



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade civil da genitora decorrente da negativa de paternidade

Fernanda Silva Trambaioli

Rio de Janeiro
2014

FERNANDA SILVA TRAMBAIOLI

Responsabilidade civil da genitora decorrente da negativa de paternidade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

Fernanda Silva Trambaioli

Graduada pela Universidade Federal
de Viçosa. Advogada.

Resumo: Este artigo se dedica ao estudo da aplicabilidade da Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008, também denominada Lei dos Alimentos Gravídicos. O foco principal do estudo é abordar a questão da responsabilização da genitora diante da negativa de paternidade, partindo-se do pressuposto de que o vetado art. 10 do projeto de Lei n. 7.376/2006 estabelecia uma hipótese de responsabilidade objetiva. Por intermédio da metodologia de estudo bibliográfica parcialmente exploratória e qualitativa, são feitos comentários sobre a relevância dos alimentos na proteção do nascituro e análise dos vetos opostos ao projeto de lei mencionado anteriormente. Ao findar, apresenta as principais conclusões a partir dos tópicos abordados no trabalho, ressaltando para a temática da possibilidade de responsabilização e quais as ferramentas existentes para que a genitora seja responsabilizada diante da comprovação de que o suposto pai não é biologicamente genitor da criança.

Palavras-Chave: Alimentos Gravídicos. Negativa de paternidade. Responsabilidade Civil da Genitora.

Sumário: Introdução. 1. Lei dos Alimentos Gravídicos: Relevância do instituto na proteção do nascituro. 2. Análise dos artigos vetados do Projeto de Lei nº 7.376/2006. 3. Responsabilidade Civil da Genitora decorrente da negativa de paternidade. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema dos alimentos gravídicos, dando ênfase à questão da responsabilidade civil da genitora decorrente da negativa de paternidade, isto é, na

hipótese em que se reconhece, após a prestação dos alimentos ao nascituro pelo suposto pai, que a imputação da paternidade foi equivocada.

Instituída pela Lei n. 11.804, os alimentos gravídicos surgiram com o objetivo de garantir efetividade a um valor social consubstanciado na noção de justiça, sobretudo a proteção ao nascituro, dando-lhe condições de se desenvolver de forma saudável. Sob essa perspectiva, a lei passou a permitir que a gestante, desprovida de condições financeiras suficientes a levar uma gestação digna, pleiteasse alimentos do suposto pai, de modo a auxiliá-la materialmente nos nove meses de gestação.

Anteriormente à vigência da lei em comento, os direitos do nascituro eram resguardados com base na legislação comum de alimentos. Nessas circunstâncias, seriam fixados alimentos provisórios diante da comprovação de indícios suficientes de paternidade (publicidade do relacionamento do casal, fotos, cartas trocadas) e, na ausência de provas nesse sentido, mas verificada a urgência e necessidade do alimentando, cabíveis seriam os alimentos provisionais. Fato é que os magistrados dificilmente concediam os alimentos durante a gestação, pelas mais variadas razões, causando uma grande insegurança jurídica.

Sob a vigência da lei específica dos alimentos gravídicos, a insegurança jurídica ainda persiste, já que não é possível a realização de exames de DNA para verificar a paternidade da criança. Diante desse quadro, os juízes fixam os alimentos tomando-se por base apenas indícios de paternidade e tão somente após o nascimento do bebê é que se confirma que o alimentante não é o pai biológico da criança.

A questão emblemática que contorna o tema em estudo é saber se haveria um dever de responsabilidade da gestante diante do quadro acima exposto e em que modalidade de responsabilização seria. A oposição de vários vetos ao projeto que originou a lei objeto deste estudo, notadamente o art. 10, revela a ausência de previsão na legislação específica acerca da responsabilidade civil da autora.

O dispositivo vetado previa a responsabilidade objetiva da genitora diante da negativa de paternidade, impondo o dever de indenizar o alimentante independentemente de comprovação de culpa. Com base nisso, questiona-se na atual sistemática se seria possível a reparação por danos materiais e morais sofridos por aquele que arcou com despesas de filho que não era seu. Tal indagação é de extrema relevância, já que o assunto ainda não é corrente na jurisprudência, motivo pelo qual se faz necessário realizar um estudo sólido apto a proporcionar a devida segurança jurídica esperada pelos operadores do direito.

Diante desse panorama, o trabalho se propõe, por meio da metodologia de estudo bibliográfica parcialmente exploratória e qualitativa, a buscar soluções razoáveis no sentido da responsabilização da genitora diante da comprovação de que o suposto pai não é biologicamente genitor da criança alimentada.

