

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Analice dos Santos Escobar

O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS PAGOS PELO
SUPOSTO PAI DIANTE DA NEGATIVA DA PATERNIDADE

Carazinho

2017

Analice dos Santos Escobar

O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS PAGOS PELO
SUPOSTO PAI DIANTE DA NEGATIVA DA PATERNIDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora mestre Vanderlise Wentz Baú.

Carazinho
2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me guiado por todos os anos da faculdade
E em especial a minha mãe que me mostra todos os dias que sou capaz das coisas
mais surpreendentes.

Agradeço ao João, minha família e meus amigos pelo apoio incondicional.

E principalmente a professora Vanderlise por sempre acreditar em mim.

RESUMO

O tema investigado no presente trabalho é o possível direito do indicado pai à reparação civil pelo pagamento dos alimentos gravídicos, se após o nascimento da criança ficar provado não ser ele o pai, diante da Lei 11.804/08. O estudo justifica-se pela ausência de disposição legal expressa que trate da questão e da necessidade de saber se a alguém deve ser responsabilizado por eventual dano causado ao indicado pai, na hipótese de vir a não ser confirmada a paternidade. De um lado, tem-se a posição no sentido de que a responsabilidade por eventual reparação de danos ao pai indicado que pagou alimentos gravídicos, cuja paternidade não se confirmou é da genitora, se provada sua má-fé, nos termos da responsabilidade civil, já que a própria lei não tem tal previsão, diante do veto do artigo 10 que tratava da responsabilidade da genitora. De outro, tem-se aqueles que defendem ser do verdadeiro pai essa responsabilidade, pois um terceiro pagou quando era sua essa responsabilidade. A partir da utilização do método de abordagem dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, conclui-se que o indicado pai que pagou alimentos gravídicos durante a gestação tem direito a reparação civil, com fundamento na vedação em nosso direito do enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Indenização. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 2 | HISTORICIDADE DO DIREITO AOS ALIMENTOS NO BRASIL | 7 |
| | 2.1 Alimentos e sua trajetória legislativa no direito brasileiro | 7 |
| | 2.2 A obrigação alimentar e suas características | 12 |
| | 2.3 Os alimentos e sua classificação | 18 |
| 3 | O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CC/2002..... | 23 |
| | 3.1 Responsabilidade Civil: conceito e natureza jurídica | 23 |
| | 3.2 Classificação da responsabilidade civil | 25 |
| | 3.3 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil | 28 |
| 4 | O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS PAGOS PELO SUPOSTO PAI DIANTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE | 36 |
| | 4.1 Dos alimentos gravídicos e sua irrepeticibilidade | 36 |
| | 4.2 Responsabilidade civil da genitora em relação aos alimentos gravídicos | 42 |
| | 4.3 Da responsabilidade civil do verdadeiro pai | 48 |
| | CONCLUSÃO..... | 52 |
| | REFERÊNCIAS | 54 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar os alimentos gravídicos previstos na Lei 11.804/2005 e os reflexos que a imposição da obrigação de prestá-los, por indicação da mãe grávida, pode produzir na vida do indicado pai que o alcança à gestante.

Alimentos gravídicos são aqueles destinados à mulher gestante para custear as despesas da gestação, desde a concepção ao parto, inclusive as despesas referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, medicamentos e demais prescrições indispensáveis, a juízo do médico, além de outras a que o juiz considere importantes.

O objetivo geral é investigar se o indicado pai tem direito à reparação civil ou restituição, na hipótese de pagar os alimentos e, posteriormente, com o nascimento da criança não restar confirmada a paternidade.

O direito de receber alimentos gravídicos pode se fundar na existência de indícios da paternidade, não precisando existir casamento, união estável ou sequer um relacionamento duradouro entre as partes. A medicina evita a realização do exame intrauterino de paternidade diante dos elevados riscos de danos ao nascituro, que é o principal tutelado na ação de alimentos gravídicos, razão pela qual, a confirmação da paternidade é, em regra, feita após o nascimento

Considerando que os alimentos gravídicos podem ser deferidos apenas com indícios da paternidade, a partir da assertiva da genitora, o indicado pai que os deverá pagar encontra-se em uma situação insegura e instável, na medida em que a paternidade só poderá ser confirmada após o nascimento do alimentando e a realização do exame de DNA. Nesse contexto, se restar provado que o alimentante não é o pai questiona-se se ele teria direito de reaver a quantia paga e/ou reparação de eventuais danos que tenha sofrido em decorrência de sua indicada paternidade?

Diante das polêmicas e inseguranças trazidas pela lei de alimentos gravídicos, torna-se relevante sua análise, mostrando alguns de seus problemas, e possíveis soluções para eles, tendo como enfoque principal o pagamento da prestação de alimentos gravídicos por quem não era o verdadeiro pai, e as formas de recuperação desse crédito e/ou reparação de eventuais danos decorrentes dessa situação.

O art. 10 da Lei de Alimentos Gravídicos previa que no caso de resultado negativo da paternidade, a autora responderia objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu e, ainda, que a indenização seria liquidada nos próprios autos da ação de alimentos gravídicos. Todavia, esse artigo foi vetado, sob o fundamento de se tratar de uma norma intimidadora, já que só pelo fato da genitora indicar o pai ela seria responsabilizada objetivamente. Esse veto permite a discussão da questão posta no presente trabalho, que passará pela análise da responsabilidade civil.

O presente trabalho foi desenvolvido em 3 capítulos. No primeiro abordou a história dos alimentos e traçou uma linha do tempo dos direitos da mulher para receber alimentos, como cada pessoa do grupo familiar auxilia quando se trata de alimentos.

No segundo capítulo tratou-se da responsabilidade civil de forma geral, como é dividida no direito brasileiro e o que para cada pessoa é a responsabilidade, mostrando que todos arcam com a responsabilidade dos seus atos.

Por fim, no terceiro capítulo tem-se os alimentos gravídicos, como foi instituída a lei e quais os direitos do nascituro e da gestante quando recebe os alimentos, e após o pagamento quais responsabilidades cabem a genitora e ao verdadeiro pai do nascituro.

O método de pesquisa adotado é o da abordagem dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 HISTORICIDADE DO DIREITO AOS ALIMENTOS NO BRASIL

A história mostra que o direito aos alimentos no sistema jurídico brasileiro legislativo foi tratado pelo legislador de modo diverso desde a sua origem até a contemporaneidade, levando em conta que é representativo da cultura e do momento social vivido.

Far-se-á uma análise desse processo evolutivo do direito aos alimentos, a iniciar pelo Código Civil de 1916, passando pela Constituição Federal de 1988 até o Código Civil de 2002 e outras legislações esparsas, bem como, abordar-se-á o conceito, a natureza jurídica, a classificação e características da prestação alimentar, a fim de auxiliar a compreensão do direito alimentar do nascituro.

2.1 Alimentos e sua trajetória legislativa no direito brasileiro

A família é um microsistema social no qual pessoas se agregam por vínculos diversos e se auxiliam mutuamente, recebendo cuidados uns dos outros e os primeiros valores que asseguram sua adequada formação física e psíquica para posterior inserção social.

A família foi e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem ela não se pode conceber nenhum tipo de organização social ou jurídica. É ela que nos estrutura enquanto sujeitos, e é nela que encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. A família, segundo Rosa.

Pode ser considerada um dispositivo social capaz de influenciar as pessoas em seus relacionamentos, colocando-se como um dos pilares da vida psicológica dos indivíduos, além de influenciar de modo contundente os padrões de comportamento, o sentimento de pertencimento social e a saúde psíquica (ROSA, 2013, p. 37).

O ser humano sempre necessitará de amparo de seus semelhantes, mormente ao nascer, por ser muito frágil e não poder viver sozinho sem necessidade de cuidados, quando a assistência deve ser prestada pelos pais, bem como quando chega na velhice, quando os filhos passar a ter o compromisso de assistir seus pais. Nessa linha leciona Venosa, "o ser humano, desde o seu

nascimento até a sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens especiais ou necessários para a sobrevivência” (VENOSA, 2009, p. 371).

A assistência entre seus membros é da essência do núcleo familiar e a obrigação alimentar é uma das formas de assistência (material) e encontra proteção legal em nosso sistema jurídico, e assim já era no remoto direito Romano.

No direito romano a obrigação de amparo entre os membros da família era chamada de *officium pietatis*, que consistia na obrigação moral entre parentes, o cuidado de uns com os outros e de não deixar aqueles que dependem de alguém passar por necessidades. Sobre essa questão ensina Cahali:

[...] um direito a alimentos resultante de uma relação de parentesco seria até mesmo sem sentido, tendo em vista que o único vínculo existente entre os integrantes do grupo familiar seria o vínculo derivado do pátrio poder, o teor daquela estrutura, o paterfamilias concentrava em suas mãos todo os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse aos seus dependentes que não poderiam exercitar contra o titular da pátria potestas nenhuma pretensão de caráter patrimonial, como a derivada dos alimentos, na medida em que todos eram provados de qualquer capacidade patrimonial; com a natural recíproca da inexigibilidade de alimentos pelo pater em relação aos membros da família sob seu poder, a evidência de não disporem esses de patrimônio próprio (CAHALI, 2009, p. 38).

No direito moderno a obrigação alimentar tem um conceito mais amplo e não se resume ao alcance de alimento, mas, também, de vestuário, cuidados com a saúde, educação e suprimento de outras necessidades básicas do alimentando, inclusive as de ordem psicológica, se necessário.

No Direito pátrio, a primeira Constituição Federal (1824) teve sua preocupação voltada apenas à família imperial e ao casamento eclesiástico, considerando o elevado número de pessoas católicas na época. O casamento civil, conseqüentemente, era ignorado.

O poder familiar sob a égide da Constituição Federal de 1824 era exercido pelo homem, que era o chefe da sociedade conjugal e estava obrigado a prover o sustento da família. Quando havia o rompimento do casamento, a obrigação de prover o sustento da família se convertia em obrigação alimentar.

Na vigência do Código Civil de 1916, a obrigação alimentícia era regradada diversamente, consoante a sua origem (por consanguinidade ou solidariedade familiar e mútua assistência, no caso do divórcio e da união estável). O direito aos alimentos não era reconhecido aos filhos ilegítimos, os quais, aliás, sequer podiam ser reconhecidos como filhos. Os filhos ilegítimos, assim considerados os advindos

fora do casamento, ficavam sem nenhum amparo material ou mesmo de outra ordem (DINIZ, 2010, p. 499–500).

Com efeito, sob o manto de proteger a família, assim reconhecida como sendo aquela formada pelo casamento, o Código Civil de 1916 acabou cometendo um grave equívoco ao não permitir o reconhecimento dos filhos ilegítimos, o que implicava, por consequência, o abandono material, porquanto esses filhos

[...] não podiam buscar a própria identidade nem os meios para prover a sua subsistência. Somente 30 anos após foi permitido ao filho de homem casado promover, em segredo de justiça, ação de investigação de paternidade, apenas para buscar alimentos. Embora reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que só podia ocorrer depois de dissolvido o casamento do genitor. Somente em 1989 é que foi admitido o reconhecimento dos filhos “espúrios”, em face do princípio da igualdade entre os filhos, consagrado pela Constituição Federal (DIAS, 2009, p. 455).

