



**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES – IPTAN**

RAISSA NIKELE BATISTA

**OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E OS DIREITOS INERENTES AO SUPOSTO
PAI QUANDO DA NÃO CONFIRMAÇÃO DA PATERNIDADE**

SÃO JOÃO DEL REI

2014

RAISSA NIKELE BATISTA

**OS ALIMENTOS GRAVIDICOS E OS DIREITOS INERENTES AO SUPOSTO
PAI QUANDO DA NÃO CONFIRMAÇÃO DA PATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves –IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada, sob a orientação do Prof. Deilton Ribeiro Brasil.

SÃO JOÃO DEL REI

2014

RAISSA NIKELE BATISTA

**OS ALIMENTOS GRAVIDICOS E OS DIREITOS INERENTES AO SUPOSTO
PAI QUANDO DA NÃO CONFIRMAÇÃO DA PATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves –IPTAN- como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Examinador: Prof. Msc. Leonardo Henrique A. Silva

Examinador: Prof. Esp. Adriano Marcio de Souza

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, ao meu pai, minha mãe e aos meus irmãos. A todos meus familiares, que acreditaram no meu potencial.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu orientador Deilton, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

À professora Carla, por todo suporte.

À minha família, pelo carinho, amor e confiança.

Ao meu namorado, pela compreensão e companheirismo.

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade identificar os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade, após ter sido condenado ao pagamento de verbas alimentares em uma ação de alimentos gravídicos. Estes foram regulados no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 11.804/2008, sendo este o marco regulatório para se concretizar a efetivação dos direitos dos nascituros, constitucional e civilmente previstos, revelando, desta forma, um avanço em nossa legislação na proteção ao infante. O acionamento da justiça em ações de alimentos gravídicos possibilita a gestante que esta apresente tão somente indícios de paternidade o que, se suficientes para a convicção do juiz, implica para o suposto pai o pagamento da verba devida. No entanto, por ocasião desta previsão legal e, ainda, pela impossibilidade de se fazer prova científica, consistente em DNA, no período gestacional, é que muitas das vezes ocorre a condenação indevida ao suposto pai. Neste ponto, a legislação se omite e, de certa forma, o suposto pai se encontra em situação de vulnerabilidade por não ter meios de sanar o erro a que foi submetido e aos danos suportados. A

legislação brasileira prevê no Código Civil o instituto da Responsabilidade Civil, que regula de um modo geral todos os danos morais advindos das relações. Neste sentido, para ser possível que o suposto pai não fique a mercê da própria sorte, os aplicadores do direito têm utilizados do Código Civil para, analogicamente, resguardar também os direitos do suposto pai. Para a consecução do presente trabalho, serão realizados levantamentos bibliográficos de livros, artigos jurídicos e científicos, bem como consultas a legislações, analisando as questões mais relevantes e o entendimento atual do tema em estudo.

Palavras - chave: Alimentos Gravídicos. Condenação. Danos Morais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DOS ALIMENTOS GRAVIDICOS	10
1.1. Do nascituro	10
1.2. Conceito e aspectos processuais dos alimentos gravídicos.....	12
1.3. Análise da Lei 11.804/2008.....	13
1.3.1. Índícios de paternidade	13
1.3.2. Da responsabilidade subjetiva da gestante	15
2. DO DANO MORAL	18
2.1. Conceito de Dano moral	19
2.2. Proteção constitucional do dano moral	20
2.3. Reparação dos danos morais	19
2.4. Do quantum indenizatório	21
2.5. Da prova do dano moral	23
3. DO DANO MORAL NOS ALIMENTOS GRAVIDICOS	25
3.1. Dos danos morais no direito de família	25
3.2. Da responsabilidade civil por abuso de direito	26
3.3. Do dano moral por falsa imputação de paternidade	28
3.4. Da aplicação do dano moral por falsa imputação de paternidade nos alimentos gravídicos por analogia	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema o estudo dos alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade.

Os alimentos gravídicos e sua regulação legal estão previstos na Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, que define o marco regulatório para a proteção dos direitos inerentes ao nascituro e, ainda, representa significativa repercussão no meio jurídico.

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar que legalmente a genitora tem a legitimidade e a possibilidade de representar o nascituro para requerer alimentos junto ao suposto genitor, bem como também é possível ação indenizatória em favor deste, caso fique comprovado o equívoco e má-fé da postulante, no sentido de não ser verdadeira a presunção da paternidade.

Para o êxito da demanda, não é preciso existir casamento, união estável ou qualquer outro tipo de relacionamento duradouro entre as partes, sendo suficiente que ocorram fortes indícios da paternidade. Mover a ação com fundamentos apenas em indícios de paternidade é totalmente legal, uma vez que a comprovação desta só é possível por meios de exames, mas a realização dos mesmos foi vetada pela lei, por não ser recomendada devido ao fato de poder vir a ocasionar graves riscos ao feto, que é o principal tutelado na ação de alimentos gravídicos e, portanto, deve ter sua vida e integridade totalmente protegidos.

É a partir da existência de indícios de paternidade, que o juiz determinará a fixação dos alimentos gravídicos, concretizando desta forma o direito do nascituro. Destaca-se que referidos valores podem ser revistos a qualquer tempo e, ainda, após o nascimento da criança, onde esses valores se revertem em pensão alimentícia ou são exonerados, se ficar constatado que o suposto pai não é o verdadeiro pai da criança.

É justamente a possibilidade da revisão e exoneração da pensão fixada que suscita a possibilidade da existência de dúvida quanto à paternidade

do nascituro, podendo o suposto pai pedir a realização de exames após o nascimento da criança.

O embate jurídico está no caso do exame ter resultado negativo, momento em que se indaga: poderia aquele que foi apontado como pai pedir indenização? O artigo 10º da Lei de Alimentos Gravídicos previa que, em caso de resultado negativo de exame de paternidade, o autor responderia objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu. Porém, este artigo foi revogado.

