

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANA ALINE DANTAS DE ALBUQUERQUE

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: É POSSÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE?**

Recife
2015

ANA ALINE DANTAS DE ALBUQUERQUE

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: É POSSÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE?**

Monografia apresentada à Faculdade Damas de
Instrução Cristã como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Danielle Spencer

Recife
2015

Albuquerque, Ana Aline Dantas de

Alimentos gravídicos: é possível indenização por danos morais em caso de negativa de paternidade?. / Ana Aline Dantas de Albuquerque. – Recife: O Autor, 2015.

53 f.

Orientador(a): Prof^a. Dr^a Danielle Spencer

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito civil. 2. Alimentos gravídicos. 3. Danos morais. 4. Negativa de paternidade. I. Título.

34
340

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2015-370

ANA ALINE DANTAS DE ALBUQUERQUE

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS: É POSSÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE?**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador(a)

Examinador Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai, **Sandro Rodrigues**, a minha mãe, **Sandra Dantas**, a minha irmã, **Maria Juliana**, pelo amor incondicional e a minha tia Aldenice Dantas (*in memoriam*) que gostaria muito de me ver formada.

“O saber a gente aprende com os mestres e os livros. A sabedoria, se aprende é com a vida e com os humildes.”

Cora Coralina

AGRADECIMENTO

Ao Senhor Jesus, por ter me amparado diante de todos os obstáculos surgidos durante o período acadêmico.

A minha querida Mãe, por estar comigo em todos os momentos da minha vida, principalmente nas dificuldades, ao meu namorado por todo apoio e acompanhamento!

A todos meus Professores e amigos que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, em especial a Prof.^a Renata Andrade, através da qual tive os primeiros contatos com o tema, a Prof.^a Luciana Browne pelo incentivo e ao Prof. Ricardo Silva, por todo empenho.

E a Minha orientadora, Danielle Spencer, por toda dedicação, sem a qual, não seria possível a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia comporta a matéria pertencente à Lei nº 11804/08, renomada como Lei dos Alimentos Gravídicos. O objeto deste trabalho funda-se no questionamento da possibilidade de existir dano moral diante a negativa da paternidade. A problemática consiste na indenização da autora no caso de lesar moralmente o réu, à vista do art. 10 da referida Lei, por sinal foi vetado, que possuía previsão de uma eventual responsabilização objetiva, ou seja, independente de culpa da genitora para o suposto pai. São abordados pontos referentes aos alimentos à luz da Lei 11804/08, a responsabilidade civil e alimentos gravídicos, e seu trâmite processual junto aos Tribunais brasileiros. Utilizando a metodologia descritiva, esta monografia foi realizada no tipo qualitativo, por método analítico, através de coleta bibliográfica com base na doutrina e na mencionada Lei. Ao término, percebe-se que pela regra geral, os alimentos são irrepetíveis e, sendo os alimentos pagos indevidamente, não cabe pleitear da genitora o seu reembolso, ou seja, dano material causado. Entretanto, a autora não fica isenta de todo tipo de responsabilização, de acordo com a previsão da Lei, porque caso seja comprovada a responsabilidade subjetiva da autora, que esta agiu, portanto, com culpa em sentido amplo, ou estrito, existe a possibilidade do dever de indenizar o suposto pai em virtude da falsa acusação da paternidade, visto que uma vez violado direito da personalidade de alguém, é possível indenização por danos morais, além de ser um direito constitucionalmente e civilmente protegido. A pesquisa demonstra que apesar da exclusão da possibilidade de indenização de acordo com a Lei, a autora pode ser responsabilizada quando verificada sua culpa em sentido amplo, ou estrito ao promover a ação, isto é, patente, a responsabilidade subjetiva. Dessa maneira, ao final da pesquisa, é notória a possibilidade da indenização por danos morais, ao suposto pai em caso negativo da paternidade nos alimentos gravídicos na procura de proteção ao lesado. Assim sendo, a grávida pode vir a sofrer uma indenização por danos morais.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos, Danos morais, Negativa de paternidade.

ABSTRACT

This monograph includes the matter belonging to Law No. 11804/08, renowned as the Law of gravidic Food. The object of this work is based on questioning the possibility there moral damage on the refusal of parenthood. The problem consists in the author compensation in the case of morally harm the defendant, in view of art. 10 of this Law, by the way was vetoed, who had forecast an eventual objective accountability, ie, regardless of mothers' guilt for the alleged father. The survey demonstrates that despite the exclusion of the possibility of damages according to the law, the author can be held responsible when checked his guilt in a broad sense, or strict to promote action, ie, patent, subjective responsibility. Points are addressed relating to food in the light of Law 11804/08, liability and gravidic food, and its procedural action at Brazilian Courts. The justification of the study is the importance of human life, which has advanced considerably after the Law of gravidic Food, which protects the unborn child. Using descriptive methodology, this monograph was held at the qualitative, by analytical method, through literature collection based on the doctrine and mentioned law. At the end, it is clear that the general rule, foods are unrepeatabe and, being food wrongly paid , it is not the mothers' claim your refund , or damage caused material. However, the author is not exempt from any kind of liability, according to the forecast of the law, because if it is proven the subjective responsibility of the author, that it acted thus with guilt in a broad sense , or strict , there is a possibility of duty to indemnify the alleged father because of false accusation of parenthood , since once violated rights of one's personality , it is possible punitive damages , in addition to being a right constitutionally protected and civilly . In this way , the end of the search , one notes the possibility of punitive damages , the alleged father if not of parenthood in gravidic food demand in protecting the injured party . Therefore, pregnant could suffer compensation for moral damages.

Keywords: Gravidic food, Punitive damages, Paternity negative.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DOS ALIMENTOS	11
2.1	CONCEITO	11
2.2	NATUREZA JURÍDICA	13
2.3	ESPÉCIES	15
2.4	DIREITOS AO NASCITURO A ALIMENTOS	17
2.5	DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	20
2.6	CONVERSÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA	21
3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	24
3.1	DO CONTEXTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
3.2	DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	29
3.2.1	Da conduta humana (ação ou omissão).....	29
3.2.2	Nexo de Causalidade	30
3.2.3	Dano	34
3.3	DANOS MATERIAIS E MORAIS.....	35
3.4	RESPONSABILIDADE DA GENITORA.....	38
4	DA ANÁLISE PROCESSUAL	41
4.1	LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	41
4.2	MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS ...	43
4.3	ÔNUS PROBATÓRIO DA PATERNIDADE	44
4.4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	44
5	CONCLUSÃO	49
6	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Os alimentos gravídicos, aqueles determinados à mulher gestante, têm sua previsão expressa na Lei n. 11.804, de 05 de Novembro de 2008, com expressiva consideração jurídica.

A redação do texto legal aborda a contribuição que o suposto pai deve prestar para cobrir as despesas da gestação, desde a concepção até parto, ou seja, antes mesmo do nascimento do feto, incluindo as pertinentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, medicamentos e outras prescrições a juízo médico, além de outras a que o juiz cogite necessário.

Neste contexto, a lei dos alimentos gravídicos tornou-se importante instrumento de garantia à sobrevivência ao nascituro.

O magistrado determina os alimentos gravídicos, com base na existência de simples indícios da paternidade, ou seja, sem uma prova efetivamente concreta.

Dessa forma, é visível a insegurança trazida ao suposto pai. Restando a necessidade de uma investigação mais precisa, sem esquecer que o nascituro tem o direito aos alimentos.

Fixados os alimentos, estes perdurarão até o nascimento da criança, respeitando-se as necessidades da autora e possibilidades do réu. No entanto, o legislador deixou lacunas que implicam em toda sorte de interpretações e discricionariedade do julgador ao valorar o que seriam indícios da paternidade para deferimento dos alimentos gravídicos. Por outro lado, tal discricionariedade do magistrado, também, possibilita condenar pessoas erradas a arcar com os alimentos e abre margem para possível litigância de má-fé.

A justificativa do estudo consiste na importância da vida humana, mesmo antes do nascimento, principalmente, após a Lei 11.804/08, a qual protege o nascituro.

Nesse contexto, indaga-se se é possível indenização por danos morais em caso de negativa de paternidade?

O artigo 10, da Lei 11804/08, que previa a responsabilidade da autora da ação quanto aos danos causados ao réu, no caso de resultado negativo do exame de DNA, foi vetado. Segundo Dias (2015, p.588), ficando comprovado que a autora agiu de má-fé ao acusar o réu a paternidade, ocasiona o dever de indenizar, cabendo imposição por danos morais.

A hipótese aqui levantada reside, na responsabilização da autora tanto quando verificada a sua culpa em sentido *lato sensu*, isto é, que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou por culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação.

Assim sendo, objetivo geral é analisar o instituto da responsabilidade civil por danos morais no âmbito dos alimentos gravídicos. Com os objetivos específicos: Conceituar os Alimentos a luz da lei 11804/08; averiguar historicamente o instituto da responsabilidade civil, e a indenização por danos morais, correlacionando com os alimentos gravídicos; examinar o trâmite processual dos alimentos gravídicos.

A metodologia utilizada é estudo descritivo, tipo qualitativo, por método analítico, através de coleta bibliográfica.

O estudo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, dispõe-se sobre o conceito dos alimentos gravídicos com base na Lei 11804/08. Por sua vez, no segundo capítulo é feita a abordagem da responsabilidade civil na esfera dos alimentos gravídicos, que envolve os danos morais. E por fim, o terceiro capítulo aborda o aspecto processual dos alimentos gravídicos, isto é, momento para sua propositura e todos seus aspectos legais.

Portanto, considerando a preservação do direito a vida, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos e a ofensa aos direitos da personalidade do suposto pai, o estudo buscará elucidar ao problema oriundo do tema.

2 DOS ALIMENTOS

2.1 Conceito

O termo “alimentos”, no Ordenamento Jurídico, detém um alcance maior do que na linguagem comum, abarcando tudo aquilo que é essencial para uma existência sadia, tendo como primordial fundamento a alimentação, a educação, a habitação, a saúde e o vestuário, assim sendo, alimentos em direito de família, podem ser naturais, como fornecimento de utensílios para a vida humana, como em dinheiro, chamado de pensão alimentícia.

Conforme o dicionário jurídico Felipe (2007, p. 20), alimentos designa “as importâncias em dinheiro ou quotas in natura, para que uma pessoa possa se garantir de maneira sadia e completa, sendo atendidos vários critérios”.

Ensina (LÔBO, 2011, p.372) que com o advento do Estado Social, o sistema de seguridade social foi sendo organizado, apesar de ser uma política pública, esta não supre as necessidades de todos que precisam de meios para sobreviver, principalmente as crianças e os adolescentes, por isso que os parentes são responsáveis por garantir-lhes o mínimo existencial, essencialmente quando as entidades familiares se desfazem ou não chegam a se constituir.

O primeiro direito fundamental do ser humano é a vida. Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Este é, certamente, o compromisso basilar do Estado Democrático de Direito: garantir a vida com dignidade. Dentre os direitos constitucionalmente assegurados há o instituto dos alimentos. O fundamento da obrigação alimentícia reside no direito à vida, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 traz disposto, em seu art. 227, o dever da família assegurar tanto criança como ao adolescente, de forma efetiva, o direito à vida, ao lazer, à saúde, à alimentação, à educação. Acresce, ainda, no art. 229, ser dever pleno dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores e que os filhos deverão resguardar seus pais na velhice.