Estabelecido no seu artigo 397 do Código Civil de 1916¹, a obrigação alimentar entre pais e filhos era recíproca, e extensivo a todos os ascendentes, a obrigação recaía no mais próximo em grau.

No que se refere à obrigação alimentar advinda do casamento – mútua assistência - o Código Civil de 1916 atribuía a ambos os cônjuges o dever de assistência recíproca, mas a obrigação de prestar alimentos era devida apenas pelo marido para a esposa inocente e pobre.

E a honestidade da mulher (ligada a sexualidade e abstinência sexual) era condição para obter a pensão alimentícia. A mulher tinha que se manter pura, recatada e fiel ao ex-marido e provar a sua necessidade para obter o direito aos alimentos, nos termos do art. 320 do Código Civil de 1916².

Em 1977 adveio a Lei do Divórcio, n. 6.515, e com ela a obrigação alimentar tornou-se recíproca entre os cônjuges. O responsável pela separação deveria pagar alimentos ao inocente, a quem incumbia o ônus da prova da sua necessidade, inocência e da culpa do réu.

¹ Art. 397. O direito á prestação de alimentos é reciproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

² Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

A Constituição Federal de 1988 tratou de reparar a injustiça proclamada pelo legislador civil de 1916, ao prever em seu art. 227, §6^o a igualdade entre os filhos, independentemente de terem sido concebidos dentro e fora do casamento, assegurando-lhes os mesmos direitos.

Em 1989, seguindo o princípio da igualdade entre os filhos consagrado pela Constituição Federal, o art. 4^o da Lei n. 883, 1949⁴ permitiu que o filho ilegítimo pudesse ajuizar ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em face do pai, mesmo casado. Todavia, ainda que fosse comprovada a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que somente seria possível se o pai reconhecido dissolvesse seu casamento. Em que pese o passo legislativo importante, o resquício da proteção à família constituída pelo casamento ainda era prevalente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), a partir da igualdade constitucionalmente reconhecida na questão da filiação, introduziu uma série de direitos e mecanismos de proteção às crianças e adolescentes que também se estenderam aos denominados filhos ilegítimos pelo Código Civil de 1916.

O ECA em seus artigos 26 e 27⁵ reconhecem o direito do filho considerado como ilegítimo de ser reconhecido, como um direito personalíssimo, indisponível e imprescindível.

Em 1994 foi promulgada a lei n. 8.971/94 que regulamentou a obrigação alimentar dos companheiros. No caso de dissolução da união estável, o

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6^o Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴ Art. 4^o Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo. Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.

⁵ Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

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

companheiro que não tivesse condições de se sustentar podia pleitear alimentos do outro que tivesse maiores condições econômicas, e também é reconhecido o direito aos bens deixados pelo companheiro em caso de morte.

Em sequência, a lei n. 9.278/96 regulamentou o art. § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, ao tratar da união estável no Brasil. O grande mérito dessa lei foi o fato de desvincular a obrigação alimentar da postura dos parceiros em no término do relacionamento. Em contraposição ao Código Civil de 1916 e a regulação da obrigação alimentar entre os cônjuges ao término do casamento, o elemento culpa pelo término do convívio na união estável não era determinante para o estabelecimento ou não da obrigação alimentar deixou de existir. Esta lei também atribuiu o direito real de habitação ao companheiro, enquanto não constituísse nova união estável ou casamento.

A Lei do Divórcio e a legislação da União Estável regulavam os alimentos derivados do dever de mútua assistência. Apenas em se tratando de obrigação alimentar entre cônjuges que se indagava sobre a responsabilidade pelo fim do casamento, e, com isso, necessária era a comprovação da culpa de um dos cônjuges, sob a vigência da Lei do Divórcio.

O atual Código Civil (2002), em seus artigos 1.694, 1.696 e 1.697⁶, trata de modo confuso sobre a questão dos alimentos, não distinguindo a origem da obrigação, se decorrente do poder familiar, do parentesco ou do rompimento do casamento ou da união estável, o que doutrinariamente tem gerado controvérsias em relação à diferenciação da natureza do encargo. Nessa linha, leciona Cahali:

⁶ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

[...] Diante desse quadro extremamente complexo, esperava-se que o Código Civil de 2002 viesse a proporcionar um instituto atualizado e sistematizado, pelo menos para tornar menos dificultosa a sua utilização pelos operadores do direito. Mas isso acabou não acontecendo, seja em decorrência do largo período de estagnação do anteprojeto e projeto intercalada a sua tramitação com uma gama de profundas inovações no plano da legislação de família; seja, igualmente, pela falta de uma visão de conjunto de nosso sistema jurídico por aqueles que assumiram a responsabilidade pela nova codificação (CAHALI, 2009, p. 44).

Como se extrai da lição de Cahali, a expectativa dos operadores do direito era a de que o Código Civil trouxesse uma redação que abrangesse todos os assuntos relativos aos alimentos, a fim de facilitar sua interpretação e aplicação concreta que, no entanto, não se confirmou.

Na realidade, o Código Civil de 2002 trata igualmente todas as espécies de obrigações alimentar, independentemente de sua origem, se do vínculo consanguíneo ou decorrente da mútua assistência, nos casos de dissolução de casamento e união estável.

Após a passagem pela história legislativa do reconhecimento da obrigação alimentar, importa abordar no que consiste essa obrigação e quais são as suas características.

2.2 A obrigação alimentar e suas características

O termo “alimentos” possui diversos significados jurídicos, e, em sua conotação mais simples, pode ser compreendido como sendo tudo aquilo que é necessário para a subsistência de uma pessoa, ou ainda, para satisfazer as necessidades da vida.

O Código Civil em seu art. 1.694, §§ 1º e 2º⁷ prevê que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos quando necessitarem, para

⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

que possam viver de maneira compatível com a condição social que viviam. Trata-se dos alimentos tidos como indispensáveis à subsistência daquele que recebe.

Beviláqua, em sua lição ensina que “a palavra alimentos tem, em Direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão que na linguagem comum, pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstia” (BEVILAQUA, 1905, p. 535)

Todavia, quando se trata de alimentos, seja no significado comum ou jurídico da palavra, sempre haverá o alimentante, ou seja, aquele que tem o dever de prestá-los e o alimentado, que é aquele deles necessita para a manutenção de sua vida. Para Venosa:

[...] o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para a subsistência. Acrescentamos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente a uma noção jurídica. No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos ditos, deve referir – se também a satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade. (VENOSA, 2009, p. 351).

Compreende-se na expressão alimentos tudo aquilo que se mostra necessário à satisfação das questões vitais do ser humano e que, por alguma razão, pessoa postulantes dos alimentos, não pode satisfazer sozinha (CAHALI, 2002, p. 16).

Alimentos, no âmbito jurídico, consiste na “prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida”, assim, abrangendo não apenas os alimentos na sua expressão literal, mas também, vestuário, habitação, assistência médica, instrução, enfim, tudo o que for demonstrado como necessário para atender às necessidades básicas da vida (RODRIGUES, 1993, p. 380).

No direito de família, o direito alimentar pode decorrer do vínculo familiar, do parentesco, como ocorre na obrigação entre parentes (pais e filhos e vice-versa), bem como na assistência mútua, nos casos de dissolução do casamento ou da união estável, tendo em ambas hipóteses por fundamento o princípio da solidariedade (DINIZ, 2005, p. 534).

No que tange à natureza jurídica dos alimentos, há divergências doutrinárias que se dividem em duas correntes. A primeira, sustenta que se trata de um direito personalíssimo, porque o alimentado não auferir vantagem econômica, já que a verba alimentar não aumenta o seu patrimônio, tampouco serve de garantia a seus credores, mas se apresenta necessário à vida, defendida por Ruggiero. (*apud* DINIZ, 2005, p. 540).

Os defensores dessa posição sustentam que a prestação alimentar não tem influência sobre o patrimônio econômico do alimentado, pois é uma verba para suprir as necessidades básicas do alimentado e não para que ele aumente o seu patrimônio, apresentando-se, pois, como um direito personalíssimo.

A segunda corrente doutrinária, por sua vez, sustenta que é o direito alimentar constitui uma relação obrigacional de crédito e débito entre alimentante e alimentado. Filiados a essa corrente estão Gomes e Diniz, consoante se depreende da lição que se segue:

[...] a um interesse superior familiar, apresentando – se como uma relação patrimonial de crédito – débito, uma vez que consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios e roupas, feito pelo alimentante ao alimentado, havendo, portanto, um crédito que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica (DINIZ, 2005, p. 540).

A essa corrente também se filia Rizzardo ao sustentar que a obrigação alimentar se fundamenta “sobre um interesse de natureza superior, que é a preservação da vida humana e a necessidade de dar às pessoas certas garantias no tocante ao meio de subsistência” (RIZZARDO, 2006, p. 718).

Em apertada síntese, tem-se que na primeira corrente os doutrinadores trazem o direito a alimentos como um direito básico do alimentado, sem o condão de gerar aumento no patrimônio do alimentado, enquanto na segunda, os doutrinadores referem-se como uma relação de crédito e débito entre o alimentado e o alimentante.

Discussões doutrinárias à parte acerca da natureza jurídica dos alimentos, o fato é que o direito brasileiro se aproxima mais da segunda corrente. Os alimentos devem servir à manutenção do alimentando, segundo as suas necessidades, sem o cunho de eventual acréscimo patrimonial.

Os alimentos no direito pátrio são dotados de algumas características que lhes dão contorno e que são inaplicáveis a outras relações jurídicas em face de sua finalidade natural, e dentre elas, ressaltam-se as mais relevantes ao debate proposto no presente trabalho.

A principal característica dos alimentos é a de ser um direito personalíssimo, já que se incorpora à personalidade do sujeito-credor (alimentando), representando um direito que assegura a sua integridade física. Trata-se de “um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, logo, sua titularidade não passa a outrem”, como assegura Denigni. (*apud* CAHALI, 2009, p.49).

É considerado direito pessoal no sentido de não ser transferível à outra pessoa diversa do seu titular; o alimentado não pode transferir esse direito a outrem, por qualquer ato ou fato jurídico, já que recebe os alimentos para suprir tão-somente as suas necessidades físicas. Nessa linha leciona Dias,

[...] o direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa a preservar e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Como decorrência direta de seu caráter personalíssimo, trata-se de direito que não pode ser objeto de cessão (art. 1.707, CC) nem se sujeita a compensação (art. 373, II, CC), qualquer que seja a natureza da dívida que venha a lhe ser oposta (DIAS, 2009, p. 408).

O direito aos alimentos também não pode ser renunciado pelo seu titular, na medida em que os recebe para suprir necessidade própria e é com eles que mantém sua subsistência. O direito aos alimentos é decorrente do direito à vida, razão pela qual é protegido pelo Estado com normas de ordem pública, emanando daí a sua irrenunciabilidade, que atinge somente o direito, não o seu exercício (GONÇALVES, 2005, p. 137).