No entanto, embora a revogação do referido artigo, ainda existe a possibilidade de ação de regresso contra os danos ocasionados por este tipo de ação, pois a responsabilidade civil se aplica a qualquer relação regida pelo Direito Civil, o que nos leva a concluir que a ação de reparação de danos nos casos de falsa imputação de paternidade está regulada no âmbito geral de aspectos civis.

Com o objetivo de analisar os direitos inerentes ao suposto pai na ação de alimentos gravídicos quando da não confirmação da paternidade, este trabalho se subdividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo, faz-se a abordagem dos conceitos e aspectos processuais de alimentos gravídicos, das teorias que definem a respeito da natureza jurídica do nascituro e será realizado estudo acerca da Lei nº 11.804/2008.

No segundo capítulo, por sua vez, trataremos especificamente do dano moral, com uma abordagem didática e objetiva deste instituto em seu aspecto geral e de sua previsibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as formas de identificação e indenização, uma vez que a previsão do dano moral no Código Civil é utilizado analogicamente na mensuração do dano moral por falsa imputação de paternidade.

E no terceiro capítulo será apresentado o estudo sobre o dano moral por falsa imputação de paternidade, com a apresentação de julgados já ocorridos em casos concretos e de como os doutrinadores e julgadores estão sanando as omissões legislativas existentes na Lei nº 11.804/2008.

1. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Alimentos gravídicos se tratam de uma verba de caráter alimentar, que se destina a cobrir despesas do período de gravidez, do momento da concepção ao momento do parto. Referida verba alimentar engloba a alimentação (nos casos também que essa precisa ser especial), assistência médica/hospitalar e psicológica, medicamentos, exames complementares, internações, parto, e todas as demais necessidades decorrentes do período gravídico e que são indispensáveis a gestante, bem como à criança. Referidas necessidades serão definidas de acordo com o que o médico julgue necessário e que o juiz decida adequado.

1.1 Do nascituro

Para ser possível efetuar um trabalho acerca dos alimentos gravídicos, é de caráter essencial se definir o que vem a ser o nascituro, uma vez que este é o sujeito que precisa existir no mundo jurídico para poder se falar em direito a alimentos gravídicos.

A palavra nascituro é derivada do latim *nasciturus*, que significa, segundo a melhor definição, aquele que deverá nascer, já concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu. Grandes são os debates doutrinários acerca da natureza jurídica do nascituro. Existem três teorias a respeito da natureza jurídica do nascituro, são elas:

Para Stolze e Pamplona Filho (2007, p.81):

Teoria Natalista: No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.

Para Gonçalves (2003, p. 80):

Teoria da Personalidade Condicional: o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Para Diniz (2007, p. 9):

Teoria Concepcionista: defende o reconhecimento da personalidade civil desde a concepção, inclusive aos embriões criados e mantidos fora do corpo da mulher.

A legislação brasileira, no art. 2º do Código Civil, estabelece que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A definição em nosso ordenamento jurídico adota a teoria natalista.

Conforme bem nos ensina César Fiuza (2008, p. 125):

O Direito Brasileiro tampouco deixa a questão fora de margens de dúvida. O art. 2º do Código Civil é claro ao adotar a doutrina natalista: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Em que pese a má redação (personalidade da pessoa – seria melhor personalidade do ser humano), o texto é cristalino: é o nascimento com vida que dá início à personalidade.

Com base nisso, grande parte de nossos civilistas advoga a tese natalista. Apesar da clareza do art. 2º, há quem entenda que o Direito Brasileiro, a partir de uma visão sistêmica, adota a tese concepcionista. E são vários os direitos que se pode atribuir ao nascituro, começando pelo o direito à vida e prosseguindo com os direitos ao estado de filho (...). Ora, é despidendo dizer que, segundo a lógica tradicional de nosso sistema jurídico, direitos detêm apenas as pessoas. Sendo assim, muito embora, a primeira parte do art. 2º se refira ao nascimento com vida, o Direito Brasileiro, considerado em seu todo, adota a posição concepcionista.

Discorre Miranda (1974, p. 215 *apud* CAHALI, 2009, p. 346):

O dever de alimentos em favor do nascituro pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, há despesas destinadas à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recuasse atendimento a tais relações entre inter-humanos, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

A Constituição Federal da República de 1988 estabelece em seu art. 5º o direito fundamental a vida, o que quer dizer que o direito à vida é para todos e não somente aos que nascerem vivos, engloba, portanto, também os que estão para nascer.

A dicotomia entre a Constituição Federal e o Código Civil no que se extrai a definição da teoria adotada no Brasil levou-se à discussão de qual seria a mais acertada dentro do nosso ordenamento jurídico. No entanto, com a edição da Lei nº 11.804/2008, lei que trata dos alimentos gravídicos, ficou mais coerente aceitar a teoria concepcionista, uma vez que reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde a sua concepção, pondo fim assim à discussão a respeito da personalidade jurídica dentro do direito pátrio.

1.2 Conceito e aspectos processuais dos alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos são aqueles destinados a mulher gestante para custear as despesas da sua gestação, tais como consultas médicas, medicamentos, exames relativos à gravidez, tratamentos psicológicos, internações, além de outras necessidades que o juiz considere pertinentes.

Os critérios para fixação do *quantum* são diferentes dos utilizados para a fixação da pensão alimentícia, no entanto o raciocínio é o mesmo, pois é indispensável à análise do binômio “necessidade x possibilidade da mãe e do suposto pai”, sendo fixado assim o *quantum* proporcional ao rendimento de ambos.

Há casos em que, devido à condição financeira negativa do suposto pai, despesas referentes à internação e ao parto não são por ele devidas, uma vez que o SUS (Sistema Único de Saúde) custeia essas despesas específicas.

Ainda, uma vez demonstrada a incapacidade financeira do suposto pai, há a possibilidade de o encargo ser transferido aos supostos avós, conforme regra estabelecida no art. 1698 do Código Civil.

A ação de alimentos gravídicos diferencia-se da ação de alimentos comum que já existe prova pré-constituída de paternidade, enquanto que na ação de alimentos grávidos tem-se apenas “indícios de paternidade”.

A legitimidade para propor a ação de alimentos gravídicos é da gestante e até o momento do parto. Após o nascimento do filho, a mãe passa a agir como representante do menor, pois a legitimidade passa a ser deste.