Ainda, constitucionalmente, a obrigação alimentar fundamenta-se no princípio da solidariedade (art.3º, I, da CF/88), seja na relação entre parentes, seja na relação familiar (cônjuges, companheiros). Seu descumprimento motiva a prisão civil (art.5º, LXVII, da CF/88), atualmente, única prisão existente no âmbito do Direito Civil.

A lei de alimentos (Lei nº 5478/68) dispõe das normas residuais de tal direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (art.22), também, se correlaciona a obrigação alimentar.

O Código Civil vigente trata dos alimentos nos artigos 1694 a 1710, e, apesar de não definir o que sejam alimentos, esse conceito é disposto na doutrina.

Para Rodrigues (2004, p. 374):

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

No sentido de abranger não apenas a alimentação do ser humano, necessário à sua sobrevivência, mais também tudo aquilo que integra a vida cotidiana do ser humano.

Revela Venosa (2012, p.362), fortalecendo, ainda, mais o tema:

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos assim traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

Ensina Gonçalves (2013, p. 501) que:

A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário para a manutenção da condição social e moral do alimentando.

Semelhantemente a doutrinadora Diniz (2005 p. 533) assevera que “Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para a sua instrução e educação”, logo, o cumprimento da obrigação pode se dar de forma direta, isto é, a importância em dinheiro, ou de forma indireta, como na hipótese de pagar as mensalidades escolares.

Dessa maneira, a definição de alimentos apresenta sentido abrangente, abarcando além das necessidades cotidianas para a subsistência do indivíduo, (alimentos propriamente ditos) para seu mantimento, a moradia, assistência médica e odontológica, educação, vestuário, dentre os demais que resultam da solidariedade familiar, com o objetivo de atender as carências daquele necessitado.

Por sua incontestável importância, as normas pertinentes ao direito alimentar são consideradas de ordem pública, pois possuem como objetivo proteger e preservar a vida

humana. Em consequência, tais regras são inderrogáveis e, sobretudo, quando os alimentos derivam do "iure sanguinis", ou seja, de obrigação por parentesco, não admitem renúncia ao direito nem convenção que assente a inalterabilidade de seu valor. É importante ressaltar que os alimentos são de natureza personalíssima, isto é, não poder haver sua cessão entre vivos ou de sucessão hereditária, o que pode ser objeto de sucessão são os débitos de alimentos, contraindo os herdeiros do devedor a incumbência de pagar.

Assim sendo, a imposição de um dever alimentar busca preservar o direito à vida, assegurado constitucionalmente os alimentos, então, não dizem respeito, apenas, ao interesse privado do alimentando. Não se trata, portanto, de interesse patrimonial. É importante destacar, que o inadimplemento de três parcelas da obrigação alimentar, enseja em prisão civil, conforme súmula 309 do STJ.

2.2 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica o tema não é pacífico, havendo, na doutrina, algumas discussões.

Uma parcela entende ser um direito pessoal extrapatrimonial, porque o alimentando teria a intenção de prover o seu direito à vida, e não de aumentar seu patrimônio.

Descreve Diniz (2010, p.596):

Há os que consideram como um direito extrapatrimonial, como Ruggiero, Cicu e Giorgio Bo em virtude de seu fundamento ético social e do fato de que o alimentando não tem nenhum interesse econômico, visto que a verba recebida não aumenta seu patrimônio, nem serve de garantia a seus credores, apresentando-se, então como uma das manifestações do direito à vida, que é personalíssimo.

Outros acreditam que a obrigação alimentar é de ordem patrimonial, por acrescentar ou subtrair o patrimônio das partes da relação jurídica, porque existe uma prestação econômica exigível. Figurando como uma relação de crédito-débito porque resulta no pagamento habitual de dinheiro ou fornecimento para manutenção do alimentando feito pelo alimentante, existindo, portanto, um credor e um devedor da prestação econômica (DINIZ 2010, p.596).

Existe, ainda, uma terceira posição doutrinária, que entende ser tal obrigação de natureza mista, mesclando as duas posições anteriores, isto é, de conteúdo patrimonial e de finalidade pessoal, sendo este o entendimento majoritário.

Gonçalves (2008, p. 451) entende:

No tocante à natureza jurídica do direito de alimentos, embora alguns autores o considerem direito pessoal extrapatrimonial, e outros, simplesmente direito patrimonial, prepondera o entendimento daqueles que, como Orlando Gomes, atribuem-lhe natureza mista, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.

Enfim, a obrigação alimentar existe para que a vida seja assegurada e tem uma finalidade precípua de atender às necessidades de quem não pode prover sua própria subsistência.

Os alimentos são ainda indisponíveis, irrenunciáveis, incompensáveis, irrepetíveis e impenhoráveis. Segundo (LÔBO, 2011, p.374), a indisponibilidade não é ilimitada, porque não existem padrões estabelecidos para sua fixação, dessa forma, se permite vasto espaço de transação e conciliação. Enquanto Venosa (2015, p.384) afirma que não se admite a transação dos alimentos, embora a quantia devida possa ser transigida, por se tratar de direito disponível.

Em relação à irrenunciabilidade, dispõe o art. 1707 do CC/02 que “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”, restando claro que tal direito é uma faculdade, contudo, não pode ser renunciado.

A prestação alimentar, não concede o exercício da compensação como forma de extinção de valores devidos a título de alimentos com outros pagos por liberalidade do devedor, porque o objetivo dos alimentos é justamente a subsistência do necessitado.

Os alimentos são ainda irrepetíveis, porque o alimentante não pode solicitar de volta, e o beneficiário não é obrigado a devolver, ou seja, não existe direito de repetição dos alimentos pagos.

A impenhorabilidade, logicamente, pela função de assegurar a subsistência do alimentado, os alimentos não se encaixam no conceito de valores penhoráveis, se assim fosse, ou seja, se pudesse ser objeto de penhora, perderia sua função de proteção ao alimentado.

No tocante a natureza jurídica dos alimentos gravídicos, faz-se necessário tecer breves comentários.

A distinção da pensão alimentícia e dos alimentos gravídicos ocorre pela verificação a quem se destinam estes alimentos. Os alimentos, de maneira geral, são concebidos por pensão alimentícia após o nascimento da criança, por um de seus genitores ou responsáveis;

enquanto, os alimentos gravídicos são determinados para evolução completa da gravidez; desde o momento da fecundação até o nascimento da criança, vindo a serem convertidos em pensão alimentícia após o nascimento até que uma das partes solicite sua revisão.

2.3 Espécies

Os alimentos são de diversas espécies, classificados, pela doutrina, segundo vários critérios.

Quanto a sua natureza, são caracterizados em civis e naturais. Juridicamente, algumas pessoas tem o dever de prestar alimentos em virtude de laços sanguíneos, e outras são obrigadas pelas relações civis de cônjuges ou companheiros já que estes têm dever de assistência mútua entre si.

Nas palavras de Venosa (2009, p. 353) “Existe, pois, no ordenamento, uma distinção entre a obrigação alimentar entre parentes e aquela entre cônjuges ou companheiros. Ambas, porém, são derivadas da Lei”.

Os de natureza civil são os alimentos que têm como função preservar a qualidade de vida do credor, mantendo o mesmo padrão e status social do alimentado.

Conforme lição de Diniz (2005 p. 449/450):

O alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a distinguir alimentos civis e naturais. Alimentos naturais são os indispensáveis à subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, etc. Alimentos civis são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o padrão de vida e o status social. Essa distinção, agora trazida à esfera legal, de há muita era sustentada pela doutrina e subsidiava a jurisprudência na fixação dos alimentos de forma diferenciada, em conformidade com a origem da obrigação, ao serem qualificados os alimentos destinados aos filhos, ex-cônjuge ou ex-companheiro. À prole eram deferidos alimentos civis, assegurando compatibilidade com a condição social do alimentante, de modo a conceder aos filhos a mesma qualidade de vida dos pais.

Os civis vão além do estritamente necessário à subsistência. São adequados conforme as condições de quem os paga e as necessidades de quem os recebe, para que este viva de acordo com sua posição social. A intenção do legislador constituinte ao criar este instituto foi o de evitar ao máximo a possibilidade de queda do padrão de vida do alimentado.

Os Naturais, também chamados de necessários, compreendem o indispensável para a satisfação das necessidades primárias da vida do alimentado. Tem por objetivo suprir as necessidades básicas; como por exemplo: comida, remédio, entre outros.

Dispõe Tartuce (2015, p.1012) que:

Alimentos indispensáveis, naturais ou necessários: visam somente ao indispensável à sobrevivência da pessoa, também com dignidade. Englobam alimentação, saúde, moradia e vestuário, sem exageros, dentro do princípio da razoabilidade. Eventualmente, também se pode incluir a educação de menores.

É importante ressaltar que em virtude da Emenda Constitucional nº66/2010 que removeu a separação judicial do ordenamento jurídico, houve conseqüentemente a exclusão dos requisitos da culpa, conforme nova redação do art. 226 da CF/88. Dessa maneira, ensina (LÔBO, 2011, p.386) que os alimentos de mantimento não são adotados mais aos ex-cônjuges, pela extinção do casamento, sendo assim, é devido a integralidade dos alimentos, quando atestada a necessidade, independentemente de terem dado razão ao divórcio.

Quanto à causa jurídica, são qualificados em Legais ou Legítimos, Voluntários e Indenizatórios ou Ressarcitórios.

Quando decorrem da lei são denominados de Legais. Podem originar do vínculo sanguíneo, *iure sanguinis*, do vínculo de parentesco, ou do dever de mútua assistência, qual seja, casamento ou da união estável, os alimentos legítimos pertencem ao Direito de família.

Nader (2006, p.534), afirma que “Apenas estes constituem objeto do Direito de Família, sendo os responsáveis pelo maior número de ações de alimentos. Dizem-se legais porque independem de qualquer acordo entre credor e devedor”.

Já os alimentos voluntários decorrem de uma declaração de vontade *inter vivos*, também, denominados de obrigacionais, ou *causa mortis*, que pertencem ao direito das sucessões, chamados de testamentários.

Os alimentos que decorrem de uma declaração de vontade *inter vivos* são prestados por pessoa que não tinha o encargo legal de conceder alimentos, mas, mediante contrato, submete-se a prestá-los, espontaneamente; sendo regulada pelo direito das obrigações. Já, os que derivam de declaração *causa mortis*, se realizam por meio de disposição testamentária, em forma de legado de alimentos, com previsão no artigo 1920, do Código Civil de 2002, sendo regido pelo direito das sucessões.

Quanto aos Indenizatórios, entende Gonçalves (2006, p.443) que “Os alimentos indenizatórios ou ressarcitórios resultam da prática de um ato ilícito e constituem forma de indenização de dano *ex delicto*. Pertencem também ao direito das obrigações e são previstos nos art. 948, II, e 950 do Código Civil”.

Dessa forma, são os alimentos decorrentes de ato ilícito e são fixados em sentença judicial condenatória em ação de responsabilidade civil.

Quanto à finalidade, são divididos em: definitivos, provisórios, provisionais e transitórios.

Segundo Dias (2007, p.448) "a distinção está ligada não à origem da obrigação, mas à sua efetividade".

Definitivos são os alimentos definidos por sentença de homologação de acordo, declaração de vontade do alimentante ou por sentença condenatória oriunda de uma demanda litigiosa, que determina o fim da vigência dos alimentos provisórios e ou os provisionais.