Para atingir-se este objetivo, ao abordar a relevância do instituto dos alimentos gravídicos na proteção do nascituro, o primeiro capítulo apresenta de que maneira a Lei n. 11.804/08 encontra sua efetividade, tomando-se por base o tratamento dado a situações idênticas anteriormente à sua vigência.

Tendo em vista a necessidade de proteção ao nascituro, o segundo capítulo realiza uma análise ampla dos artigos vetados pelo Projeto de Lei n. 7.376/2006 que posteriormente deu origem a Lei n. 11.804/2008, buscando demonstrar até que ponto é relevante o veto feito pela Lei dos Alimentos Gravídicos, isto é, qual a importância da vedação à responsabilidade objetiva na temática dos alimentos gravídicos.

Por último, diante das cautelas que o magistrado deve tomar no momento da averiguação, no caso concreto, a respeito do dever da genitora de indenizar, o estudo busca identificar a responsabilidade civil da gestante, sua natureza e características, tendo em vista a demonstração pericial posterior de que a imputação da paternidade do alimentante foi falsa.

1. A LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS: RELEVÂNCIA DO INSTITUTO NA PROTEÇÃO DO NASCITURO

Diante da sistemática civil que trata do nascituro e seus direitos, concebendo-o como ser dotado de personalidade civil *in fieri*, eventual exercício de direitos tais como recebimento de doação; herança/legado e reconhecimento de paternidade ficam condicionados ao nascimento com vida. Observa-se que o marco da personalidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é o nascimento com vida, mas desde a concepção já se resguardam os direitos do nascituro (Código Civil, art. 2º).

Nesse ponto, torna-se de extrema relevância a proteção ao nascituro, garantindo-lhe assim o direito fundamental à vida para a posterior fruição de tais direitos. É sob essa perspectiva que surgem os alimentos gravídicos como instrumento de preocupação com a vida humana intrauterina, de modo que sua valorização conduz ao resguardo da dignidade da pessoa humana. Ratificando a relevância do instituto, prelecionam Fernanda Martins Simões e Carlos Mauricio Ferreira¹:

A dignidade da pessoa humana começa com a vida, e esta, desde a concepção, sendo cediço que os alimentos devem servir de base para que essa vida seja tida com qualidade existencial. Tratando-se de um direito da personalidade, a vida deve ser protegida acima de tudo, de maneira que a dignidade lhe seja inerente e inseparável, mesmo antes de nascer, com a tutela dos alimentos gravídicos ao nascituro, e ao nascer para que se desenvolva com dignidade, mas também durante a vida, ao adoecer e no momento da morte.

Com o intuito de proporcionar o necessário ao desenvolvimento sadio do nascituro, a Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008 consagra os alimentos gravídicos a serem pleiteados pela gestante durante sua gravidez, como uma maneira de assegurar tanto a

¹ FERREIRA, Carlos Mauricio; SIMÕES, Fernanda Martins. *Alimentos Gravídicos: a evolução do direito à alimentos em respeito à vida e ao princípio da dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 252.

nutrição adequada, quanto a devida assistência médica. Segundo Douglas Phillips Freitas², tais alimentos perfazem:

o direito que a mulher grávida possui, mediante propositura da ação antes do nascimento da prole, de buscar o ressarcimento e o auxílio financeiro do suposto pai, na parte que lhe cabe, de acordo com a proporção dos recursos de ambos, no custo das despesas realizadas desde a concepção até o parto, entre outras decorrentes da gravidez, convertendo este benefício em pensão de alimentos com o nascimento da criança, sem que, todavia, haja declaração ou imputação de paternidade.

Não obstante a discussão doutrinária acerca da titularidade dos alimentos, fato é que a lei em comento representa um plus na efetivação da tutela específica do Estado em relação às gestantes e, conseqüentemente, na consagração dos direitos sociais das mulheres cuja base constitucional se encontra no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

No que tange aos alimentos em si, Maria Berenice Dias³ observa que um dos compromissos do Estado é garantir a vida, de modo que a todos seja proporcionado o direito de viver e, sobretudo, viver com dignidade. Segundo a autora⁴, “surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF, 1º III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito da personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física”.

Ocorre que na visão desta doutrinadora⁵, a lei ora em análise, apesar do nome “alimentos gravídicos”, em verdade não trata dos alimentos, mas sim de subsídios gestacionais, na medida em que existe um dever jurídico de amparo à gestante, ainda que não esteja presente uma relação parental.

² FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: Comentários à Lei 11.804/2008*. 3 ed. ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.73.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.531.

⁴ *Ibid.*, p.531.

⁵ *Ibid.*, p.560.

