

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA
GESTANTE NA LEI 11.804/08**

Amanda Albuquerque de Araújo

Biblioteca UESPI - PHB
Registro Nº M 857
CDD 342.151
CUTTE: A 658 a
V 01
Data 14 09 12
Visto marcelo

PARNAÍBA -PIAUI

2011

AMANDA ALBUQUERQUE DE ARAÚJO

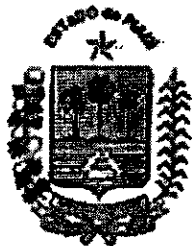
**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA
GESTANTE NA LEI 11.804/08**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí, no curso de Direito como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Roberto Cajubá da Costa Britto.

PARNAÍBA – PIAUÍ

2011



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE NA LEI

11.804/08

de
AMANDA ALBUQUERQUE DE ARAÚJO

Resultado: APROVADA

A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE NA LEI

Caro(a) Professor(a)

PROFESSOR ORIENTADOR ROBERTO CAJUBÁ DA
COSTA BRITTO

Phablo Rodrigues de Oliveira
PROFESSOR EXAMINADOR PHABLO RODRIGUES DE
OLIVEIRA

Alberto Abraão Loiola Filho
PROFESSOR EXAMINADOR ALBERTO ABRAÃO LOIOLA
FILHO

PROFESSOR

A Deus, ser supremo de toda honra e toda glória, aos meus pais Antônio e Ângela pelo incentivo, ao meu orientador Roberto Cajubá pela atenção e aos meus colegas de jornada pelo apoio.

*“A glória não consiste em jamais cair, mas
sim na capacidade de ergue-se sempre que for
necessário”*

Charles Chaplin

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar os aspectos mais relevantes da lei 11.804/08, lei de alimentos gravídicos, bem como o nascituro, razão da existência da referida lei, alguns aspectos históricos, teorias acerca do início da personalidade jurídica do mesmo, seus direitos, bem como analisar a medida aplicável no caso de superveniência de falsa paternidade, se a gestante pratica ato ilícito ao imputar falsa paternidade, o instituto da responsabilidade civil o dever de reparar, e a questão da irrepetibilidade dos alimentos gravídicos para que ao final, seja concluído pela viabilidade ou não da aplicabilidade da responsabilidade civil da genitora na lei de alimentos gravídicos.

Palavras chave: Lei de alimentos gravídicos, nascituro, falsa paternidade, responsabilidade civil.

ABSTRACT

This study aims to analyze the most relevant aspects of the law 11.804/08, food law pregnancy and the unborn child, due to the existence of that law, some historical aspects, theories about the beginning of the same legal status, their rights, and analyze the extent applicable in the case of occurrence of false paternity, if the pregnant woman tort practice by imputing false paternity, the institute of liability duty to repair, and the question of uniqueness of the food to pregnant in the end, to be completed by viability or non-applicability of tort law in the mother's pregnancy food.

Keywords: Law of foods pregnant, unborn child, false paternity, civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I –ALIMENTOS GRAVÍDICOS	10
1.1. Os alimentos gravídicos e aspectos gerais da lei 11.804/08	10
CAPÍTULO II – O NASCITURO	14
2.1. Conceito	14
2.2. Aspectos históricos	14
2.3. Teorias sobre o início da personalidade.....	15
2.4. Teoria Natalista	16
2.5. Teoria Concepcionista	17
2.6. Teoria Adotada pelo Brasil	18
2.7. Tutela dos direitos do nascituro.....	19
2.7.1. Direito a vida	19
2.7.2. Direito a alimentos.....	20
2.7.3. Direitos patrimoniais.....	21
2.7.4. Direito de curatela.....	22
2.7.5. Direito de ter reconhecida filiação.....	22
2.7.6. Direito a adoção.....	23
2.8. O nascituro e a lei de alimentos gravídicos.....	23
CAPÍTULO III – DO DANO.....	25
3.1. Ato ilícito.....	25
3.2. Caracterização do ato ilícito praticado pela gestante.....	25
3.3. Danos materiais.....	27
3.4. Danos morais	27
3.5. Dever de reparar.....	29
CAPÍTULO IV – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE.....	30
4.1. A modalidade de responsabilidade civil aplicável.....	30
4.2. Relativização do indébito	31
4.3. Da ação <i>in rem verso</i>	33
CONSIDERAÇÕES FINAL.....	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

INTRODUÇÃO

Os alimentos gravídicos surgiram em nosso sistema jurídico como uma necessidade do legislador ordinário em resguardar o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já previa e estabelecia como garantia principiológica ao nascituro quando do estabelecimento dos direitos inerentes à sua personalidade.

A Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008), garante os direitos das gestantes de proteger o nascituro, para que venha atender a suas necessidades básicas, indispensáveis ao seu desenvolvimento e sobrevivência, incluindo deste modo, o direito a alimentos, cujo significado ressalta o aspecto jurídico que discorre sobre o direito à preservação do nascituro e do direito de manutenção do mesmo, abordando a possibilidade de se adquirir esse direito em juízo.

Não obstante, convém esclarecer, que a prestação de alimentos tem seu dever fundamentado no princípio da solidariedade familiar, que é determinado pelos artigos 1.694 e 1.710 do Código Civil de 2002, onde o grau de parentesco é quem determina o dever de prestar os alimentos. Contudo, tal obrigação repousa na presença de vínculos afetivos. Já, os alimentos gravídicos são estabelecidos pelo caráter gestacional da mulher e são pautados no princípio da proteção ao direito do nascituro resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Embora a lei que regula a matéria sobre alimentos gravídicos encontrar-se vigendo há mais de dois anos, o tema dos alimentos gravídicos ainda é muito recente no Brasil, por tanto é pouco discutido e pouco debatido, ainda polêmico e complexo principalmente, diante das teorias e jurisprudências controvertidas que surgiram em todo o país relativas ao nascituro. No entanto, não deixa de ser um assunto de suma importância tanto para a sociedade quanto para o Direito.

A lei de alimentos gravídicos traz em seu bojo uma questão controvertida, objeto de análise do estudo, que diz respeito sobre a ausência de responsabilidade civil quanto à reparação de danos em desfavor da gestante, quando esta agir dolosamente em desfavor do alimentate, impondo falsa paternidade a alguém que não é o legítimo pai do nascituro, haja vista, que a responsabilidade civil da gestante não fora prevista legalmente por esta lei, nem tampouco encontra-se pacificado o entendimento sob tal responsabilidade, o que torna proeminente o tema abordado de sumária importância para toda sociedade.

Por fim, é corolário e incontestável que os alimentos gravídicos consistem numa forma encontrada pelo legislador pátrio para resguardar os direitos do nascituro. Porém, a lei que regula a matéria referente aos alimentos gravídicos possui pontos obscuros, gerando grande insegurança jurídica. Em nossa atual sociedade, pautada sob um constante processo de modificação e avanço sociocultural, exige-se cada vez mais do Poder Público, uma atuação eficaz e eficiente no combate à insegurança jurídica quanto à aplicabilidade de suas leis, por essa razão, torna-se mais que relevante em termos sociais, demasiadamente urgente à necessidade de um processo reflexivo a fim de investigar a aplicabilidade da responsabilidade civil em desfavor da gestante quando dolosamente imputar falsa paternidade na Lei nº 11.804/2008, para que a insegurança jurídica não paire sobre a aplicabilidade do Direito em nossa sociedade.

CAPÍTULO I

ALIMENTOS GRAVÍDICOS

1.1 Os Alimentos Gravídicos e aspectos gerais da Lei 11.804/08

Os alimentos gravídicos foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2008, através da Lei nº 11.804/08, denominada lei de alimentos gravídicos e dessa forma passou a desempenhar um importante papel social, amparando o período gestacional de milhares mães brasileiras que não possuíam o apoio do genitor do nascituro para auxiliar a gravidez, e tão pouco, condições para arcarem sozinhas com as despesas adicionais oriundas da gestação, a partir da vigência desta lei, a gestante passou a ter legitimidade ativa para propor a ação de alimentos gravídicos em face do genitor do nascituro, sem a exigência de comprovação de casamento ou união estável com o mesmo, para que ele venha arcar com a parte que lhe cabe nas despesas adicionais do período de gestação, pois este dever cabe a ambos os genitores, tendo em vista que a gestante não é a única responsável pela gestação, desta forma a novel lei, se vale do princípio da paternidade responsável e da isonomia, este último reza a igualdade de todos perante a lei.

A lei de alimentos gravídicos foi muito apreciada e comemorada por grande parcela da doutrina brasileira, DIAS (2008, Disponível em: <www.jus.com.br> Acesso em: 14 de novembro de 2011), comenta sobre a lacuna existente antes da edição do referido diploma legal e a sua importância para as relações parentais, em suas palavras aduz:

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, pois a Lei de Alimentos exige prova do parentesco ou da obrigação. O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA (...). Os alimentos gravídicos vêm referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna

FREITAS (2008, Disponível em: <www.ibdfam.org.br>, Acesso em: 14 de novembro de 2011) reconhece a importância do auxílio financeiro do genitor , sobre o referido tema comenta:

Os alimentos gravídicos, sem dúvida, permitirão melhor tutela as mulheres em gestação e á futura prole, que, para seu nascimento com saúde, tanto precisa do suporte financeiro do pai e de outros parentes, no caso de impossibilidade daquele.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já concedia antes da lei 11.804/08, decisões favoráveis ao nascituro como as *infra* mencionadas:

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FIXAÇÃO. CABIMENTO. PATERNIDADE. PROVA. INDÍCIOS. EFEITOS. FILHO NASCITURO. DIREITO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018406652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007, publicado no Diário de Justiça em: 16/04/2007) (Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 15 de novembro de 2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70021002514, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 15/10/2007, publicado no Diário de Justiça em: 22/10/2007). (Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 15 de novembro de 2011).