Leciona Tartuce (2015, p.1013) que: "Apesar da denominação "definitivos", podem ser revistos se ocorrer alteração substancial no binômio ou trinômio alimentar, cabendo majoração, diminuição ou exoneração do encargo (art. 1.699 do CC)".

Aqueles fixados imediatamente pelo juiz, quando solicitados pelo alimentando, a título precário, no início da ação, através de medida liminar e não assecuratória do resultado, disciplinado pela Lei 5.478/68, é denominado provisórios.

Os provisionais existem, unicamente, para possibilitar o sustento do autor enquanto durar a demanda principal. O objetivo dos alimentos é de assegurar o sustento do alimentado, no decorrer do processo. Já o caráter transitório nos remete concepção que o alimentante somente é obrigado a pagar alimentos enquanto o alimentado necessitar, enquanto não estiver apto a manter-se por sua conta própria.

Dentre as várias classificações de alimentos, a que se enquadra nos alimentos gravídicos são os alimentos legítimos uma vez que decorrem de lei (11805/08), e tem como fundamento o dever do pai de prover as necessidades vitais do nascituro.

2.4 Direitos ao Nascituro a Alimentos

A Constituição Federal de 1988 assegura em seus direitos fundamentais a vida, a saúde e a alimentação, deveres que devem ser supridos pelos pais para que possam promover o pleno desenvolvimento da substância, ainda, no ventre da mãe. Entretanto, entende-se que esta recente lei veio como um meio de garantir e assegurar os cuidados necessários para uma gestação saudável, disciplinando a forma ao qual ela deverá ser aplicada para atingir seu objetivo de eficácia.

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Contudo, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme art. 2º do CC/02. Desta maneira, este tem seus direitos garantidos a partir da concepção.

Existem três teorias que tentam explicar a situação da personalidade jurídica do nascituro, a saber:

Indica a natalista, que parte da interpretação literal e simplificada da lei, dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, portanto, tem apenas expectativa de direitos. Nega seus direitos fundamentais, tais como, o direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

Ensina Pereira (2001, p.79) que:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustração, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Segundo Tartuce (2012, p. 70 - 71):

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu.

Já pela teoria da personalidade condicional, a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, portanto, sujeitos à condição, termo ou encargo. Ao ser concebido o nascituro poderia titularizar alguns direitos extrapatrimoniais, como, por exemplo: à vida, mas só adquire completa personalidade quando implementada a condição de seu nascimento com vida.

Leciona Tepedino (2003, p.24):

A teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob condição de nascer com vida. Desta forma a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob a forma de condição resolutiva, portanto, na hipótese de não se verificar o nascimento com vida não haveria personalidade.

Os que resguardam esta corrente colocam o nascituro em uma posição suspensiva em relação a seus direitos, de maneira condicional. Se este vier a nascer com vida, terá todos seus direitos garantidos desde a concepção.

Enquanto que a teoria concepcionista sustenta que o nascituro é pessoa humana desde a concepção, tendo direitos resguardados pela lei, de modo que o feto é plenamente reconhecido como sujeito de direito.

Ensina Fiúza (2004, p.114) que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

Apesar da discussão na doutrina, (GAGLIANO, PAMPLONA, 2011, p. 129) dispõe de um quadro esquemático demonstrando em suma que: o nascituro é titular de direitos personalíssimos, podendo receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão inter vivos; também pode ser beneficiado por legado e herança; é possível nomear curador para a defesa dos seus interesses conforme arts. 877 e 878 do CPC; além disso, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade, devido a sua proteção pelos direitos da personalidade. Defendendo dessa maneira, o entendimento de que o nascituro tem direito a alimentos, o que passou a ser motivo da edição da lei dos alimentos gravídicos.

Assim, pode-se afirmar que, ao reproduzir a Lei de Alimentos Gravídicos, o ordenamento jurídico brasileiro consolidou a teoria concepcionista não deixando margem de dúvidas quanto à interpretação do artigo 2º, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Através do direito a alimentos o nascituro terá reconhecidamente protegido o seu direito à vida, fundamento básico de qualquer pretensão alimentar, sendo então compreensível que o nascituro receba o benefício da prestação de alimentos para seu desenvolvimento, e um nascimento digno e com saúde.

Desta maneira, a Lei nº. 11.804/2008 representa um grande avanço no ordenamento jurídico, pois assegura assistência alimentar ao nascituro, garantindo o direito a alimentos gravídicos.

2.5 Dos Alimentos Gravídicos

Antes do surgimento da Lei 11.804/2008, que manifestou repercussão jurídica, a mulher grávida não possuía quaisquer direito até o nascimento com vida do feto.

Assim, os alimentos solicitados pela mulher durante o período gestacional são denominados de gravídicos. Assim sendo, podem ser compreendidos como instrumento normativo que visa ultrapassar limites tradicionais em relação às posturas jurídico-sociais adotadas diante das mulheres que concebem sem manter uma relação afetiva estável com o suposto genitor. Estes são fixados através de indícios de paternidade, ou seja, cabe à genitora o ônus de trazer aos autos meios probatórios que conduzam à reclamada paternidade, distinto do que ocorre na Lei n.º 5.478/1968 (Lei dos Alimentos), que exige prova pré-constituída do vínculo obrigacional.

Existem muitos casos de mulheres que permanecem sozinhas no curso da gestação, sem qualquer tipo de apoio e colaboração financeira da figura paterna.

A Lei, ao mesmo tempo em que protege os direitos do nascituro e da gestante, acaba ocasionando ao suposto pai uma insegurança jurídica, visto que os alimentos são fixados através de indícios de paternidade. Portanto, não se trata de qualquer declaração de paternidade.

Seu objetivo é de assegurar a mínima assistência e cuidados necessários para a mulher gestante e ao nascituro por meio da imposição da obrigação de pagar alimentos exclusivamente em virtude da gravidez. Esses alimentos não possuem apenas caráter alimentar, engloba todo o pré-natal, proporcionando ao nascituro uma gestação saudável e segura, evitando que a mulher grávida seja relegada à própria sorte, conforme preceitua o art. 2º, da referida Lei 11.804/08, eis que:

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

Leciona Lôbo (2011, p. 382):

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois, antes de nascer existem despesas que tecnicamente se destinam a proteção do nascituro e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações, solidamente fundadas na pediatria.

Apesar do art. 1º, da aludida Lei dispor sobre o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, os alimentos são devidos ao nascituro, e não à mulher, que tem interesse autônomo de pleiteá-los por direito próprio, em que pese o argumento de que a proteção é da atividade gestacional.

Anteriormente a Lei dos alimentos gravídicos, havia o Projeto de Lei nº 7.37/2006, no qual constavam artigos que protegiam processualmente o suposto pai, ocorreu, porém, que muito deles foram vetados, por se tratar de norma intimidadora, nascendo assim, o questionamento de como ficaria a defesa do suposto pai.

Já que, uma vez determinados os alimentos, pelo magistrado, sem a prova cabal da paternidade, mais apenas a existência indicativos (NADER, 2009, p.445).

É importante ressaltar que não é indicado pela comunidade médica o exame de DNA intrauterino, pois pode por em risco a vida do feto; por isso, é justificada a determinação dos alimentos por indícios de paternidade. Assim sendo, a contestação da paternidade está extremamente fragilizada, exceto se o indicado como pai tiver laudos médicos ou documentos que comprovem uma vasectomia, esterilidade; se não for algo do tipo, a sua resposta, provavelmente, não será muito convincente.

Assim sendo, são prestações necessárias para o custeio das despesas oriundas da gestação, que se estendem da concepção (fixação do óvulo fecundado no útero) até o parto. Sendo importante destacar que tanto o suposto pai, como a mãe, devem cooperar com as despesas da gestação.

2.6 Conversão de Alimentos Gravídicos em Pensão Alimentícia

Os alimentos gravídicos se extinguem nas situações de aborto, nascimento com vida e quando comprovadamente negada à paternidade do suposto pai. Posteriormente ao nascimento com vida, são extintos os alimentos gravídicos e automaticamente são revertido em pensão alimentícia.

Conforme indica o artigo 6º parágrafo único, da lei em estudo, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos se converterão em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite sua revisão.

Percebe-se:

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.

Pela leitura do dispositivo legal mencionado, demonstra-se que com o nascimento do feto com vida, a transformação dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia decorre automaticamente, sem precisar de uma manifestação judicial para tanto.

Depois do nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulada com a investigação de paternidade, caso esta não seja reconhecida através de exame de DNA.

Ensina Venosa (2013, p.390) que:

A inovação mais significativa desse diploma legal está presente no art.6º, porque permite que o juiz estabeleça alimentos gravídicos, conforme denominação da lei, convencido da existência de meros indícios da paternidade. Esses alimentos perdurarão até o nascimento da criança, convertendo-se em pensão alimentícia a partir do nascimento com vida.

Tratando-se de insuficiência no valor recebido, os alimentos gravídicos poderão ser revisados nos moldes do artigo 1.699 do Código Civil, no qual dispõe que havendo mudança na situação financeira de quem os supre ou de quem os recebe e conforme as circunstâncias poderá haver exoneração, redução ou majoração do encargo.

Dessa forma, ressalta-se que os alimentos gravídicos acompanham os mesmos métodos dos alimentos convencionais, ou seja, necessidade da gestante, possibilidade de contribuição do réu, e da autora, e a proporcionalidade de seus rendimentos para contribuírem, perante a responsabilidade de ambos, podendo o valor fixado durante a gravidez ser alterado com uma revisão de alimentos após o nascimento do feto.

A necessidade define-se pela demonstração da falta de bens e impossibilidade para fornecer a o sustento do alimentado. Apura-se a possibilidade quando oferecidos os alimentos, estes não ocasionem redução para o sustento do próprio alimentante, porque a obrigação de prover alimentos, não pode levar o alimentante a condições que coloquem em risco a sua subsistência. Em consideração as condições pessoais e sociais de ambos, verifica-se a proporcionalidade, observando a proporção das necessidades do alimentado e as condições de vida do alimentante.

Em suma, a obrigação de prestar alimentos, é devida ao alimentando, este é primordial para o sustento do alimentado, seja decorrente do vínculo de parentesco, convivencial ou ainda na esfera dos alimentos gravídicos, conforme aqui exposto. Contudo, não se pode deixar de lado que na hipótese de lesão a honra, imagem, de alguém, é patente o instituto da responsabilidade civil, que neste caso, vigora a favor do suposto pai, ou seja do réu da ação. Tal instituto merece importância na abrangência do tema, na medida em que a responsabilidade civil enseja na restauração de um equilíbrio moral e patrimonial, em conformidade com os ditames da justiça, o que evoluiu historicamente.

Assim sendo, diante das exigências naturais da vida em coletividade, de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material, mostra-se a necessidade de reparação dos danos acarretados ao lesado, porque cabe ao direito preservar o equilíbrio pessoal e social.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 Do contexto histórico da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil possui o aspecto de se desenvolver cada momento, a medida da transformação da sociedade. À vista disso, este instituto passou por uma evolução significativa, esta ampliação tem alicerce na sua história.

A definição de reparar o dano causado a alguém como responsabilidade, por ser da natureza do ser humano já existira desde das antigas sociedades, por este ser passível de cometer equívocos, desacertos. No entanto, o modo como este dano deve ser reparado, sofreu modificações com o passar dos anos, ou seja, resta claro seu florescimento.