Quanto à legitimidade passiva, deverá figurar como réu o suposto pai, ou seja, aquele que manteve relações sexuais com a gestante na época da

concepção. Não é possível o litisconsórcio passivo na possibilidade da gestante ter mantido relação sexual com mais de uma pessoa, pois geraria incerteza quanto à condição de suposto pai do nascituro e prejudicaria a existência de indícios consistentes de paternidade, acarretando assim na improcedência do pedido.

Após o recebimento da inicial deferida, o réu terá um prazo de 5 (cinco) dias para oferecer defesa (conforme art. 7º da lei de alimentos gravídicos) que poderá negar suposta paternidade. No entanto, tal negativa não impede a fixação dos alimentos e nem a manutenção do seu pagamento.

Com o nascimento do bebê, é cabível a revisão dos alimentos nos moldes do art. 1699 do Código Civil bem como a investigação de paternidade que é feita através de exame de DNA.

É importante salientar que a revisão também é cabível durante a gestação, o que não ocorre na prática, pois, dificilmente se verá o fecho da demanda antes do nascimento do menor.

A extinção dos alimentos gravídicos se dará nos casos de aborto ou natimorto.

1.3 Análise da Lei nº 11.804, de 5 de Novembro de 2008

Conforme previsto e garantido na constituição, o direito à vida é direito fundamental e, por isso, o nascituro tem direito a alimentos e ao pleno desenvolvimento já no período gestacional.

A Lei nº 11.804/2008 foi editada para regular os alimentos gravídicos com vistas à proteção do nascituro e regula também a forma pela qual referido direito deverá ser aplicado. No entanto, referida lei não possui a normatização devida, trazendo lacunas, conforme será estudado.

1.3.1 Indícios de paternidade

A primeira lacuna a ser questionada esta no art. 6º e 8º (que foi revogado) desta lei, o artigo 6º estabelece que:

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.

Nota-se que, a existência da paternidade se define por indícios, não há como se provar concretamente, pois é pacificado na medicina que o exame de DNA (através da coleta de líquido amniótico) durante a gestação acarreta risco de morte ao bebê (o principal tutelado na ação de alimentos gravídicos), razão pela qual a possibilidade de se fazer o DNA durante o período gestacional, que era previsto no artigo 8º foi vetada no projeto desta lei.

Como afirma Freitas (2011, p. 77),

Não há prova pericial a ser realizada, uma vez que o art. 8º da Lei de Alimentos Gravídicos fora vetado, embora não declarado por este motivo, havia flagrante agressão aos direitos do nascituro, já que prévia a possibilidade de realização de exame de DNA intrauterino, ato rechaçado por muitos especialistas pelo risco ao feto no procedimento, nos casos de oposição de paternidade.

Silva (2008, p. 01) afirma que:

Não é obrigatória a realização do exame de DNA por meio do líquido amniótico, vetado o artigo que constava do Projeto de Lei nº 7.376/06, pelo qual se houvesse a oposição à paternidade pelo suposto pai a procedência do pedido de pensão alimentícia dependeria da realização de exame pericial.

Resta como pressuposto, apenas, indícios de paternidade, uma vez que a grande maioria dos supostos pais negariam a paternidade e poderia tentar impedir o andamento da ação de alimentos gravídicos, o que iria contra o direito fundamental a vida.

O problema encontra-se na subjetividade de “indícios de paternidade”, em condicionar o deferimento de alimentos gravídicos a meros indícios.

À gestante é permissível todos os meios para comprovar o relacionamento com o suposto pai, como bilhetes, cartas, mensagens, e mails, testemunhas que tenham conhecimento do envolvimento entre outras.

Freitas (2008, p. 03) acrescentou:

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

1.3.2 Da responsabilidade subjetiva da gestante

A segunda lacuna nesta lei esta na possibilidade de se condenar erroneamente ao pagamento dos alimentos gravídicos aquele que não é o verdadeiro pai.

Segundo Vital (2010, p. 04) dispõe:

O pedido de alimentos ao individuo errado certamente causa prejuízos irreversíveis, pois, como se sabe, os alimentos são irrepetíveis. Haverá então um conflito de direitos, de um lado a dignidade e a vida do nascituro e do outro a propriedade do devedor que foi indevidamente diminuída.

Como afirma Mendes (2010, p. 06):

A potencialidade de ter um filho já gera uma desestabilidade pelo fato de ao nascerem, notoriamente as obrigações e o vinculo com a prole é personalíssima, intransmissível, mudando completamente o planejamento de vida do homem que supostamente seria o pai, mas não é.

Nos termos da Lei nº 11.804/08, o réu que pagou indevidamente estaria desamparado, uma vez que o art. 10 que previa a responsabilidade da gestante fora vetado no projeto de Lei nº 7.376/2006, por se tratarem de norma

\$intimidadora, pois criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não se obter êxito.

No entanto, a solução existe, pois em que pese o veto ao art. 10, persiste a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva constante do art. 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada sua culpa, ou seja, desde que tenha agido com dolo (vontade deliberada de causar prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligencia ou imprudência).

Venosa (2007, p. 345-346) dispõe que: nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, é evidente que o solvens terá direito a restituição. Este direito de restituição se faz através da responsabilidade subjetiva da autora.

Esta mesma linha de raciocínio é seguida por Pimenta (2009, p. 04), que também entende que subsiste a responsabilidade subjetiva, *verbis*:

Não ficará desamparado aquele que for demandado em uma ação de alimentos gravídicos, no caso de não ser ele o pai, estando amparado pelo direito à reparação de danos morais e materiais com embasamento na regra geral da responsabilidade civil.

Trovão (2005, p. 02) conceitua imprudência:

Age de forma imprudente aquele que sabedor do grau de risco envolvido, mesmo assim acredita que seja possível a realização do ato sem prejuízo para qualquer um; age, assim, além da justa medida de prudência que o momento requer, excede os limites do bom senso e da justeza dos seus próprios atos.