Assim, quem recebe os alimentos pode renunciar o exercício, mas não o direito de receber os alimentos que se mantém hígido para eventual hipótese de necessidade futura. O direito em si é irrenunciável, ainda que possa o alimentando dispor circunstancialmente do seu direito de exigi-lo (DINIZ, 2005, p. 545).

Essa assertiva se extrai do disposto no art. 1.707 do Código Civil⁸, ao elencar a irrenunciabilidade do direito aos alimentos, admitindo, contudo, que o credor não exerça o direito a este. Mas, o Código Civil é claro: não é possível a renúncia do direito aos alimentos, mas pode haver a renúncia ao recebimento deles (renúncia ao valor, mas não ao direito em si).

São, portanto, coisas distintas: o direito aos alimentos é irrenunciável, a fruição desse direito, no entanto, é disponível, podendo aquele que tem o direito aos alimentos, dele não usufruir.

O direito aos alimentos é transmissível. A transmissibilidade dos alimentos se encontra no art. 1.700 do Código Civil⁹, que traz em sua redação que a obrigação de prestar os alimentos é transmitida para os herdeiros do alimentante, e cabe a eles efetuar o correspondente pagamento. Sobre essa característica leciona Diniz:

É transmissível a obrigação alimentar pois o art. 1.700 do Código Civil prescreve que o credor de alimentos (parente, cônjuge ou companheiro) pode reclamá-los de quem estiver obrigado a pagá-los, podendo exigí-los dos herdeiros do devedor, se este falecer, porque a estes se transmite o dever de cumprir a obrigação alimentar, passando, assim, os alimentos a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos seus herdeiros a respectivas soluções até as forças da herança, no limite do quinhão de cada um deles couber. Logo, se inexistir herança, inviável será a transmissão da obrigação alimentar (DINIZ, 2014, p. 650, 651).

Sendo assim, a obrigação alimentar é transmissível quando tiver herança para ser dividida, já que é transmissível para os herdeiros a obrigação de pagar os alimentos em caso de falecimento do alimentante, devendo, contudo, manter-se no limite da quota-parte da herança partilhada. Não deixando o alimentante bens, a obrigação alimentar não se transmite, portanto.

O alimentado, enquanto estiver vivo, tem direito de requerer do alimentante o indispensável para a sua sobrevivência. Pois o direito é imprescritível, ainda que permaneça por longo tempo sem ser exercido. Outrossim, prescrevem as prestações alimentares vencidas no prazo de dois anos, conforme o art. 206, §2º do Código Civil¹⁰, consoante lição de Diniz:

⁸ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

⁹ Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

¹⁰ Art. 206. Prescreve:

Ainda que não exercido por longo tempo, enquanto vivo tem o alimentado direito a demandar do alimentante recursos materiais indispensáveis a sua sobrevivência, porém se seu quantum foi fixado, judicialmente, prescreve em dois anos a pretensão para cobrar as prestações alimentícias vencidas e não pagas. Assim, se o credor não executar dívidas alimentares atrasadas, deixando escoar o biênio, não mais poderá exigí-las, visto que, por mais de dois anos, delas não precisou para prover sua subsistência (DINIZ, 2014, p.656).

Assim, o direito aos alimentos pode ser exercido a qualquer tempo, enquanto perdurar a necessidade do alimentando. Se ficar por um longo tempo sem exercer este direito e deixar a dívida de alimentos sem cobrança por mais de dois anos, o alimentado perde o direito de cobrar o que exceder a biênio, mantendo-se, no entanto hígido o direito aos alimentos.

Outra característica marcante da obrigação alimentar é o fato de a verba a ela correspondente ser impenhorável, ou seja, os alimentos recebidos não podem ser penhorados para responder perante dívidas do alimentante, porquanto essa verba se destina ao seu sustento, em defesa de sua vida. Essa impenhorabilidade encontra-se no art. 1.707 do Código Civil¹¹. Pela mesma razão, a verba alimentar não pode ser cedida ou ser utilizada para compensação de débitos do alimentando.

Desse modo, exatamente porque os alimentos são de ordem pública, estabelecida especificamente em defesa da própria vida humana, perderia toda razão de ser se pudessem ser objeto de penhora” (RIZZARDO, 2006, p. 724)

A reciprocidade enquanto característica dos alimentos quer significar que é recíproco entre pais e filhos, e se estende para os ascendentes, recaindo sobre o grau mais próximo de parentesco, conforme previsto no art. 1.696 do código Civil¹². Nesse sentido, Rizzardo afirma que:

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

¹¹ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

¹² Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Realmente, quem está obrigado a prestar alimentos ao parente ou cônjuge necessitado reveste – se de igual direito de pretende – los, junto a mesma pessoa, em caso de necessidade (...). Não que haja concomitância de obrigações, ou que devem prestar alimentos ao mesmo tempo (...) há um revezamento na posição do credor e devedor (RIZZARDO, 2006, p. 727).

A necessidade é que serve de parâmetro para a fixação da reciprocidade alimentar. Em dado momento um parente exige do outro, em outro, os papéis podem se inverter.

Os alimentos devem ser pagos periodicamente, já que a necessidade deles é presumidamente contínua. Desse modo, indica-se sejam pagos quinzenal ou mensalmente, não podendo ter um lapso temporal muito longo, como sugere Diniz:

Uma vez que o pagamento dos alimentos é periódico para que possa atender às necessidades do alimentado seu pagamento poderá ser quinzenal ou mensal. Não poderá ser pago de uma só vez, numa só parcela, nem em lapsos temporais longos (p. ex., anuais, semestrais), (DINIZ, 2014, p.663).

O pagamento dos alimentos, portanto, não pode ser feito em um lapso temporal muito longo entre um pagamento e outro, evitando assim que o alimentado fique sem condições de manter-se.

A obrigação alimentar, como se viu, é dotada de características que são peculiares à relação obrigacional, levando em conta a natureza que lhes é atribuída enquanto direito fundamental à uma vida digna daquele que os necessita.

A doutrina costuma classificar os alimentos, tomando em consideração alguns critérios, tema a ser abordado no item seguinte.

2.3 Os alimentos e sua classificação

A doutrina classifica os alimentos segundo alguns critérios, a saber: a sua natureza, causa jurídica, finalidade, o momento da prestação, e a modalidade da prestação.

Quanto à natureza jurídica os alimentos podem ser naturais ou civis/côngruos. Alimentos naturais são aqueles que abrangem tudo o que é necessário para manter a vida de uma pessoa, como alimentação, remédios, vestuário e habitação. Já os

civis abrangem outras necessidades, como as intelectuais e morais, consoante se extrai da lição de Cahali:

Quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz-se que são alimentos naturais; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixado segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civis (CAHALI, 2009, p. 18).

Os alimentos, assim, não são apenas aqueles necessários para a subsistência do alimentado, mas, também, todos outros que se mostrem necessários à sua saúde e formação biopsicológica, contemplando-se, assim, os alimentos naturais e civis.

Quanto à causa jurídica, os alimentos podem ser voluntários, legítimos/legais, indenizatórios. São voluntários ou obrigacionais os alimentos que são deixados por declaração de vontade, seja entre vivos, por contrato, ou em testamento, independentemente de determinação legal.

Para Gagliano “Os alimentos voluntários, por sua vez, decorrem da autonomia da vontade, assumindo-se uma obrigação de prestar alimentos, mesmo não tendo a obrigação legal para tal mister. Podem decorrer de uma relação contratual ou de um ato jurídico *causa mortis*, como o legado” (GAGLIANO, 2017, p. 707).

Legítimos ou legais são aqueles estabelecidos em lei (art. 1.694 CC) e decorrem do parentesco, do casamento ou união estável. São devidos ao cônjuge ou companheiro necessitado, em caso de separação, divórcio ou extinção da união estável, bem como dos pais em relação aos filhos, inclusive os alimentos denominados gravídicos, dos filhos em face dos pais (DINIZ, 2014, p.665).

O art. 1.724 do Código Civil¹³ afirma que a obrigação alimentar tem a sua fonte na lei e refere, ainda, que os companheiros devem obedecer aos deveres de assistência e sustento mútuos, bem como em relação aos filhos.

Indenizatórios, por sua vez, são os alimentos devidos em razão de um delito ou dano civil que gere alguma seqüela no alimentando e podem ser impostos

¹³ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

judicialmente ou por acordo entre as partes. Geralmente se determinam à constituição de um montante como garantia de pagamento futuro, caso sobrevenha o estado de insolvência do alimentante. Sobre eles, ensina Buzzi:

[...] os alimentos indenizatórios, ou devidas em razão do cometimento de algum delito ou infração legal, podem ser estabelecidos voluntariamente, frente a acordo ou disposição de vontade unilateral, ou em virtude de imposição judicial, e assim, determinados em sentença, quando, via de regra, é ordenada a constituição de um capital, por parte do devedor, de modo que garanta, quando possível, o pagamento futuro das prestações, caso o alimentante venha a cair em estado de solvência (BUZZI, 2004, p. 40).

Quanto ao momento em que os alimentos são alcançados ao alimentante, podem ser futuros ou pretéritos. Alimentos futuros são aqueles pagos após decisão judicial, ainda que não transitada em julgado e retroagem à data da citação. Segundo Miranda “*alimenta futura* são os alimentos que se prestam em virtude de decisão judicial ou de acordo, e a partir deles; *alimenta praeterita* são os anteriores a qualquer desses momentos” (MIRANDA, 1974, p. 210).

São alimentos atuais os alimentos pleiteados a partir do ajuizamento da ação, e futuros os devidos após prolatada a decisão. Os alimentos pretéritos muitas vezes são confundidos com prestações pretéritas fixadas nas sentenças ou nos acordos. As prestações pretéritas são aquelas vencidas e não pagas. Elas não podem ser consideradas indispensáveis à própria sobrevivência do alimentado, mas são apenas um crédito como qualquer outro, passível de cobrança (DINIZ, 2014, p. 666).

Quanto à modalidade, a obrigação alimentar pode ser própria ou imprópria. Própria é aquela que tem como conteúdo a prestação do que é necessário à manutenção da pessoa, enquanto a imprópria, tem como objeto o fornecimento de meios para a aquisição do que é necessário à subsistência do alimentando (CAHALI, 2009, p. 26).

Com esta última classificação, a dívida alimentar torna-se uma obrigação fungível, como traz o art. 1.701 do Código Civil¹⁴, sendo possível, portanto, a entrega

¹⁴ Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

do montante em dinheiro ou de meios para a satisfação das necessidades do alimentando.

A classificação dos alimentos em provisionais e regulares é feita levando em conta a finalidade a que se destinam.

Os alimentos provisórios são os arbitrados liminarmente pelo juiz, sem ouvir o réu, no despacho inicial da ação de alimentos, nos termos da Lei 5.478/68, mediante prova pré-constituída do parentesco, casamento ou união estável e, em regra, são mantidos durante o trâmite processual até final julgamento.