O direito romano não chegou a compor, uma teoria da responsabilidade civil, esta foi construída através de situações cotidianas, bem como através das decisões dos juízes; todavia, não se pode desconsiderar o envolvimento da responsabilidade civil no direito romano, porque neste sucedeu a percepção básica do delito. Praticamente, toda matéria, por mais sucinta que seja, possui adventos históricos no direito romano, distinto não poderia ser com a responsabilidade civil.

Segundo Gagliano; Pamplona (2010, p.52), as primeiras formas de sociedade, assim como na pré-romana, o início do instituto possui origem na vingança privada, como maneira de comportamento pessoal contra o mal sofrido, sob o ponto de vista humano.

É o aspecto do delito que parte o direito romano. Pela lei das tábulas XII, não se podia discutir a noção de culpa, diante do fato da vingança, assim sendo, não havia diferença entre responsabilidade civil e penal. Essa correspondência de punição do mal com o mal nos remete a expressão “Olho por olho, e dente por dente”, também chamada de Lei Talião, ou seja, na falta de um acordo, de uma quantia em dinheiro, a própria vítima fazia o mesmo com o causador do dano (PEREIRA, 1999, p.2).

Dessa maneira, no lugar de estabelecer a quem ocasionou o dano à mesma pena, ou seja, de “pagar com a mesma moeda”, vítima, se quisesse, receberia uma soma em dinheiro ou bens. Assim, a pena deixa de representar punição e passa a possuir o caráter de reparação, passando o aspecto civil a se dissociar do penal.

A *Lex Aquilia* é considerada a maior revolução no âmbito da responsabilidade civil, destacando-se aqui a responsabilidade civil contratual e extracontratual, além de conceder à culpa o principal elemento na reparação do dano.

Seu grande atributo baseia-se em trocar as multas determinadas, por uma pena equilibrada ao dano ocasionado. Dividida em três partes, a primeira possui o caso da morte dos escravos que pastam em rebanho; na segunda, prevalece a reparação de danos causados por credor acessório ou principal que desconta a dívida com prejuízo do primeiro; e sua terceira parte é a mais interessante, pois se destina a responsabilidade civil pela reparação do dano (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2010, p.53).

Em suma, percebe-se a compreensão da “culpa” como elemento principal da responsabilidade civil aquiliana, embora outros considerem que a mesma não se introduz no elemento da culpa. Para que se caracterize a responsabilidade, seria necessária a lesão na coisa, o ato contrário ao direito e a “culpa”, quando o ato fosse praticado com dolo ou culpa.

Leciona Pereira (1999, p.6) que:

Nosso direito pré-codificado pode ser estudado em três fases distintas, no tocante à responsabilidade civil.

Na primeira, observa-se que as Ordenações do Reino tinham presente o direito romano, mandado aplicar como subsidiário do direito pátrio, por força da chamada Lei da Boa Razão (Lei 18 de agosto de 1769) cujo art. 2º prescrevia “que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão”. A segunda fase inaugura-se com o código criminal de 1830, que esboça, no instituto da “satisfação”, a idéia de ressarcimento, que encontra em Aguiar Dias apreciação encomiástica, ao dizer que as regras ali estabelecidas poderiam oferecer aos tribunais brasileiros, mesmo ainda hoje, “orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil” (Da Responsabilidade Civil, vol I, nº13). A terceira fase inicia-se com Teixeira de Freitas, cuja genialidade nunca é demais encarecida. Opunha-se ele a que a responsabilidade civil estivesse geminada à criminal. Cogita a responsabilidade do delinquente estabelecendo a necessidade de ser pedida a indenização por via de ação cível, na qual o dano à pessoa e os bens será avaliado por árbitros; estabelece ainda a solidariedade dos co-delinquentes e os diversos aspectos da reparação e liquidação do dano.

Não se chegou a um acordo na tentativa de formular o conceito de responsabilidade civil, movendo-se a noção abstrata que para uma pessoa ser civilmente responsável é quando está sujeita a reparar um dano sofrido por alguém. Obriga ao autor do dano a repará-lo, ofertando à vítima uma compensação. Se a causa é a culpa ou não, em qualquer situação, onde existir a subordinação de alguém em ressarcir outro sujeito, resta claro o instituto da responsabilidade civil.

Pela interferência no direito francês, aos poucos foram estipulados certos princípios; reparação quando existisse culpa, ainda que leve, dividindo a responsabilidade civil que dava

perante a vítima, da responsabilidade penal que ocorria diante do Estado e que não se mistura com crime ou delito, mas possui origem na negligência ou imprudência.

Segundo Gonçalves, (2007, p.8) a ideia de culpa *in abstracto* e a diferença entre culpa delitual e culpa contratual foram introduzidas no Código Napoleão, inspirando nos arts. 1382 e 1383, a responsabilidade civil se constitui na culpa, foi à definição que se encontra inserida na legislação do mundo. Pela doutrina francesa, os pressupostos da responsabilidade civil é a conduta, que pode ser comissiva ou omissiva, a culpa, em sentido amplo, englobando o dolo e a culpa em sentido estrito, o nexo de causalidade e o dano causado.

O direito francês inspirou muitas nações e, em decorrência disso, influenciou na legislação de vários países, a exemplo do Brasil. O atual Código Civil e o revogado Código Civil de 1916, cuja vigência se estendeu até 2002, possuíram como fonte inspiradora aquele código, o que levou a consagração da teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil.

Colocava o art. 159 do Código Civil de 1916 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Enfatiza-se que já era indiferente ser a conduta dolosa, imprudente, negligente ou com imperícia, bastando qualquer uma delas para caracterizar a responsabilidade civil, em alguns raros casos previa-se a culpa lesante (art. 1527, 1528 CC/16), por exemplo.

Historicamente, a responsabilidade civil encontra grande repercussão como fonte obrigacional, respondendo pela reparação quem acarretou o dano à pessoa ou bens. As controvérsias encontram-se em torno da justificativa da responsabilidade civil, de um lado, da doutrina sustenta-se a teoria subjetiva ou teoria da culpa, e de outro, a doutrina firma a teoria do risco, ou objetiva.

A teoria da culpa possui fundamentação no Código de Napoleão, sucedendo a corrente exegética que baseou no fundamento que a reparação do dano causado é a culpa, os franceses desenvolvendo a doutrina subjetiva. Da mesma maneira, ocorreu com o direito brasileiro, de acordo com art. 159 do Código Civil de 1916, aqui já mencionado.

Nas palavras de Tartuce (2009, p.300):

Pela teoria clássica francesa e pela tradução do art. 1382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado. Seguindo essa construção, o Direito Civil

pátrio continua consagrando como regra a responsabilidade com culpa, denominada *responsabilidade civil subjetiva*, apesar das resistências que surgem na doutrina.

Dessa forma, a teoria da responsabilidade civil subjetiva baseia-se na culpa, no dano e no nexo causal, ou seja, para a vítima alcançar indenização é indispensável atestar a culpa e nexo causal entre a conduta e o dano de quem o causou. O direito brasileiro dispõe da teoria subjetiva, nos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil/02, tendo a reparação do dano como pressuposto a realização de um ato ilícito, sem a comprovação da culpa, não existe obrigação de reparar o dano. Dispõe o 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.” Depois, no caput, do art. 927 determina que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, de acordo com seu 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”, caracterizando a responsabilidade objetiva.

Dessa forma, cabe, também, determinar o surgimento da doutrina objetiva. Por volta das disposições do Código Civil francês de 1804, chega-se a conclusão que o dever de compensar o dano independe de culpa, basta que o dano tenha ligação com o responsável, porque quem pratica uma atividade, deve assumir riscos.

Segundo Pereira, (1999, p.21) foi com José Aguiar Dias que a responsabilidade objetiva encontrou seu maior defensor em nosso direito, buscou-se o princípio da responsabilidade nas sociedades primitivas, penetrando sua análise no direito romano.

A teoria do risco destacou-se nesses últimos tempos, que sem substituir-se pela teoria da culpa, se mostra suficiente em várias hipóteses em proteção a vítima.

Segundo Cavalieri (2012, p. 151):

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade, impossibilidade de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social (que vinha ocorrendo ao longo do século XX); constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos, ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros

problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

Assim sendo, a responsabilidade é tida com o caráter objetivo, e o empregado, vítima de acidente de trabalho, vai ter sempre direito à indenização, existindo ou não culpa do empregador, este indeniza, não porque possui culpa, mas pelo fato de possuir os instrumentos de trabalho que ocasionou o acidente. A operação da atividade que apresentar algum risco, em que o mesmo é assumido, este deve ser submetido a restituir os danos que causem a terceiros.

Contudo, não foi flexível essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Os tribunais passam a permitir com mais compreensibilidade a prova da culpa, levando em consideração até os antecedentes pessoais dos membros envolvidos. Depois, passa-se para o reconhecimento da culpa presumida, onde, primeiro o causador do dano o repara, e depois se examina a questão da culpa, ou seja, quem causou o dano, até que se prove o contrário, considera-se culpado, cabendo a este provar que não teve culpa, o que beneficia a vítima.

Ainda, sucedeu a fase em que se aumentaram os casos de responsabilidade contratual, até que se permitiu a responsabilidade sem culpa em certos casos. Se a vítima demonstrasse o dano e o nexo causal, aparecia o dever de reparar, independente de culpa. Deste modo, o agente, só vai se eximir do dever de indenizar, se provar que adotou todas as formas de evitar o dano.

No Brasil, a identificação de tal responsabilidade ocorreu após os anos 70, com o desenvolvimento da relação do consumo. A Constituição de 1988 trouxe a defesa dos consumidores como norma principiológica (art. 5º, XXXII), a reparação de danos morais (art. 5º, V e X). Em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, passando a consagrar a responsabilidade civil sem culpa como norma inerente à defesa dos consumidores. Assim sendo, a responsabilização independente de culpa exerce um aspecto material do acesso à justiça. Afastada a responsabilidade objetiva, haveria muita dificuldade em se ganhar uma ação judicial que figurasse na parte contrária o Estado, por exemplo. (TARTUCE, 2009, p. 302).

Dessa maneira, a busca pela reparação sempre existiu. Em todos os tempos, o dano foi combatido por quem o sofreu. Contudo, modo de combater foi se modificando, conforme o pensamento da época em que acontecia o dano, o que continua em evolução, pela própria sociedade, que procura constantemente um direito mais justo e eficaz. Cabendo, agora, apontar seus elementos.

3.2 Dos elementos da responsabilidade civil

Da análise do art. 186 do CC/02, aqui já mencionado, percebem-se os seguintes elementos ou pressupostos da responsabilidade civil: conduta humana (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade. Cumprindo, agora, passar ao estudo de cada um deles.

3.2.1 Da conduta humana (ação ou omissão)

A ação consiste na manifestação da conduta, é o “fazer ou causar alguma coisa”, enquanto que a omissão é justamente o inverso, a inércia, renúncia de alguma conduta devida, o “não fazer”. Há quem classifique a ação como conduta positiva e omissão como conduta negativa. Pode ser responsabilizado por omissão, quem possuía o dever jurídico de operar em determinada situação, que venha inibir o resultado.

O conceito jurídico de culpa passou por modificações, cabendo, agora, aqui demonstrá-los.

Segundo Stoco (1999, p.66 *apud* Venosa 2013, p.25): “a culpa genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”.