Compartilhando do mesmo entendimento, Yussef Said Cahali⁶ também entende que o instituto regulamentado pela Lei n. 11.804/08 não se refere aos alimentos regidos pelo Código Civil nos artigos 1.694 e 1.695, mas sim a uma forma de auxílio à mulher grávida.

Nesse sentido, leciona o doutrinador:

Em outros termos, a Lei 11.804/2008 procura proporcionar à mulher grávida um autêntico *auxílio-maternidade*, sob a denominação *lato sensu* de alimentos, representado por uma contribuição proporcional a ser imposta ao suposto pai, sob forma de participação nas 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.

Ultrapassadas as críticas feitas quanto à natureza jurídica do instituto em comento, deve-se fazer um prévio estudo acerca do tratamento dado pela legislação e jurisprudência a situações idênticas, antes e após a vigência da Lei n.11.804/08. Anteriormente a este diploma normativo, a legislação comum de alimentos era utilizada como forma de resguardo dos direitos dos nascituros. A doutrina adepta à teoria concepcionista reconhecia a existência de necessidades próprias dos nascituros, que não se confundiam com as da gestante, de maneira que a fixação dos alimentos civis pelo magistrado deveria se pautar pela totalidade de despesas necessárias ao desenvolvimento do nascituro.

Ainda que houvesse julgados condenando ao pagamento de alimentos provisórios, com base em indícios de paternidade (ou, na ausência destes, porém patente a urgência e necessidade do alimentando, decisões condenatórias ao pagamento de alimentos provisionais), o que a prática revelava era um receio dos magistrados em conceder os alimentos pelas seguintes razões:

Primeiramente, as características da irrepetibilidade/ irrestitutibilidade presentes na obrigação alimentar denotam a impossibilidade de cobrança pelo alimentante e conseqüentemente a possibilidade de gerar ao demandado uma significativa perda

⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.346.

patrimonial. Sobre o tema, dispõem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior⁷:

Uma vez pagos, os alimentos não são restituíveis. Quem efetuou o pagamento não pode cobrá-los, mesmo que o então alimentário passe a ter condições de restituí-los. Não caracteriza restituição o fato de o atual alimentante, no futuro, vir a pedir alimentos ao alimentário com base em direito próprio.

Outro obstáculo à concessão dos alimentos se vislumbrava a partir da exigência legal de prévia demonstração do vínculo de paternidade, manifestamente prejudicada pelos poucos avanços tecnológicos da época, sem contar a questão polêmica da legitimidade ativa, tendo em vista que havia corrente doutrinária no sentido de que o nascituro não tinha direito algum, cabendo à gestante o direito de ação para defender direito próprio. Entendimento contrário sustentava que o legitimado ativo seria o nascituro, devidamente representado por sua mãe, adquirindo-se assim personalidade extraordinária. Corroborando o exposto, segue o posicionamento da Desembargadora Maria Berenice Dias⁸:

Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da obrigação. O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA.

Ao suprir a lacuna legislativa concernente ao tema em foco, a Lei n.11.804/08 consolidou a tímida jurisprudência favorável à concessão dos alimentos ao nascituro. Ademais, há que se destacar para o fato de ter assumido papel de relevante valor social, sobretudo pela consagração dos preceitos constitucionais da cidadania, dignidade da pessoa humana, liberdade e vida.

⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos Gravídicos?* Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

Observa-se portanto, nos dizeres de Maria Berenice Dias⁹, a relevância do instituto na proteção do nascituro, haja vista que “os alimentos gravídicos vêm referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna”.

2. ANÁLISE DOS ARTIGOS VETADOS DO PROJETO DE LEI n. 7.376/2006

Em meio às transformações ocorridas no âmbito dos relacionamentos afetivos, aliado à ausência de estabilidade nas relações entre os parceiros, insere-se a criação legislativa responsável pela proteção dos direitos do nascituro. Proveniente do projeto de lei n. 7.376 de 2006 de autoria do Senador da República Rodolpho Tourinho, a Lei n. 11.804 em vigor desde 6 de novembro de 2008, que trouxe regras de direito material e o meio processual para sua efetivação, foi alvo de intensos debates no cenário jurídico.

Convencido das incongruências e atentados a princípios norteadores do Direito de Família, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) enviou carta ao Presidente da República a fim de que este considerasse os “equivocos” constantes no projeto. Nos termos de trecho do ofício remetido, OF/PRESI 415/2007¹⁰, assinado por Rodrigo da Cunha Pereira:

O PL 7.376/2006, que aguarda sanção de V. Exa., no entendimento do IBDFAM, é inovador e necessário, mas apresenta alguns equívocos que comprometem a sua aplicabilidade. Não se discute a salutar intenção do legislador em fornecer às mulheres grávidas o que lhes é de direito, mas as disposições dos artigos do PL apresentam incongruências que vilipendiam a Lei de Alimentos e os princípios constitucionais, do acesso à justiça, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança, entre outros.

