido como um elemento “imaterial ou virtual” dentro da teoria da responsabilidade civil, é responsável por explicar o dano direcionando a uma causa. Mesmo se a responsabilidade não estudar a existência de culpa na ação danosa, não há a possibilidade de se falar em responsabilidade sem o nexo de causal entre a conduta do agente e o dano causado (TARTUCE, 2011, p. 377).

Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 53) atribui o seguinte conceito de nexo de causalidade:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais, é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. E responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto estabelecer a relação de causa e efeito (VENOSA, 2012, p. 53).

Na busca pela compreensão do nexo de causalidade foram desenvolvidas teorias para explicar este instituto. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017a) apontam 3 teorias justificadoras de destaque. A teoria da equivalência de condições considera que o nexo de causalidade é formado por todos os elementos que se relacionam com o resultado, é um entendimento aberto que tem como crítica a “investigação ao infinito”, pois analisa a cadeia de fatores que desencadearam o dano, o que iria muito além da situação fática. A teoria da causalidade adequada é vista como uma teoria mais completa, pois entende que o resultado é consequência de diversas causas, entretanto, restringe para aquelas causas de relevância que conduziram ao dano, são as causas mais prováveis e adequadas para efetivar o resultado. A terceira teoria é a da causalidade direta ou imediata, que entende a causa como o fato anterior que gera o resultado danoso de forma direta e imediata, ou seja, a supressão da ação teria gerado um resultado diverso se analisado o ato de forma isolada.

Apesar do incansável estudo do Código Civil Brasileiro, é muito impreciso e não há um consenso sobre qual teoria é aplicada no tocante ao nexo causal. Entretanto, a teoria do dano direto e imediato, bem como a teoria da causalidade adequada são mais aceitas pelos juristas brasileiros (TARTUCE, 2011, p. 383).

Um tema importante do nexo de causalidade é a concausa, uma expressão utilizada para retratar uma causa que somada a outra gerou ou potencializou o resultado danoso, sua ausência não impede o resultado, contudo a sua presença

aumenta a força da causa principal. Este é o entendimento de Felipe de Carvalho Santana (2016):

Por fim, considera-se concausa a condição relevante para a deflagração do dano, mas que, por si só, não tem o condão de gerá-lo. Ela concorre para a produção do resultado ou para o agravamento deste, mas, sozinha, não constrói um nexo causal novo e nem interrompe um processo causal já iniciado, apenas o reforça. Enquanto a causa é o fator determinante e suficiente para a deflagração do dano, a “concausa é o antecedente que só tem eficiência parcial, quer dizer, é por si só insuficiente” para a produção do resultado exatamente como ele ocorreu, necessitando ser conjugada com uma causa ou com outra concausa para configurá-lo (SANTANA, 2016, p. 5).

Apesar da concausa ser uma agravante do resultado danoso e, portanto, incidir de forma simultânea com outras causas não sendo a causa principal do dano, não prejudicará o nexo de causalidade, por conseguinte, não retirará o direito de receber indenização pelo dano suportado, pois apesar da sua ausência não impedir o evento danoso, a sua existência potencializa o mesmo. A única hipótese de prejudicar o nexo de causalidade é a hipótese em que a concausa é mais relevante que a causa principal, assim, haverá a conversão do nexo de causalidade e a exclusão da responsabilidade civil da causa anterior, passando a recair no sujeito ativo da concausa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 172).

2.5 ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil é classificada em duas espécies distintas. A primeira espécie é a subjetiva, em que o sujeito causador do dano realiza uma ação ilícita, por consequência, será responsabilizado por este ato. A segunda espécie é a objetiva, quando o sujeito realiza uma ação lícita, contudo, a legislação prevê que a prática daquele ato é consequência para a responsabilização. O principal elemento diferenciador das duas espécies é a Culpa, pois no ato ilícito o sujeito atuou culposamente, infringindo as leis, enquanto que no ato lícito, o sujeito realizou algo que deveria ser feito, contudo, ainda sim gerou algum dano e será responsabilizado (COELHO, 2014, p. 269).

Sendo assim, conclui-se que as espécies de responsabilidade civil são classificadas pelo prisma do elemento culpa. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017a) trazem o seu conceito a seguir:

Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a

sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 204).

Como visto, a culpa é um elemento muito importante na teoria da responsabilidade civil e o seu estudo trouxe inúmeros impactos na aplicação do direito.

2.5.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva recairá sobre o sujeito nas hipóteses em que for possível auferir a presença de três elementos essenciais. O primeiro elemento é o ato culposo, seja por negligência, imperícia, imprudência ou por dolo. O segundo elemento é a lesão de um bem jurídico, seja material ou imaterial e o terceiro elemento é o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o resultado. Desta forma, a culpa é imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil, pois irá refletir diretamente a expressão da vontade do indivíduo (COELHO, 2014, p. 270).

Ainda no entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 273), a obrigação de indenizar só será cabível se no momento da ação era exigível do agente, conduta diversa daquela causadora do dano. Ou seja, o ato poderia ter sido evitado e o sujeito tinha condições para tanto, contudo, ainda assim, agiu com dolo ou culpa simples, o que leva a conclusão de que o sujeito agiu por sua vontade, conseqüentemente, se responsabilizará pela mesma.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria da responsabilidade civil subjetiva, que é um entendimento pautado na “teoria subjetivista”. Esta teoria estabelece que o sujeito causador do dano será responsabilizado civilmente pelas conseqüências lesivas da sua ação quando for possível auferir culpa, podendo ser intencional (dolo) ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 67).

Flávio Tartuce (2011, p. 473) segue o mesmo entendimento, e explica que é possível visualizar a responsabilidade subjetiva como regra geral por meio da organização do Código Civil de 2002, pois em primeiro lugar vem a previsão da responsabilidade subjetiva e depois a objetiva, o que se presume pela “ordem natural das coisas” que o primeiro é regra e o segundo exceção. O segundo argumento é que a utilização da responsabilidade objetiva como regra geral, levaria a situações extremas e de abuso. O autor exemplifica que a responsabilidade objetiva não foi

aceita como regra geral nem nas sociedades menos desenvolvidas, o que demonstra que a sua aceitação seria um verdadeiro retrocesso. Por último, afirma que o fato do código civil trazer mais hipóteses de responsabilidade objetiva remete ao mecanismo legislativo de prever as exceções. Assim, resta claro que a responsabilidade subjetiva é a regra geral.

Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2012, p. 172) afirmam que apesar da responsabilidade civil subjetiva ser regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, com o passar do tempo, a sua utilização prática tem sido cada vez menos vista. Uma explicação para esta realidade é que no momento atual, a relação consumerista está cada vez mais presente na vida em sociedade e esta modalidade de relação comporta melhor o mecanismo da responsabilização objetiva, ou seja, as exceções previstas para aplicação da responsabilidade civil objetiva estão se tornando a habitualidade nas relações sociais.

2.5.2 Responsabilidade civil objetiva

No primeiro momento a utilização do elemento subjetivo foi de suma importância para o direito, entretanto, com o passar do tempo e a evolução das relações sociais, se fez necessária uma transformação da responsabilidade civil para que fosse possível a proteção do direito de todos, já que em diversas situações, a vítima não tinha os seus direitos garantidos por não ser possível auferir culpa, conseqüentemente, não ser possível a responsabilização do agente. Desta forma, a intensificação das relações de consumo influenciou diretamente no desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva e na construção da “teoria do risco”, pois a responsabilização subjetiva deixava de atender as necessidades sociais (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 173).

Estará configurada a responsabilidade objetiva nas hipóteses em que estiverem presentes apenas dois elementos, quais sejam, a lesão de um bem jurídico na esfera patrimonial ou extrapatrimonial e o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o resultado danoso. Insta salientar que a conduta do autor deve estar prevista em lei ou deve ser resultado de uma atividade de risco. Como pode-se observar, a culpa é um elemento irrelevante para se auferir a responsabilização nesta espécie, já que, mesmo agindo em conformidade com o esperado, o resultado danoso ocorreu e a indenização é devida (COELHO, 2014, p. 270).

A responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Flávio Tartuce (2011, p. 476) explica que quando o legislador redigiu o texto do artigo, abriu a possibilidade da responsabilidade civil objetiva ser observada além das hipóteses previstas em lei, pois permite a sua incidência quando o dano decorre de uma “atividade desenvolvida pelo autor”, podendo ser inúmeras possibilidades. Afirma que esta previsão estaria resumida na expressão “atividade de risco” e que o juiz deverá analisar o caso concreto examinando se a atividade causadora do dano era lícita, comum, normal e recorrente, o dano seria um infortúnio vivenciado pela vítima pelo risco natural e inevitável da coisa.

A finalidade da responsabilidade objetiva não é de aplicar uma sanção como ocorre na responsabilidade subjetiva, pois se assim fosse, estaria sendo desestimulada a repetição da conduta lesiva, o que não é interessante para as relações sociais. A atividade desenvolvida é lícita, todas as medidas para evitar o dano foram tomadas e ela atente as necessidades da sociedade, das pessoas que a utilizam, inclusive da vítima, então, o seu desestímulo seria controverso. Desta forma, a responsabilidade objetiva tem a finalidade apenas de reduzir os danos causados inevitavelmente a uma minoria de pessoas (COELHO, 2012b, p. 277).

2.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As excludentes de responsabilidade civil são utilizadas como mecanismo de defesa do autor do ato danoso e ocorre com a comprovação da quebra do nexo de causalidade entre a ação e a consequência lesiva, por sua consequência, afastam o dever de indenizar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 177).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 428) traz a primeira possibilidade de excludente da responsabilidade civil como sendo o “estado de necessidade”. Existe tanto quando há lesão a uma coisa quanto a uma pessoa. Caracteriza-se quando há a lesão proposital de um bem tutelado a fim de que seja evitada a lesão de outro bem de igual ou maior importância, como é o exemplo de um motorista que bate

propositalmente em outro veículo para evitar o atropelo de uma pessoa que atravessa sem observar o sinal de trânsito. Importa destacar que mesmo que seja para evitar uma lesão grave, o sujeito responderá por excessos, ou seja, as suas ações devem estar no limite do necessário. Haverá a indenização do terceiro lesado (o veículo que foi batido) pelo agente causador do dano, contudo, caberá a este o direito de regresso contra a pessoa que o colocou na situação (pessoa que atravessou a rua).

A “legítima defesa” é uma excludente que se caracteriza quando há uma ameaça de agressão ou uma agressão de fato, podendo ser vítima tanto o agente como uma terceira pessoa. O agente também deverá agir dentro dos limites e não cometerá excessos, pois comprovada uma maneira mais branda de evitar a agressão, responderá pela reação exagerada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017a, p. 181).