Os alimentos provisionais, por sua vez, são aqueles arbitrados judicialmente, em caráter cautelar no curso de uma demanda de alimentos e dispensam prova pré-constituída da relação de parentesco. Sua finalidade é encontrar meios para que seja assegurada a manutenção do alimentando durante o curso do processo, como é o caso dos alimentos gravídicos (VENOSA, 2009, p. 360).

A natureza cautelar dos alimentos provisionais requerer a prova da fumaça do bom direito e do perigo da demora, como requisitos para sua concessão. Além do mais, em decorrência dessa natureza são alimentos temporários, já que devidos em face da situação de perigo e urgência. Caso essas circunstâncias se alterem, é perfeitamente possível, a revisão ou mesmo revogação de sua concessão.

Os alimentos provisionais “são concedidos para a manutenção do suplicante na pendência do processo, compreendendo também o necessário para cobrir as despesas da lide (CAHALI, 2009, p. 26).

Assim, os alimentos provisionais são notadamente voltados às ações de investigação de paternidade (Lei 5474/68) e àquelas nas quais se postulam alimentos gravídicos, porquanto se destinam a manter o indicado filho, nascido ou não (nascituro). Em ambos os casos, não há prova pré-constituída de que o alimentante é efetivamente o pai.

Ressalta-se que na fixação da obrigação alimentar devem ser levadas em consideração a situação financeira do alimentando ou do alimentante, um ou outro podem recorrer ao juiz para que haja uma nova fixação de alimentos, com valores

mais condizentes com a situação financeira, conforme estipula o art. 1.699 do Código Civil¹⁵, que se traduz na aplicação do binômio necessidade-possibilidade.

É possível que ocorra o pagamento de alimentos em condições precárias, quando ainda não é possível afirmar-se a existência da relação de parentesco, como ocorre no caso dos alimentos provisórios. Nesses casos é possível que ocorra pagamento no curso de uma demanda e ao seu final, após cognição exauriente, a sentença não confirme a paternidade e, conseqüentemente, afasta a obrigação alimentar.

Se verificada a situação do parágrafo anterior, é de se questionar: seria possível eventual reparação civil ao alimentante que efetuou o pagamento dos alimentos no curso da demanda, já que os alimentos são irrepetíveis? Por isso, no próximo capítulo tratar-se-á do sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro.

¹⁵ Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

3 O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CC/2002

O sistema de responsabilidade civil tem por escopo a reparação de dano se usado para provar e penalizar uma das partes de uma relação contratual ou extracontratual quando ela está agindo de má-fé, ou quer prejudicar de alguma forma a outra parte.

Este sistema é usado para que as relações das pessoas estejam cada vez mais vinculadas à boa-fé, para que as pessoas possam saber que se a outra parte tentar prejudicar a relação, contratual ou simplesmente jurídica, a que agiu de má-fé sofrerá as consequências legais.

A responsabilidade civil visa reprimir a conduta ilícita, para proteger os atos lícitos praticados dentro da sociedade. É uma forma de proteção para aqueles que agem de acordo com as leis e regras impostas.

Essa proteção foi criada para impedir que cada um haja da forma que pense ser o certo e assim acabar por prejudicar o direito de outrem, a responsabilidade civil veio para impedir que a justiça seja feita conforme o entendimento de cada indivíduo.

3.1 Responsabilidade Civil: conceito e natureza jurídica

A noção de responsabilidade remonta ao Direito Romano e está vinculada à vingança privada, que consistia em uma reação pessoal contra o mal sofrido. Na composição dos conflitos de interesses, portanto, nessa época, valiam-se os contendores da força para resolvê-lo. Tratava-se de fazer justiça e pelas próprias mãos dos contendores.

A partir dessa visão de delito o Direito Romano tomou esta manifestação natural do homem como uma premissa para interferir na sociedade, excluindo ou permitindo tais vinganças sem justificativas. Essa interferência ficou conhecida como Pena de Talião, que encontra traços na Lei das XII Tábuas.

A Lei de Talião trazia em seu texto a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor para evitar a pena de Talião. Em vez de impor um dano físico ao ofensor, a vítima receberia, a seu critério, uma importância em dinheiro ou bens.

Sobre a Lei das XII Tábuas, observa-se que ela “determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil” (LIMA, 1999, p. 21).

Outro marco da evolução da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*, que foi de tamanha importância que deu nome à nova responsabilidade contratual e extracontratual.

A *Lex Aquilia* regulava o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por um fato ativo que tivesse atingido a coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. O proprietário lesado tinha o direito à reparação, que com acordos entre as partes acabou por constituir a doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

O elemento básico da responsabilidade civil aquiliana é a inserção da culpa, trocando as penas primitivas pela reparação do dano sofrido. Com isso, foi incorporado o Código de Napoleão, que influenciou diversas legislações, entre elas o Código Civil de 1916.

Após este período, o estado assumiu o *jus puniendi*, tomando para si a função de punir quem transgredia a lei, foi então que surgiu a ação de indenização derivada de responsabilidade civil.

Conforme explica Noronha, somente nos séculos que se sucederam à Idade Média (em especial o século XVIII, durante o período do Iluminismo) é que houve a total distinção entre a responsabilidade civil e penal, esta perante o Estado, com imposição de penas, quando houvesse infração penal e aquela circunscrita à sua função essencial de reparação de danos, no âmbito privado (NORONHA, 2007, p. 528-529).

A responsabilidade civil consiste na obrigação que o sujeito ativo exige do passivo um pagamento de indenização por ter sofrido um prejuízo causado pelo sujeito passivo. É obrigação não negocial, pois não deriva de um negócio jurídico, ou seja, não deriva de um contrato feito entre as partes. Origina-se de um ato ilícito ou de um fato jurídico. E pode ser também uma obrigação contratual que deriva de um contrato firmado entre as partes, com cláusulas que irão deixar as duas partes em equilíbrio, dando direitos iguais a ambas.

Observa-se que “o direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 13).

A violação de um dever jurídico configura um ato ilícito, e quando gera um dano a outrem, gera um novo dever jurídico, o de reparar o dano causado. Com isso, há um direito originário aferível com a violação de um dever jurídico, e um direito secundário, de indenizar o prejuízo causado.

Então, a responsabilidade civil veio para sancionar as violações causadas ao direito de outrem, e com isso indenizar o prejuízo causado à pessoa que sofreu o dano, fazendo assim com que aquele que causou prejuízo a outrem pague para quem sofreu, e aquele que sofreu o prejuízo consiga de alguma forma ter o seu direito indenizado.

3.2 Classificação da responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode ser: contratual ou extracontratual, levando em conta a sua origem, ou seja, o seu fato gerador, bem como subjetiva ou objetiva, em face do seu fundamento.

a) Responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana

A responsabilidade civil contratual é aquela decorrente de um vínculo obrigacional entre os sujeitos e nasce a partir da violação de um dever contratual (ilícito contratual), ou seja, o inadimplemento ou mora no cumprimento de qualquer obrigação assumida contratualmente. Ela resulta, pois, da violação de uma obrigação anterior estabelecida entre os contratantes.

A responsabilidade contratual emerge “se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos tem como fonte os contratos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p.30).

A responsabilidade civil contratual se caracteriza quando alguém causa a outrem um dano e entre eles há uma vinculação anterior; é contratual porque viola um dever do negócio jurídico. Com efeito,

[...] para caracterizar a responsabilidade civil contratual faz mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola – se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém (GAGLIANO, 2014, p.62).

A reponsabilidade extracontratual ou aquiliana, por sua vez, é aquela que surge fora de uma relação contratual. Nela, o dever jurídico de indenizar nasce da transgressão da lei e não de um dever contratual.

Cavaliere Filho faz a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual:

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma – se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 31).

Para o autor, a responsabilidade contratual é aquela que viola o dever jurídico, que está previsto no contrato firmado entre as partes, a norma convencional no contrato é que define o comportamento das partes do contrato, ficando adstritas ao cumprimento do que foi acordado. E a responsabilidade extracontratual não está prevista em nenhum contrato, está prevista na lei, é a lei que vai definir a responsabilidade das partes.

b) Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade subjetiva leva em consideração a existência ou não de culpa do causador do dano, e pode ocorrer na forma de negligência ou imprudência, consoante se extrai do disposto no art. 186 do Código Civil¹⁶.

A noção básica de responsabilidade é o princípio que cada pessoa responde pela própria culpa (*unuscuque sua culpa nocet*). Assim, a responsabilidade subjetiva se caracteriza por um acontecimento característico do direito à vontade reparatória, e assim cabe a quem reclama a reparação o ônus da prova da culpa do réu (GAGLIANO, 2014, p. 58).

O Código Civil, em seu art. 933¹⁷, traz a ideia de reponsabilidade civil por ato de terceiro, mas tal responsabilidade migrou de responsabilidade subjetiva para responsabilidade objetiva, já que o causador do dano será responsabilizado pelo ato do terceiro a quem tinha o dever de vigiar.

Para a responsabilidade civil subjetiva, a vítima deve provar que houve culpa na conduta do autor do ato, com a inversão do ônus da prova da teoria clássica da culpa. Mas em algumas circunstâncias, presume-se a conduta culposa do autor do ato, quando cabe a ele demonstrar a ausência de culpa, para se eximir da obrigação de reparar.

Já na reponsabilidade civil objetiva não é necessária a caracterização da culpa. Para a responsabilidade objetiva, o dolo ou a culpa na conduta do autor do ato danoso apresenta-se irrelevante juridicamente, pois o dever de indenizar surge com a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do autor.

O Código Civil, em seu art. 927¹⁸, estabelece que há a obrigação de reparar independentemente de culpa, quando a lei especificar ou quando o agente causar

¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

¹⁸ 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.

risco a direito de outrem. O dispositivo acolhe, pois, a responsabilidade civil subjetiva.

No Brasil, adota-se uma regra geral dupla de responsabilidade civil, em que se reconhece a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, em que deve ser demonstrada a culpa do autor do ato, convivendo com a responsabilidade objetiva, a qual diz não ser necessária a demonstração da culpa, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (GAGLIANO, 2014, p. 59-60).

Para a incidência do dever de reparar o dano, alguns pressupostos devem estar presentes: ação ou omissão do agente, relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano causado, a existência de dano e do dolo ou culpa do agente, conforme a natureza da responsabilidade civil.

3.3 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil

Os pressupostos e/ou requisitos para caracterizar a responsabilidade civil contratual e a extracontratual são os mesmos, quais sejam: ação ou omissão do agente, o dano e o nexo de causalidade entre aqueles. O dolo e a culpa importam na caracterização da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

a) a conduta

A conduta ativa ou comissiva do agente está relacionada ao ilícito, consistente em uma prática de ato ou omissão que contraria o ordenamento jurídico, causando danos ou lesão a outrem, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil¹⁹.

A culpa está ligada ao ato ilícito. A diferença essencial entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva está na culpa do autor, já que a responsabilidade subjetiva sempre está ligada a um ato ilícito e a responsabilidade objetiva está ligada a um comportamento lícito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 21)

¹⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A ilicitude tem um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo está na conduta do agente, que contraria a norma jurídica independentemente da vontade consciente e livre. O ato ilícito indica a simples desconformidade entre a conduta e a ordem jurídica.