Após ter passado por vários vetos presidenciais, dos doze artigos constantes no projeto, apenas seis encontram-se hoje em vigor, quais sejam, os artigos 1º, 2º, 6º, 7º, 11 e 12.

⁹ Ibid.,

¹⁰ FREITAS, op. cit., p.30.

Manifestando-se a favor dos vetos, a doutrinadora Maria Berenice Dias¹¹ sustentou que o afastamento de todos os dispositivos que traziam um procedimento moroso não se justificava diante da sistemática prevista pela Lei de Alimentos, permanecendo como regra processual apenas aquela que fixa o prazo da defesa em cinco dias.

Em termos gerais, o art.3º foi vetado, pois a previsão nele constante não estava em conformidade com a regra geral para as demandas que envolvem pretensão alimentícia. O dispositivo vetado estabelecia que o foro competente seria o domicílio do réu (art. 94 do Código de Processo Civil), enquanto a sistemática processual civil prevê que o foro do domicílio do autor/alimentando, nos termos do art. 100,II, CPC. As razões¹² do veto foram no seguinte sentido:

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

Também objeto de veto, o art. 4º exigia que a petição inicial viesse instruída com laudo médico que atestasse a gravidez e sua viabilidade. Quanto à primeira exigência, razoável sua comprovação, já que além de ser o mínimo probatório que se espera da autora, auxilia no descobrimento do termo *a quo* do pagamento dos alimentos. Todavia, não se pode concluir o mesmo em relação à exigência de viabilidade da gravidez, haja vista que mesmo diante de uma gravidez fadada ao rompimento gestacional, despesas surgirão e deverão ser assumidas pelos genitores. Como razões¹³, expôs o presidente da República:

O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à petição inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. No entanto, a gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. O próprio art. 2º do Projeto de Lei

¹¹ DIAS, op. cit., 2013, p. 560.

¹² BRASIL. Lei 11.804/2008. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008 trazendo as razões dos vetos aos artigos da Lei de Alimentos Gravídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

¹³ Ibid.,

dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: ‘valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis (...)’. Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança.

O art. 5º do Projeto de Lei previa que “recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas e requisitar documentos”. Tal audiência não é prevista em nenhum outro procedimento referente a alimentos, bem como sua obrigatoriedade poderia dar ensejo à morosidade na concessão do pedido da gestante, o que indubitavelmente seria nocivo à proteção do nascituro.

Se por um lado o dispositivo afrontava a celeridade processual, por outro asseguraria maior segurança e veracidade no que tange à concessão dos alimentos, já que não há que se falar em exame de DNA no rito previsto pela lei em estudo.

No tocante ao veto do art. 8º, cuja previsão vinculava a procedência do pedido à realização de exame pericial no caso de oposição à paternidade, entendeu-se¹⁴ que:

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.

Observa-se a inconveniência da medida inicialmente proposta pelo legislador, na medida em que os alimentos gravídicos perderiam a sua essência emergencial. Nesse sentido, o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias¹⁵:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

¹⁴ Ibid.,

¹⁵ DIAS, op. cit., disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

O art. 9º do projeto também foi alvo de veto, em função de determinar a citação como o termo inicial de incidência dos alimentos gravídicos.

A fundamentação¹⁶ encontrada para se opor a vigência do dispositivo é esclarecida abaixo:

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

Desta forma, observa-se que o caráter emergencial dos alimentos justifica a exclusão da regra originária, além de demonstrar uma preocupação em se evitar a concretização de manobras tendentes ao boicote da finalidade do instituto.

Não obstante a importância dos vetos expostos, há que ser ressaltado neste trabalho o veto do art. 10 do projeto de Lei n. 7.376/2006. Responsável pela maior controvérsia no tocante à lei em estudo, o dispositivo mencionado estabelecia a responsabilidade objetiva da gestante por danos materiais e morais causados ao réu diante do resultado negativo do exame pericial de paternidade.

As razões¹⁷ expostas ao veto foram no sentido de que:

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.

Anteriormente à aprovação da lei instituidora dos alimentos gravídicos, Maria Berenice Dias apontou algumas críticas ao projeto, notadamente com relação ao exposto no

¹⁶ BRASIL. Lei 11.804/2008. op. cit.