São excludentes de responsabilidade civil também o “caso fortuito e a força maior”, há entendimentos diversos quanto a definição de cada um, mas no entendimento majoritário, o caso fortuito ocorre quando há algum movimento da natureza, como os desastres naturais e a força maior ocorre com atos humanos, contudo, que fogem do controle do agente, como as manifestações. Na teoria da responsabilidade civil, ambas têm o mesmo efeito, rompem com o nexo causal, se comprovado que os danos eram inevitáveis (VENOSA, 2013).

O dano decorrente de “culpa exclusiva da vítima” retira a responsabilidade civil do agente, pois não houve manifestação da sua vontade para aquele resultado, muito menos assumiu o risco do resultado danoso, desta forma, rompeu-se o nexo causal entre a ação e o dano. O agente não poderá ser responsabilizado, pois não lhe poderia exigir conduta diversa, haja vista que foi apenas um mecanismo das circunstâncias. É o exemplo de um atropelo ocorrido por culpa da vítima que se jogou na frente de um carro que estava em alta velocidade. Para que a responsabilidade seja totalmente afastada deve ser comprovada a culpa exclusiva da vítima, não podendo ser culpa concorrente entre vítima e autor, pois nesses casos a responsabilidade será compartilhada (GONÇALVES, 2012, p. 433).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017a, p. 184) trazem “o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal” como uma outra excludente de responsabilidade civil. Explicam que quando o sujeito age dentro da legalidade e dos direitos que lhe foram conferidos, não há que se falar em responsabilização. É o exemplo de atletas de lutas, pois em algum momento haverá a lesão física de alguém, contudo, se está dentro das regras do esporte e foi aceito

previamente pelo lesado, há o exercício regular do direito e não há a obrigação de indenizar. Bem como quando um oficial de justiça realiza o confisco de um bem obedecendo a uma ordem judicial, pois há o cumprimento de um dever legal. Entretanto, deve-se observar os limites da ação, não podendo incorrer em abuso do direito que lhe foi conferido, pois nessa hipótese recairá a responsabilidade civil.

Por fim, Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 65) explora o “fato de terceiro” como uma excludente de responsabilidade civil. Aduz que o assunto tem grandes discordâncias entre autores e deve ser analisado no caso concreto. Em suma, o “fato de terceiro” ocorre quando uma pessoa realiza uma ação danosa e prejudica uma outra pessoa, entretanto, foi motivado pela ação de uma terceira pessoa, devendo a vítima acionar o terceiro envolvido. Exemplifica com a hipótese de uma moto que foge de uma batida subindo em uma calçada e que acaba ferindo um pedestre. A jurisprudência demonstra baixa aceitação desta excludente e em muitos casos é um argumento afastado pelo julgador.

3 O INSTITUTO DOS ALIMENTOS

3.1 ALIMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que todos os seres humanos têm direito à vida e para que este princípio seja efetivado, não só possibilitando a vida em si, mas a vida digna, o indivíduo deve ter condições de se desenvolver, com saúde, proteção e oportunidades. Caberá ao sujeito buscar o seu sustento, contudo, aquele que não tem condições de prover a sua subsistência deve contar com alguma forma de auxílio. O estado e a sociedade têm a obrigação fornecer instrumentos para que o indivíduo possa se desenvolver, por meio de políticas públicas de assistência e de proteção, contudo, caberá a atuação social quando a família não for capaz de prover a subsistência, seja total ou parcial. Desta forma, no primeiro momento, é obrigação do núcleo familiar proporcionar a vida e a dignidade (PEREIRA, 2018, p 500).

O entendimento atual sobre a família é de que se configura como um núcleo que proporciona cuidado, afeto e segurança, a visão de que o casamento é o ponto central e o objetivo é a reprodução, é superada, dando lugar à busca pela proteção do indivíduo. Os alimentos surgem no ordenamento jurídico brasileiro como um mecanismo de proteção da vida, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na entidade familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 702).

A obrigação alimentar é da família, os parentes devem promover a subsistência do seu familiar para que este possa se desenvolver com dignidade, haja vista que está a função primordial da família como um instituto, desta forma, os familiares podem exigir alimentos uns dos outros. Em um segundo momento, nas hipóteses em que não há a possibilidade da família de prestar auxílio, recai para o Estado o dever de suprir as necessidades do indivíduo, impedindo que este fique desamparado (VENOSA, 2017, p. 2017).

3.1.1 Conceito

O indivíduo tem necessidades diárias e para que sejam supridas é preciso que este promova a sua subsistência por meio do trabalho por exemplo, entretanto, há de se falar nas pessoas que não tem condições de suprir as suas necessidades, seja por idade avançada, enfermidade, por ser incapaz ou por diversas outras razões, então,

para ajudar a estas pessoas, foi criado o instituto dos alimentos, que busca atender as suas necessidades, garantindo a sua proteção (MADALENO, 2018, p. 1144).

Os alimentos são todos os bens exigidos para a subsistência de uma pessoa, sendo assim, extrapolam o sentido da palavra e não se limitam aos alimentos nutricionais, pois englobam uma gama de necessidades, como o lazer, as vestimentas, a educação e a saúde. O valor desembolsado com a finalidade alimentar, busca suprir as exigências da vida na sociedade atual que demanda muito do indivíduo, indo além do alimento propriamente dito, e buscando proporcionar conforto, segurança e oportunidades, pois todos as pessoas têm direito à vida digna (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017b, p. 791).

3.1.2 Pressupostos da obrigação de alimentos

A obrigação de pagar alimentos somente será reconhecida se estiverem preenchidos os pressupostos para a sua existência. Deverá ser avaliada a necessidade e a possibilidade, pois o juiz levará em conta a real necessidade do requerente com a possibilidade de pagamento do requerido. Ou seja, se o requerente realmente não tem condições de prover o seu sustento e se aquele que pagará os alimentos tem condições de arcar com este encargo sem prejudicar a sua subsistência, haja vista que o princípio da dignidade humana deve ser aplicado para ambas as partes (VENOSA, 2017, p. 382).

Um terceiro pressuposto é que além da necessidade e da possibilidade, deve-se levar em consideração a razoabilidade ou proporcionalidade do valor, pois o pagamento de alimentos está pautado na real necessidade do alimentando, não há a intenção de enriquecimento sem causa, desta forma, deve ser razoável a fixação do valor a ser pago, podendo ser variável e revisado a qualquer momento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017b, p. 793).

Cabe frisar que o alimentante e o alimentando devem ser parentes em linha reta ou colateral, recaindo a obrigação aos mais próximos e na falta destes aos demais, podem também terem sido casados ou constituído uma união estável, pois a obrigação está pautada na solidariedade familiar (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 107).

3.1.3 Espécies de alimentos

Os alimentos podem ser exigidos em diversas situações e cada uma gera uma classificação diferente, desta forma, foram separadas cada espécie para melhor entendimento, quais sejam: quando à natureza, à causa jurídica, à finalidade e o momento em que os mesmos são requeridos (MADALENO, 2018, p. 1145).

3.1.3.1 Quanto a natureza jurídica

Quando à natureza jurídica, os alimentos podem ser “naturais”, ou seja, todo alimento que tem como finalidade a prestação do que é limitadamente essencial para a sobrevivência do indivíduo, a exemplo de roupas, comida, casa e medicamentos. Os alimentos podem ser “civis”, ou seja, todo alimento que busca satisfazer as necessidades e manter a condição de vida do requerente, a exemplo de manter um padrão de alimentação, lazer e estudo que permanecerá apesar da mudança da situação em que se encontra o sujeito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017b, p. 801).

3.1.3.2 Quanto a causa jurídica

No tocante a causa jurídica, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 781) divide os alimentos em “legítimos”, que são os alimentos provenientes de alguma obrigação prevista em lei, como por exemplo o pagamento de pensão alimentícia, “voluntários” provenientes de uma manifestação de vontade daquele que não tinha a obrigação de dar, podendo ser durante a vida de forma contratual ou após a morte de forma testamentária. Podem ser, ainda, “indenizatórios”, que são os consequentes de um dano causado pelo devedor, por uma conduta ilícita.

3.1.3.3 Quanto a finalidade

Quanto a finalidade, os alimentos podem ser “definitivos” quando forem estabelecidos por sentença judicial, mesmo que possa ser revisada em algum momento. Podem ser “provisionais”, que são aqueles deferidos pelo juiz de forma antecipada, no decorrer de uma ação de alimentos, separação, nulidade ou anulação de casamento ou divórcio. Por último, podem ser “provisórios”, que são aqueles

deferidos liminarmente em uma ação de alimentos de rito especial. Os dois últimos têm a mesma finalidade, de proteger, desde logo, a parte vulnerável, contudo, deve haver provas convincentes do quanto requerido (VENOSA, 2017, p. 383).

3.1.3.4 Quanto ao tempo

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017b, p. 801) explicam que quanto ao tempo em que são requeridos, os alimentos podem ser “pretéritos”, ou seja, anteriores a demanda, contudo, no ordenamento jurídico não são aceitos, pois acredita-se que se o requerente sobreviveu até a demanda judicial é porque os alimentos não eram de fato necessários. Podem ser “atuais”, ou seja, requeridos a partir da propositura da ação, bem como podem ser “futuros”, pagos apenas após a prolação da sentença.

3.1.4 Características do direito a alimentos

Os alimentos são um importante instituto do direito civil, conseqüentemente, com a finalidade de entender melhor a sua aplicação, este estudo destacou as principais características que os compõem conforme o entendimento dos autores trabalhados a seguir.

3.1.4.1 Impenhorável

Pra Caio Mário da Silva Pereira (2018) os alimentos são “impenhoráveis”, explica que esta característica decorre do fato de que os alimentos são verbas estritamente direcionadas a subsistência, desta forma, a sua penhora em razão de dívidas colocaria em risco a sobrevivência do indivíduo, o que torna impraticável a penhora, pois a vida é um bem jurídico de suma importância e deverá prevalecer em comparação a outros bens jurídicos tutelados pelo direito.

3.1.4.2 Personalíssimo

Outra característica do instituto dos alimentos que se destaca é o “caráter personalíssimo”, haja vista que, como já foi dito, os alimentos constituem um mecanismo de proteção à vida de determinado sujeito e estão ligados às suas

necessidades específicas, o que impossibilita a destinação dos valores para outras pessoas que não sejam aquelas destinatárias dos alimentos. Um fator que demonstra este entendimento é que no momento em que há a fixação dos alimentos, o juiz analisa as informações referentes ao requerente e ao requerido, levando em consideração a situação pessoal e individual de cada parte, desta forma, não teria fundamento a utilização dos alimentos por outra pessoa se não aquela que os necessita (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 709).

3.1.4.3 Incessível

Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 504) explica que decorrente do fator personalíssimo dos alimentos, os mesmos tornam-se “incessíveis”, esta característica está fundamentada na impossibilidade de cessão do crédito alimentício, por ser impraticável a separação dos valores devidos da pessoa que os tem direito. Contudo, deve-se salientar que a proibição se limita aos créditos alimentares futuros, pois os alimentos vencidos que não foram pagos pelo devedor, são considerados valores comuns e são passíveis da cessão, já que a sua finalidade não é mais a de promover a subsistência do indivíduo, pois este sobreviveu apesar de não ter acesso ao crédito.