Já o aspecto subjetivo é aquele que qualifica uma conduta como ilícita pelo juízo de valor, resultante de um ato humano consciente e livre (culpa). A ilicitude só é plena quando a conduta é ilícita, sendo contrária ao direito (aspecto objetivo) e decorrente da vontade do autor do ato (aspecto subjetivo).

A violação do dever jurídico possibilita a formação de dois juízos de valor, o de caráter antissocial ou socialmente nocivo do resultado, e o juízo sobre a conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 23).

A conduta é o componente principal do ato ilícito e consiste no comportamento humano espontâneo ou não, que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, com aptidão para produzir consequências jurídicas.

A conduta pode ser dividida em positiva e negativa. É positiva quando há ação e negativa quando ocorre omissão. A ação ou a omissão, portanto, constituem aspectos físicos ou objetivos da conduta, já a vontade é o aspecto psicológico, ou subjetivo (CAVALIERI FILHO, 2014, p.38).

Observa-se que mesmo na ação omissiva a voluntariedade se faz presente, pois na sua ausência não há que se falar em responsabilidade civil, já que a voluntariedade representa a liberdade de escolha do autor do ato. Sem liberdade/voluntariedade, não há responsabilidade.

“O Código Civil de 2002, em seu art. 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, lato sensu, para indicar não só a culpa stricto sensu, como também o dolo” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.34).

A genitora só irá responder no caso de ser provada a culpa, mas como esta culpa é empregada em sentido amplo, pode ser entendido o dolo também, que seria o caso da genitora que sabe que o suposto pai não é o pai verdadeiro e mesmo assim vai a justiça postular pedido dizendo que ele é o verdadeiro pai do nascituro.

b) o dano

A existência de dano é indispensável para a configuração da responsabilidade civil, já que consiste na correspondente reparação como forma de restabelecer a situação de anormalidade promovida pelo ato ilícito nas relações intersubjetivas.

O dano constitui “elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente”, seja essa obrigação originada de ato ilícito (responsabilidade aquiliana) ou de inadimplemento contratual (responsabilidade contratual), independentemente de ser a responsabilidade objetiva ou subjetiva (STOCO, 2007, p.128).

Para que o dano seja indenizável, deve haver a violação de um interesse patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. O dano patrimonial, também chamado de dano material, atinge os bens do patrimônio da vítima, causando a destruição ou diminuição do seu valor econômico, já o dano extrapatrimonial ou moral atinge bem não físico.

O dano material não atinge apenas o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro e pode, além de diminuir o patrimônio, impedir o seu crescimento, razão pela qual o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

O dano emergente corresponde à imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, como disciplina o art. 402 do Código Civil²⁰, ou seja, é aquilo que a vítima perdeu a partir da ocorrência do evento danoso, É o “rombo” sofrido no patrimônio da vítima, é a diferença do valor do bem jurídico que tinha antes e depois do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

Já o dano consistente no lucro cessante consiste na perda do ganho que a vítima esperava, a frustração da expectativa que tinha de lucro, uma diminuição do seu patrimônio futuro. Conforme Aguiar Dias, os efeitos dos danos emergente e lucros cessantes podem alcançar bens futuros do patrimônio do causador do dano:

²⁰ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido pela vítima. Aí estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*. As duas modalidades do dano podem, todavia, coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto (AGUIAR DIAS, 1973, p.347).

Segundo o autor, o dano emergente e o lucro cessante acarretam uma diminuição no patrimônio futuro da vítima, impedindo que a vítima receba aquilo que esperava. As duas modalidades podem ocorrer em relação ao mesmo evento danoso.

A doutrina refere também o dano material reflexo ou em ricochete que atinge reflexivamente pessoas ligadas à vítima direta do dano. Se este dano for comprovado, pode haver reparação civil.

A indenização do dano reflexo reclama a demonstração efetiva de sua ocorrência, a exemplo do que ocorre no caso de uma pessoa alimentada por alguém que acabou sendo morta. Nesse caso, é certa a ocorrência do dano e a conseqüente necessidade de reparação, pois com a morte da vítima, seu dependente ficou desamparado – é o dano reflexo ou ricochete (PEREIRA, 2000, p. 44).

Além do dano material, a vítima pode sofrer o chamado dano moral ou extrapatrimonial, que se apresenta como a agressão à personalidade da vítima. Não será o patrimônio físico da vítima que sofrerá o dano, mas a própria pessoa da vítima. Sobre isso, ensina:

A rica casuística que tem desembocado os tribunais permite o reenvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direitos personalíssimos (...) A referência frequente a 'dor' moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem aos aspectos da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade. O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito não absoluto significa aquele que não é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais (LOBO, 2002, p. 364 - 365).

Assim, o dano moral é aquele que recai sobre a personalidade da vítima, a sua integridade psíquica, a violação ao seu psicológico, enfim, aos seus direitos de personalidade. Se comprovado, gera a obrigação de reparar o dano à vítima. Essa possibilidade de reparação encontra amparo no art. 5º, V, da Constituição Federal²¹. O dano material pode ser reparado através de uma reparação natural por outro bem, ou fazendo o reparo do que restou do bem, mas o dano moral não tem como ser restituído à forma anterior já que viola a personalidade da vítima, então a reparação no caso de dano moral é um valor pecuniário fixado judicialmente, como forma de compensar o dano sofrido pela vítima, e diminuindo de alguma forma as consequências da lesão sofrida.

c) o nexo de causalidade

Nexo de causalidade é o efeito que liga a conduta e o resultado. Para caracterizar a responsabilidade civil, o autor deve ter causado o dano através de uma conduta ilícita e deve existir entre o autor e a vítima uma relação de causa e efeito.

O nexo de causalidade é requisito essencial para qualquer espécie de responsabilidade civil.

Existe na doutrina brasileira três teorias que explicam o nexo de causalidade, que são:

A teoria da equivalência das condições (“*conditio sine qua non*”), que foi elaborada pelo jurista alemão Von Buri na metade do século XIX. Tal teoria não diferencia os antecedentes do resultado danoso, então tudo o que concorre para o dano é considerado como causa. Todos os fatores causais se equivalem.

Essa teoria é a adotada pelo Código Penal, como interpretado no art. 13 do Código Penal²², que diz que o resultado depende da existência do crime.

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

²² Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Entretanto, esta teoria apresenta um grave inconveniente, pois como a teoria considera todo antecedente que contribuiu para o incidente, a investigação pode ficar sem um desfecho, e se desenrolar infinitamente.

Por este inconveniente, apenas os penalistas utilizam esta teoria, para a análise do dolo e da culpa do infrator para poder limitar a penalidade a quem atuou de forma direta no crime, a fim de penalizar de forma mais branda os agentes indiretos.

Outra teoria adotada é a teoria da causalidade adequada que foi desenvolvida primeiramente pelo filósofo Von Kries, sendo mais refinada do que a primeira teoria.

Cavaliere Filho é um dos autores adeptos desta teoria, e diz que o antecedente não é apenas necessário, mas deve ser adequado à produção do resultado. Então, nem todas as condições serão causa, apenas aquelas que forem mais apropriadas para produzir o evento (CAVALIERE FILHO, 2000, p. 51).

Para essa teoria, somente o antecedente completamente apto para determinar o resultado, conforme um juízo razoável de probabilidade, em que pese a experiência do julgador, pode ser considerada como causa.

A problemática da primeira teoria era a ilimitada investigação, e a problemática dessa teoria é ser muito estrita, admitindo que o julgador avalie no plano abstrato o curso normal das coisas, e caso o fato ocorrido seja considerado causa do resultado danoso, haverá a causalidade.

Por fim, a terceira teoria é a teoria da causalidade direta e imediata, ou também chamada de teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, que foi desenvolvida no Brasil, pelo professor Agostinho Alvim.

Para esta teoria, seria somente o antecedente fático que ligado a necessidade de um resultado, iria determinar o resultado como uma consequência sua direta e imediata. Sobre essa questão explica Alvim:

A escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta a necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano. Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que aplique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução (ALVIM, 1972, p. 356).

Para esta teoria, todo dano que se relacione com uma causa deverá ser indenizado, mesmo que remoto, desde que não tenha outra causa para ter ocorrido o dano, e o dano deve ser direto e imediato à execução de uma ação pelo autor.

Essa teoria também trata do dano reflexo ou ricochete. Apenas por considerar reflexo ou indireto o dano, não significa que está afastada a responsabilidade civil, mas, tão-somente, que o efeito da ação de alguém pode atingir as pessoas próximas da ação e causar danos a elas também, por serem próximas à vítima direta. Então, mesmo para a vítima de dano reflexo, o efeito será direto e imediato, pois irá sofrer com as consequências, assim como a vítima direta (GAGLIANO, 2014, p. 146).

A teoria da causalidade direta ou imediata não apresenta o nível de insegurança jurídica que as duas teorias anteriores, por se tratar de uma teoria que só reconhecerá a responsabilidade civil quando atingir diretamente a vítima.

Há divergência na doutrina acerca de qual teoria o Direito Brasileiro adota. Analisando, entretanto, o disposto no art. 403 do Código Civil²³, é possível extrair a adoção da teoria da causalidade direta ou imediata, por referir que o efeito deve ser direto e imediato para que reste caracterizado o dano.

Desse modo, ainda que seja essa a teoria adotada pelo Código, há doutrinadores que sustentam a adoção, em alguns pontos, da teoria da causalidade adequada.

Para Schreiber é dispensada a prova da relação de causalidade quando o resultado for posterior à conduta do agente, conferindo ao nexo de causalidade uma elasticidade, concluindo que nenhuma das teorias poderiam ser utilizadas nesse caso. (SCHREIBER, 2009, p. 70).

A seguir a lógica do autor referido, tem-se que o operador do direito em algumas situações estaria autorizado, para beneficiar a vítima, a obrigar o autor do dano a reparar o prejuízo sofrido pela vítima dispensando-se a prova do nexo causal.

Há algumas situações em que é possível a adoção da teoria do resultado mais grave, o que ocorreria se o autor do ato causasse um resultado mais grave além do outro resultado menos gravoso. Então, por ser um resultado mais grave

²³ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

decorrente do outro resultado, nenhuma das teorias convencionas poderiam ser utilizadas, por não prever este tipo de resultado, mas mesmo assim o autor deveria compensar a vítima.

Percebe-se, pelo estudo dessas três teorias, que não há uma única que é sempre utilizada pelo direito brasileiro. Vai depender do que a teoria adotada exige como demonstração do nexo de causalidade. Na prática, há decisões que para a vítima ser ressarcida, pode-se utilizar teorias que são usadas com pouca frequência, desde que demonstre um mínimo de nexo de causalidade tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva.

A teoria do resultado mais grave é utilizada apenas para evitar que a vítima ou seus sucessores não recebam a indenização justa pelas perdas que tiveram com o evento danoso.

Por fim, estudada a responsabilidade civil no derradeiro capítulo tratar-se-á da eventual responsabilidade civil no caso de pagamento dos alimentos gravídicos, quando demonstrada a ausência de vínculo de parentesco entre o alimentante e o alimentando, diante do pagamento indevido daqueles alimentos.