¹⁷ Ibid.

art. 10. Segundo a doutrinadora¹⁸, não obstante a aparente consagração do princípio da proteção integral (responsável pelo asseguramento do direito à vida do nascituro e de sua genitora), o projeto continha comandos normativos protetivos ao réu. Dando prosseguimento ao estudo, Maria Berenice¹⁹ entendeu que a previsão legislativa:

Gera algo nunca visto: a responsabilização da autora por danos materiais e a ser apurada nos mesmos autos, caso o exame da paternidade seja negativo. Assim, ainda que não tenha sido imposta a obrigação alimentar, o réu pode ser indenizado, pelo só fato de ter sido acionado em juízo. Esta possibilidade cria perigoso antecedente. Abre espaço a que, toda ação desacolhida, rejeitada ou extinta confira direito indenizatório ao réu. Ou seja, a improcedência de qualquer demanda autoriza pretensão por danos materiais e morais. Trata-se de flagrante afronta o princípio constitucional de acesso à justiça, dogma norteador do estado democrático de direito.

Com o intuito de evitar a mitigação do direito de ação da gestante, _direito este constitucionalmente assegurado em nosso sistema jurídico, bem como coibir a responsabilização objetiva pela não satisfação da pretensão autoral em juízo, caracterizado está o papel relevante do veto em análise. Ademais, ao permitir que a genitora vá a Juízo deduzir uma pretensão, na busca de obter uma resposta satisfatória, o veto do art. 10 exerce a função de garantidor da ordem constitucional e efetiva os parâmetros do Estado Democrático de Direito.

O grande conflito gerado pela lacuna está intimamente relacionado à previsão constante no art. 6º²⁰ da Lei n. 11.804, cujo teor faz menção à fixação dos alimentos gravídicos pelo juiz conforme seu convencimento acerca dos indícios de paternidade.

O ônus da prova, nos moldes do estabelecido pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, é atribuído à gestante, haja vista caber a ela a comprovação de que o réu é de fato o pai do nascituro. Entretanto, pela sistemática trazida pela lei, delicada se torna a situação do réu, já que não lhe é dada a possibilidade de fazer prova negativa da paternidade,

¹⁸ DIAS, op. cit., disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

¹⁹ Ibid.

²⁰ 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.

consubstanciada em exame pericial. Desta forma, ainda que o réu se oponha à paternidade, o exame de DNA por intermédio da coleta de líquido amniótico não pode ser imposto pelo juiz, sob o fundamento do risco para a integridade do nascituro e morosidade no procedimento.

Portanto, não fazendo jus aos meios que permitam a comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da gestante/autora (como DNA, vasectomia, impotência sexual)²¹, os indícios de paternidade são demonstrados apenas pela gestante, sendo a efetiva existência deles verificada pelo juiz com base em seu livre convencimento.

Há que se ressaltar, no entanto, a sugestão dada pela doutrina no sentido da mínima cautela a ser tomada pelo magistrado quando da análise dos indícios. Assim sendo, ainda que não seja necessária prova robusta tal qual se é exigida nos demais procedimentos, é razoável que se tenha clareza e veracidade quanto aos elementos apresentados pela autora. Compartilhando da mesma visão, Yussef Said Cahali²² ensina que:

Embora o legislador deixe transparecer certa liberalidade, ao referir-se que bastará para a fixação de alimentos gravídicos que esteja o juiz convencido da existência de indícios de paternidade (art. 6º), recomenda a prudência que tais indícios tenham alguma consistência, sejam seguros e veementes, especialmente diante do fato de a contribuição prestada pela parte ré ser considerada não repetível ou reembolsável. Seria leviandade pretender que o juiz deva satisfazer-se com uma cognição superficial.

Com base no exposto, verifica-se que a lacuna gerada pelo veto do art. 10 do projeto de lei somada à fragilidade das teses defensivas dão ensejo à necessidade de um estudo mais minucioso acerca das possíveis soluções a serem encontradas para suprir a falha legislativa no tocante à atitude da mãe que imputou erroneamente ao réu a paternidade.

²¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08* – primeiros reflexos. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 25 fev 2014.

²² CAHALI, op. cit., p.345.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

Conforme já visto em momento oportuno, o cerne do trabalho busca abordar qual o tratamento jurídico a ser dado à genitora diante da negativa de paternidade, tomando como base o veto ao art. 10 do Projeto de Lei n. 7.376/2006.

Posterior descoberta de que o suposto pai demandado em juízo não contém laços biológicos com a criança revela uma hipótese que pode dar ensejo a reflexos tanto na esfera patrimonial quanto moral. Adimplir com a obrigação alimentícia frente a um credor “indevido”, em muitas situações pode configurar em um dispêndio mensal que tenha dado causa à redução significativa dos rendimentos do réu/alimentante, privando-lhe, se for o caso, de um sustento digno.