3.1.4.4 Incompensável

Paulo Lobo (2011, p. 377) traz outra característica importante dos alimentos que é a impossibilidade de compensação. Explica que a compensação ocorre quando um indivíduo é credor e devedor de outro simultaneamente, oportunidade em que para finalizar a obrigação é requerida a compensação da dívida em razão do crédito com o mesmo indivíduo. Quando o alimentando tem uma dívida com o alimentante, não pode requerer a compensação do valor no momento em que forem pagos os alimentos, pois há uma diferença na natureza jurídica dos créditos, sendo uma de cunho econômico e outra de cunho “existencial”.

3.1.4.5 Imprescritível

Os alimentos são também “imprescritíveis”, esta característica existe porque por mais que o alimentando tenha o direito de requerer os alimentos e não o faça ou que os deixe de receber por determinado espaço de tempo, jamais deixará de ter

direito aos mesmos, desde que estejam presentes os pressupostos da obrigação. Contudo, há a ressalva de que passados dois anos desde o não pagamento de um crédito alimentar, este prescreverá, pois o que não prescreve é o direito aos alimentos (PEREIRA, 2018, p. 504).

3.1.4.6 Atual

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 712) explicam que os alimentos são caracterizados pela “atualidade”, desta forma, os créditos disponibilizados para suprir as necessidades do alimentando devem estar de acordo com a evolução econômica do país, ou seja, sofrera modificações conforme a inflação e o aumento do custo de vida. A atualidade dos alimentos é fundamental para que os mesmos não sejam desvalorizados, nem percam a sua finalidade, assim, se manterá a correção dos valores em conformidade com fontes seguras e oficiais de atualização, o que evita, inclusive, ajuizamento de ações de cunho meramente revisional.

3.1.4.7 Intransacionável

Outra característica do direito a alimentos é que este é “intransacionável”, portanto, não pode sofrer transação e é consequência de ser um direito de natureza existencial e indisponível. Note-se que apenas o direito de requerer alimentos é de fato proibido de ser transacionado, os valores estipulados a título de alimentos não sofrem de tal limitação, pois é possível que no decorrer de uma ação de alimentos seja feito um acordo entre as partes para possibilitar o pagamento de parcelas em atraso e até mesmo as que ainda irão vencer, de modo a proteger os interesses do alimentando (GONÇALVES, 2017, p. 793).

3.1.4.8 Irrenunciável

A “irrenunciabilidade” configura uma característica do direito a alimentos, renúncia ao direito é vedada em razão da finalidade deste de tutelar a vida e proteger a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o direito a alimentos sempre existirá quando estiverem presentes os requisitos da sua exigibilidade e mesmo que não seja reclamado em juízo, não estará configurada a renúncia, mas apenas o não exercício do direito. Os alimentos futuros serão sempre devidos ao

alimentando a qualquer momento, por sua vez, os alimentos vencidos podem ser objeto de renúncia, por serem valores não destinados a sobrevivência do alimentando (LÔBO, 2011, p. 376).

3.1.4.9 Irrepetível

A última característica abordada no presente trabalho é a “irrepetibilidade” dos alimentos. Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 794) explica que no direito civil os valores pagos a título de alimentos não podem ser restituídos, pois são oriundos de uma obrigação moral e não são uma antecipação, configuram o pagamento de uma dívida atual. Os alimentos são irrepetíveis mesmo na hipótese em que se reconheça judicialmente que não são devidos, mas o princípio da irrepetibilidade tem limitações, pois quando restar provado o dolo ou o erro no pagamento, poderá ser requerida a restituição dos valores pagos.

O princípio da irrepetibilidade é de suma importância para o instituto dos alimentos, dele se extrai a essência dos alimentos, pois a proteção do indivíduo em situação de vulnerabilidade é superior em comparação a desvantagem econômica do alimentante.

Neste mesmo sentido entende Maria Berenice Dias (2007):

Em sede de alimentos há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da irrepetibilidade. Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico (DIAS, 2007, p. 01).

A irrepetibilidade dos alimentos poderia ser entendida como uma espécie de “doação com caráter compulsório”, pois há a perda de patrimônio de um lado sem qualquer benefício e acréscimo do outro lado sem qualquer custo, além de ser um ato obrigatório e passível de medidas punitivas previstas em lei (OLIVEIRA, 2015, p. 06).

3.1.5 Princípios do direito aos alimentos

Na Constituição Federal de 1988 estão elencados os princípios constitucionais do direito brasileiro que são o resultado do desenvolvimento da proteção do ser humano, após diversas discussões e lutas para que todos os indivíduos sejam

tutelados de forma igualitária e tenham acesso a vida em sociedade com saúde, oportunidade e segurança.

Os princípios são a base para o direito de família, pois a família tem a finalidade de promover a proteção dos sujeitos que fazem parte dela, por isso, busca estabelecer responsabilidades a cada sujeito para que possa constituir um mecanismo de tutela dos seus membros, bem como de fornecer a vida digna, segura e saudável (PEREIRA, 2018).

A previsão constitucional do direito de família por meio dos princípios é uma forma do Estado promover a efetividade do direito privado no tocante aos “temas socialmente relevantes”, já que a tutela do cidadão é o seu dever principal, devendo proporcionar à família condições de exercer a sua função (TARTUCE, 2017).

No entendimento de Maria Berenice Dias (2016), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017b), os princípios do direito de família se dividem em duas vertentes. A primeira são os princípios gerais, são aqueles que recaem em todas as ramificações do direito como é o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana e a segunda são os princípios especiais, aqueles que são específicos do direito de família e as suas relações atuais, são norteadores da aplicação desse ramo do direito e tutelam os seus valores essenciais, é o exemplo do princípio da solidariedade familiar.

Dentre todos princípios constitucionais e os princípios do direito de família, este trabalho abordará de forma mais aprofundada os princípios que são considerados a base do direito alimentar, principalmente no tocante aos alimentos gravídicos.

3.1.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e é considerado um grande passo para a consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) explica que a constituição estabelece que a família tem a finalidade de tutelar os seus membros e proporcionar a vida digna, por se tratar de um ramo do direito pautado no ser humano e no seu bem-estar.

Neste mesmo sentido Madaleno (2018) traz a análise de diversos dispositivos constitucionais que fundamentam o princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família. O artigo 226, § 7º estabelece que o princípio da dignidade da pessoa

humana em conjunto com o princípio da paternidade responsável devem ser os norteadores do planejamento familiar, bem como o artigo 227 que designa a proteção da criança e do adolescente à família, à sociedade e ao Estado, prescrevendo todos os seus direitos, incluída a dignidade da pessoa, haja vista que é nesta fase que se forma a personalidade do sujeito. Além das crianças e adolescentes, a constituição estabelece a proteção da dignidade dos idosos no artigo 230.

Maria Berenice Dias (2016) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana foi uma conquista valiosa para o direito pátrio:

Trata-se do princípio fundante do Estado Democrático de Direito sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos. Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela **pessoa**, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a **despatrimonialização** e a **personalização** dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2016, p. 48).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017b, p. 95) estabelecer uma definição específica do que é o princípio da dignidade humana é complicado, pois se configura como um princípio grandioso que abarca diversos sentidos, contudo explicam que tradução mais próxima é que seria “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”. O princípio não busca tutelar a mera existência do indivíduo, mas a garantia de uma vida plena, protegida de todos em todos os sentidos.

No tocante a obrigação alimentar, este princípio configura o seu principal fundamento de existência, haja vista que a finalidade dos alimentos é de promover a vida com saúde e garantir o desenvolvimento físico e mental do alimentando da melhor forma possível.

Além da presença do princípio na finalidade prática dos alimentos que é de proteção à vida, é aplicado também quando se trata da fixação da obrigação alimentar, já que os valores desembolsados à título de alimentos devem envolver todos os gastos essenciais para a subsistência do indivíduo, mas também devem atender as necessidades de uma existência com dignidade (BATISTA FILHO, 2012).

3.1.5.2 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade está previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, contudo, a sua aplicabilidade no direito de família está prevista conforme os artigos 226, 227 e 230 que tratam da proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, respectivamente.

Caio Mário da Silva Pereira (2018) afirma que o princípio da solidariedade significou um grande avanço para o direito brasileiro, pois estabelece a sua utilização em todos os âmbitos da vida em sociedade, por se tratar de um “fato social”, em que se busca a solidariedade de todos que estão inseridos na vida social, seja no núcleo familiar, ou nas demais relações.

A solidariedade familiar nasce da solidariedade social prevista na Constituição Federal no seu artigo 4º que é um dos pressupostos da república federativa, mas a solidariedade familiar, apesar de ser um desdobramento tem força de princípio. O objetivo da sociedade é de que todos estejam trabalhando em conjunto para o equilíbrio social e a harmonia, conseqüentemente devem ser solidários uns com os outros para alcançar este objetivo e como a família é uma peça dentro da sociedade, deverá aplicar a solidariedade entre os seus membros (PAMPLONA FILHO, 2017, 5 min. e 4 seg.).

Paulo Lôbo (2011) explica a aplicação do princípio da solidariedade:

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade. Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social (LÔBO, 2011, p. 63).

A solidariedade tem como finalidade a reciprocidade entre as pessoas, que devem ajudar umas às outras, principalmente quando se trata do núcleo familiar, pois deve buscar promover proteção, cuidado, carinho, educação, compaixão e apoio entre os seus membros, preparando os indivíduos para a vida em sociedade (SILVA, 2012).

Os alimentos configuram um instituto que realiza a proteção de um indivíduo em situação de necessidade e está diretamente ligado ao princípio da solidariedade, pois determina que é obrigação recíproca dos familiares de auxiliarem uns aos outros e disponibilizarem valores a título de alimentos. Quando não há a possibilidade de auxílio da própria família, deverá o Estado promover a alimentação por se tratar de

uma obrigação de solidariedade que engloba toda a sociedade (BATISTA FILHO, 2012).

O princípio da solidariedade norteia o ordenamento jurídico, principalmente os direitos sociais, um exemplo é a obrigação alimentar que deve ser realizada de forma solidária e voluntária entre os familiares, mas quando isso não ocorre, caberá a ação judicial ou o fornecimento pelo Estado. No tocante aos alimentos gravídicos a solidariedade está presente na obrigação do pai de presta-los, podendo até os avós paternos serem acionados para realizar a obrigação caso o pai não tenha condições de arcar com os valores.

3.1.5.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos fundamentos para o princípio da dignidade humana, pois aqui é garantido um tratamento igualitário, afastando qualquer discriminação entre os indivíduos, entretanto, a igualdade deve ser aplicada em conformidade com as diferenças dos grupos em que cada um está inserido, sejam psicológicas, sociais ou econômicas (MADALENO, 2018).