Assim, a autora será responsabilizada subjetivamente tanto em relação à conduta culposa quanto à dolosa, pois se trata de abuso de direito, que nada mais é do que o exercício irregular de um direito se equiparando ao ato ilícito.

Conforme art. 927 do Código Civil:

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

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

Ainda, se confirmada posteriormente à negativa da paternidade, pode a autora ser condenada por danos materiais e/ou morais se provado que, ao exercitar regularmente suposto direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para obter um auxílio financeiro de terceiro inocente.

Portanto, em que pese às lacunas analisadas, há a possibilidade de julgamento por danos morais, buscando, assim justiça a aquele que foi condenado ao pagamento não sendo o verdadeiro pai. Como veremos nos capítulos 2 e 3.

2. DOS DANOS MORAIS

2.1 Conceito

Muitos são os conceitos dados ao dano moral na doutrina. Para Andrade (2008, p. 03) o dano moral é intimamente ligado “com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo”.

Maria Helena Diniz estabelece o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52, Súmula 227 do STJ), provocada pelo ato lesivo”. (DINIZ, 2010, p. 90).

Também conceitua Cahali (2011, p. 28):

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.

O dano moral está diretamente ligado aos direitos personalíssimos e não a conduta propriamente dita, isto é, ligado à consequência moral da conduta e não ao ato praticado.

Alguns doutrinadores chamam o dano moral de extrapatrimonial, tendo em vista que o dano não possui reflexo e nem produz qualquer efeito patrimonial, pois se isso acontecesse o dano deixaria de ser moral (extrapatrimonial).

Como afirma Silva (1999, p. 01):

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso podem ser: por ataque a vida, pelos meios de comunicação, oriundo de ofensa à estética, por violação a imagem, por ofensa a intimidade, por discriminação, dentre outros. Porém, o enfoque

deste trabalho é a possibilidade de dano moral por falsa imputação de paternidade.

2.2 Proteção constitucional do dano moral

Durante muito tempo discutiu-se no Brasil se o dano moral deveria ser reparado. A doutrina majoritária defendia a reparação, enquanto que à jurisprudência, inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), negava tal possibilidade.

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a aceitação da indenização pelo dano moral foi plena. Esta tutela veio a prestigiar a proteção efetiva ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana, consagrada no art. 1º desta mesma Constituição.

Dispõe os incisos V e X do art. 5º da Constituição:

Inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Inciso X: 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.

Em uma breve análise ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a inviolabilidade à intimidade abrange:

- 1) a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional;
- 2) a inviolabilidade à vida privada, o atentado ao segredo da vida privada e o atentado a liberdade da vida privada;
- 3) a inviolabilidade à honra, o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa humana que pode ser afetada pela injúria, calúnia e difamação. E por fim,
- 4) a inviolabilidade à imagem das pessoas, que consiste na tutela do aspecto físico.

Como Cavalieri Filho (2007, p. 02) aponta:

Pois bem, dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu artigo 5º, incs. V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário (...).

2.3 Reparação dos danos morais

De acordo com o Código Civil de 2002 em seu art. 186 se faz necessária à formação do ato ilícito.

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.

O art. 927 do Código Civil de 2002, por sua vez, confere ao ofendido a possibilidade de pleitear ação de reparação exclusivamente por danos morais se causa dano ao ofendido por ato ilícito:

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

Para Reis (1999, p. 78) a reparação do dano moral apresenta três funções inerentes a ela: compensatória, punitiva e social.

A função compensatória é meramente satisfativa, pois é uma forma de compensar o lesado pelos sofrimentos ocasionados pelo agente do ato ilícito (até porque não há como aquilatar o prejuízo decorrente de dor, que é imensurável e irreparável. A função punitiva terá um sentido pedagógico para o ofensor, pois ensiná-lo-á a agir com cautela em seus atos, além de persuadi-lo em seu *animus laedere*. Inclusive, é importante como critério de determinação do *quantum* a indenizar. A função social é reflexo direto da função punitiva, pois à medida em que esta exerce papel inibidor na prática de novas ofensas, este fato tem repercussão social, produzindo reflexos igualmente pedagógicos no contexto social.

Segundo Diniz, (2010, p. 93):

O Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aquele que foram decorrentes da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. (...) Logo, os lesador indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida.

Nesse contexto, discorre Cahali, (1980, p.66 *apud* SILVA, 1999, p.315)

(...) com efeito, a reparação que se tem em vista objetiva a concessão de um benefício pecuniário para atenuação e consolo da dor sofrida, e não para o ressarcimento de um prejuízo pela sua natureza irressarcível, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores.

Portanto, a reparação tem o objetivo de suprir a dor, o sofrimento ou a exposição indevida em razão de um ato ilícito cometido pelo ofensor. A reparação que consiste na prestação pecuniária não vem a suprimir o dano causado, tendo em vista que sua dor não tem preço e não se apagará, sendo insuscetível de mensuração, porém, tende a amenizar e neutralizar seu sofrimento de modo a melhorar seu futuro.

2.4 Do *quantum* indenizatório

Não havendo regulamentação própria que fixe o *quantum*, cabe ao prudente arbítrio do julgador e à força criativa da doutrina e da jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros para a fixação do *quantum*.

França (1988, p. 29) comenta:

A boa doutrina pondera que inexistam "caminhos exatos" para se chegar à quantificação do dano moral, levando-se em conta a ponderação e a responsabilidade do juiz, a fim de que alcance o equilíbrio na fixação do *quantum* da indenização.

A doutrina entende que, para fixação do *quantum* indenizatório devem-se respeitar os princípios da equidade e da razoabilidade, devendo considerar alguns elementos, como a gravidade do dano; a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor e a condição financeira do ofendido.

Algumas regras podem ser *a priori* estabelecidas, conforme decisão do acórdão do TJDF nº 590.739, Relatora Des. Vera Andrighi:

- a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
- b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
- c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
- d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
- e) deverá o julgador fixá-la buscando, através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;
- f) na indenização por dano moral o preço de “afeição” não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
- g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
- h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá tem em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Tendo em vista a subjetividade de cada caso, não se pode falar em valores pré-determinados ou fixação de critérios para determinação do *quantum*, sendo respeitadas apenas as regras descritas acima e levando-se em conta a necessidade de que a quantia satisfaça a dor da vítima.