4 O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS PAGOS PELO SUPOSTO PAI DIANTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

Os alimentos gravídicos são aqueles devidos à genitora em decorrência de gestação pelo indicado pai, com o objetivo de manter economicamente a gestação e, conseqüentemente, preservar o direito fundamental à vida, desde o seu princípio, assegurado na Constituição Federal e no Pacto de Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil.

Referidos alimentos são fixados apenas com base na assertiva da genitora e em elementos indiciários da paternidade, sendo que o exaurimento da cognição com a plena investigação da paternidade, mediante a realização do exame de DNA somente será possível após o nascimento do alimentando.

Nesse passo, investiga-se se é possível eventual reparação civil pelo indicado pai que pagou os alimentos gravídicos, na hipótese de não ser reconhecida a paternidade após o nascimento, já que os alimentos são irrepetíveis.

No caso da Lei 11.804/2008 o suposto pai ficou sem um amparo no caso de pagar de forma indevida os valores para o nascituro, já que os artigos da lei que tratavam de uma possível indenização por parte da genitora foram vetados por se tratar de artigos que iriam causar prejuízo a alguém que pensou de forma errada.

Então o suposto pai só pode pleitear algum tipo de indenização pelo Direito Civil e não pela lei dos alimentos gravídicos.

4.1 Dos alimentos gravídicos e sua irrepetibilidade

A partir da Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais e da personalidade ganharam maior relevância, em decorrência da adoção do princípio maior da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III).

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, caput que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. O direito

fundamental à vida é para todos, não somente para os que já nasceram, mas também para aqueles que estão para nascer.

O dispositivo constitucional referido está inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e contempla a inviolabilidade do direito à vida, relegando, contudo, para a ciência a determinação do momento de início da vida e, conseqüentemente, da proteção constitucional.

Pode-se afirmar que a vida é o bem maior a ser tutelado, dela sendo corolários todos os demais direitos da personalidade. Assim, tem-se que a vida antecede a própria personalidade e sem ela não há que se falar direitos, sequer os da personalidade.

O autor diz que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p.441).

O Pacto de San José da Costa Rica (tratado internacional de direitos humanos), introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional, ao ser ratificado em 1992, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, também prevê a proteção à vida como direito fundamental que deve ser protegido pela lei a partir da concepção. No seu art. 4º n.1 dispõe que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Além da Constituição Federal, do Pacto de San José da Costa Rica, também o Código Civil de 2002 tutela o direito do nascituro, ao dispor no art. 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos dos nascituros”.

Por nascituro compreende-se aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal no que diz respeito direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material somente com o nascimento com vida.

Para Maria Helena Diniz

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ: 1998: p. 334).

Ao referir-se sobre a proteção dos direitos do nascituro Ferst afirma que “embora a lei civil indique que a personalidade civil da pessoa começa com o seu nascimento com vida, protege os direitos do nascituro desde a concepção, daí o questionamento sobre o direito a alimentos do nascituro” (FERST, 2011, p. 55).

Desse modo, ao nascituro é assegurada legitimidade processual, que será exercida pela mãe, ou por um curador (curador ao ventre), porquanto ele é titular de direitos da personalidade ou de direitos potenciais.

Assim, considerando que a partir da concepção tem-se vida, é a partir desse momento que o ordenamento jurídico deve tutelar os direitos do nascituro, inclusive o direito de nascer, o direito à vida. Assim, a Constituição Federal ao prever o direito fundamental à vida, deve ter por marco inicial sua incidência a concepção, portanto.

Além da proteção da vida em geral, a vida do nascituro veio assegurada, de modo específico, pela Lei 11.804, de 05.11.2008, que ao instituir o direito aos alimentos gravídicos à mulher gestante e a forma como ele será exercido é disciplinado, assegurou reflexamente a assistência ao nascituro. A instituição dos alimentos gravídicos busca suprir os gastos extraordinários no período entre a concepção e o nascimento.

Ressalta-se que alimentos gravídicos são aqueles que servem à mulher durante a gestação do pai indicado por ela e lastreado em provas indiciárias. O fato gerador do direito aos alimentos é a gravidez e a conseqüente necessidade de proteção dos direitos do nascituro, desde a concepção, até o nascimento com vida. A gestante os recebe tão-somente em razão dessa sua condição (de gestante) e da presumida paternidade. Segundo Buzzi, são alimentos

[...] oriundos do ius sanguinis, face as relações de parentesco ou familiares (alimenta famílias), face ao dever moral de amparo entre aqueles cuja união, íntima ou prolongada, tenha – se originado parceria, companheirismo, cumplicidade até, independentemente de eventuais demonstrações públicas de afeto, da existência, ou não, de prole, matrimônio, etc (BUZZI, 2004, p. 39).

O art. 6º da Lei nº 11.804/ 2008²⁴ faz menção à necessidade de indícios mínimos da paternidade para o reconhecimento do direito aos alimentos gravídicos, pois o exame de DNA pelo líquido amniótico é tido como arriscado por toda doutrina médica, pois pode levar à morte do bebê. A possibilidade da coleta de material para o exame de DNA ainda durante a gestação estava prevista no artigo 8º, que foi vetado justamente por causar riscos ao bebê.

A prova indiciária da paternidade se mostra suficiente para o deferimento liminar dos alimentos gravídicos, o que caracteriza o requisito cautelar da fumaça do bom direito, e a presumida necessidade de quem os pede, em especial, do nascituro, caracteriza a o requisito do perigo da demora. Daí porque a os alimentos gravídicos são provisionais. O ônus da prova desses requisitos é da gestante requente, consoante ensina Freitas:

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1.597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe à genitora apresentar os indícios de paternidade informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade, ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência. Há que se aplicar a regra do art. 333, inciso I, do *Código Civil*, a qual informa que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mesmo sem o exame de DNA, algumas provas podem ser produzidas pelo suposto pai, como a de ter realizado vasectomia, por exemplo (FREITAS, 2011, p. 80).

Segundo o autor, o ônus da prova é da genitora, competindo-lhe trazer para o processo indícios que comprovem a sua relação com o suposto pai, donde decorre a potencial paternidade por ela afirmada. Até prova em sentido contrário pelo indicado pai, os alimentos gravídicos devem ser mantidos ao longo do processo.

O art. 2º da Lei antes referida indica o que se compreende sob a expressão de alimentos gravídicos ao dispor que compreenderão os valores suficientes para

²⁴ 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.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Essas despesas devem ser custeadas pelo futuro pai, considerando, também a parcela da contribuição que compete à gestante, na proporção dos recursos de ambos (§ único, art. 2º) e deverão perdurar até o nascimento da criança, quando ao ser confirmada a paternidade converter-se-ão em pensão alimentícia (art.6º, § único).

A Lei n. 11.804/2008 confere à futura mãe legitimidade ativa para a propositura da ação de alimentos gravídicos, a fim de proporcionar ao nascituro um nascimento com dignidade. No caso, ela agirá na condição de curadora do ventre e ao defender os interesses do nascituro e também o fará em seu nome. Sobre esse tema Lima ensina:

A grávida, no exercício do dever em face do nascituro e do direito perante o suposto pai, está autorizada a pleitear alimentos mediante ação judícia e estará e. E este abrangerá os valores necessários para cobrir despesas adicionais do período de gravidez, incluindo alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas, além de outras que venham a ser consideradas indispensáveis (LIMA, 2008).

Ao ajuizar demanda postulatória de alimentos gravídicos, em geral, o deferimento dos alimentos se dá em caráter liminar e, portanto, eles assumem a forma de alimentos provisionais, na medida em que não há prova pré-constituída da paternidade. Eles têm natureza, portanto, cautelar.

Essa possibilidade de proteção do nascituro, contudo, pode levar a situações em que os alimentos gravídicos são pagos pelo indicado pai que, ao final, não é reconhecido judicialmente como tal. Nesses casos, questiona-se se o alimentante teria o direito de ser indenizado quanto ao valor pago a título de alimentos gravídicos ao longo da demanda ou a característica da irrepetibilidade não incidiria.

Em regra, os alimentos não são passíveis de restituição, pois visam à sobrevivência da pessoa, diante do princípio da irrepetibilidade que rege os alimentos. Entretanto, a irrepetibilidade dos alimentos é uma construção doutrinária conceitual que leva em consideração exclusivamente as situações genéricas

inseridas na realidade da obrigação de alimentos parentais, disciplinados pela lei 5.478/68, que trata de destinatário já nascido.

Mas em se tratando de alimentos gravídicos, pode ser passível de restituição por se tratar de alimentos que a genitora recebe de uma pessoa que não as devia, já que não há como ter plena certeza acerca da pessoa do devedor antes da realização do exame genético, que só ocorrerá após o nascimento da criança. Então, neste caso, pode a genitora, em caso de comprovada má-fé ser obrigada a restituir ao verdadeiro pai.

Assim, para que seja possível a restituição dos valores pagos a título de alimentos gravídicos, deverá restar demonstrada a má-fé ou o dolo da gestante. Gonçalves afirma, nesse sentido, que o princípio da irrepetibilidade dos alimentos não é absoluto neste caso, pois encontra limites no caso de a autora ter agido com dolo para a obtenção do direito que supostamente teria (GINÇALVES, 2011, p. 498).

Diniz, no mesmo sentido, afirma que se houver demonstração da má-fé ou dolo da gestante, deverá ser compelida a restituir os valores correspondentes aos alimentos que recebeu, por configuração do enriquecimento indevido, sendo, ainda possível, a eventual reparação de outros danos, na seara da responsabilidade civil (DINIZ, 2010, p. 604).

O princípio da irrepetibilidade dos alimentos deve ser analisado com extrema cautela, e nos casos em que ficar caracterizada a má-fé da gestante, deve o magistrado condená-la a devolver o valor recebido indevidamente a título de alimentos. Gagliano afirma que no caso da negativa da paternidade, o suposto pai que pagou indevidamente pode ingressar com uma ação de regresso contra o verdadeiro pai, para que assim evite o enriquecimento sem causa deste (GAGLIANO, 2013, p. 701).

A Lei 11.804/2008 tratou da questão da responsabilidade civil, mas os artigos correspondentes foram vetados, sob o argumento de que reconhecer um possível direito indenizatório em favor do alimentante poderia, potencialmente, causar prejuízo à gestante postulante dos alimentos gravídicos para si e seu filho concebido e ainda não nascido.

Ressalta-se que mesmo antes da lei dos alimentos gravídicos entrar em vigor, em 2008, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já vinha concedendo o pagamento de alimentos para o nascituro durante a gestação, como

se pode ver pela leitura dos agravos de instrumento nº 70018406652 e nº 70021002514²⁵.

Nesse contexto, portanto, investiga-se se é possível ou não a reparação civil dos valores pagos a título de alimentos gravídicos pelo indicado pai à gestante e nascituro após o nascimento, se afastada a paternidade e, se possível, quem deverá responder: A genitora, que o indicou como pai do nascituro ou o verdadeiro pai após encontrado?