Paulo Lôbo (2011) explica que:

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador (LÔBO, 2011, p. 66).

A Constituição Federal positivou o princípio da igualdade no seu artigo 5º, no qual afirma que todos os indivíduos são iguais aos olhos da lei, contudo, não parou por aí, o inciso I deste mesmo artigo determina que homens e mulheres são iguais e tem os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Além disso, o artigo 266, § 5º, positivou a igualdade entre homens e mulheres no tocante ao casamento, que pode ser aplicado também na união estável ou em qualquer outra formação familiar. Assim, percebe-se que a constituição demandou em diversos artigos a igualdade geral, bem como a igualdade no âmbito do direito de família (DIAS, 2016).

A igualdade familiar também está prevista conforme o artigo 227, § 6º da Constituição Federal e o artigo 1.596 do Código Civil, que estabelecem a igualdade

na filiação, pois não há nenhuma hipótese em que possa existir desigualdade entre filhos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017b).

Desta forma, a igualdade entre os membros de uma família possibilita maior garantia de proteção e os alimentos configuram um exemplo disto, pois, independentemente do filho ser do casamento ou não, de ser homem ou mulher quem demanda ou de ser a mãe demandando do filho, todos têm o direito de requerer judicialmente alimentos e ter o seu pedido acolhido. Assim, os alimentos gravídicos configuram uma conquista da igualdade de gênero e filiação, pois muitas vezes a gravidez é fruto de um relacionamento passageiro, mas mesmo assim, gera o acesso ao alimento, o que era muito difícil antes da positivação do princípio da igualdade e a aplicação da moral do direito de família.

3.2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Na atualidade as relações interpessoais demonstram crescente fungibilidade e é possível constatar que em conjunto com a maior liberdade de escolhas e a autonomia sexual das pessoas houve um aumento na quantidade de mulheres grávidas que sofrem como abandono do genitor do seu filho, isto proporcionou situações de desamparo das gestantes e dos nascituros (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 113).

Nesse sentido, foi criado no ordenamento jurídico brasileiro o instituto dos alimentos gravídicos por meio da Lei 11.804/2008, visando a tutela da gestante e do bebê, promovendo auxílio econômico a fim de proporcionar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2.1 A Lei 11.804/2008

O legislador ciente da lacuna existente no tocante ao direito de alimentos dos nascituros e das mulheres em situação gestacional, buscou sanar as discussões sobre o tema e promover a tutela jurídica desses sujeitos com a criação dos alimentos gravídicos, instituto previsto na Lei 11.804/2004, publicada em 05 de novembro de 2008 (DONOSO, 2009, p. 02).

A Lei de alimentos gravídicos trouxe inúmeras inovações. A gestante passa a ter legitimidade para requerer os alimentos, sem a necessidade de parentesco, casamento ou união estável, basta estar grávida e ter indícios de que o alimentante é

o genitor do bebê. Além disso, a Lei inova quanto ao conteúdo probatório, pois não se faz necessário que a paternidade esteja provada por meios oficiais, bastando indícios da paternidade. Outra inovação importante trazida pela Lei é que a finalidade dos alimentos gravídicos é a tutela tanto da gestante quando do nascituro, protegendo duas vidas (CALDEIRA, 2010).

A lei aqui trabalhada, tem como objetivo a efetivação de princípios constitucionais, bem como de princípios morais da sociedade, pois promovem a proteção da vida, da saúde, da dignidade e da existência, aplicados desde o surgimento do sujeito em sua fase de desenvolvimento gestacional. Contudo, Denis Donoso (2009, p. 02) chama atenção para o fato de que ao nascituro nunca foi negado o acesso a alimentos, abrindo espaço para o questionamento da necessidade da lei.

Como visto, os alimentos gravídicos positivados na Lei 11.804/2008, trouxeram novidades, entretanto, neste trabalho será possível perceber que apesar das inovações, a lei é criticada em diversos aspectos, como por exemplo a dificuldade criada para o homem promover a sua defesa, assunto que será trabalhado no decorrer deste estudo.

3.2.2 Conceito dos alimentos gravídicos

O ordenamento jurídico pátrio tem como base os direitos fundamentais, que são garantidos a todas as pessoas indiscriminadamente e para que a haja a aplicação prática destes direitos, foram criados diversos mecanismos, dentre eles estão os alimentos gravídicos.

Gediel Claudino de Araújo Júnior (2018, p. 113) explica que os alimentos gravídicos configuram o direito que uma mulher em gestação possui de reclamar alimentos ao pai do bebê para conseguir atender as necessidades da gravidez e toda a despesa que dela advir.

Sobre o que são os alimentos gravídicos, concorda Rolf Madaleno (2018) ao afirmar:

Os alimentos gravídicos representam uma pensão alimentícia reclamada pela gestante para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes no período compreendido entre a concepção e o parto, inclusive as despesas referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, conforme prescrição médica (art. 2º da Lei n. 11.804/2008), pois não seria justo que apenas a gestante arcasse com os custos e as responsabilidades da gravidez (MADALENO, 2018, p. 1203).

Nesse sentido, resta claro que a mulher terá o auxílio do pai do seu filho, mas nenhum dos dois deverá ser responsabilizado pelos gastos oriundos da gravidez sozinhos, ou seja, os valores necessários também serão de obrigação da gestante, pois o encargo recai sobre os ambos os pais, levando em consideração os recursos de cada um, conforme previsto no artigo 2º parágrafo único da Lei 11.804/2008 (TARTUCE, 2017, p. 342).

3.2.3 O nascituro e os direitos tutelados

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 493) “o nascituro é o ser humano já concebido, que se encontra no ventre materno por nascer. Sua potencialidade de vida deve ser protegida pelo ordenamento”. Nesse sentido, ao afirmar que o nascituro deve ser protegido, demonstra a sua importância para o direito, inclusive pelo fato da lei tutelar a vida desde a concepção em diversas ocasiões.

O início da vida é um tema bastante discutido, principalmente no âmbito do direito civil, pois dele surgiram duas teorias que são muito importantes para o entendimento e aplicação do direito. A primeira é a teoria “natalista” a qual afirma que a vida só se inicia após o nascimento com vida. A segunda é a teoria “concepcionista” a qual entende que a vida humana tem início no momento em que ocorre a concepção (PAIANO, 2009, p. 10).

A teoria “natalista” baseia-se na interpretação limitada do Código Civil de 2002, no qual está positivado que o início da personalidade jurídica ocorre quando há o nascimento com vida, desta forma, a teoria afirma que não há a possibilidade de o nascituro ser uma pessoa, nem constituir direitos, apenas meras expectativas destes, contudo, esse entendimento acaba sendo incompleto, pois ignora os demais dispositivos que compõem o ordenamento jurídico pátrio (TARTUCE, 2017).

No tocante a vertente “concepcionista”, o nascituro é pessoa e deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico, podendo ser titular de direitos e é capaz de possuir personalidade antes do seu nascimento (FARIAS, 2009, p. 49).

Apesar do código civil adotar a teoria “natalista” ao afirmar no artigo 2º que a personalidade jurídica se inicia após o nascimento com vida, o nascituro é tutelado pelo ordenamento jurídico e pode adquirir diversos direitos. Sendo assim, é um sujeito de direito, e a lei de alimentos gravídicos se baseia justamente na teoria “concepcionista” no momento em que confere ao nascituro a possibilidade de requerer

alimentos gravídicos ainda no útero materno, não se limitando ao nascimento com vida para a sua validação, bem como por tipificar a responsabilização parental desde o início da existência (MADALENO, 2018, p. 1203).

Desta forma, apesar do artigo 2º do Código Civil de 2002, o nascituro é sujeito de direito e pode adquiri-los, como por exemplo na hipótese prevista no artigo 542 do mencionado código em que pode configurar a posição de donatário, bem como na previsão do artigo 1.798 em que pode configurar a posição de sucessor.

Passada a discussão quanto ao início da vida, cabe tratar da aplicação prática dos direitos do nascituro e Maria Berenice Dias (2008) afirma que a lei de alimentos foi essencial para a proteção dos direitos do nascituro:

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da obrigação. O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA. Graças à Súmula do STJ, também a resistência em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar (DIAS, 2008, p. 01).

Contudo, Flávio Tartuce (2017, p. 342) discorda e afirma que a Lei 11.804/2008 não trouxe novidades ao ordenamento jurídico pátrio, pois o acesso aos alimentos pelo nascituro era possível através de a ação comum de alimentos em que podiam ser requeridos provisoriamente, conclui, ainda, que a lei de alimentos gerou um retrocesso quanto aos direitos do nascituro, pois a legitimidade está limitada a mulher e não ao nascituro por meio de um representante.

No entendimento deste trabalho a lei de alimentos gravídicos promoveu melhorias para o alimentando, pois ficou mais fácil e ágil o acesso aos alimentos, bem como se positivou o direito do nascituro e da gestante, o que gera maior segurança jurídica para ambos.

3.2.4 Ação de alimentos gravídicos

Nesse momento o trabalho abordará a ação de alimentos gravídicos e as suas peculiaridades em conformidade com a Lei nº 11.804/2008 e o Código de Processo Civil de 2016.

3.2.4.1 Procedimento

A ação de alimentos gravídicos está estabelecida conforme a Lei 11.804/2008, a qual determina os pressupostos e elementos necessários para a sua propositura. Entretanto, no tocante ao procedimento, Gediel Claudino de Araújo Júnior (2018, p. 113) chama atenção para o fato de que não está claro qual seria o procedimento adotado nas ações de alimentos gravídicos. A lei apenas estabelece como disposições supletivas a Lei de Alimentos nº 5.478/68 e o Código de Processo Civil. Importa salientar que mesmo sem uma indicação precisa do procedimento, a ação de alimentos gravídicos deverá estar pautada na celeridade processual para que cumpra a sua finalidade de promover à mulher e ao nascituro uma gestação saudável.

Na prática, o processo de alimentos gravídicos se inicia com a petição inicial acompanhada de laudo médico que ateste a gravidez e que há chances de se desenvolver e outros documentos em conformidade com os artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, após, poderá ser realizada audiência de justificação com oitiva das partes e de testemunhas, concluída esta fase, será apreciado o pedido de antecipação dos efeitos da ação pelo juiz e a citação do suposto pai, que deverá manifestar-se no prazo de cinco dias, por último, será prolatada a sentença. Lembrando que todo o trâmite processual deve se dar o mais rápido possível, haja vista que uma gestação tem o tempo máximo de nove meses, evitando que ocorra a perda do objeto da ação com o nascimento da criança antes da resolução do mérito (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 113).