2.5 Da prova do dano moral

A posição majoritária na doutrina e jurisprudência é de que não é exigível a prova do dano moral, bastando a prova do fato ofensivo, não sendo necessário demonstrar que sofreu realmente com o dano moral alegado, tendo em vista a subjetividade de cada caso, em que alguns ofendidos são mais suscetíveis e outros menos suscetíveis a dor.

Como podemos verificar neste julgado:

Indenização - Dano moral - Prova - Desnecessidade. "Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na provado fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil". (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelante: G.T.S.S. Apelado: D.M.M. Ap. Cível nº: 20120110337228APC. 6º Turma Cível do TJDF, DJ 31/05/2012.)

No entanto, a partir do momento em que não se obriga a comprovação do dano moral, surge a margem para erro, em que o dano moral poderá ser concedido a aquele que não sofreu de fato com o ato danoso, visando unicamente receber a indenização, banalizando, assim, o dano moral.

Como afirma Cavalieri Filho (2009, p. 83-84):

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Ainda que o dano moral venha a representar uma conquista da civilização, é necessária total observância ao que se refere à dor e sofrimento do indivíduo, não se confundindo com fatos corriqueiros do dia a dia ou qualquer contrariedade rotineira que são meros dissabores, não podendo ser alcançado ao patamar de dano moral.

Temos o dano moral nas relações de consumo, nas relações de trabalho, nas relações de crédito, decorrente de morte, dentre outras. No entanto, o foco deste trabalho é a possibilidade do dano moral nas relações familiares, mais precisamente na falsa imputação de paternidade extensivo nos alimentos gravídicos, conforme será exposto no capítulo a seguir.

3. DOS DANOS MORAIS NOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 Danos morais no direito de família

O direito de família é de todos os ramos de direito o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a eles conservam-se vinculadas a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou união estável.

Por isso, o dano causado de um membro da família a outro é de maior relevância do que o provocado por terceiro estranho a relação familiar, pois, a família é o alicerce da sociedade. Daí surge a importância da responsabilidade civil no âmbito familiar.

Como afirma Marmitt (1999, p. 113);

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais pertence oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os prejuízos morais resultante de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos, mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.

Não há no direito de família regra específica para reparação dos danos causados nas relações familiares, não havendo avanço no tema. Por tal razão, os operadores do direito buscam adaptações, através da doutrina e jurisprudência.

Conforme mencionado no capítulo anterior, sobre a possível banalização do dano moral, o mesmo acontece no direito de família, com uma preocupação até maior, tendo em vista que nas relações familiares padece um maior vínculo emocional, nos sentimentos, como ódio, ciúme, mágoa, vingança, dentre outros.

Nesse sentido discorre Dias (2005, p. 115):

As indenizações não podem ser utilizadas como mecanismos compensatórios para toda a gama de danos, uma vez que a base de qualquer entidade familiar é o vínculo afetivo e não à vontade.

As situações que normalmente implicam na reparação dos danos morais nas relações familiares são decorrentes:

- 1) do rompimento do noivado;
- 2) de abandono material, intelectual e moral do filho;
- 3) de abandono material, intelectual e moral do companheiro;
- 4) de negativa de reconhecimento de filiação;
- 5) de ofensas morais e físicas; dentre outros.

3.2 Da responsabilidade civil subjetiva e o abuso de direito

A responsabilidade civil subjetiva consiste na obrigação de demonstrar a culpa do ofensor, que nada mais é que a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente em que o mesmo deveria ter agido de outra forma e não o fez. O artigo 186 do Código Civil de 2002 disciplina sobre a responsabilidade civil subjetiva:

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.

Portanto, se o agente por ação ou omissão pratica ato contra o direito, com ou sem a intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona dano ou prejuízo a outrem está na seara dos atos ilícitos. Assim, o ato ilícito qualifica-se pela culpa.

É o que afirma Diniz (2010, p. 41):

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinado a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa.

A ação ou omissão ilícita pode acarretar dano indenizável. Neste estudo focaremos no ato ilícito por abuso de direito, que está disciplinado no art. 187 do Código Civil de 2002:

Art. 187. 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.

A grande maioria dos doutrinadores entende que o abuso de direito já era contemplado no Código de 1916, bem como o dever de indenizá-lo. Em análise *contrario sensu* do art. 160 deste código “não constituem atos ilícitos: I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Segundo Lunardi (s.d, p. 9) são requisitos para ocorrência do abuso de direito:

- 1) o exercício de um direito; 2) que tal exercício ofenda a finalidade econômica e social, a boa – fé ou os bons costumes; 3) que aja um dano a outrem; 4) que haja nexo causal entre o dano e o exercício anormal do direito.

Ao vislumbrarmos os requisitos citados, o exercício de um direito consiste na existência de um direito propriamente dito, pois, se o mesmo não existir, não há que se falar em abuso de direito. O exercício que ofenda a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes deve ser analisado separadamente, ainda que em alguns casos possa haver violação simultânea.

A existência de dano a outro é elemento essencial para que haja um abuso de direito, tendo em vista a obrigatoriedade de causa-lo para repará-lo e a existência de nexo causal e o dano e exercício anormal do direito que consiste na obrigatoriedade de relação entre o dano causado e a conduta do agente, não bastando apenas a ocorrência do fato danoso.

Alguns doutrinadores distinguem as sanções decorrentes do ato ilícito e do abuso de direito.

Segundo Carvalho Neto (2002, p. 193):

de regra, o ato ilegal somente admite reparação do dano causado, enquanto o ato abusivo comporta, sempre que

possível, além da reparação do dano o desfazimento do ato.

Esse entendimento não condiz com a doutrina majoritária que entende em qualquer violação de direito deve-se reparar e desfazer o ato.

É importante, por ora, saber que a responsabilidade civil nas relações de família, em regra, é subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa do agente. Para parte da doutrina e jurisprudência, no entanto, poderá se admitir a responsabilidade civil sem discutir culpa nas relações de família, nos casos de abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil.