Falando em responsabilidade, com ou sem culpa, deve-se levar em consideração a culpa em sentido amplo ou culpa *lato sensu* que inclui o dolo e a culpa *stricto sensu*. O dolo é formado pela intenção de prejudicar outrem. Assim, a indenização deve ser segura conforme o grau de culpa dos agentes, de acordo com os arts. 944 e 945 do CC/02, eis que:

art. 944 CC/02: “A indenização mede-se pela extensão do dano, Parágrafo único: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

art. 945 CC/02: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

À vista disso, existindo dolo, via de regra, o causador do dano deve pagar integralmente a indenização. Em contrapartida, se a vítima contribuiu com o fato danoso, sua indenização levará em consideração a gravidade de sua culpa em paralelo com a do causador do dano.

A culpa em sentido estrito pode ser definida como a desconsideração a um dever anterior, não existindo a intenção de descumprir o dever jurídico. Todavia, o mesmo acaba sendo violado.

Segundo Cavalieri (2012, p.36), três elementos caracterizam a culpa: a conduta voluntária com resultado involuntário; a previsão ou previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Assim sendo, no dolo, o seu causador deseja a conduta e seu resultado, na culpa, a vontade não vai mais do que a ação ou omissão, o agente tem pretensão em realizar a conduta, contudo, não o resultado.

A culpa em sentido estrito associa três paradigmas jurídicos: a imprudência que se caracteriza pela falta de cuidado mais ação (art.186 CC/02), a negligência definida como falta de cuidado mais omissão, também prevista no art. 186 CC/02, e imperícia determinada como ausência de qualificação profissional para realizar uma função, este dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Dessa forma, para o direito civil, se o autor atuou com dolo ou culpa, há de ser reparado o dano causado.

Ainda interessa destacar algumas classificações da culpa, a contratual está ligada com a boa-fé objetiva exigida nas partes contratantes. Enquanto que a culpa extracontratual ou *aquiliana*, decorre no caso de atentar contra norma do ordenamento jurídico. Na culpa *in vigilando* quem tem o dever legal de vigiar, assim não o faz, como exemplo, o pai pelo seu filho menor, já a culpa *in eligendo*, dar-se pela escolha do responsável, como por exemplo, o art.932 III do CC/02, onde dispõe que o empregador é responsável, por seus empregados, no exercício do trabalho; pela culpa *in custodiendo*, que remete ao artigo 936 CC/02, prescreve: “O dono ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”, assim sendo, presume-se que a culpa seria falta de cuidado com o animal. Prevê o art. 933 a adesão da teoria do risco, isto é, que nos casos aqui mencionados são de responsabilidade objetiva, dessa maneira, não se discutiria a culpa.

Agora, remete-se para ao estudo do nexo de causalidade.

3.2.2 Nexos de Causalidade

Não basta que o causador do dano tenha atuado contra o direito, é preciso determinar uma relação de causalidade entre a ação e o dano, necessário se faz pensar que se esse fato não estivesse acontecido, o dano não teria ocorrido.

Dessa maneira, no tocante à responsabilidade civil subjetiva, o art. 186 do CC/02 o determina, ao conferir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. Sendo o nexo causal construído pela culpa *latu sensu* que compreende tanto o dolo e a culpa em sentido estrito, enquanto que na responsabilidade objetiva o nexo causal forma-se pela conduta, ainda que sem culpa, ou por atividade de risco.

Assim sendo, o dano concebe a responsabilidade quando existir nexo causal.

Pela teoria da equivalência das condições, qualquer situação que levou a gerar o dano, declara-se como causa, ela vem como amparo para vítima, procurando solucionar, na prática, o problema da relação causal.

Segundo Gonçalves (2007, p.330-331):

Tal teoria, entretanto, pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito. Tem, por isso, recebido críticas, como por exemplo, as de que o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser tido como causa do acidente de que foi a vítima, embora possa ser havido como condição *sinequa non* do evento; na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.

Dessa maneira, é de se concluir que tal teoria amplia muito o nexo causal.

A doutrina francesa, no final do século XIX, forma, no mesmo sentido, a teoria da causalidade adequada, sendo entendida que o obstáculo da relação de causalidade tem a ver com a probabilidade. Entre os antecedentes do dano, tem relevância aquele que tem condições de produzi-lo. Ou seja, acontecendo um dano, verifica-se que o fato originário era suficiente de lhe dar causa. Havendo no caso apenas força de situação accidental, fala-se que a causa não era adequada.

Pela teoria do dano direto ou imediato, necessita entre a conduta e o dano, uma ligação de causa e efeito direta e imediata.

Entende Gagliano e Pamplona (2010, p.133) que:

O fato de ser considerar “reflexo” ou “indireto” o dano, não significa dizer que não haverá responsabilidade civil. Apenas quer-se, com isso, caracterizar aquela espécie de dano que, tendo existência certa e determinada, atinge pessoas próximas à vítima direta. Este dano pois, para a pessoa que o sofreu reflexamente (o alimentando que teve o pai morto por exemplo) é efeito direto e imediato do ato ilícito.

Desta forma, o dano reflexo não se confundiria com o que se relaciona diretamente a conduta do agente. O art. 403 do CC/02 dispõe “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.” Dessa forma, não seria indenizável o “dano remoto”, entendido como decorrência “indireta” do descumprimento do pagamento.

Contudo, segundo Tartuce, (2009 p.364) não há uma unanimidade na doutrina e jurisprudência no que se refere à teoria adotada pelo Código Civil em relação ao nexo de causalidade.

Contudo, existem fatos que “quebram” o nexo causal, eliminando a responsabilidade de quem o causou. No que se referem às excludentes de responsabilidade civil, cabe aqui abordar acerca do estado de necessidade, legítima defesa, culpa da vítima, força maior e cláusula de não indenizar.

Nos termos do art. 188 CC/02 não configuram atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; como a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Sendo o ato legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção, do perigo, conforme dispõe o parágrafo único de tal artigo. Assim sendo, a legítima defesa, caracteriza-se quando o agente, empregando os meios necessários, afasta injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

O estado de necessidade verifica-se quando alguém decompõe ou destrói coisa alheia ou, ainda, acarreta lesão em pessoa, a com intenção de afastar perigo iminente.

É responsável pelo o dano quem lhe deu causa. Desta forma, ninguém pode ser obrigado a indenizar por um resultado a que não ocasionou, assim sendo, define-se a culpa da vítima, também denominada de culpa exclusiva da vítima.

Exemplifica Venosa (2013, p.124) “Assim, por exemplo, age com culpa a vítima que transitar por local que pode cair materiais de construção, se há suficientes avisos e proteções materiais para que não adentre no local”.

Se ambas as partes contribuíram para o dano, ou seja, havendo concorrência de culpas, via de regra, a indenização deve ser repartida na intensidade da atuação de cada pessoa.

O instituto do caso fortuito, define-se como fato natural imprevisível ou inevitável, é fruto do acaso e provém das forças naturais ou de uma causa cujos efeitos não era possível prever-se ou evitar-se. Enquanto que a força maior caracteriza-se por fato previsível, contudo, superior às forças humanas.

Importante distinguir tais institutos, segundo Diniz (2007, p.364):

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca incêndio, inundação, que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Implica, portanto, uma ideia de relatividade, já que a força do acontecimento é maior do que a suposta, devendo-se fazer uma consideração prévia do estado do sujeito e das circunstâncias espaço-temporais para que se caracterize como eficácia liberatória de responsabilidade civil. No caso fortuito o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

Dessa forma, percebe-se que no caso fortuito o que aconteceu provém da natureza, sem mediação do ser humano. Enquanto que na força maior o acontecimento contém interferência da ação humana.

Em relação a cláusula de não indenizar, esta pertence a responsabilidade civil contratual, define-se como acordo por onde as partes eliminam o dever de indenizar na hipótese de inadimplemento da obrigação.

Segundo Venosa (2013, p.69):

Essa questão diz respeito precipuamente à esfera contratual. Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima. Alguns autores distinguem a cláusula de não indenizar da cláusula de irresponsabilidade. A segunda exclui a responsabilidade, e a primeira, afasta apenas a indenização. Em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. No campo negocial, melhor que se denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.

Pode-se falar, ainda que, essa cláusula é permitida quando as partes foram juridicamente iguais, essa eliminação à reparação não caracteriza renúncia da parte mais enfraquecida.

Dessa forma, o exame do nexo de causalidade possui grande valor na responsabilidade civil, o que deve ser analisado casuisticamente por quem aplica o direito. E para haver responsabilidade civil primordial se faz a presença do dano, o que se analisa a seguir.

3.2.3 Dano

É imprescindível haver dano ou prejuízo para caracterizar a responsabilidade civil, ou seja, sem este componente, não existirá a indenização, portanto, responsabilidade. Assim sendo, para ocasionar responsabilidade civil, isto é, a indenização pecuniária, como forma de compensação, presume-se a existência de um dano juridicamente protegido a alguém.

Ensina Cavalieri (2012, p. 76 -77) que:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida.

Dessa maneira, conceitua-se o dano como violação a um interesse jurídico tutelado, causado por ação ou omissão de seu causador.

Segundo Alvim (1966, p.171-172 *apud* Gonçalves 2007, p.336), a expressão “dano” em sentido amplo, configura a ofensa de qualquer bem jurídico, aí se inclui o dano moral. No entanto, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio que é a reunião das relações jurídicas notáveis em dinheiro. Assim sendo, o dano se relaciona com a indenização, a importar no exame do dano que pode ser indenizado. Apesar de existir responsabilidade sem culpa, não se pode dizer que há responsabilidade civil se o dano não ocorreu, esse princípio encontra-se disposto nos arts. 402 e 403 do CC/02. O instituto da indenização sem dano é ação sem causa, mesmo que atente contra um dever jurídico. Exemplificando, ao ultrapassar o sinal de trânsito vermelho, e, conseqüentemente, haverá multa pela infração cometida, mas se não esbarrei em nenhum outro automóvel, indenização alguma será devida.

Da mesma forma, a indenização não será devida se o dano não for atual e certo, estes são condições para sua existência. A certeza elimina a situação de o dano ser eventual, no caso de averiguar os lucros cessantes, por exemplo, não basta a mera expectativa de ocorrer o lucro, ainda que não seja imprescindível a certeza absoluta que o mesmo ocorreria se não fosse o dano. Há, no entanto, uma possibilidade que dê seguimento normal as coisas, por isso que no art.402 do CC/02 contém “o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Ensina Cavalieri (2012, p.77) que a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem, o dano é situado no polo central da responsabilidade civil. A indenização sem o dano levaria ao enriquecimento sem causa para quem a percebesse e uma punição para quem pagasse.

É imprescindível, que o ato ilícito resulte em lesão ao patrimônio econômico ou moral da pessoa. Conforme previsão no art. 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim sendo, é possível distinguir a esfera dos danos materiais ou patrimoniais e dos danos morais ou extrapatrimoniais.

3.3 Danos Materiais e Morais

O dano material atinge direitos que podem ser aferidos economicamente do seu possuidor. Quem sofreu a perda, cabe requerer a indenização. É importante destacar que o dano material pode totalizar, não apenas, o que a vítima possui no momento do dano, como também, o que no futuro, pode ocasionar a sua redução, ou impedir seu aumento. Em consequência disso, o dano material se fraciona em dano emergente e lucro cessante.

Ensina Stolze (2010, p.83) que:

Ainda, porém, no que tange especificamente ao dano patrimonial ou material, convém o analisarmos em dois aspectos: dano emergente – correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; e os lucros cessantes – correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente e lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”.