Dependendo do caso concreto, a errônea imputação de paternidade serve como instrumento de vingança contra a parte ré, podendo gerar prejuízos de ordem moral, como a desestabilização em suas relações familiares, sociais e profissionais, além de ser violado em seu direito à honra.

A escolha legislativa revela claramente a opção pelo não acolhimento da tese da responsabilidade civil objetiva da genitora. Resta saber se tal veto colaborou para a existência ou não de respaldo à atitude da mãe relativa ao indigitado pai.

Deve-se chamar atenção para o fato de que por se tratar de temática recente, os Tribunais ainda não contam com sólidos posicionamentos capazes de cobrir a lacuna deixada pelo veto do art.10. Nesse sentido, com a finalidade de trazer soluções às futuras demandas relacionadas com o tema, o presente estudo busca partir da sistemática da responsabilidade civil, desmembrando-a em subjetiva e objetiva.

As reparações e ressarcimentos fundam-se na presença do ato ilícito (pressuposto da responsabilidade), consoante dispõem os artigos 186 e 927 do atual Código Civil:

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

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

Ao obrigar o agente causador do dano a repará-lo, a responsabilidade civil atende o mais elementar sentimento de justiça²³. Nas palavras do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho²⁴, “o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*”. Corolário dos ensinamentos expostos pelo doutrinador encontra-se a fixação de uma indenização proporcional ao dano.

Tomando-se por base a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, de acordo com a teoria clássica, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Deste modo, a reparação do dano somente se dará se restar comprovada a falta do dever de cautela do agente causador do dano. Entretanto, por força do desenvolvimento industrial impulsionado pelo surgimento do maquinismo e outras invenções tecnológicas, acrescido ao crescimento populacional, observou-se que nem todas as situações poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa²⁵.

A partir de então, deu-se espaço para o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva, que pautada no risco, prescinde do elemento culpa. Desta forma, desde que a atividade seja ilícita, o dano tenha ocorrido e haja o nexo de causalidade, mesmo o agente não atuando com culpa/ dolo, ainda sim será responsabilizado. Portanto, segundo Cavalieri Filho²⁶, “na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou a

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

²⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁵ *Ibid.* p. 18.

²⁶ *Ibid.*, p. 152.

atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta”.

A teoria, do risco criado ou risco benefício, faz com que mesmo no caso de emprego de toda a diligência para evitar o dano, o agente responda pelos riscos ou perigos de seu agir, haja vista ser beneficiário das vantagens proporcionadas pelo seu atuar. Nota-se assim que o paradigma da responsabilidade objetiva foi ampliado para abranger não somente o ato ilícito, mas também o ato provocador do dano.

Apreendendo-se os conceitos acima mencionados, cumpre reiterar, por força do veto do art. 10, a exclusão da incidência da teoria objetiva no âmbito dos alimentos gravídicos. Seria então plausível a aplicação da responsabilidade subjetiva como meio de suprir a lacuna deixada pelo veto?

O entendimento que vem ganhando destaque é a possibilidade de se adequar a situação gerada pela negativa de paternidade aos comandos trazidos pelo art. 186 e 927 do Código Civil, ou seja, responsabilização subjetiva da genitora. Todavia, há que se ter muita cautela quanto à imposição do dever de reparar danos ao suposto pai, tendo em vista que o dolo, consistente na vontade deliberada de dar causa ao prejuízo, ou a culpa em sentido estrito, imprudência ou negligência, da genitora deve estar cabalmente comprovada.

Nesse sentido, a solução mais segura a evitar o dano injusto é verificar se a gestante tinha a pretensão de efetivamente causar um prejuízo ao réu da ação de alimentos gravídicos, na medida em que tinha consciência da falsa imputação. O ponto nevrálgico da obrigação da genitora em reparar o dano é verificar se sua atuação se deu mediante abuso de direito.

O art. 187 do Código Civil, ao estabelecer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” consagrou o abuso de direito como fonte de responsabilidade civil. A caracterização do instituto é revelada pelo exercício

anormal de um direito, que se afasta tanto dos valores éticos quanto das finalidades sociais e econômicas²⁷.

Ao tecer comentários sobre o dispositivo em questão, Sílvio de Salvo Venosa²⁸ aduz que é o:

[...] fato de usar um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem [...] O titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade.

Com relação aos estudos concernentes ao tema, nota-se certo consenso quanto à possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil subjetiva. Entretanto, ainda persistem algumas divergências no que se refere à irrepitibilidade dos alimentos gravídicos.