A audiência de justificação era uma fase obrigatória no processo de alimentos gravídicos, contudo, o artigo o qual estava prevista foi revogado. Maria Berenice Maria Berenice Dias (2008, p. 02) foi uma das pessoas que criticou a necessidade da audiência de justificação, pois acredita que em muitas situações as provas trazidas pela gestante são suficientes para o convencimento do juiz, sendo desarrazoado a obrigação de marcação de audiência, ainda mais que há dificuldade de ajustes nas pautas dos juízes, bem como que há um atraso no andamento do processo, haja vista a necessidade de prazo para citação, cumprimento de mandato, entre outros, desta forma, o deferimento dos alimentos gravídicos não deveria ficar adstrito a realização da audiência de justificação.

Uma peculiaridade importante na ação de alimentos gravídicos é que o valor fixado para o pagamento dos alimentos retroagirá até a data em que houve a

concepção do nascituro e não a partir da citação, como ocorre nas demais ações, pois é uma forma de garantir o pagamento, já que o réu poderia dificultar a citação até a data do nascimento, prejudicando o objeto da ação (PAMPONA FILHO, 2018, 26min. e 52 seg.).

3.2.4.2 Competência e foro

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 753) afirmam que nas ações de alimentos em geral, a competência para julgar os processos será do juízo de família na comarca em que residir o alimentando, conforme artigo 53, II do CPC, ou seja, quando houver o pedido de alimentos gravídicos, o foro da ação será a residência da gestante e do nascituro.

Como a ação de alimentos gravídicos visa a proteção do nascituro, sendo a gestante um mecanismo para possibilitar o seu desenvolvimento saudável e apenas configura como uma representante legal dos direitos do seu filho, o foro competente será o do domicílio da gestante, que terá como prazo para ajuizar a ação do início da gravidez até o momento do nascimento (FARIAS, 2009).

3.2.4.3 Provas

É regra geral do direito, conforme previsto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, que o ônus probatório compete ao autor da ação que deverá apresentar as provas para demonstrar que o quanto requerido constitui direito seu, neste caso, em se tratando dos alimentos gravídicos, compete a mulher em estado gestacional o ônus da prova (SOUSA, 2010, p. 31).

A Lei de alimentos gravídicos trouxe inovações no tocante ao conteúdo probatório, pois o seu artigo 6º permite que o requerimento da parte seja deferido pelo juiz com base apenas em indícios: “Art. 6º 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” (BRASIL, 2008).

Paulo Nader (2016, p. 735) explica que nas ações de alimentos gravídicos não é possível a exigência de prova pericial de DNA, pois estudos informam que a realização do exame durante a gestação pode trazer sofrimento ao feto, gerar risco

ao seu desenvolvimento saudável e até mesmo causar a morte do nascituro, mas não há a proibição da realização do exame. Neste sentido, as provas que acompanham o processo devem ser oriundas de outras fontes, como é o exemplo de fotos das partes que indiquem terem tido um relacionamento amoroso, cartas, conversas em aplicativos e depoimentos de testemunhas que confirmem a declaração da gestante. Vale ressaltar que quando as partes são casadas, não há necessidade de produção de prova, pois há presunção de paternidade

É também o entendimento de Maria Berenice Dias (2008) que ainda traz a problemática do custo para a realização do exame de DNA:

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 (DIAS, 2008, p. 02).

Desta forma, as provas colacionadas aos autos não vão provar necessariamente a paternidade, mas têm o poder de demonstrar a possibilidade desta, bem como de “conduzir a presunção” de que o homem é o pai do nascituro (DONOSO, 2009, p. 11).

No tocante a produção probatória do réu, poderá o mesmo requerer a realização do exame de excludente de paternidade, por meio de uma perícia hematológica que verifique a compatibilidade do grupo sanguíneo do nascituro e do pai, além de poder apresentar, caso seja a sua realidade, atestado que comprove ter feito vasectomia anterior ao período da concepção, demonstrando ser estéril e que não tem a capacidade biológica para a geração de um filho. Poderá ainda, comprovar estar em viagem ou morando em outro lugar ao tempo da concepção, através de testemunhas, reserva de hotéis, passagens aéreas entre outros, além das diversas outras formas de comprovação que vão variar conforme o caso concreto (SOUSA, 2010, p. 32).

3.2.4.4 Legitimidade

No tocante a legitimidade para requerer os alimentos, há uma divisão de entendimentos, pois há o entendimento que se fundamenta na teoria concepcionista e afirma que a legitimidade ativa é do nascituro, portanto, a gestante seria a sua representante legal, consequência direta da própria Lei ^o 11.804/2008 que dá ao

nascituro o direito aos alimentos gravídicos. Entretanto, a legitimidade ativa nas ações de alimentos gravídicos não está clara na legislação, já que no primeiro momento o entendimento é de que os alimentos são direcionados para a mulher gestante, conforme o artigo 1º, logo após, a lei dá a entender de que os valores têm a finalidade de proteger o nascituro, pois o parágrafo único do artigo 6º afirma que se ocorrer o nascimento com vida, os alimentos gravídicos transformam-se em pensão alimentícia se limitando as necessidades da criança. Desta forma, nas hipóteses em que houver a propositura da ação em nome da gestante o juiz deverá dar provimento a inicial, haja vista que não há clareza na lei quanto a legitimidade ativa (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 751).

No entendimento de Denis Donoso (2009, p. 07), a legitimidade para a propositura da ação é da genitora, pois é a pessoa que possuirá a titularidade dos alimentos. Somente após o nascimento do bebê com vida e a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia é que haverá a mudança de titularidade, sendo os alimentos direcionado ao filho, que, nesse caso, terá legitimidade para propor uma ação de revisão de alimentos. Contudo, não afasta a possibilidade de o polo ativo ser composto por um litisconsórcio entre a genitora e o nascituro, pois a lei não fornece elementos satisfatórios para definir a legitimidade ativa.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 751) chamam atenção para o fato de que o Ministério Público pode compor o polo ativo da ação, haja vista que possui legitimidade para atuar como “substituto processual”, em que entra com a ação de alimentos em seu nome, contudo, requer direitos para outrem. Quanto a legitimidade passiva da ação, caberá ao homem indicado como genitor do bebê, sendo possível que a obrigação atinja os avós, que podem configurar o polo passivo também, caso o genitor não tenha condições de arcar com a obrigação.

3.2.5 Conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia

Como já foi abordado, a lei de alimentos gravídicos estipulou no parágrafo único do artigo 6º que “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão” (BRASIL, 2008).

Rolf Madaleno (2018, p.1203) afirma que após deferido o requerimento de alimentos gravídicos, fixado o valor da prestação pelo juiz e então, ocorrido o

nascimento com vida, haverá, automaticamente, a transformação dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, esta conversão está prevista em lei e não exige a prova efetiva da paternidade. A pensão alimentícia terá caráter definitivo e somente a requerimento do alimentante ou do alimentando é que poderá ser revisada ou exonerada judicialmente.

Na ação de revisão, o juiz poderá determinar que a pensão permaneça inalterada, poderá modificar o valor, bem como poderá suspender a obrigação. As partes deverão produzir novas provas para justificar o seu requerimento, inclusive a prova de paternidade. Ressalta-se que o juiz levará em conta a situação atual das partes, as necessidades e possibilidades de cada um, avaliando por um critério social e econômico e durante o processo o alimentante deverá realizar o pagamento dos valores até que tenha decisão judicial em contrário (SOUZA, 2013, p. 03).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PARA FALSA IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE COM PAGAMENTO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Neste capítulo será trabalhada a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil para as mulheres nos casos em que há a falsa imputação de paternidade e o pagamento de alimentos gravídicos, mas antes serão feitas considerações sobre a investigação de paternidade e toda a problemática que envolve a ação de alimentos gravídicos.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na atualidade as relações pessoais estão cada dia mais superficiais e transitórias, gerando diversas consequências na vida dos indivíduos. No tocante ao direito de família, é possível perceber que houve um aumento de filhos que não tem a sua paternidade reconhecida, para sanar este problema, bem como para garantir o direito de filiação, há no ordenamento jurídico a ação de investigação de paternidade, oportunidade em que se reconhece a filiação e há a imposição de responsabilidades e obrigações entre pais e filhos (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 157).

O reconhecimento de paternidade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro conforme o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2016 e a Constituição Federal de 1988, neles constam as modalidades do reconhecimento da filiação que pode ser de forma voluntária, em que há o reconhecimento natural pelas partes, ou judicial, em que há a necessidade da realização de uma demanda processual com a produção de provas e a prolação de sentença de reconhecimento pelo juiz.

Rolf Madaleno (2018) explica da seguinte forma:

A paternidade extramatrimonial pode ser reconhecida de modo voluntário, consoante as hipóteses antes mencionadas, operada por desejo espontâneo do pai, mesmo quando precedida de provocação administrativa do juiz, como na hipótese da averiguação oficiosa. O reconhecimento também pode surgir do impulso processual de uma sentença proferida em ação judicial de investigação de paternidade, se por acordo não chegarem as partes a um denominador comum (MADALENO, 2018, p. 758).

O reconhecimento de paternidade confere ao pai e ao filho diversas responsabilidades e direitos que lhe são cabidos, como é o exemplo do direito sucessório e do direito aos alimentos. A paternidade reconhecida é essencial para a

propositura de ação de alimentos e em se tratando de alimentos gravídicos se torna um assunto delicado, devido às peculiaridades da lei.

4.1.1 Ação de investigação de paternidade

A ação de investigação de paternidade ocorre quando não há o reconhecimento voluntário, desta forma, o interessado deverá iniciar o processo requerendo o reconhecimento judicial. A motivação judicial ocorre quando há o indicativo de paternidade e uma resistência ao reconhecimento, necessitando a interferência do Estado para que seja efetivado o reconhecimento (MADALENO, 2018).

Importa destacar que esta ação busca o estado de filiação, podendo ser reconhecido como pai aquele quem criou o sujeito, não sendo restrita a origem genética, pois leva-se em consideração a convivência familiar e as relações socioafetivas (PEREIRA, 2018, p. 342).

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 642) explica que a ação de investigação de paternidade tem natureza declaratória, pois apenas reconhecerá a paternidade, é também de natureza imprescritível, pois poderá ser iniciada a qualquer tempo, inclusive após o falecimento do provável pai. O direito tutelado é personalíssimo pois pertence exclusivamente aquele que tem interesse em estabelecer o seu estado de filiação e é indisponível, pois não poderá ser objeto de qualquer tipo de acordo ou trocado por vantagem econômica.

A ação de investigação de paternidade não obedece a nenhum procedimento especial, pois não há previsão legal para tanto, desta forma, se submete ao procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, nos artigos 318 ao 512. A petição deverá estar conforme os artigos 319 e 320 do CPC, acompanhada de certidão de nascimento do autor, comprovante de residência, e documentos que atestem a relação entre a sua genitora e o suposto pai (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 157).