Tendo em vista o tema alimentos gravídicos, a reparação dos danos morais está configurada na falsa imputação de paternidade, conforme veremos a seguir.

3.3 Do dano moral por falsa imputação de paternidade

Aquela que imputa a falsa paternidade a outrem, que sabia não ser o pai, de modo a induzi-lo ao erro configura ato ilícito, que consiste em abuso do direito de ação, causando dano, deve então repará-lo.

Nas palavras de Rafael Pontes Vital (2010, p.02),

Desta feita, imperando-se a má-fé, a mentira, a ocultação da verdade, haverá um ato ilícito. A gestante enganou até o próprio Poder Judiciário para conseguir fins ilícitos, abusou do direito de ação, o que demonstra a sua índole e a configuração do ato ilícito. Os interesses individuais e ilegítimos se sobrepuseram a dignidade da sobrevivência do nascituro e do suposto pai, o que configura uma ilicitude.

Como podemos verificar neste julgado:

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

09.2010.8.26.0007 , 6º Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ 04/04/2014.)

O presente julgado trata de ação de danos morais por acusação de falsa imputação de paternidade, em que o autor da ação inicial R.W. K pugna pela indenização, pois foi informado por R.S.B que se encontrava grávida e que ele seria o pai da criança, o autor concordou em auxiliar nos gastos provindos da gravidez e com a criança, e também em registrá-la como sendo pai mesmo sendo casado á época dos fatos. No entanto, posteriormente, comprovou-se não ser ele o pai através de exame de DNA, pois com o passar do tempo R.W.K começou a notar que a criança nada parecia com ele, o que o levou a solicitar o exame de paternidade que deu-se por negativo. Na contestação afirmou que a época do encontro amoroso com o autor da ação se encontrava noiva e que seu noivo era estéril e por um ano teve relações sexuais com ele sem utilizar de qualquer método anticonceptivo não engravidando, que terminou o noivado quando soube da gravidez, por ter certeza que o filho era de R.W.K. O magistrado *a quo* entendeu estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil, julgando procedente a ação e condenando R.S.B a indenizar o autor por danos morais no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais). R.S.B apelou da decisão, em que o recurso foi desprovido, sendo mantida a decisão monocrática.

O desprovimento se deu com o fundamento de que é certo que existiam dúvidas a cerca de quem seria o verdadeiro pai biológico da criança, visto que a apelante tinha um noivo quando manteve relações amorosas com o apelado, agravando ainda mais a situação da mesma é o fato dela não ter comunicado ao autor a possibilidade de outro homem ser o pai, criando ao apelado uma expectativa de que somente ele poderia ser o pai, agindo assim, com má-fé. Reconhecendo o colegiado e juiz monocrático que a apelante agiu “no mínimo” com imprudência, causando desequilíbrio psicológico e instabilidade emocional ao apelado, visto que a imputação da paternidade foi um dos motivos ensejadores do fim do casamento do apelado, além da ofensa a honra e imagem pública do apelado.

Nas palavras da Desembargadora Relatora Ana Lúcia Romanhole Martucci, na sentença da apelação cível nº 0028830-09.2010.8.26.0007 da 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ 04/04/2014:

A conduta culposa é aquela que resulta da violação do dever de cuidado, e, involuntariamente, causa dano a outrem, quando o agente podia ter agido de forma diversa, já que era previsível o resultado danoso. [...] Portanto, não há como afastar – se o nexó causal entre os atos praticados pela apelante e os danos experimentados pelo apelado, já que este é exatamente o liame que vincula a conduta ao resultado danoso. [...] Com efeito, o ato ilícito ensejador dos danos morais ora discutidos é a falsa imputação de paternidade, que trouxe amplos reflexos na vida do autor; e na geração ou concepção do filho em si. Note-se que, caso fosse o autor mesmo o pai, não se estaria aqui discutindo a ocorrência de danos morais, pois sequer haveria ato atentatório à moral.

Veja-se outro julgado que reconhece a indenização por falsa imputação de paternidade:

INDENIZAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. FALSA PATERNIDADE BIOLÓGICA. DANO MATERIAL. ALUGUEL E CONDOMÍNIO DA MORADIA DO CASAL. PLANOS DE SAÚDE. MENSALIDADE ESCOLAR. DESPESAS MÉDICAS. MÓVEIS INFANTIS. EXAME DE DNA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DANO MORAL. DEVER DE LEALDADE E RESPEITO NA UNIÃO ESTÁVEL. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Apelante: G.T.S.S., Apelado: D.M.M., Ap. Cível nº: 20120110337228APC, 6º Turma Cível do TJDF, DJ 31/05/2012.)

A presente jurisprudência trata de casal que viveu por dois anos uma união estável e a criança nasceu durante esse período. Ocorre que com o fim da união o apelante requereu o exame de DNA que em que o resultado da paternidade deu negativo. O autor G.T.S.S. ingressou com ação pedindo indenização por danos materiais no montante de R\$ 83.103,65 (oitenta e três mil cento e três reais e sessenta e cinco centavos) referente aos gastos efetuados durante a união estável, são eles: plano de saúde, vestuário, móveis, utensílios, aluguel e condomínio de morada do casal, academia, cartão de crédito, despesas com honorários advocatícios e custas processuais, despesas com a criança, dentre outros. Pediu também indenização por danos morais,

advindo do ato ilícito praticado no montante não inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Em contestação a ré afirma que o autor sempre soube condição do menor, que, portanto não lhe deve indenizar por danos materiais tampouco por danos morais. O juiz singular julgou improcedente os pedidos iniciais, condenando ainda, o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Razão pela qual o apelante recorreu da decisão.

A 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por unanimidade julgou improcedente o pedido de ressarcimento das despesas efetuadas na vida em união estável, visto que são motivados por valores sentimentais, afastando assim, o enriquecimento ilícito da apelada. Porem, reconheceu o direito de ressarcimento dos gastos com a criança, pois foram decorrentes da má-fé da apelada na falsa imputação de paternidade. Negou o ressarcimento ao gasto com exame de DNA e honorários advocatícios, tendo em vista, que se trata de livre exercício de direito de ação. Reconheceu o dano moral por falsa imputação de paternidade no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista que o apelante sofreu constrangimentos que extrapolam a frustração do fim da união estável, visto que teve sua honra ofendida, perante familiares e amigos.