Nos termos do art. 402 do CC/02:

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

Assim sendo, as perdas e danos englobam o dano emergente e os lucros cessantes; o primeiro é formado pela diminuição dos recursos da vítima, ou seja, o que realmente ela perdeu; representa a desigualdade do patrimônio de antes e após o ilícito, a redução do patrimônio é imediata, sendo certo que a indenização deve reconstituir a condição original do que foi lesado.

Enquanto que o lucro cessante caracteriza-se pelo que a vítima deixou de ganhar, é a perda de um ganho almejado. A estimação do dano emergente ocorre com mais facilidade, pois é possível determinar o desfalque do patrimônio. Já no lucro cessante não é possível projetar regras exatas, não basta à mera expectativa do lucro, deve haver a probabilidade concreta que promova o curso normal das coisas.

O que razoavelmente deixou de lucrar, elencado no art. 402 do CC/02 deve ser entendido como até que se prove o contrário, admite-se que o credor lucraria, o que o bom pelo bom senso acredita-se que lucraria. Dessa maneira, o Código Civil consagrou o princípio da razoabilidade ao designar o lucro cessante. Razoável é o que seja no mesmo instante necessário e proporcional, sem ser algo imaginário.

Afirma Cavalhieri (2012, p.80) que no caso do trabalhador autônomo, uma vez que seus recursos financeiros são variáveis, o lucro cessante deve ser fixado com base na média do que foi auferido durante os últimos seis ou doze meses. Dessa maneira, o lucro cessante não pode ser estimado como algo exato.

Segundo o art. 948, I, do CC/02, havendo homicídio, a indenização funda-se, sem eliminar outras reparações, na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Restra claro a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação aos valores solicitados.

Exemplificando os lucros cessantes, menciona-se o pagamento dos alimentos indenizatórios, que em virtude do falecimento, são devidos à família do morto, conforme dispõe o art. 948, II, do CC/02 que na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, leva-se em consideração a duração provável da vida da vítima.

Ensina Tartuce (2009, p.379) que a doutrina e a jurisprudência no tocante aos alimentos indenizatórios, como lucros cessantes, ainda têm entendido que se deve levar em consideração a possível vida do morto.

Além disso, de acordo com a Súmula 229 do Superior Tribunal Federal, a indenização acidentária não retira a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, assim sendo, o pagamento de tais valores não eliminam os de natureza previdenciária.

No tocante a tese da perda de uma chance, esta possui relação com o lucro cessante, porque teve origem na França, e a doutrina francesa utiliza-se nas hipóteses, onde o ato ilícito retira da vítima a chance de alcançar uma futura postura melhor. A perda de uma chance é definida quando devido à atuação de alguém, retira-se a possibilidade de um provável benefício para quem sofreu o dano, como por exemplo, de conseguir um emprego melhor.

Contudo, é necessário que a chance seja real, a indenização é devida pela ausência da oportunidade de alcançar um benefício e não pela perda do próprio benefício, ou seja, existe uma diferença entre o que foi perdido e a probabilidade de atingi-lo. Dessa forma, a possibilidade do êxito, será em valor inferior que a conquista propriamente dita, tendo repercussão no valor da indenização.

Em relação ao dano moral, seu fundamento para existir reparação, se dar por ferir direitos da personalidade, disposto no art. 11 a 21 do CC/02. A Constituição dispõe no art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, dessa maneira, afeta a pessoa, não ofende seu patrimônio.

Segundo Cavalieri (2012, p.90):

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em **sentido amplo**, envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Assim sendo, o dano moral pode ser especificado como sentido próprio, ou *in natura*, relacionados a direitos da personalidade, e em sentido impróprio por acrescentar matérias de ordem ética, como nos exemplos mencionados por Cavalieri, tratando-se, portanto, de dano moral *lato sensu*.

Por sua característica imaterial, não comporta apreciação monetária. Todavia, pode ser compensado por quem causou o dano, caracterizando uma “satisfação”, porque consiste em valor arbitrado judicialmente com a finalidade de proporcionar a vítima uma satisfação compensatória, por que esta sofreu um dano, não desempenhando, portanto, a posição de equivalência, mais satisfatória. Deve o julgador atuar com cautela, conforme cada caso, para que não ocorra enriquecimento ilícito.

Afirma Gagliano, Pamplona (2010, p. 116) que não existe imoralidade na compensação da dor moral com dinheiro, porque não está se “vendendo” um bem moral, mas buscando atenuação do sofrimento, que visa prestigiar o respeito ao bem violado. É relevante destacar que meras irritações não configuram o dano moral, deve-se ficar alerta a causa e não as consequências. Dessa maneira, não integra o dano moral o exame de malas dos passageiros, por exemplo, apesar de ser uma situação desagradável, contudo, transtorno não é dano moral.

Cabe destacar que a reparação por danos morais é de suma relevância, porque se não fosse, o infringente ficaria impune, e as ofensas morais, continuariam a acontecer, reproduzindo nas pessoas que foram ofendidas, sentimento de injustiça. Na indenização por danos morais, o magistrado define levando em conta as peculiaridades de cada caso, o valor

da reparação devida, que deverá condizer com à lesão sofrida. Neste cenário, a reparação tem o objetivo de indenizar uma pessoa, quando este tem seus direitos descumpridos.

Dessa forma, que a conduta danosa causada pela autora quando do ajuizamento da ação de alimentos gravídicos por má-fé, ou por negligência, imprudência, causa dano irreparável ao réu; considerando o dano moral em sentido amplo, este pode gerar uma desestabilização na tranquilidade e no afeto do suposto pai, a depender do caso, pode, também, ferir os direitos da personalidade como a honra, imagem, inseridos nos incisos V e X do art. 5º da CF, imagine-se a situação de tal ação pleiteada por uma garota de programa em face de um homem de grande nome na sociedade. Fica evidente, portanto, o nexu causal entre a conduta e o dano, o que gera a responsabilidade civil. Assim sendo, remete-se ao estudo da responsabilidade da genitora.

3.4 Responsabilidade da Genitora

Conforme já mencionado, a concessão dos alimentos gravídicos tem por base, apenas, os indícios de paternidade, que, após o parto, podem ser contrapostos com o exame de DNA, o que leva a definição de quem efetivamente é o pai da criança. Caso seja constatado que o genitor não é aquele que estava provendo os alimentos do nascituro, surgirá a situação daquele que pagou indevidamente pelo nascimento do filho de outra pessoa. A partir dos alimentos gravídicos, mais especificamente segundo seu art. 6º, basta, apenas, haver indícios de paternidade para os alimentos gravídicos serem dispostos, isto é, serem concedidos sem submissão do exame de DNA.

Afirma Pereira (2014, p.310 -311) que a lei não exige prova cabal da paternidade. Por isso, que o convencimento do magistrado ocorre por meios comprobatórios que se chama de indícios de paternidade, sendo o ônus da prova da autora, aplicando-se o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Pensando na possibilidade disso ocorrer, o legislador instituiu no artigo 10, da Lei 11804/08, que, no caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, a autora da ação responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.

No entanto, o aludido artigo, cujo teor consistia na responsabilidade da autora, foi vetado, por ser norma intimidadora, conforme demonstra a análise das razões do veto.

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

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.

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

Segundo tal artigo, em caso de resultado negativo do exame da paternidade, a autora da ação de alimentos gravídicos responderia objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu, isto é, ao suposto pai.

Segundo Dias (2015, p. 587 – 588):

O ponto que gera maiores questionamentos diz com a possibilidade de a paternidade ser afastada. A preocupação é recente, mas este risco sempre existiu, ao menos desde o momento em que a justiça passou a fixar alimentos provisórios mediante indícios do vínculo parental. Mesmo que os alimentos sejam irrepitíveis, em caso de **improcedência da ação** cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de má-fé ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo inclusive, a imposição de danos morais.

Ou seja, apenas se restasse comprovado o dolo da autora em acusar o suposto pai como réu, a autora seria responsável por indenizar. Mas, o veto deste artigo não significou à dispensa completa da genitora no tocante a responsabilidade civil, só apenas evitou que ocorresse a responsabilidade objetiva.

Contudo, acerca do estudo da responsabilidade civil e de seus aspectos históricos, percebe-se a responsabilidade da autora quando verificada a sua culpa em sentido *lato sensu*, ou seja, que agiu com dolo (vontade de ocasionar prejuízo), isto é, que usou da má-fé ao atribuir ao réu a paternidade, ou por culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação, visto que possui como fundamento a *lex aquilia* que deu origem ao elemento culpa como primordial na reparação do dano. Ficando caracterizada, desse modo, a responsabilidade civil subjetiva, porque engloba a conduta culposa, ou seja, dolo ou culpa, gerando a obrigação de indenizar. No caso da autora postular em juízo os alimentos gravídicos contra um réu com quem manteve relações, com a certeza de que ele não é o pai do feto, com o objetivo que este sustente a sua gravidez, será o uso indevido do direito de ação, e consequentemente, seria abuso de direito e, um ato ilícito, visto que usou da má-fé.

No entanto, se a mulher teve relações sexuais com vários homens, ela deve ter o devido cuidado antes de ingressar com a ação de alimentos gravídicos, porque dessa maneira, sua conduta seria negligente ou imprudente. É necessário averiguar se houve uma atuação dolosa ou culposa. O dolo caracteriza-se pela vontade consciente de praticar determinado ato para

prejudicar alguém. A culpa é definida pela vontade inconsciente vinda da inobservância de certas regras, pela qual a pessoa lesa a outrem sem ter a finalidade para tanto.

O dano caracteriza-se pela concretização da ofensa, em decorrência de ação deliberada ou descuidada, configura, pois, um dos elementos que se reclama com correspondente ação de indenização.

Dessa forma, não apenas quando comprovado o dolo, como sustenta Berenice Dias, haveria responsabilidade, concordando, portanto, parcialmente com esta. Já que também se imputa quando da verificação da culpa simples.

Em vista disso, para verificar se a gestante será responsabilizada pelos danos morais ocasionados ao ofendido, atribuindo-lhe uma obrigação indevida, o magistrado precisa analisar se a autora da ação agiu com intenção de causar prejuízo, ou, ainda, se procedeu no pleito de modo imprudente, quando de certo modo desconfiava não ser aquele o verdadeiro pai. Ou seja, apesar da Lei 11804/08 ter excluído a possibilidade de responsabilidade por parte da autora, deve-se levar em consideração os danos morais que o indicado com pai passou em virtude da atribuição da paternidade. À vista disso, passa-se ao estudo dos aspectos processuais da ação de alimentos gravídicos.

4 DA ANÁLISE PROCESSUAL

4.1 Legitimidade para propositura da Ação de Alimentos Gravídicos

A provocação da atividade jurisdicional é um direito assegurado a todos, na legislação processual civil. Toda pessoa maior e capaz detém legitimidade *ad causam*; entretanto, os incapazes têm a necessidade de representação e assistência para exercer tal atividade.

A legitimidade integra uma das condições da ação, juntamente com o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Como regra geral, identifica-se a parte legítima ativa como aquela que afirma ser titular de um determinado direito e, para resguardá-lo, precisa-se do amparo jurisdicional.