No tocante ao foro para tramitação do processo de investigação de paternidade, a princípio, seguirá a regra geral e será no foro do domicílio do réu, por se tratar de uma ação pessoal, contudo, quando há a cumulação com a ação de alimentos, no entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, caberá a tramitação no foro do alimentando, ou seja, do autor da ação investigativa, pois prevalecerá o foro da parte em situação de vulnerabilidade (TARTUCE, 2017, p. 276).

Nas ações investigativas de paternidade a legitimidade ativa pertence exclusivamente ao filho, por se tratar de um direito personalíssimo, podendo ter um representante legal ou ser assistido quando for menor de idade. Há também as hipóteses em que a legitimidade ativa será exercida pelo Ministério Público, na posição de substituto processual. Quanto a legitimidade passiva, será do suposto pai, no entanto, há a possibilidade de a contestação ser elaborada por outras pessoas que tenham interesse justo no desfecho da ação. Os interessados são todos aqueles que podem ser afetados com o reconhecimento judicial da paternidade, como é o exemplo dos herdeiros do réu, excluídos os parentes em linha colateral (LÔBO, 2011, p. 265).

Flávio Tartuce (2017, p. 279) explica que quando o pai for falecido, a demanda será feita em face dos herdeiros, não caberá contra o espólio, haja vista que este não possui personalidade jurídica. Há também a possibilidade de ser o Estado demandando quando o pai falece sem deixar herdeiros, já que será o destinatário dos bens da herança.

4.1.2 Meios de prova da paternidade

A composição probatória nas ações de investigação de paternidade está composta principalmente do exame de DNA, além de outros documentos que indiquem a relação do suposto pai com a genitora do autor, mas o exame de DNA foi uma descoberta recente para a ciência, bem como a sua utilização no direito.

No primeiro momento, as ações investigativas de paternidade estavam pautadas praticamente em depoimentos testemunhais, pois havia uma grande dificuldade na produção de provas. Após um período, começou a se utilizar a prova pericial, onde havia a identificação de grupos sanguíneos, mas não imprimiam certeza, assim, não tinham muita importância nos processos de investigação de paternidade. Foi com a descoberta do exame de DNA que a medicina e o direito sofreram uma verdadeira revolução, pois com o uso desta tecnologia moderna e segura foi possível provar de forma precisa a paternidade (DIAS, 2016, p. 718).

É o mesmo entendimento de Flávio Tartuce (2017):

Outro tema de importante relevo refere-se à obrigatoriedade da realização do exame de DNA. Conforme antes demonstrado, o exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá certeza quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. O exame em questão veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida, baseada, sobretudo, no relacionamento sexual plúrimo da mãe do investigante, com

vários homens (*exceptio plurium concubentium*). Na verdade, por vezes, essa prova até se revelava como violadora da intimidade e da dignidade humana, eis que era realizada uma verdadeira devassa na vida íntima dessa mãe. Atualmente, não há mais a necessidade dessa indesejada investigação, podendo-se até sustentar que cabe reparação por danos morais nos casos de sua utilização (TARTUCE, 2017, p. 283).

Maria Berenice Dias (2016, p. 719) faz uma importante consideração sobre a utilização do exame de DNA nas ações de investigação e paternidade. Ocorre que ao mesmo tempo em que há uma grande evolução probatória, há um conflito de direitos quando o suposto pai se recusa a realizar o exame de DNA. A justificativa na recusa esta pautada no direito à integridade física e no direito da personalidade, previstos na Constituição Federal, contudo, o direito do filho ao reconhecimento da filiação também compõe um direito da personalidade.

Na ponderação dos direitos, a proteção ao pai de não se submeter ao exame de DNA prevaleceu, mas, em compensação, prejudica o processo, pois não há outro meio de prova que seja suficientemente conclusivo pela paternidade ou não.

Desta forma, pensou-se pela presunção da paternidade nos casos em que houvesse a recusa do exame de DNA, mas não foi aderido pelo ordenamento jurídico brasileiro, que optou pela declaração da paternidade nos processos em que houvesse a recusa do exame de DNA apenas quando houvessem provas suficientes que indicassem ser o réu o verdadeiro pai do autor, pois a presunção da paternidade seria relativa e dependeria dos outros meios de prova para tornar-se absoluta (PEREIRA, 2018, p. 354).

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que na sua súmula nº 301 diz que “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (STJ, 2004), ou seja, gera uma presunção relativa, que aceita prova em contrário.

Conclui-se que o exame de DNA é importantíssimo nas ações investigativas de paternidade, mas em algumas situações, como quando há a negativa de se submeter ao exame, são necessários outros meios de provas que coadunem com a provável paternidade para que haja o convencimento do julgador, essas provas podem ser declarações de testemunhas, fotos do casal, cartas, mensagens eletrônicas, entre muitos outros meios probatórios.

4.1.3 Paternidade responsável e a obrigação alimentar

A paternidade responsável é um princípio previsto expressamente da Constituição Federal e se aplica a todo o direito de família, recaindo como um fundamento para o requerimento dos alimentos em geral e, principalmente, para os alimentos gravídicos. Desta forma, a busca pela paternidade se faz importante para concretizar o princípio da paternidade responsável e permitir que sejam requeridos alimentos quando necessários.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Gabriela Soares Linhares Machado (2013):

O princípio da paternidade responsável está previsto no art. 226, § 7º, CF/88, e implica dizer que deve haver responsabilidade individual e social do homem e da mulher que decidem procriar uma nova vida humana, sendo dever dos mesmos priorizar o bem estar físico, psíquico e espiritual da criança que irá nascer (MACHADO, 2013, p. 06).

Maria Berenice Dias (2016, p. 727) explica que a paternidade responsável se aplica desde a vida intrauterina, quando há a concepção do nascituro, pois “pai é pai desde a concepção do filho” e para dar efetividade ao princípio, é obrigação do genitor arcar com deveres da paternidade, independente de assumir a responsabilidade parental de afeto e criação. Assim, os alimentos requeridos na fase gestacional, devem ser deferidos quando há o convencimento da paternidade, e após o nascimento e a confirmação através do exame de DNA, deverá o pai, independente de reconhecimento, assumir a responsabilidade por aquela vida.

Há de se chamar atenção ao fato de que a paternidade responsável vai além da comprovação biológica da paternidade, recai também nas relações socioafetivas, pois leva-se em consideração os vínculos afetivos, o cuidado, a criação e o convívio familiar (PEREIRA, 2018, p. 53).

Entende-se a paternidade responsável como um princípio que busca a proteção da família e dos seus membros, convocando os pais para realizarem uma organização familiar adequada e promoverem o direito dos filhos à vida, à saúde, à educação, aos alimentos e muitos outros direitos tutelados, mas para tanto é preciso reconhecer a paternidade, seja ela biológica ou afetiva.

4.2 A PROBLEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Como foi demonstrado em algumas passagens deste trabalho, no tocante a ação de alimentos gravídicos, existem questões que dificultam a comprovação efetiva da paternidade por meio do exame de DNA, essa dificuldade compromete diversos pontos do processo, como a produção de provas, a defesa do réu e as consequências do deferimento de alimentos quando há a falsa imputação de paternidade, comprovada após o nascimento, haja vista que, como já foi visto, uma das características dos alimentos é a sua irrepetibilidade.

4.2.1 Proibição do exame de DNA na gestação

O exame de DNA proporcionou uma grande revolução na medicina e no direito, sendo aplicado em diversos segmentos destes, como, por exemplo, nas ações penais para a solução de crimes, bem como nas ações investigativas de paternidade e maternidade para indicar o genitor ou genitora, por ser capaz de determinar com segurança e clareza os seus resultados.

O exame mais indicado para solucionar a questão da paternidade é o de DNA, contudo, não há a exigibilidade da realização do exame no período gestacional, por gerar riscos à saúde da genitora e do nascituro, potencializando a possibilidade da ocorrência de um aborto. Sendo assim, quando há o pedido de alimentos gravídicos, resta impossibilitada a obrigatoriedade da realização do exame (SOUSA, 2010, p. 37).

Os riscos gerados pelo procedimento do exame de DNA na gravidez foram levados em consideração quando houve o veto do artigo 8º da Lei de Alimentos gravídicos que previa: ““Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente””.

Nesse mesmo sentido afirma as razões do veto publicadas no Diário Oficial em 06 de novembro de 2008, referente a Mensagem nº 853/2008:

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 (BRASIL, 2008).

César Tomasi e Jeferson Marin (2011) citados por Maísa de Souza Lopes e Vivian Gerstler Zalczman (2014, p. 07), explicam o procedimento da amniocentese, que

é a técnica utilizada para a feitura do exame de DNA entre a 14^a e a 28^a semana de gravidez e o risco que gera para a gestação:

A coleta do material genético para análise do DNA é um procedimento complexo, que pode colocar em risco a gestação, sendo classificado como procedimento invasivo, como explica Moron (2003, p. 87): 'Consiste na punção da cavidade amniótica com o objetivo de obter amostras de líquido amniótico ou infusão de soluções ou drogas, realizando-se, na imensa maioria das vezes, via abdominal materna e sob visão ultrassonográfica contínua'. [...] A realização do exame de DNA por meio da amniocentese ou do vilo corial é um procedimento invasivo, ou seja, é um procedimento pequeno, mas cirúrgico, e há a necessidade de aplicação de anestesia, assim, há riscos durante sua realização, tanto para o feto como para a mãe (TOMASI; MARIN, 2011, citado por LOPES; ZALCMAN, 2014, p. 07).

Sendo assim, o juiz fica impossibilitado de determinar a realização do exame de DNA durante a gestação, então deverá utilizar outros meios de prova para o seu convencimento. Sabendo da dificuldade na confecção de provas concretas da paternidade, o legislador permitiu que o julgador se utilizasse os indícios de paternidade para fundamentar a sua decisão.

4.2.2 Indícios de paternidade

Conforme abordado anteriormente, a matéria probatória na ação de alimentos gravídicos encontra dificuldades técnicas, já que não é possível a exigência da realização do exame de DNA por colocar em risco a gestação. Desta forma, cabe lembrar que a Lei nº 11.804/2008, estabelece nos seus artigos 6º e 7º que o juiz fixará os alimentos gravídicos quando existirem indícios da paternidade.

É o que explica Ilara Coelho de Souza (2013):

[...] a nova lei permite a fixação de alimentos com base apenas em indícios de paternidade, não sendo exigido documento que comprove o vínculo jurídico de filiação, até pelo fato de, logicamente, tal documento não poder ser uma certidão de nascimento, haja vista a condição de nascituro do alimentando. Contudo, os indícios de paternidade podem ser apresentados através de fotos, testemunhas, cartas, ou qualquer outro meio lícito que comprove, ao menos, uma relação de companheirismo entre a gestante e o alimentante. Evidentemente, o magistrado deve ter muita cautela e responsabilidade ao analisar esses indícios, afinal, como o próprio termo denota, não são provas, mas apenas presunções de paternidade (SOUZA, 2013, p. 07).