As decisões supracitadas demonstram que a época em que foram prolatadas, já havia necessidade de uma lei para disciplinar os alimentos concedidos durante a gestação, a sociedade já clamava por este avanço no ordenamento jurídico.

O art. 2º da Lei nº 11.804/08 *in verbis*:

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

O rol das despesas adicionais supracitadas, não é taxativo, é exemplificativo e compreende outras despesas que o magistrado possa considerar imprescindíveis para garantir ao nascituro um desenvolvimento regular e saudável, durante a sua vida intrauterina.

Os alimentos gravídicos tem caráter eminentemente protecionista, concedidos em favor da gestante em razão do nascituro, consiste no meio ou instrumento eficaz para serem assegurados os direitos que o ordenamento jurídico conferiu ao nascituro, como o direito a vida, este direito dar suporte a concretização dos demais direitos outorgados ao mesmo, como a preservação de sua integridade física, direito de ser reconhecido como filho, receber herança, doações, entre outros.

Embora sejam inegáveis os benefícios oriundos da lei de alimentos gravídicos, podemos observar que a referida lei apresenta peculiaridades como a titularidade dos alimentos gravídicos pertencente à gestante, em razão do nascituro, nestes termos preleciona o artigo 1º, Lei nº 11.804/08 *in verbis*: “**Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.**” (grifo nosso).

Os alimentos gravídicos são concedidos baseados apenas em indícios de paternidade como preleciona o artigo 6º da lei nº 11.804/08, *in verbis*:

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. (grifo nosso).

Não é obrigatório que a gestante venha a submeter-se a exame pericial de DNA, através da coleta e análise do líquido amniótico, tendo em vista que o referido procedimento

pode apresentar riscos ao nascituro e possível comprometimento da vida e integridade física do mesmo, nestes termos, simples indícios de uma relação que conseqüentemente tenha havido conjunção carnal e resultado, por conseguinte numa gravidez poderá servir de base para que o magistrado julgue pela procedência do pedido, ou seja, fotos, prova testemunhal poderão ser indícios de paternidade.

Os alimentos gravídicos poderão ser pleiteados do período da concepção até parto, depois do nascimento com vida será convertido em pensão alimentícia em favor do menor. Nestes termos o parágrafo único do supracitado artigo 6º preleciona que: “*Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite a sua revisão.*” Este citado procedimento caracteriza uma forma de economia processual, tendo em vista a morosidade dos procedimentos, pois pelo contrário, se não houvesse a citada conversão seria necessário, cessada a obrigação referente aos alimentos gravídicos, o ajuizamento de uma nova demanda processual a fim de pleitear alimentos em favor do menor, fica autorizada a revisão dos alimentos no momento da conversão, que é após o nascimento com vida, que também é oportuno para realização do exame de DNA que não oferece riscos para o recém nascido e pode comprovar se realmente os alimentos são devidos, ressaltando que os alimentos de forma geral, inclusive os gravídicos até então são irrepetíveis.

Pelo o que foi exposto, concluímos que a lei de alimentos gravídicos cumpre uma importante função de caráter social, garantindo dignidade aqueles que se encontram em desenvolvimento no ventre materno e que a referida lei apresenta natureza jurídica híbrida, diferenciada e peculiar, pois vale-se supletivamente do Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869/73 e da Lei de Alimentos, Lei n.º 5.478/68, desta forma comenta FREITAS (2008, Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 14 de novembro de 2011):

A natureza dos alimentos gravídicos é sui generis, agregando elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira, se apropria da primazia de tutela em relação a outras obrigações, enquanto da segunda, a novel lei se vale das regras de integral reparação patrimonial.

CAPÍTULO II

O NASCITURO

2.1 Conceito

FERREIRA (200, p.481) ensina que o termo nascituro provém do latim *nasciturus*, é adjetivo e substantivo masculino, e o significado é “*que, ou aquele que há de nascer*”, MOORE (2003, p 63.) define como “*produto da concepção*”

FRANÇA, citado por AMARAL (2001, p. 217), O nascituro é “*o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno*”. É importante o entendimento de CHINELATO e ALMEIDA (2000, p.9) sobre a fecundação *in vitro*:

Assim, para nós, com ligações hauridas na Medicina e na Biologia, há de se ressaltar que, **na fecundação *in vitro*, não se poderá falar em “nascituro”** enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de “nascituro” sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação *in anima nobile* (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação *in vitro*. (grifo nosso)

Por tanto o nascituro consiste no feto em desenvolvimento no útero materno, ligado substancialmente a genitora na fase gestacional pelo cordão umbilical, até o momento do nascimento.