Sabe-se que toda pessoa maior e capaz pode ter capacidade para a causa (legitimidade *ad causam*). Contudo, para os incapazes, se faz necessário o instrumento da representação e da assistência; os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores. O menor impúbere é aquele que possui menos de 16 anos, sendo representado para figurar no polo ativo da ação, porque este possui capacidade postulatória, de acordo com o art. 3º, do CC/02. A representação substitui a incapacidade processual dos absolutamente incapazes. E, ainda, na hipótese do menor púbere, isto é, aquele que possui mais de 16 e menos de 18 anos, deverá ser assistido, conforme art. 4º, do CC/02.

A capacidade de agir e a capacidade processual são pressupostos processuais, a primeira, define-se como a capacidade de ser parte, ou seja, de assumir direitos e obrigações na ordem civil, e a segunda, como capacidade de estar em juízo, defendendo os direitos e obrigações.

Segundo Didier, (2012, p.249) a capacidade processual caracteriza-se como aptidão para realizar os atos processuais, independentemente de assistência e representação (pais, tutor, curador, etc.), pessoalmente, ou por pessoas que a lei aponta a exemplo do art. 12, do Código de Processo Civil.

Assim sendo, a posição minoritária da doutrina certifica que o nascituro possui capacidade de agir e capacidade de processual. Com a observância que para a capacidade processual, o nascituro deve estar adequadamente representado, porque pode ser comparado ao menor impúbere (aquele que possui idade inferior a 16 anos), o qual para estar no polo ativo de uma ação deve ser representado.

Dessa maneira, entendem Chaves e Rosenvald (2011, p.327):

Também é reconhecida ao nascituro a capacidade de ser parte ativa em uma relação jurídico-processual (ser autor de um processo), sob o correto argumento de que a lei lhe confere direitos, resultando naturalmente o reconhecimento de meios para defesa deles, através de sua capacitação para a demanda. Interessante exemplo pode ser imaginado com a possibilidade do nascituro, através de seu representante legal (a genitora), promover uma ação de alimentos contra seu genitor (ou melhor, suposto pai), reclamando uma pensão para assegurar o próprio nascimento com vida.

Ou seja, o nascituro poder figurar como titular da ação de alimentos gravídicos, no entanto, com a devida representação por sua genitora.

Contudo, interpretando os arts. 1º e 2º, da Lei 11804/08, a gestante assume a posição de parte ativa, ou seja, de legitimidade ativa para a ação, para em nome próprio mover tal ação contra o suposto pai do nascituro, é o entendimento da doutrina majoritária.

Segundo Lôbo (2011, p.383):

Esses alimentos, não têm como titular o nascituro, mas a mulher grávida, em face do futuro pai, pois ela também arcará com as despesas proporcionais aos seus próprios recursos. Assim, descontando-se a parte assumida proporcionalmente pela mulher grávida, os alimentos gravídicos corresponderão à parte das despesas que deve ser suportada pelo futuro pai.

Da mesma maneira, ensina Pereira (2014, p.310):

Além de conferir a gestante a legitimidade *ad causam* para a postulação de alimentos (art. 1º), estabeleceu a Lei 11804/2008, no parágrafo único do art. 6º, que “após o nascimento com vida, os alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia a favor do menor (...)”. Conclui-se que a gestante e o nascituro, são os destinatários dos recursos que lhe serão propícios para garantir a sobrevivência e, portanto, ambos são titulares do direito aos alimentos.

À vista disso, a legitimidade ativa para propor a ação de alimentos gravídicos, seria da genitora, que a promove em nome próprio, assim estabelece Dias, (2015, p.585).

Dessa forma, embora os artigos 1º e 2º, da referida Lei, darem margem à interpretação no sentido de que a gestante seria a titular dos alimentos gravídicos, o verdadeiro titular seria o nascituro, que tem direito à percepção de alimentos.

Assim sendo, resta claro que há divergência doutrinária em relação ao nascituro, se este poderia ou não figurar no polo ativo da ação de alimentos. Aqui adota-se a primeira posição, ou seja, que o nascituro integra a parte ativa da ação, diante do que foi apresentado.

4.2 Momento da propositura da Ação de Alimentos Gravídicos

Na esfera processual, possui certa mistura entre os institutos de tutela cautelar e antecipatória. Porque a Lei ajustou uma Tutela de Urgência, que segue as regras das cautelares, onde, via de regra, não se admite satisfazer direito, apenas, processo. Logo, os alimentos gravídicos ainda que possuam um procedimento cautelar em sua essência, é de natureza satisfativa, próprio das tutelas antecipatórias. Destaca-se, também, que ao contrário das cautelares, não precisa da interposição de ação principal.

Assim sendo, o momento ideal para apresentar a ação de alimentos gravídicos, seria do descobrimento da gravidez. Dessa forma, a gestante teria o devido amparo durante todo o período da gestação. Desse modo, por se tratar de situação que demonstra urgência na sua outorga, os alimentos gravídicos são considerados urgentes, por esta razão, o momento de sua fixação não poderia ser outro, a não ser quando do início da demanda. Ajuizada a ação e recebida a petição inicial pelo magistrado, este fixará, imediatamente, o valor da pensão de que necessita o alimentando.

De maneira oposta das formas de fixação de alimentos, para que seja definido o pagamento do valor alimentício, basta que a autora apresente indícios de paternidade, não sendo exigido, conseqüentemente, prova robusta acerca da filiação da paternidade. Assim sendo, não cabe ao magistrado exigir provas autênticas para fixação dos alimentos gravídicos, sob pena de a lei perder sua eficácia.

Sobre o rito, segundo Dias, (2015, p.585), discordam a doutrina e a jurisprudência sobre o termo inicial dos alimentos gravídicos, se desde a concepção, do ajuizamento da referida ação, ou ainda, do despacho que consentiu os alimentos, acolhe-se a posição que são devidos desde a concepção, já que a lei tem o objetivo da proteção ao nascituro, destacando que o nosso ponto em discussão relaciona-se quando tal pagamento for indevido, e o mesmo afetou desequilíbrio emocional, ou dano a imagem, nome, honra do suposto pai.

Assim sendo, uma vez fixados os alimentos gravídicos, estes passam a serem devidos não a partir da citação do suposto pai, mas desde da concepção, com efeitos retroativos, desse modo. Desde que devidamente citado, o réu terá o prazo de cinco dias para apresentar contestação, de acordo com o art. 7º, da aludida Lei, que na realidade, apenas apresentando forte indicativo de não ser o suposto pai, como no caso de ser infértil, poderá eximir-se de tal encargo, do contrário, o que normalmente acontece, este arcará com as despesas da gestação, e apenas após no nascimento da criança poderá realizar o exame de DNA, a fim de comprovar ou não realmente a paternidade, resta claro a insegurança jurídica suportada por este.

4.3 Ônus Probatório da Paternidade

O atestado da gravidez é a indispensável prova que deve ser exibida no ingresso da ação de alimentos gravídicos porque sem a confirmação da gestação não adiantaria adentrar no judiciário com a referida ação.

A Lei dos Alimentos Gravídicos escusa instrução probatória para concessão da tutela pretendida pela autora, requisitando, apenas, elementos que presumem um possível relacionamento entre os envolvidos. Quanto à constatação de ser ou não o verdadeiro pai, ficará para depois do nascimento com vida do nascituro. No entanto, após a concessão da liminar que obriga a prestação de verbas alimentares, o suposto pai pode enfrentar uma paternidade baseada em mentira ou equívoco.

Assim sendo, para a fixação de alimentos gravídicos, cabe à gestante juntar aos autos elementos que atestem a existência de relação amorosa com o suposto pai, por meio de: fotografias, mensagens em redes sociais, entre outros.

Isso porque, conforme já enunciado, a concessão dos alimentos gravídicos é embasada apenas em um conjunto de indícios, que, após o parto, podem ser refutados com o exame do DNA, sendo possível identificar quem realmente é o pai da criança. Refere-se à presunção *iuris tantum* da paternidade, ou seja, é válida até que se prove o contrário, perante a impossibilidade de demonstrar diretamente a paternidade, é considerada uma filiação legítima. Agora, passa-se a análise dos julgados que fixam os alimentos gravídicos baseados em indícios de paternidade.

4.4 Análise Jurisprudencial

A crítica feita em relação à fixação dos alimentos baseada em ‘indícios de paternidade’ no âmbito dos Alimentos Gravídicos é substancial. O art. 8º da Lei 11804/08 previa:

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

Razões do veto “O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.”

Dessa forma, tal artigo possuía a possibilidade da verificação do exame de DNA pela coleta do líquido amniótico da gestante com o objetivo de comprovar a paternidade e, assim,

firmar os alimentos. Este artigo foi vetado perante a impossibilidade da coleta sem trazer danos à gestação, colocando em risco a vida do feto, o que levou à impossibilidade de prova da paternidade antes do nascimento da criança.

Assim sendo, pertence à autora apontar o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito. De acordo com o artigo 1.605 do CC/02, a filiação poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito. Os indícios de paternidade podem ser provados, portanto, através de fotografias, e-mail, conforme já mencionado. Não há possibilidade do suposto pai poder solicitar o exame de DNA como elemento de defesa.

Percebe-se que meros indícios de paternidade é o bastante ao convencimento do juiz para que determine os alimentos; o que gera polêmica quanto à posição do 'indicado como pai' em caso de provada a não paternidade após o pagamento de tais alimentos.

Dessa forma, situa-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que em sede de Agravo de Instrumento decidiu:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. O requisito exigido para a concessão dos **alimentos gravídicos** é de que a parte requerente demonstre "indícios de paternidade", nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08. O exame de tal pedido, em sede de cognição sumária, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, não deve ser realizado com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escoreta do alegado vínculo parental. Caso em que as fotografias, dando conta do relacionamento amoroso das partes, juntadas ao instrumento, conferem verossimilhança à alegação de paternidade do réu e autorizam o deferimento dos **alimentos gravídicos**, em sede liminar. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70065486870, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015, DJ 25/08/15).

Isto é, os alimentos gravídicos foram concedidos, baseado em indícios, conforme mencionado. Todavia, há decisão desse mesmo Tribunal, onde, mesmo com a falta de provas acerca da paternidade, os alimentos gravídicos foram determinados, vejamos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A situação posta ao amparo da lei que garante os alimentos gravídicos, por si só, já traz circunstâncias de difícil comprovação, quando se está em sede de provimento liminar. É patente a dificuldade que existe na produção da prova da paternidade enquanto a criança ainda não é nascida. Fica difícil para a mãe, de plano, mostrar que tem um bom direito. Mostrar que o filho que ela carrega é do homem que está sendo demandado. Por isso, em casos nos quais se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se certas exigências, as quais seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoa já nascida. Não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Por outro lado, não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico da criança, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos

que visam ao bom desenvolvimento do filho e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um "dever provisório" e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da completa ausência de provas acerca da paternidade os alimentos vão fixados em 30% do salário mínimo. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032990913, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2009, DJ 06/11/09).

É de se notar que, mesmo diante da incerteza acerca da paternidade, ou seja, sem os indícios da paternidade, os alimentos gravídicos foram determinados, o que gera uma grande insegurança jurídica para o suposto pai; visto que para concessão destes, se faz necessário a apresentação de indícios pela autora, nesse julgado, sequer isso foi exposto.