Destarte, vejamos os fundamentos da Desembargadora Relatora Vera Andrighi na sentença da apelação cível nº 20120110337228APC, da 6ª Turma Cível do TJDF, DJ 31/05/2012 nesta decisão:

A toda evidência, a apelada-ré incorreu em ilícito civil ao omitir a verdadeira paternidade da menor C, e atribuí-la ao autor. Violou, ainda, os deveres de lealdade e respeito tutelados pelo CC/02. [...] Não somente a inobservância do dever de fidelidade, mas também o período em que o autor permaneceu acreditando ser o pai biológico da menor, em razão da omissão sobre a verdadeira paternidade biológica, justificam o dano moral passível de reparação.

Após análise das decisões acima, nota-se que a jurisprudência tem reconhecido a indenização por dano moral quando da falsa imputação biológica de paternidade, verificada a culpa da genitora que determina a paternidade àquele que não o é, cometendo ato ilícito, atentando o bem jurídico

alheio, gerando dano a *outrem*, ofendendo sua honra e imagem perante amigos, familiares, companheiros de trabalho, dentre outros.

A doutrina também vem disciplinando sobre a falsa imputação de paternidade, no ensinamento de Perez (2012, p. 02):

Consola-me, atualmente, que sob o império do DNA, as falsas acusações de paternidade passaram a ter vida curta na Justiça e acabaram-se de vez as aventuras judiciais do passado, em que um espertalhão qualquer, amparado por testemunhas que cometiam perjúrio, era alçado à condição de filho de pessoa falecida, abastada financeiramente, herdando ilegalmente sua fortuna. Também, esvaziou-se de vez a vetusta e conhecida defesa do réu em ação de investigação de paternidade, que não raro, trombeteava que a mãe do investigante havia mantido relações sexuais com outros homens - *exceptio plurium concubentium*, levantando dúvidas quanto à real paternidade.

Discorre Cahali (1998, p. 661), à respeito dos danos psicológicos causados aquele que foi dado como pai e não o era

Não se pode negar que toda ação de investigação de paternidade ilegítima representa para o demandado uma situação de constrangimento; segundo os preconceitos ainda vigorantes, a simples imputação da existência de filho nascido fora das relações matrimoniais coloca em crise a reputação, a honorabilidade, a correção e o respeito do indigitado pai.

Também afirma Simas Filho (1999, p. 464):

A comunicação enviada pelo juiz ao suposto pai é pública e, só por esse fato, coloca o destinatário em má posição. Considerem-se que se for homem casado, sua família logo inquirirá a respeito do que, seu pai ou esposo, andou fazendo para ser chamado pelo juiz. Se for solteiro empregado ou funcionário, e recebe uma comunicação no emprego, poderá haver suspeitas provenientes de companheiros de trabalho e até do chefe. Notem bem que há a possibilidade de o destinatário não ser o pai da criança, contudo, a suspeita, por parte de familiares e colegas de trabalho, permanecerá. E... nesse caso, de quem esse homem se ressarcirá?

Neste sentido, o dano causado pela genitora consiste no abuso de direito de ação, visto que ela ocultou a verdade ou reconhecia da previsibilidade de erro quanto à imputação. Os interesses individuais e

ilegítimos se sobrepuseram a dignidade da sobrevivência do nascituro e do suposto pai, o que sem dúvidas configura uma ilicitude e deve ser observado e reconhecido pelo poder judiciário.

3.4 Da responsabilidade civil por falsa imputação de paternidade nos alimentos gravídicos

Conforme discutido no primeiro capítulo deste trabalho, o art. 10 da Lei 11.804/2008 de Alimentos Gravídicos, que tratava da responsabilidade da gestante foi vetado, por se tratar de norma intimidadora, persistindo então a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva constante do art. 186 do Código Civil, que consiste na comprovação da culpa do agente.

Pois bem, verifica-se neste trabalho a possibilidade de indenização por danos morais quando da falsa imputação de paternidade a *outrem*, quando o agente sabia da possibilidade de dúvida e, ainda assim, o omite, de modo a prejudicar o suposto pai ou até mesmo em benefício próprio, agindo, assim, com má-fé. Verifica-se o reconhecimento na jurisprudência e doutrina dessa responsabilização e reparação.

O impasse ocorre é na possibilidade de indenização por danos morais ao suposto pai que pagou os alimentos gravídicos e posteriormente (com o nascimento do nascituro e realização do exame de DNA) comprovou-se não ser o pai. A edição da Lei de Alimentos gravídicos, bem como a doutrina e/ou jurisprudência ainda não se posicionaram efetivamente a respeito.

Com o objetivo de se sanar referida omissão, se utiliza as regras gerais do Código Civil, uma vez há ausência de norma específica. É importante salientar que a aplicabilidade da regra geral do Código Civil (reparação civil) se dará apenas quando houver comprovada a má-fé da gestante.

Portanto, não pode ficar ao desabrigo aquele que posteriormente apurou não ser o verdadeiro pai, podendo então ser reparado por danos morais com fundamento na regra geral da responsabilidade civil tendo em vista que o agente (a gestante) cometeu exercício irregular de um direito, que nada mais é do que abuso do direito de ação, visto que a gestante possuía dúvidas quanto à paternidade de seu nascituro, omite tal fato, e ainda assim aciona o judiciário causando dano de difícil reparação aquele que foi dado como pai e não o era,

agindo com evidente má-fé. Sem levar em consideração os alimentos que foram pagos durante a gestação, que já não poderão ser restituídos, visto que, os alimentos são irrepetíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 11.804/2008, conhecida como lei de alimentos gravídicos, foi editada e inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de dar integral proteção ao nascituro, garantindo os direitos fundamentais e preceitos constitucionais, bem como direitos civis.