Tendo em vista a expressa remissão feita pelo art. 11 da Lei de alimentos gravídicos à aplicação subsidiária da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68) e do Código de Processo Civil, há posicionamento doutrinário²⁹ defensor de que o atributo da irrepitibilidade dos alimentos se aplica também quando estes forem gravídicos vitais. Tal afirmação leva à conclusão de que mesmo quando o demandado não for o pai biológico da criança, ainda que tenha pago indevidamente os alimentos gravídicos, não é possível a devolução dos valores pagos em sua integralidade. Não obstante isso, a solução encontrada pela corrente doutrinária para minimizar a atitude da genitora seria uma restituição a título de indenização.

Em sentido contrário, há aqueles³⁰ que entendem que o princípio da irrepitibilidade dos alimentos não é absoluto, de modo a encontrar no dolo e no erro os seus limites. Portanto, diante de atitudes permeadas pela má-fé, seria possível a cobrança pelo suposto pai de todos os valores que tenha pago indevidamente.

²⁷ Ibid., p. 172.

²⁸ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 603.

²⁹ FREITAS, op. cit. 2011. p. 80.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, vol. VI, direito de família – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 477.

Sob essa perspectiva, a análise parte de uma ótica subjetiva, devendo estar configurada a prova inequívoca do dolo na conduta da gestante, isto é, que ao invés de exercitar regularmente seu direito, a genitora mesmo ciente da falta de vínculo biológico entre o nascituro e o suposto pai, tenha se utilizado do instituto para obter auxílio financeiro de terceiro inocente³¹.

É importante ressaltar que, ainda que a ação proposta pela genitora seja julgada improcedente, não há que se falar em indenização ao suposto pai se houver a existência de motivos plausíveis que justifiquem a desconfiança de que o réu poderia ser o pai do nascituro. Assim, se no período da concepção houve relação sexual entre a genitora e o réu, tal hipótese é apta a eximir a responsabilidade da mãe do nascituro, já que afasta o dolo. Este mesmo posicionamento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível n. 70020580304³²:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INFIDELIDADE. FALSA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE. Ausência de provas quanto ao intuito deliberado de ofender e de prévia ciência quanto à paternidade. Não se evidenciou atitude de má-fé da demandada que, aliás, ao tempo da concepção, relacionava-se sexualmente também com o autor, o que poderia gerar dúvida sobre a paternidade. O comportamento leviano com relação à fidelidade, de outro lado, em que pese a inconformidade, não serve de abrigo à pretensão indenizatória por dano moral, em que pese não se olvide o sofrimento sempre presente em rompimentos amorosos. Mesmo que definida a responsabilidade preponderante de um dos parceiros pela extinção da união, o desencanto e o sofrimento do outro, via de regra, não são indenizáveis. E assim ocorre porque a união é livre, sendo absolutamente voluntária para os parceiros, ainda que um se pretenda, depois, induzido em erro ou vítima de má-fé. Ao encetar a relação, cada um assumiu o risco de ser mal sucedido. Apelação desprovida.

Além das demandas de negatória de paternidade e exoneração de alimentos, o suposto pai pode fazer uso de outros instrumentos judiciais, tais como as ações de reparação por danos materiais e morais em face da genitora, com fundamento nos artigos 186 e 927 do

³¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08* – primeiros reflexos. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 25 fev 2014.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70020580304*. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 28.10.2003. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35212977/djsp-judicial-1a-instancia-capital-13-03-2012-pg-150>. Acesso em: 01 abr. 2014.

Código Civil. Para tanto, exige-se a comprovação documental dos gastos efetuados com a indevida imputação, bem como a prova do abalo psicológico sofrido.

Além disso, é possível que à mãe da criança beneficiária dos alimentos seja imputada a litigância de má-fé, nos termos do artigo 16 do Código de Processo Civil, haja vista a inobservância por parte da genitora dos deveres de lealdade e boa-fé.

Ainda resta ao réu da ação de alimentos gravídicos a demanda de locupletamento a ser ajuizada em face do verdadeiro pai da criança, notadamente pelo fato de que não tendo cumprido com sua obrigação, teria havido assim o seu enriquecimento.

Favoravelmente à repetição de indébito, o Tribunal de Justiça de São Paulo³³ já decidiu no sentido de que, em se tratando de inexistência de filiação, a pretensão deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis legais pela manutenção do alimentando. Entendeu-se que é perfeitamente possível que quem forneceu os alimentos não tendo a obrigação legal de fazê-lo, pode pleitear a restituição pelos valores pagos em face do terceiro que tem o dever de fornecê-los.