Dessa forma, o réu fica à mercê do "momento" do judiciário, ora concede os alimentos gravídicos com meros indicativos de provas, ora os defere sem qualquer conjunto probatório. Assim sendo, a única "solução" para o réu comprovar esterilidade ou impotência que o impossibilitem de fecundar e, conseqüentemente, de ser pai, sabe-se que em raros casos isso ocorre, via de regra, o ser humano é passível de reprodução.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu conforme o primeiro julgado aqui mencionado do TJ RS:

Ementa: ALIMENTOS GRAVIDICOS -FIXACAO PROVISORIA -PROVA UNILATERAL -AUSENCIA DO CONTRADITORIO -MAJORACAO -DESCABIMENTO -"ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI 11.804/08. FIXAÇÃO EM CARÁTER PROVISÓRIO. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE. 1. A matéria encontra previsão na Lei 11.804/08, que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, conforme artigo 1º, sendo certo que se aplicam subsidiariamente nos processos regulados por esta Lei as disposições da Lei no 5.478/68 e o CPC, segundo previsão expressa no artigo 11. 2. Somente em audiência, ausente o réu por ausência de intimação, com o depoimento pessoal da parte autora e uma testemunha, convencido o magistrado da existência de indícios da paternidade, fixou alimentos gravídicos. 3. A agravante, porém, não se conforma com o valor inicialmente fixado, pretendendo sua majoração. 4. À toda evidência, parte das despesas apresentadas pela autora já eram por ela suportadas antes mesmo da gravidez, que, sem dúvida, aumentou suas despesas ante o agravamento de seu quadro clínico. 5. Ocorreu que, a fase processual é de alimentos provisórios, tendo em vista que foram fixados de acordo com alegações e prova produzida unilateralmente acerca das possibilidades do alimentante, sem a sua manifestação nos autos, conforme se vê às fls. 12. 6. Assim, considerando, ainda, que não há uma certeza comprovada da efetiva paternidade do agravado quanto à criança, que pelas razões do agravado, já nasceu, razoável a fixação dos alimentos em um salário mínimo, que deverá ser paga retroativamente a 1º de julho de 2009 até a data do parto. 7. Outrossim, o réu deve arcar não só com o pagamento do salário mínimo mensal, mas com eventuais despesas extraordinárias decorrentes da gravidez e do parto, não cobertos pelo plano de saúde da autora, desde que comprovados pela mesma. 8. Inexistência de prova e argumentos capazes de ensejar a majoração dos alimentos fixados. 9. Os alimentos provisórios podem ser modificados com a instrução do feito, comprovando-se o

binômio possibilidade & necessidade, bem como a certeza da paternidade, permitindo ao julgador arbitrar os alimentos definitivos que, tendo em vista o nascimento com vida, serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, nos termos do parágrafo único do artigo 6º. 10. Requerimento de expedição de ofícios que não se aprecia. Supressão de instância. 11. Desprovemento do recurso. (Agravo de Instrumento N° 0010892-17.2010.8.19.0000, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator; Des. Leticia Sardas, Julgado em 11/08/10, DJ 31/08/10).

Contudo, existe decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em sede de Agravo regimental, no sentido que:

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C ALIMENTOS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA – INDÍCIOS DA PATERNIDADE NÃO COMPROVADOS – ARTIGO 6º, DA LEI N° 11.804/08 – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Quando o agravante não apresenta qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada, inviável a retratação do posicionamento exarado, devendo ser mantido o decisum que negou seguimento ao recurso ante a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça respectivo.

Nos termos do artigo 6º, da Lei nº 11.804/08, somente haverá fixação de alimentos gravídicos quando o magistrado se convencer da existência de indícios da paternidade, o que não ocorreu na presente situação, motivo pelo qual deve ser indeferida a liminar pleiteada. (Agravo Regimental N° 1400664-17.2015.8.12.0000/50000, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do MS, Relator : Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Julgado em 09/03/15, DJ10/03/15).

Ou seja, como não existem indícios de paternidade com o fim de comprovar a possibilidade da paternidade, os alimentos gravídicos não foram fixados, assim dispõe a jurisprudência atuante no Estado do Mato Grosso do Sul.

Diante do exposto, constata-se que não há uma maneira definida que seja coerente para a determinação dos alimentos gravídicos, porque a obrigação é exigida pelo simples exame do Juiz aos denominados indícios, consistindo-se na credibilidade da palavra da autora diante de sua boa fé.

A jurisprudência tem se manifestado em diversos sentidos, colocando o réu em insegurança jurídica. A possibilidade da intercorrência do dano moral depara-se pelo fato de haver a negativa da paternidade diante da má-fé da autora ou negligência, imprudência para com o indicado pai, visto que o art. 10 da lei 11804/08, o qual previa responsabilidade objetiva, foi vetado. Assim sendo, pela responsabilidade subjetiva, que abrange tanto a culpa *lato sensu* (dolo), como a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência), a autora pode ser responsabilizada civilmente. A causalidade da paternidade pode alcançar dano a honra e a imagem do réu face à sociedade, assim sendo, compete ao réu ingressar com uma indenização por danos morais pela falsa imputação de paternidade.

Dessa forma, a autora, antes de ingressar em juízo para requerer os alimentos gravídicos, deve ter grande atenção quanto a quem irá designar para figurar no polo passivo da ação. Se ela manteve relações com vários homens, não poderá apontar aquele com quem ela se relacionou depois da verificação da gravidez. É preciso ter cautela para não causar dano ao suposto pai.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo abordar o estudo do instituto da indenização por danos morais no âmbito dos alimentos gravídicos, que têm por fundamento a Lei 11804/08, não teve o fim de exaurir a matéria da responsabilidade civil da autora em caso de negativa de paternidade, mas de apontar a sua possibilidade.

Adaptando-se a realidade da social, o legislador criou a Lei de Alimentos Gravídicos para atender as necessidades da sociedade. Contudo, essa Lei protege exclusivamente os direitos do nascituro, que, por meio de sua genitora, resguarda o direito de “alimentos gravídicos” enquanto desenvolve sua formação ainda no útero. Ademais, detém celeridade e concede ao magistrado sua fixação mesmo sem suporte probatório, com a intenção de garantir o direito à vida do feto. Todavia, é extremamente resistente com o suposto pai ao condená-lo a custear tais alimentos baseado unicamente em um juízo superficial, quando este existe, pois foi mencionado julgado que juízo algum havia.

Dentre as dificuldades para formação deste trabalho, a principal foi a carência de material bibliográfico, porque a doutrina é muito restrita e a jurisprudência não apresenta uma discussão minuciosa da matéria.

A hipótese reside na responsabilização da autora tanto quando verificada a sua culpa em sentido *lato sensu*, isto é, que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou por culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação, ou seja, na responsabilidade subjetiva.

O texto original da Lei de Alimentos Gravídicos previa a responsabilidade objetiva da autora, ou seja, da possibilidade de indenização ao suposto pai, independente de culpa, quando da negativa da paternidade em seu art. 10; contudo, o mesmo foi vetado.

Pela regra geral, os alimentos são irrepetíveis e, sendo os alimentos pagos indevidamente, não cabe pleitear da genitora o seu reembolso, ou seja, dano material.

No entanto, percebe-se que a autora não fica eximida de todo tipo de responsabilização, de acordo com a previsão da Lei, porque sendo provado que a mesma operou por culpa em sentido amplo ou estrito, violando direito da personalidade do réu, como sua imagem perante a sociedade, é possível indenização por danos morais, conforme art. 186 CC/02 e art. 5º, V, X, CF/88.

Dessa forma, caso seja comprovada a responsabilidade subjetiva da autora, existe a possibilidade do dever de indenizar o suposto pai em virtude da falsa acusação da paternidade.

A presente pesquisa apresenta contribuição eficaz no avanço científico referente ao curso de Direito da Faculdade Damas, especialmente no desenvolvimento da nova abordagem feita em relação a indenização por danos morais nos alimentos gravídicos, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento e crescimento da área estudada.

Atualmente, a sociedade representa um progresso considerável no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, assim sendo, foi exposto seu contexto histórico. Restando claro que as questões jurídicas não têm por base apenas a Lei, esta não é obra apenas do legislador, mas, também, e, principalmente, de todos os operadores do direito, não existe inibição de ingressar com a ação de danos morais no contexto dos alimentos gravídicos, porque na Lei específica não há artigo algum dispondo a respeito, é interessante que a sociedade tenha esse olhar.

Dessa maneira, depois da pesquisa finalizada, percebe-se a possibilidade da questão a respeito da indenização por danos morais ao suposto pai em resultância da negativa da paternidade nos alimentos gravídicos na procura de proteção ao lesado.

6 REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, 3ª Ed. Editora Jurídica e Universitária. 1966.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª. ed.atual.eampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei nº 5478, de 25 de julho de 1968**.VadeMecum Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª. ed.atual.eampl. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.Estatuto da Criança e do Adolescente.Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª. ed.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.VadeMecum Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª. ed.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Lei dos Alimentos Gravídicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm acesso em 25/03/15.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo Regimental Nº 1400664-17.2015.8.12.0000/50000 MS** Relator : Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 09/03/15, Quarta Câmara Cível, publicado em10/03/15. Disponível em <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204742087/agravo-regimental-agr-14006641720158120000-ms-1400664-1720158120000/inteiro-teor-204742119> acesso em 10/11/15.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70032990913 RS**, Relator: Rui Portanova, julgado em 30/10/2009, Oitava Câmara Cível, publicado em 06/11/09. Disponível em <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2012/01/alimentos-gravidicos-jurisprudencia.html> acesso em 10/11/15.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70065486870 RS**, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, julgado em 20/08/2015, Oitava Câmara Cível, publicado em 25/08/15. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224059451/agravo-de-instrumento-ai-70065486870-rs> acesso em 10/11/15.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento Nº 0010892-17.2010.8.19.0000 RJ**, Relator; Des. Leticia Sardas, julgado em 11/08/10, Vigésima Câmara Cível, publicado em 31/08/10. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16675050/agravo-de-instrumento-ai-108921720108190000-rj-0010892-1720108190000-tjrj> acesso em 10/11/15.

- CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald. **Direito Civil. Teoria Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010.
- _____. **Manual de direito das Famílias**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Alimentos para a Vida**, In. Revista Jurídica Consulex. Ano XII, n. 286, Dezembro, 2008.
- DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 14ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- _____. **Direito das Famílias**. 1ª Ed São Paulo: Editora Saraiva 2005.
- _____. **Teoria Geral das Obrigações**. 22ª Ed. vol. 2. São Paulo. Saraiva, 2007.
- FELIPPE, Donaldo Jr. **Dicionário jurídico de bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense**. 18ª ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2007
- FIÚZA, César. **Direito Civil: curso complemento**. 8ª. Ed. Ver. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10ª. Ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Direito de Família**. 5ª. Ed. rev. e atual. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Direito de Família**. 2ª Ed. rev. e atual. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Responsabilidade Civil**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- _____. **Direito Civil. Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Instituições de Direito Civil. Direito de Família**. 22ª Ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense. 2014
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. Saraiva. 2004.

STOLZE, Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. **Responsabilidade Civil**. 8ª.Ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Novo Curso de Direito Civil. **Parte Geral**.13ª.Ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE , Flávio . **Manual de Direito Civil**. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4ª Ed.São Paulo: Método. 2009.

_____. **Manual de Direito Civil**. 5ª Ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

TEPEDINO, Gustavo (Org.); RODRIGUES, Rafael Garcia. A Parte Geral do Novo Código Civil: **Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, 2ª Ed, São Paulo, Renovar, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de Família**. Vol.6.9ªEd. São Paulo: Atlas, 2009.

_____.**Direito de Família**. Vol. 6.12ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____.**Direito de Família**. Vol.6.13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____.**Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 13ª Ed. São Paulo: Atlas 2013.