4.2 Responsabilidade civil da genitora em relação aos alimentos gravídicos

Inicialmente, destaca-se que o dever de restituir guarda relação tão-somente com a irrepitibilidade, característica da obrigação alimentar, enquanto a reparação civil é mais abrangente e está associada a todos os danos (não só os alimentos pagos) eventualmente decorrentes do pagamento dos alimentos gravídicos pelo indicado pai, na hipótese de ser afastada a paternidade, após o nascimento da criança e realização da prova técnica correspondente.

No presente item, o objeto de investigação é a possível responsabilidade civil da genitora quando da indicação do pai para o fim de dele reclamar alimentos gravídicos, nos termos da lei 11.804/2008, já que o artigo da lei que previa a responsabilidade civil subjetiva foi vetado. Daí decorre a discussão quanto à possibilidade de aplicação das regras do Código Civil.

Diante do veto legislativo antes referido, a doutrina tem se manifestado no sentido de que, embora a lei instituidora dos alimentos gravídicos seja omissa,

²⁵ ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018406652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70021002514, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 15/10/2007)

eventual responsabilidade pode ser buscada no próprio Código Civil, nos termos do art. 927²⁶, enquadrando a conduta culposa da gestante no exercício do abuso de direito. Acerca do assunto, da Silva dispõe:

No entanto, a solução existe, já que o veto ao artigo 10 foi realizado porque o artigo estabelecia a responsabilidade objetiva da autora da ação, o que lhe imporia o dever de indenizar independentemente da apuração da culpa e atentaria contra o livre exercício do direito de ação, mas permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. (SILVA, 2008).

Assim, apesar do veto legislativo, tem-se admitido a responsabilização da gestante por eventual irresponsável indicação do pai na demanda em que postula alimentos gravídicos pelo sistema de responsabilidade civil previsto no Código Civil Brasileiro.

Para Freitas o reembolso só seria possível no caso de alimentos gravídicos indenizatórios, pois os vitais, assim como a pensão alimentícia seriam irrepetíveis, mesmo que o alimentante vença a demanda judicial (FREITAS, 2011, p.112).

Mas o autor admite que há duas formas de buscar a indenização “por meio de ação indenizatória, contra a autora da Ação de Alimentos Gravídicos quando provado abuso de direito; e contra o verdadeiro pai por locupletamento, afinal, enriqueceu-se este por não pagar os alimentos ao filho, deixando ao encargo de outro o pagamento” (FREITAS, 2011, p. 112).

De regra, qualquer tipo de processo causa transtornos à vida das partes envolvidas, especialmente do réu. No caso de uma ação em que alguém postula alimentos para o nascituro, sob o fundamento de presumida paternidade, sem dúvida é potencialmente lesiva ao réu.

A expectativa de ter reconhecido um filho (ou, não raras vezes, de que a paternidade não se confirme, em razão de uma relação extramatrimonial), pode ser frustrada com o exame genético. A simples imputação da existência de filho

²⁶ 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.

nascido fora das relações matrimoniais pode colocar em crise a reputação, a honorabilidade, a correção e o respeito do suposto pai.

O que se pretende com essa responsabilização é maior compromisso das gestantes na indicação do suposto pai do nascituro, de quem exigirão alimentos gravídicos, já que responderão por eventuais danos decorrentes do exercício abusivo do seu direito aos alimentos.

Se a gestante postula em juízo os alimentos gravídicos contra um réu com quem manteve relações, mas tendo a certeza de que ele não é o pai da criança, somente para conseguir alguém que sustenta (sic) a sua gravidez, haverá um uso indevido do direito de ação, que se consubstanciará em um abuso de direito e, consecutivamente será um ato ilícito. (VITAL, 2010).

O dano, no caso, decorre do abuso de direito de ação (conduta ilícita), caracterizado pela imputação irresponsável, fundada em dúvida razoável que poderia prever e não o fez. Ela deixa que os seus interesses individuais e ilegítimos se sobreponham ao direito de sobrevivência do nascituro e do suposto pai, o configura uma ilicitude e deve ser observado e reconhecido pelo Poder Judiciário de forma a coibir tal prática.

Por esse motivo, no caso de provado o dolo ou a culpa da mãe, poderão ser aplicados os artigos do Código Civil, que discorrem sobre a responsabilidade civil a fim de compeli-la a indenizar o suposto pai. A responsabilidade civil da genitora poderá ser reconhecida com fundamento na má-fé (dolo) ou pela simples culpa na forma do disposto no artigo 186 do Código Civil²⁷.

Martins, contudo, se manifesta pela possibilidade da incidência da responsabilidade civil subjetiva no caso, mas tão-somente, se demonstrada a má-fé e o dolo da gestante, não reconhecendo aquela incidência no caso de conduta culposa:

A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização (MARTINS, 2008).

²⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A autora deverá ser responsabilizada subjetivamente tanto pela conduta dolosa como a culposa, pois em ambas as situações se configura abuso de direito, que diante do artigo 927 do Código Civil, que se equipara ao ato ilícito, tornando-se fundamento para a responsabilidade civil. (MARTINS, 2008)

“Se a autora tinha motivos ´para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em ato ilícito” (VITAL, 2010). Então, como se observa não é possível configurar a conduta da mãe como negligente ou imprudente pois a mesma tinha motivos para desconfiar que o réu era o pai de seu filho.

A jurisprudência pátria tem se conduzido favoravelmente à concessão de indenização nos casos que o suposto pai foi lesado por achar que era o verdadeiro pai e após o nascimento descobre que não era, como é o caso das apelações n. 272.221-112 e n. 252.862-1/0²⁸.

No caso da jurisprudência citada, em ação de alimentos o suposto pai pagou alimentos provisionais liminarmente deferidos, diante da ausência da prova pré-constituída da paternidade, que ao final não se confirmou. Nesse caso, apesar de não terem os alimentos provisionais sido fixados sob a égide da lei dos alimentos gravídicos, a genitora foi condenada a reparar danos morais sofridos pelo suposto pai, que teve, inclusive, sua prisão civil decretada, após a confirmação de que não era o pai.

²⁸ A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF. (6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996). Como foi bem reconhecido na sentença, grande foi o sofrimento do autor em se ver apontado como o pai do filho da ré. Não tivesse bastado o vexame decorrente do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, o autor ainda foi recolhido ao cárcere por não ter pago as prestações alimentícias que a ré sabia, ou deveria presumir, que não eram por ele devidas (fls. 63 e verso). E é público e notório o caráter vergonhoso que isso tem, principalmente numa cidade pequena como aquela em que se deu o triste episódio. Assim, é evidente que o equivalente a dois salários mínimos não constitui suficiente para o justo ressarcimento do enorme dano causado ao autor (Tribunal de Justiça. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelação 252.862-1/0. Relator: Desembargador Sousa Lima. Julgado 22/maio/1996).

Nesse mesmo sentido, a doutrina sustenta que a mãe deve ser responsabilizada subjetivamente, ou seja, desde que presente o dolo ou a culpa, pois o fato de o artigo 10 da lei 11.804/08 ter sido vetado não impede a responsabilização subjetiva da mãe, por dolo ou culpa, com base no Código Civil.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação cível em que o indicado pai buscava a reparação civil por dano moral (n. 0028830-09.2010.8.26.0007) em face da ação irresponsável da autora na sua indicação como pai, por reconhecer que a genitora manteve relação com outra pessoa no mesmo período que engravidou, então, pela má-fé, o dano estava caracterizado²⁹.

Assim, a responsabilidade por eventual reparação civil da genitora ao indicado pai, ao final, não confirmado como tal, só é possível se demonstrado que ela agiu com má-fé e dolo. A simples dúvida, se razoável, já que não manteve relações sexuais apenas com o réu no mesmo período da concepção, não é suficiente para caracterizar o dever indenizatório decorrente da responsabilidade civil. Nessa linha, afirma Martins: "somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa" (MARTINS, 2008).

Assim, como regra geral, deve haver a prova do dolo ou da culpa em sentido estrito do causador do dano. Gonçalves, ainda em uma de suas lições afirma que é de se usar a razoabilidade e, por isso, só deve ser responsabilizada civilmente a genitora que agir com dolo ou a culpa grave, sendo afastadas as hipóteses de culpa leve e levíssima (GONÇALVES, 2011, p.160).

O dano passível de reparação poderá, nos casos de reconhecida responsabilidade civil da genitora poderá ser de qualquer natureza: material, moral, enfim, nas formas estudadas quando tratado o tema da responsabilidade civil.

Os danos materiais consistirão nas despesas suportadas pelo indicado pai, mormente, em relação aos valores desembolsados a título de alimentos gravídicos.

²⁹ DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO DE FALSA PATERNIDADE. Ré que imputou paternidade ao autor, sendo que manteve relação com outro homem no mesmo período. Autor que, posteriormente, descobriu não ser pai do menor por exame de DNA. Culpa da ré configurada. Não cumprimento do dever de cuidado, decorrente da ciência de que outro homem poderia ser o pai da criança. Danos morais caracterizados. Situação que gerou transtorno emocional, e abalo anímico. Configuração de todos os elementos da responsabilidade civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelante: R. S. B., Apelado: R. W. K., Ap. Cível nº 0028830-09.2010.8.26.0007, 6º Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ 04/04/2014.)

Sua prova poderá ser feita por meio de demonstrativos da quantia gasta, valendo-se de descontos em folha, bloqueios judiciais, ou qualquer outro documento que ateste o quanto foi pago.

Outro dano, no caso, que é bastante comum, é o moral. É incontestável o direito do réu da ação de alimentos gravídicos, condenado indevidamente ao pagamento, de pleitear uma indenização pelos danos psicológicos sofridos, se posteriormente a afirmada paternidade não é reconhecida.

Há autores que entendem ser cabível também, inclusive, pedido por litigância de má-fé, provando a conduta dolosa da autora. Nesse sentido, as palavras de Freitas:

Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercer regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente (FREITAS, 2010, p. 10).

Isso porque o Código de Processo Civil, em seus artigos 79 e 80³⁰ prevê que aquele que acionar o Judiciário para conseguir um objetivo ilegal, será considerado litigante de má-fé. Com isso, a gestante que dolosamente aciona o Judiciário, para atribuir o pagamento ao suposto pai, incorreria, segundo autor, na pena da litigância de má-fé.

Provando ainda que o verdadeiro pai estava em conluio com a gestante, ambos serão condenados na respectiva proporção de seus interesses na causa, conforme dispõe o artigo 81, § 1^o³¹ do mesmo código.

³⁰ Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

³¹ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1^o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

Se o magistrado condicionar o pagamento de alimentos gravídicos ao oferecimento de caução adequada pela gestante, esse montante será utilizado para eventual reparação de danos daí decorrente ao réu. Essa possibilidade é defendida por Cenci, ao discorrer que:

Alternativa existe na legislação processual para que o suposto pai, restando ao final do processo afastada a paternidade, possa, ao menos, ter chances reais de receber de volta os valores pagos indevidamente a mulher: basta o juiz condicionar o pagamento dos alimentos gravídicos ao oferecimento de caução por parte da autora do pedido judicial (CENCI, 2009. p. 4).