O presente trabalho demonstrou toda a proteção que o Código Civil já estabelecia para o nascituro, como o direito à vida e o direito a alimentos. No entanto, devido à importância de se proteger e garantir referidos direitos, o legislador infraconstitucional regulamentou a Lei de Alimentos Gravídicos, com o objetivo também de pacificar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que já tutelavam o nascituro.

A Lei dos Alimentos Gravídicos regula o direito de ação da gestante como parte legítima a postular pelos direitos inerentes ao nascituro e, possibilita que a gestante receba do suposto pai todo o suporte financeiro necessário para arcar com os custos que vão desde o período gestacional até o parto.

A lei permite a condenação do réu ao pagamento das parcelas alimentícias mesmo quando há apenas indícios de paternidade, e é neste ponto que se estabelece uma discussão, pois a condenação com base em indícios pode trazer ao suposto pai uma situação bastante embaraçosa, pois pode estar impondo o pagamento indevidamente e erroneamente, já que a paternidade é presumida, e não atestada cientificamente justamente por ser impedida a realização de exame de DNA antes do nascimento da criança.

Como demonstrado neste trabalho, o artigo que previa a responsabilidade objetiva da gestante por danos morais e materiais causados ao suposto pai foi vetado. As lacunas da lei levaram os juristas a se manifestarem na busca de soluções que possibilitassem a reparação civil em favor do suposto pai que, após realização de exame de DNA, tenha obtido como resultado a negativa de paternidade.

A confirmação da negativa de paternidade, após já ter sido prestado alimentos o suposto pai, permite a este utilizar-se do instituto do dano moral e material previstos no Código Civil, provando a responsabilidade

subjetiva da genitora, bem como demonstrando a culpa ou o dolo a que tenha agido a gestante, apresentando, também, documentos que comprovem os gastos que lhes foram imputados indevidamente, cabendo, ainda, a provar os abalos psicológicos que tenha sofrido.

Neste contexto, o presente trabalho buscou identificar as lacunas existentes na Lei nº 11.804/2008 e buscou por demonstrar também como referidas lacunas vem sendo sanada por nossa legislação e jurisprudência no que tange a responsabilidade da gestante caso esta acione na justiça um terceiro inocente, o suposto pai, demonstrando quais ferramentas este possui para reaver o que pagou indevidamente a título de alimentos gravídicos e para que seja indenizado moralmente por todo o dano suportado com base na regra geral do Código Civil.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo C. *A evolução do conceito de dano moral*, 18/08/2008 disponível em: <
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&groupId=10136 > acesso em 17 de Maio de 2014.
- BRASIL, Tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios, Ap. cível 20120110337228APC, Apelante: Gerson Tadeu Scatolin da Silva, Apelado: Débora Machado Mourão, Rel. Des. Vera Andrigui, 6ª Turma Cível, publicado no DJ em 31/05/2012.
- BRASIL, Tribunal de justiça de São Paulo, Ap. cível 00753811220098260224, Apelante: Panamericano Arrendamento Mercantil S/A, Apelado: Iranildo Alves dos Santos, Rel. Des. Orlando Pistoressi, 30ª Câmara de Direito Privado, publicado no DJ em 18/01/2012.
- BRASIL, Tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro, Ap. cível 00008134520108190075, Apelante: Danillo Sabino de Oliveira, Apelado: Jéssica Bezerra Bueker, Rel. Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira, 6ª Câmara Cível, publicado no DJ em 01/12/2011.
- BRASIL, Tribunal de justiça de Minas Gerais, Ap. cível 10194090997850001, Apelantes: Ângela Oliveira Soares Faria, Leonan Lander Faria, Lorena Soares Faria assistido pela mãe Ângela Oliveira Soares/ Faria, Apelado: Welington Lander Faria, Rel. Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, publicado no DJ em 18/02/2013.
- BRASIL, Tribunal de justiça de São Paulo, Ap. cível 00288300920108260007, Apelante: Rosimeire Silva Bonatti, Apelado: Ronaldo Willians Kneip, Rel. Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado no DJ em 04/04/2014.
- BRASIL, Tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios, Ap. cível 20120110337228APC, Apelante: Gerson Tadeu Scatolin da Silva, Apelado: Débora Machado Mourão, Rel. Des. Vera Andrigui, 6ª Turma Cível, publicado no DJ em 31/05/2012.
- CAHALI, Yousef.Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo. RT, 1980 *apud* SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 1º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso de direito*. Curitiba: Juruá, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Visão constitucional do dano moral*, 04/07/2007, disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15943-15944-1-PB.pdf> > acesso em 17 de Maio de 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo / César Fiuza. - 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do Dano Moral. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 631, 1988.

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

GAGLIANO, Pablo Sotlze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. 8.ed.São Paulo: Saraiva.2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos*, s.d. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf> > Acesso em 09 de Jun. de 2014.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MENDES, Fábio Maioralli Rodrigues. *Lei 11.804 - Alimentos Gravídicos*, 08/01/2010, disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3400 > acesso em 25 de Março de 2014.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974 *apud* CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 56. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

PEREZ, Ademir. *DNA e a falsa imputação de paternidade*, 2012. Disponível em: < http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_dna_filiacao.pdf > Acesso em 24 de Junho de 2014.

PIMENTA, Natalia Cristina. *A importância social da Lei dos Alimentos Gravídicos*, 05/06/2009, disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/40288> > acesso em 25 de Março de 2014.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Alimentos gravídicos*, 13/11/2008, disponível em: < <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=171> > acesso em 25 de Março de 2014.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro. Forence, 1999.

SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro*. In: *Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1999 *apud* FERREIRA, Viviane Giovanete Ramos Ferreira. *A indenização por dano moral na ação investigação de paternidade*, s.d. Disponível em: < <http://www.unicesumar.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/380/456> > Acesso em 24 de Junho de 2014.

TROVÃO, Antonio de Jesus. *Uma breve análise acerca da sintaxe do Título III do Livro III, do Código Civil vigente: Do dano*, 30/05/2005, disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=639> > acesso em 25 de Março de 2014.

VADE Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora, 2. Ed – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VITAL, Rafael Pontes. *Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos*, 07/07/2010, disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido-dos-alimentos-gravidicos> > acesso em 25 de Março 2014.