Os meios para a comprovação dos indícios de paternidade podem ser os mais variados possíveis, já que todos os meios de prova são admitidos no ordenamento jurídico pátrio, contudo, todos os indícios apresentados no processo devem ser da época em que houve a concepção, levando em consideração o período gestacional em que se encontra a mulher. Ocorre que, em alguns casos há a ausência do

conhecimento social da existência do relacionamento e dificuldade probatória para dar-se início ao processo, nesses casos, a prova mínima exigida para a propositura da ação é o atestado médico de gravidez, indicando o tempo gestacional aproximado (SOUSA, 2010, p. 31).

Perceptível é a fragilidade dos elementos probatórios para determinar o pagamento dos alimentos gravídicos, tornando-se uma questão de grande tormento para a aplicação da lei, que vai exigir grande responsabilidade do julgador ao avaliar de forma cautelosa os indícios de paternidade.

Na ação e alimentos gravídicos, o convencimento do juiz quanto aos indícios da paternidade é de suma importância, como já foi visto, as dificuldades probatórias nesses procedimentos dificultam a defesa do réu e a análise mais aprofundada da verdade, o que demanda do julgador maior comprometimento ao examinar as provas careadas nos autos, exigindo, de certa forma, um entendimento psicossocial do caso concreto (VENOSA, 2017, p. 390).

As consequências da decisão judicial no processo de alimentos gravídicos são profundas, ocorre que, conforme as características trabalhadas anteriormente, os alimentos configuram-se como irrepetíveis e na hipótese de o juiz equivocar-se ao proferir a sentença, o réu sofrerá grandes prejuízos.

4.2.3 Negativa de paternidade após o pagamento de alimentos gravídicos

A Lei ^o 11.804/2008, trouxe consigo uma discussão interessante para o direito, pois como já foi visto neste trabalho, os alimentos gravídicos são deferidos pelo juiz levando em consideração apenas os indícios de paternidade, devido ao risco que a realização do exame de DNA gera para a gestação, fato que acaba por gerar resultados equivocados em diversos processos. Além disso, é característica dos alimentos no ordenamento pátrio, a não repetição dos valores pagos a título alimentar. Desta forma, há uma questão a ser solucionada, pois o réu que foi imputado falsamente não poderá resgatar os valores pagos indevidamente.

Nesse mesmo sentido explica Denis Donoso (2009):

Imaginemos uma situação que deverá ocorrer com certa frequência na prática: o juiz, baseado num determinado conjunto probatório, condena o "pai" ao pagamento de alimentos gravídicos. Tempos depois, nasce a criança e a ação declaratória de paternidade é ajuizada (pelo pai ou pelo filho, isso é indiferente). Nesta nova ação – agora sim – é produzida a segura prova pericial (exame de DNA), constando-se que o devedor de alimentos não é pai do credor. Diante deste quadro, as questões que naturalmente surgem são:

1) os valores até então pagos podem ser exigidos de volta pelo "pai injustiçado"? 2) pode-se ajuizar uma ação contra a mãe do menor, pleiteando danos morais e materiais? Respondo negativamente ambas as perguntas. A primeira, por razões óbvias, posto que os alimentos não são repetíveis; a segunda, porque atenta contra o livre exercício do direito de ação (DONOSO, 2009, p. 13).

O pagamento de alimentos gravídicos está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida, portanto, nas hipóteses em que após o nascimento for realizado o exame de DNA e não restar configurada a paternidade, não terá como consequência a devolução dos valores pagos, pois a lesão patrimonial e moral do réu não poderá se sobrepôr a um princípio fundamental e um direito essencial da pessoa (SOUZA, 2013, p. 04).

Assim, se a ação de alimentos gravídicos for improcedente, não poderá o réu propor ação de repetição do indébito, ou seja, não poderá requerer a devolução daquilo que foi pago, mesmo que de forma indevida. Entretanto, há o entendimento, baseado na vedação do enriquecimento ilícito, de que se for identificado o verdadeiro pai da criança, poderá o homem imputado falsamente acioná-lo na justiça para que este possa ressarcir os valores pagos, afinal, o verdadeiro pai é quem tinha obrigação alimentar (SOUZA, 2010, p. 34).

Quanto a possibilidade de responsabilização da gestante, há uma divisão de entendimentos, pois acredita-se que não poderá ser responsabilizada, entretendo, grande parte da doutrina entende que de fato há a possibilidade da responsabilidade civil da gestante, contudo, será avaliada a responsabilidade subjetiva, em que há a análise da culpa (MARQUES, 2017, p. 31).

Como foi possível perceber, há uma grande insegurança jurídica para o homem falsamente imputado, que em muitas situações não tem mecanismos para sanar o dano sofrido. Para tanto, se discute a possibilidade de responsabilização da gestante, um tema tormentoso, que divide entendimentos e é essencial quando se trata da falsa imputação de paternidade quando há o pagamento de alimentos gravídicos, por isso será o próximo tema estudado neste trabalho.

4.3 A RESPONSABILIZAÇÃO QUANDO HÁ A FALSA IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE

Quando há o nascimento do bebê e não há o reconhecimento da paternidade, caberá a instauração do processo de negatória de paternidade, em que será realizado o exame de DNA. Se o exame indicar que não há a paternidade, o homem que foi

falsamente imputado encontra-se em uma situação desfavorável, haja vista que resta impossibilitado de requerer a devolução dos valores pagos a título de alimentos, tendo apenas o direito de regresso caso seja identificado o verdadeiro pai. Sendo assim, há o questionamento se deveria a mulher ser responsabilizada pelos prejuízos causados ao réu.

4.3.1 O artigo 10 da lei de alimentos gravídicos

O legislador ao elaborar a lei de alimentos gravídicos, pensou na possibilidade do uso abusivo desta e para sanar o problema, previu no seu artigo 10 que a gestante responderia civilmente nas hipóteses em que, realizado o exame de DNA, o resultado fosse negativo. A princípio, a prática do artigo seria de muita utilidade, contudo, o legislador positivou que a gestante seria avaliada conforme a responsabilidade civil objetiva, ou seja, independente da sua culpa, levando em consideração a simples propositura da ação, o que vai de encontro com o direito de ação protegido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (SOUSA, 2010, p. 34).

A aplicação do artigo 10 inibiria a propositura das ações, já que ao se iniciar uma ação de alimentos, a pessoa já se encontra em uma situação desfavorável financeiramente e só seria coerente a propositura caso houvesse certeza quanto a paternidade, o que pode não ocorrer em muitos casos.

Assim, o texto do artigo 10 foi vetado, conforme as razões do veto publicadas no Diário Oficial do dia 05 de novembro de 2008, referente a Mensagem nº 853/2008:

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 (BRASIL, 2008).

O veto do artigo 10 da Lei 10.804/2008, foi necessário por este artigo estabelecer a responsabilidade objetiva da autora da ação de alimentos gravídicos, independente da presença de culpa, entretanto, restou uma lacuna no direito, pois, apesar da proteção da gestante e também do acesso à justiça previsto na Constituição Federal, o silêncio da lei deixou o réu desprotegido, já que não há uma previsão legal quanto ressarcimento do seu dano (SARTÓRIO, 2009, p. 06).

Ainda no entendimento de Milton Thiago Elias Santos Sartório (2009, p. 06), apesar de não ter sido positivada no ordenamento jurídico brasileiro a

responsabilização civil da autora da ação de alimentos gravídicos, o juiz poderá condenar a autora conforme a culpa da mesma, mas por meio da litigância de má-fé

4.3.2 A responsabilização civil da genitora

O veto do artigo 10 da lei de alimentos gravídicos trouxe uma lacuna no direito, conseqüentemente, ocasionou insegurança jurídica, principalmente para o homem que foi falsamente imputado, pois como foi visto, os danos materiais e morais que suportou, gerados pela ação de alimentos gravídicos, não têm uma reparação prevista no direito.

Quando resta provada a negativa de paternidade por meio do exame de DNA, o réu não terá como requerer nos mesmos autos a restituição dos valores pagos, haja vista que quando pagos a título de alimentos não são repetíveis. Caberá então ao réu, ingressar com uma ação de danos materiais e morais, se for possível comprová-los (GODOY, 2017, p. 20).

Essa afirmação é decorrente do quanto previsto no artigo 186 do Código Civil o qual determina que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Entretanto, insta salientar que a responsabilidade civil discutida nas ações de alimentos gravídicos é a subjetiva, pois deverá ser avaliada a conduta da autora, levando em consideração o seu conhecimento quando a verdadeira paternidade, ou se não, seria hipótese de responsabilização objetiva, que foi afastada conforme o veto do artigo 10 do projeto de lei.

Sobre o tema Rolf Madaleno (2018) explica que:

Originariamente estava prevista a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu pelo resultado negativo do exame pericial de paternidade, cujo dispositivo foi vetado por se tratar de norma intimidadora, eis que criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de a ação dos alimentos gravídicos não ser exitosa, importando, portanto, na possibilidade de devolução dos valores pagos, dentre outras responsabilidades. Contudo, tal veto não descarta ser apurada a responsabilidade subjetiva da autora da ação, uma vez provado o dolo ou a culpa ao apontar o réu indevidamente como sendo o genitor do nascituro. Caso contrário se retomariam os abusos da máxima do *ancien droit*, segundo qual era dado crédito à palavra da mulher grávida, onde ela informava o nome do homem que a engravidara (MADALENO, 2018, p. 1204).

Este é o mesmo entendimento de Maria Berenice Dias (2016) quando afirma:

Mesmo que os alimentos sejam irrepelíveis, em caso de **improcedência da ação** cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de **má-fé** ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de **danos morais**. O eventual pedido indenizatório há que ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido o seu nascimento (DIAS, 2016, p. 974).

Apesar de ser o entendimento dos autores acima, bem como da aplicação do código civil, conforme previsão da Lei de alimentos gravídicos, o homem ao qual foi imputada falsamente a paternidade não teria qualquer amparo legal para reparação dos danos sofridos pela irresponsabilidade da genitora, já que, como já foi visto, o único artigo que tratava sobre o tema foi vetado (GODOY, 2017, p. 22).

No entanto, seria imprudência da doutrina e da jurisprudência não avaliarem a situação e darem uma resolução para a questão, e é nesse sentido que há o entendimento de aplicação da responsabilidade civil quando há a presença de dolo por parte da gestante. Sendo assim, quando restar identificada a culpa ou o dolo da autora da ação, caberá a sua responsabilização.

Priscilla Carvalho Sousa (2010) explica que:

Entretanto, se ficar provado que a gestante agiu com culpa ou dolo, ou mesmo com abuso de direito, ela poderá ser condenada a indenizar o suposto pai, o qual figurava como réu na ação de alimentos gravídicos, sendo cabível, inclusive, a indenização por danos morais, dependendo do caso concreto. Nesses casos, ocorre a aplicação da responsabilidade subjetiva e não objetiva, como constava do artigo de lei vetado (SOUSA, 2010, p. 34).