Para o autor deverá, todavia, ser analisada a condição financeira da gestante quando da exigência de caução, na medida em que não se mostraria justo que deixasse de receber alimentos gravídicos por não ter condições financeiras de prestar caução. Em contrapartida, possuindo a autora meios de prestar uma garantia, poderá ser exigida. Os dois interesses devem ser analisados, de forma que os do nascituro sejam resguardados, mas também os do suposto pai que pode estar sendo vítima de uma falsa imputação de responsabilidade.

Para a lei civil, portanto, tem-se a possibilidade de, uma vez demonstrada a má-fé, dolo ou culpa, conforme a posição doutrinária que se adote, responsabilizar civilmente a genitora por eventuais danos decorrentes da imputação indevida da paternidade para a obtenção de alimentos gravídicos quando, ao final, não crestar comprovada a paternidade.

Outrossim, seria possível responsabilizar verdadeiro pai após a sua identificação?

4.3 Da responsabilidade civil do verdadeiro pai

Para alguns autores, a genitora não seria responsabilizada por eventuais danos sofridos pelo indicado pai, após a negativa da paternidade, já que na sua convicção ele era o pai, porque respaldada em indícios razoável para tanto, mas

essa responsabilidade poderia recair sobre o verdadeiro pai, mormente no que e refere aos danos materiais.

Nesse passo, Cahali sustenta que “admite-se a restituição quando quem os prestou não os devia”. Segundo o autor, no caso de o suposto pai pagar e não ser o verdadeiro pai, aquele que o for deverá restituir o valor pago, para não haver o enriquecimento ilícito deste (CAHALI, 2009, p. 107).

O direito adota a norma de que quem pagou pensando erroneamente que o devia, pode exigir a restituição do valor do terceiro que realmente deveria fornecê-los. Seria mais ou menos, como um pagamento indevido, cuja restituição é viabilizada.

Nesse sentido, Gagliano afirma que se o suposto pai futuramente provado não o ser de fato, pode ingressar com ação de regresso em face do verdadeiro pai para pedir o valor pago indevidamente, como mecanismo de evitar a regra geral do enriquecimento ilícito do verdadeiro pai, que acabou por não pagar nada durante a gravidez (GAGLIANO, 2013, p. 701).

Conforme já mencionado, no caso do pagamento indevido, o suposto pai poderá pedir para o verdadeiro genitor a reparação civil do valor pago. É utilizada a ação de repetição de indébito, que deve ser dirigida contra quem de direito deveria pagar, ou seja, o verdadeiro pai.

Venosa destaca, sobre a ação “de *in rem verso*”:

A ação “de *in rem verso*”, como é também denominada por tradição romanística essa ação, objetiva tão-só reequilibrar dois patrimônios, desequilibrados sem fundamento jurídico. Não diz respeito à noção de perdas e danos, de indenização de ato ilícito e, nem sempre, de contratos. Não há nem mesmo necessidade de um negócio jurídico prévio entre as partes (VENOSA, 2016, p.86).

Entende-se com isso que a “ação *in rem verso*” visa reequilibrar dois patrimônios desequilibrados sem baseamento jurídico, ou seja, o patrimônio do réu que pagou indevidamente, deverá ser novamente equilibrado por aquele que deveria ter pago as prestações alimentícias: o verdadeiro pai.

Ainda sobre o assunto, o autor refere que não haverá a ação “*in rem verso*” no caso do suposto pai poder mover a ação baseada em um contrato ou se acaso

se qualificar como uma responsabilidade civil genérica, conforme dispõe o art. 886 do Código Civil³².

O réu da ação de alimentos gravídicos que paga prestações alimentares sem um fundamento jurídico (nesse caso o parentesco), poderá acionar, portanto, o verdadeiro devedor dos alimentos, uma vez que este se beneficiou indevidamente dos custos arcados pelo réu, devendo restituir, corrigido monetariamente, a quantia paga no curso da ação de alimentos gravídicos.

Nesse caso específico, a ação não poderá ser dirigida contra a gestante, mas somente contra o verdadeiro pai, uma vez que este era o real devedor da prestação alimentícia. A gestante sempre fora a credora dos alimentos gravídicos, pois carrega o nascituro, não se beneficiando indevidamente das quantias pagas, pois possuía um fundamento jurídico para recebê-las. Portanto, a pessoa que se beneficiou indevidamente dos valores pagos foi o verdadeiro pai, devendo este ser o único réu da ação “in rem verso”.

Há uma ressalva em relação a ação o seu caráter subsidiário da responsabilidade do verdadeiro pai. O Código Civil em seu artigo 884³³ dispõe que, em havendo outros meios para reaver o prejuízo sofrido, a ação de enriquecimento sem causa não poderá ser utilizada. Logo, somente é possível o manejo dessa pretensão se não for possível o restabelecimento da ordem econômica do alimentante de outra forma.

A jurisprudência já se manifestou pela procedência da repetição do indébito em se tratando de alimentos comuns, como no caso da apelação 248/25 do TJ de São Paulo³⁴. Mas, por ser uma lei bastante recente, não há precedentes na jurisprudência a respeito do pedido de restituição dos alimentos gravídicos na forma

³² Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

³³ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

³⁴ ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDUÇÃO EM ERRO. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inocorrente. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alimentário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los. (SÃO PAULO, TJ, Apelação 248/25 Luiz Antonio de Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado. 24/01/207).

de repetição do indébito. As decisões existentes versam sobre a verba alimentar da Lei nº 5.478/68 (lei de alimentos), e devem servir de parâmetro para futuras decisões acerca da restituição nos alimentos gravídicos.

Devido à atualidade do tema parece distante o consenso sobre a questão da reparação ou não e qual a melhor forma, e em face e quem a ela deve ser buscada. A recomendação é a análise de cada caso concreto, considerando-se as suas particularidades, mas certamente, se alguém causar prejuízo indevido a outrem, na forma da responsabilidade civil, tem o dever de repará-lo.

CONCLUSÃO

A Lei n.11.804/2008, conhecida como lei de alimentos gravídicos, regulada em cláusulas constitucionais, civilistas e tratados internacionais, introduziu no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de a genitora indicar o suposto pai e em face dele postular alimentos no período da gestação até o nascimento, com o intuito de dar integral proteção ao nascituro.

Os alimentos gravídicos, diante dos riscos de realização de exame de DNA intrauterino, são deferidos com base na assertiva da genitora e de indícios que conduzam o alimentante à paternidade. A fragilidade dos elementos nos quais a obrigação é reconhecida, tem levado a discussões quanto à eventual possibilidade de ressarcimento ou mesmo de reparação civil de danos sofridos pelo indicado pai, após comprado não ser ele o pai.

A polêmica é ainda mais relevante, na medida em que o artigo da lei dos alimentos gravídicos que previa a responsabilidade objetiva da gestante por danos morais e materiais causados foi vetado, deixando o réu a mercê da própria sorte. Diante das lacunas da referida lei, os juristas têm se manifestado na busca de soluções que viabilizem a reparação civil em favor do suposto pai que após realização de exame de DNA tenha como resultado a negativa de paternidade, tendo, então, prestado alimentos no lugar de quem realmente os devia.

Se após prestar alimentos o suposto pai confirmar a negativa de paternidade, poderá buscar a reparação dos danos que eventualmente tenha sofrido em decorrência da indicação de sua paternidade (não confirmada) e do que pagou a título de alimentos gravídicos. No caso, a responsabilidade seria subjetiva, porque necessária a prova da ação culposa ou dolosa da genitora.

Também, é possível a busca da repetição do indébito, hipótese em que a demanda deverá ser dirigida contra o verdadeiro pai do nascituro, o que, no entanto, encontra alguma dificuldade de aceitação diante do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Mas neste caso o princípio da irrepetibilidade não estaria sendo ferido, já que não será o nascituro que terá que devolver os alimentos, mas aquele que deveria ter pago desde o início da gravidez. O verdadeiro pai irá devolver o valor que o suposto pai pagou a genitora.

Já que o suposto pai pagou durante toda a gestação todas as despesas da genitora e do nascituro, nada mais justo que o verdadeiro pai restituir este valor ao suposto pai, já que era dele tal responsabilidade.

Por fim, cabe ao verdadeiro pai o pagamento para não ocorrer o enriquecimento sem causa, por ter deixado de pagar os alimentos enquanto outro o fazia. Utilizando a ação “in rem verso” para reequilibrar os patrimônios do verdadeiro pai e do suposto pai, já que este teve uma diminuição do seu patrimônio quando efetuou os pagamentos para a genitora de forma indevida.

Enfim, o presente trabalho buscou encontrar uma solução para a hipótese de o alimentante prestador dos alimentos gravídicos não ter confirmada sua paternidade após o nascimento da criança e que tenha em face da indicação da paternidade pela genitora sofrido algum tipo de dano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. Recife: Ramiro M. Costa, 1905.

BUZZI, Marco Aurelio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por certo tempo. Curitiba. Juruá, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Código Civil de 1916 que regula em seu art. 320, em quais situações a mulher recebe pensão alimentícia. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm#art3>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 14 mai. 2017.

BRASIL, **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 16 de out. de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Dos alimentos.** 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Dos alimentos.** 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CENCI, Fábio: **Alimentos gravídicos: aspectos processuais.** São Paulo, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias,** 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias,** 6. Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 20. Ed. Revista, atualizada de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-01-2002) e o projeto de lei n. 6.960/02. São Paulo. Saraiva. 2005

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1972.

FREITAS, Douglas Philips. **Alimentos gravídicos: comentários a Lei n. 11.804/2008** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil,** v. 6 – Direito de família, 7ª edição., 7th edição. Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

HERRERA, F. Lopes. **Derecho de familia.** Caracas: Universidad Catolica, 1970.

LIMA, Alvino, **Culpa e Risco,** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Stael Sena. **Alimentos gravídicos**. 2008. Disponível em: <<http://blogdoespacoaberto.blogspot.com/2008/11/alimentos-gravdicos.html>> Acesso em 17 de julho de 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos Morais e Direitos da Personalidade** – Dano Moral – Aspectos Constitucionais, Civis, Penais e Trabalhistas, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARAGON, César Augusto. Os alimentos gravídicos e a possibilidade de sua **concessão entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7087>. Acesso em: 14 mai. 2017

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. Ed. São Paulo: RT, 1974.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. **Algumas considerações sobre a lei que disciplina os alimentos gravídicos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=552>> Acesso em 17 de julho de 2017.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Responsabilidade Civil**, 9, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIZZARDO, Arnold. **Direito de Família**: lei. 10. 406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Conrado Paulino. **iFamily: um novo conceito de família?**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil** – da Erosão dos Filtros da Reparação a Diluição de Danos, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Alimentos gravídicos**. Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/static/caops/mulher/files/files/alimentos-gravidicos.pdf>> Acesso em 18 de julho de 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

VITAL, Rafael Pontes. **Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Terezina, Ano 15, n 2562,7 Julho 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/16927> - acesso em 30 de setembro de 2017.)