Diante do exposto, observa-se que a lacuna legislativa proveniente do veto do artigo 10 pode ser suprida mediante a utilização de algumas ferramentas já existentes no campo da responsabilidade civil. Com isso, evita-se a proteção de condutas maliciosas ao mesmo tempo em que se prestigia àquele que demonstrou inexistir vínculo paterno filial, a possibilidade de reaver os valores pagos indevidamente.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0002188-78.2007.8.26.0629*, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy . Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=16340> Acesso em: 30 mar 2014.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que a Lei n. 11.804/2008 deu ensejo à concretização e efetivação dos princípios da solidariedade familiar e paternidade responsável. A constatação dessa ideia se dá por meio de sua preocupação em proteger o nascituro integralmente, não se olvidando de impor aos pais a adoção de condutas compatíveis com os deveres legais a eles dirigidos.

Em virtude dos mais variados fatores, dentre eles a ausência de implementação de políticas urbanas relativas a planejamento familiar, assume a lei em estudo um papel relevantíssimo na consagração de direitos ao nascituro. Os alimentos assegurados pela legislação demonstram o respeito que a vida intrauterina merece, notadamente pelo fato de proporcionar os meios essenciais para o pleno desenvolvimento saudável do nascituro.

Ao ampliar a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para abarcar aqueles já concebidos, porém não nascidos, a criação da lei de alimentos gravídicos se justifica no intuito de pôr fim aos mais variados conflitos que envolviam os direitos dos nascituros. Significa dizer que a dignidade está presente tanto desde a sua concepção, quanto no momento de percepção dos alimentos assecuratórios de uma vida digna.

Após o estudo, observa-se que a lei em comento fez prevalecer os direitos concedidos ao nascituro em detrimento do direito do suposto pai à propriedade, liberdade, ampla defesa. Valorados os princípios, adotou a lei uma visão pró-resguardo da dignidade do nascituro, na medida em que apenas indícios de paternidade são mais que suficientes na concessão do pleito autoral, não se exigindo, portanto, que a relação de filiação seja demonstrada cabalmente.

Ainda que a lei traga benefícios, deve-se ressaltar algumas incongruências que podem ocorrer na prática, tais como a possibilidade de a genitora, ao agir de má-fé, atribuir ao suposto pai uma paternidade no qual não seja o verdadeiro genitor.

Não obstante a ocorrência do veto do art. 10 do projeto de lei n. 7.376/2006 e, corolário a isso a impossibilidade de se responsabilizar objetivamente a genitora pelo danos materiais e morais causados ao réu diante do resultado negativo do exame pericial de paternidade, o ordenamento jurídico não se coaduna com os atos exercidos de má-fé. Decorrência lógica dessa visão é a aceitação pela doutrina no sentido de se admitir ao suposto pai cobrar da genitora e do verdadeiro pai o que foi indevidamente pago.

Em razão dos danos causados pela genitora, sua responsabilidade recai sobre as regras do art. 186 e 927 do Código Civil, hipóteses legais de responsabilidade subjetiva. Impõe-se ao indigitado pai comprovar a presença de dolo ou culpa da gestante, além de demonstrar os gastos que lhe foram imputados indevidamente. Além disso, é cabível ainda a propositura de ação de reparação por danos morais, se ficarem provados os abalos psicológicos que tenha suportado.

Deste modo, por meio das soluções apresentadas por este trabalho para sanar a lacuna legislativa deixada pelo veto do art. 10, é possível encontrar tanto maneiras legais de se responsabilizar a gestante nas hipóteses em que esta acionar terceiro indevidamente, quanto ferramentas que evitem a pactuação com atos cometidos por má-fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 11.804, de 5 nov. 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm> Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Lei 11.804/2008. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008 trazendo as razões dos vetos aos artigos da Lei de Alimentos Gravídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm> . Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70020580304*. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 28.10.2003. Disponível em
<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35212977/djsp-judicial-1a-instancia-capital-13-03-2012-pg-150>> Acesso em: 01 abr. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0002188-78.2007.8.26.0629*, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy . Disponível em:
<<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=16340>> Acesso em: 30 mar 2014

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos Gravídicos?* Disponível em:
<<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2013

FERREIRA, Carlos Mauricio; SIMÕES, Fernanda Martins. *Alimentos Gravídicos: a evolução do direito à alimentos em respeito à vida e ao princípio da dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2013

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., ampl.. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: Comentários à Lei 11.804/2008*. 3 ed. ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08 – primeiros reflexos*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 25 fev 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, vol. VI, direito de família – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.