Além da responsabilidade civil da gestante ser um mecanismo de proteção para o homem apontado supostamente como genitor, há também a coação da má-fé, pois todas as proteções dadas aos alimentos gravídicos oportunizam o abuso (VENOSA, 2017, p. 390).

Caberá ao homem falsamente imputado o ônus probatório da ação de indenização, demonstrando que sofreu danos materiais, por meio da apresentação de documentos que indiquem os valores pagos, bem como demonstrando que sofreu danos morais, apesar deste ser analisado no caso concreto, comprovando que a falsa imputação gerou grandes transtornos em sua vida, afetando o seu emocional, sua família, sua moral, entre outros (MARQUES, 2017, p. 34).

Assim, a aplicação da irrepelibilidade dos alimentos encontra limite na vedação do enriquecimento sem causa, não sendo admitida a sua aplicação de forma absoluta, ou seja, prevalece no direito civil e, principalmente, no direito de família, a prioridade

em afastar a má-fé e o uso abusivo do direito, seja nas relações sociais, econômicas ou familiares.

Deste modo, diante de tudo que foi estudado neste trabalho, conclui-se que o homem falsamente imputado nas ações de alimentos gravídicos poderá ingressar com uma ação indenizatória em face da genitora, quando for possível demonstrar os danos sofridos, bem como a má-fé, dolo, culpa ou abuso do direito por parte desta, pois estas atitudes vão de encontro com a finalidade da ação que é de promover a sobrevivência do sujeito baseado na solidariedade familiar, na paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÕES

O presente estudo analisou a Lei 11.804/2008 que trata dos alimentos gravídicos, observando que foi promulgada em momento oportuno, pois promove segurança jurídica em se tratando dos direitos do nascituro, desta forma, a dignidade do nascituro e o direito fundamental à vida são resguardados por meio da prestação alimentícia em que o pai fica obrigado a exercer suas funções como genitor e protetor de seu filho

Em contrapartida, fica provado que a Lei resguardou os direitos do nascituro, mas em certo ponto deixa a desejar em se tratando da proteção ao suposto pai, visto que a reparação em situações de prejuízo da posterior negativa de paternidade enfrenta maiores dificuldades, apesar de haver a possibilidade de indenização, esta é pontual e em casos de dolo ou culpa da autora da ação.

O estudo foi esclarecedor quanto a previsão da lei no tocante a reparação civil, haja vista que esta não trata do tema, deixando-o em aberto, contudo, também não proíbe a possibilidade da reparação, desta forma, cabe ao entendimento jurisprudencial promover a interpretação e aplicação no caso concreto.

Ante o exposto, o presente trabalho entende que a Lei tem muita importância quanto a tutela do nascituro, pois promove mais segurança à mulher gestante e a criança que tem o auxílio financeiro essencial, entretanto, exige do juiz um estudo mais aprofundado dos indícios de paternidade, bem como da possível má-fé da gestante, para que não autorize o pagamento da prestação alimentícia à pessoa indevida e por consequência, gere um dano desnecessário a quem foi imputada a paternidade, já que os alimentos são irrepetíveis e não podem ser devolvidos.

Desta forma, o juiz exerce um papel fundamental, pois realizará a análise dos indícios e a conduta das partes, observando a intenção da gestante ao promover a ação de alimentos gravídicos, devendo se convencer apenas quando houverem fortes indícios de paternidade, pois assim irá proteger o próprio instituto dos alimentos gravídicos, a fim de reduzir a banalização do mesmo.

Conclui-se que a responsabilização da autora da ação de alimentos gravídicos é cabível, contudo, será aplicada conforme a regra geral da responsabilidade civil, que é a responsabilidade subjetiva, levando-se em consideração o dolo, a culpa, ou abuso do direito, pois a irrepetibilidade dos alimentos não pode ser mais importante do que

a aplicação justa do direito, em conformidade com a ética e a moral, evitando assim, o enriquecimento ilícito e a má-fé.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, G. C. de. **Prática no direito de família**. 10. Ed. Rev., Atual e Ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

BATISTA FILHO, N. P. **Alimentos e a dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol4_n1_2012/alimentos.pdf> Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Lei Nº 11.804, de 5 de Novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Mensagem Nº 853, de 5 de Novembro de 2008**. Veto parcial do Projeto de Lei n 7.376, de 2006 (nº 62/04 no Senado Federal). Brasília. Diário Oficial, Brasília, DF, 06 de nov. 2008. Página 5. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

CALDEIRA, C. Alimentos gravídicos: análise crítica da lei nº 11.804. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 27. p. 207-229. 2010. Disponível em <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/131-424-1-pb.pdf>> Acesso em: 14 de novembro de 2018.

CARDIN, V. S. G. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 5. Ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. 5. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva 2012b.

_____. **Curso de direito civil: Obrigações, Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Vol. 2 – São Paulo: Saraiva 2014.

DIAS, M. B. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**. 1999. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_600\)1_investigacao_de_paternidade_prova_e_ausencia_de_coisa_julgada__material.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_600)1_investigacao_de_paternidade_prova_e_ausencia_de_coisa_julgada__material.pdf) > Acesso em: 29 de novembro 2018

_____. **Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar**. 2007. Disponível em <http://mariaberenicedias.com.br/uploads/21_-_dois_pesos_e_duas_medidas_para_preservar_a_%E9tica.pdf> Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **Alimentos gravídicos?** 2008. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_513\)27__alimentos_gravidicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_513)27__alimentos_gravidicos.pdf)> Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 28 ed. São Paulo. Saraiva. 2014

DONOSO, D. **Alimentos gravídicos**. Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. 2009. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30166-30713-1-PB.pdf>> Acesso em: 14 de novembro de 2018

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rev. e Atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias**. 9 ed. Rev. e Atual. Salvador. Ed. JusPodivm, 2016.

FARIAS, M J. A possibilidade da concessão de alimentos gravídicos à luz da lei nº 11.804/2008. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina. 2009. Disponível em: <
https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/801/100055_Maria.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 16 nov. 2018.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, P. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 15. Ed. vol. 3 – São Paulo: Saraiva, 2017a.

_____. **Novo curso de direito civil: Direito de Família**. 7. Ed. vol. 6 – São Paulo: Saraiva, 2017b.

GODOY, M. A. de. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto genitor quando da não confirmação da paternidade**. 2017. Disponível em: <
<http://www.facnpar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974724038937.pdf>> Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. Ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil 3 esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINS, E. **A responsabilidade Civil no Direito de Família**. 2015. Disponível em <
<http://www.linselins.com.br/wp-content/uploads/2015/11/ArtigoResponsabilidadeCivilnoDireitodeFam%C3%ADlia.pdf>
> Acesso em: 29 set. 2018.

LISBOA, R. S. **Manual de direito civil: direito de família sucessões**. 7. ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LOPES, M. de S.; ZALCMAN, V. G. **O abuso de direito na imputação leviana da paternidade nos alimentos gravídicos**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9301216db7afbcde>> Acesso em: 29 de novembro de 2018.

MACHADO, G. S. L. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3483, 13 jan. 2013. Disponível em <http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Gabriela_Soares_Linhares/Principios%20constitucionais%20paterno%20filial.pdf> Acesso em: 29 de novembro de 2018

MADALENO, R. **Direito de família**. 8. Ed., rev., Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES, A. K. de L. B. Alimentos gravídicos: a possibilidade de ressarcimento em caso de paternidade negativa. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande. 2017. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/16247/1/PDF%20-%20Ana%20Karla%20de%20Lucena%20Brito%20Marques.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2018

NADER, P. **Curso de direito civil: direito de família**. Vol. 5 Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, T. L. A responsabilidade civil nos casos de alienação parental. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/27452/1/THAMYLLLE%20LOPES%20NEVES.pdf> >. Acesso em: 01 dez. 2018.

OLIVEIRA, C. E. E. **Pensão Alimentícia e Coleção**: uma conciliação entre irrepetibilidade dos alimentos, a solidariedade familiar e o direito sucessório. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/ Senado. Jun./2015. (Texto para discussão nº 177). Disponível em:<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/510568>. Acesso em: 15 nov. 2018. 2015, p. 06).

PAIANO, D. B.; ROCHA, M. da S. **Biodireito e início da vida**: crise paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/biodireito_e_inicio_da_vida_crise_de_paradigma_no_pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

PAIXÃO, J. S.; LOPES, V. C. Indício de paternidade nos alimentos gravídicos: relativização do princípio à ampla defesa. UNIFACS. N. 164. 2013. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2869/2083> > Acesso em: 02 dez. 2018.

PAMPLONA FILHO, R. Solidariedade familiar. Produção de PAMPLONA FILHO, R. Youtube: Canal Pamplona. Programa: Papeando com Pamplona. 5ª temporada. Ep. 1. (42 min e 37 seg.). Publicado em: 5 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VQcVKpR0VSQ>>. Acesso em: 27 nov.2018.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

SANTANA, F. de C. **Nexo de causalidade**: Suas implicações na responsabilidade civil extracontratual e a teoria acolhida pelo direito brasileiro. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4586/3004> Acesso em: 10 out. 2018.

SARTÓRIO, M. T. E. S. Dos alimentos gravídicos. **Intertem@s**. Presidente Prudente, SP, ano X, v.18, n.18, p. 17-28, ago./dez. 2009. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/viewFile/2640/2420> > Acesso em: 02 dez. 2018.

SILVA, N. A. A. Alimentos gravídicos: análise da doutrina e da jurisprudência atual sobre os aspectos polêmicos da lei. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina. 2012. Disponível em: <http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/106782_Natalia.pdf> Acesso em: 20 nov. 2018.

SOUSA, P. C. Alimentos gravídicos: aspectos controvertidos. Monografia (Graduação em Direito) Universidade Católica de Brasília. 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2613/2/Priscilla%20Carvalho%20Sousa.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2018.

SOUZA, I. C. de. Alimentos gravídicos: responsabilidade civil da gestante pela ausência de vínculo jurídico entre alimentando e alimentante. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3474, 4 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23375/alimentos-gravidicos-responsabilidade-civil-da-gestante-pela-ausencia-de-vinculo-juridico-entre-alimentando-e-alimentante>> Acesso em: 29 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Súmula 301. Segunda Seção, julgado em 18 de outubro de 2004, DJ 22/11/2004. p. 425.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. Ed. Vol. 2. São Paulo: Método, 2011.

_____. **Manual de direito civil**: volume único. 7. Ed. São Paulo: Método, 2017.

WALD, A.; GIANCOLI, B. P. **Direito civil**: responsabilidade civil. 2. Ed. Vol. 7. São Paulo: Saraiva 2012.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: responsabilidade civil. 12 Ed. Vol. 4 São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito civil**: parte geral. 13 Ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito civil**: família. 17 Ed. São Paulo: Atlas, 2017.