2.2 Aspectos históricos do nascituro

Segundo Hécio Maciel França citado por BADALOTTI (2008, Disponível em: <www.iuspedia.com.br> Acesso em: 28 de novembro de 2011), eram várias as expressões referentes ao nascituro, nestes termos, aduz:

Nascituro no direito romano clássico era evocado por expressões como *is qui est in ventris* (aquele que está no ventre), *is qui est in útero* (aquele que está no útero), ou pelos

termos *conceptus* (concebido), *venter in uterus* (vivendo no útero), *fetus* (feto), entre outras.

Na antiguidade romana clássica, o nascituro já possuía normas que versavam sobre a sua condição, o feto era considerado parte da gestante e a sua personalidade jurídica ou de fato iniciava-se somente com o nascimento com vida, mas eram resguardados os direitos inerentes a sua existência no período gestacional, com a condição, que o feto ao ser desligado do ventre materno venha a atender alguns requisitos quais sejam: forma humana, vida viável e não ser escravo, atendidos os referidos requisitos os direitos do nascituro como pessoa seriam remontados a concepção, BADALOTTI (2008, Disponível em: <www.iuspedia.com.br> Acesso em: 28 de novembro de 2011).

O pensamento supra explanado acerca do nascituro, dá ênfase ao brocardo romano prelecionado por MONTEIRO (2007, p.64) que diz: *“Paulo já afirmava que nasciturus pro jam nato habetur quando de eius commodo agitur, ou seja,” o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse.*”

Na cidade estado de Tebas na Grécia antiga, a vida uterina também era protegida, abominava-se o aborto e havia inclusive penalidades para quem o praticasse, Aristóteles o condenava e admitia apenas no caso de deformidade do feto, do qual resultaria segundo o seu pensamento em uma vida não viável, Platão admitia o aborto apenas na hipótese de ser do interesse do estado (ALMEIDA, 2000).

Do exposto, concluímos que desde os primórdios da antiguidade clássica Greco-Romana havia uma preocupação acerca do nascituro e dos direitos que poderiam lhe ser atribuídos e que muitos desses preceitos antigos, inspiraram teorias e inclusive ordenamentos.

2.3 Teorias sobre o início da personalidade jurídica

A personalidade jurídica ou civil são atribuições concedidas a pessoa humana para figurar nas relações jurídicas. (VENOSA, 2005), ou seja, a personalidade jurídica é requisito para a capacidade de direito, como afirma MONTEIRO (2000, p.66):

Capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que se localizando ou concretizando-se num ente, forma a pessoa.

DINIZ (2008, p.119) preleciona sobre os direitos da personalidade afirmando que: *“Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, impréscritíveis e inexpropriáveis”*.

Sintetiza Caio Mário da Silva Pereira citado por DINIZ (2008, p.114), a personalidade jurídica é: *“A aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”*.

O início da personalidade jurídica coincide com o início da vida humana, ter personalidade jurídica é ter capacidade de direito, o referido início é assunto ainda muito polêmico e não pacificado entre as inúmeras doutrinas espalhadas pelo mundo, preceitos éticos, religiosos, filosóficos e estudos científicos influenciam os diversos ordenamentos jurídicos em todo no mundo.

As controvérsias acerca do início da vida e da personalidade jurídica originaram duas grandes correntes, a saber, a Teoria Natalista e Teoria Concepcionista.

2.4 Teoria Natalista

A Teoria Natalista incorporada pelo código civil espanhol, português e italiano e defendida por doutrinadores como Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio de Salvo Venosa, entendem que a vida humana origina-se com o nascimento com vida, com o efetivo funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, ainda que o recém nascido venha a falecer no minuto seguinte do nascimento, não possuindo o nascituro personalidade jurídica, apenas expectativa de direito, Nestes termos no entendimento de Pontes de Miranda citado por HORTA (2008, Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 20 de dezembro de 2011) preleciona:

(...) No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos; nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção que lhe deveria ter ido. **Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.** (grifo nosso)

Caio Mário da Silva Pereira citado por HORTA (2008, Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 20 de dezembro de 2011) preleciona que:

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

Nas palavras de VENOSA, (2005, p.153):

“O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de **direito eventual**, sendo este um **direito de mera situação de potencialidade**, de formação.” (grifos nossos).

“O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o **ordenamento lhe atribuiu personalidade.**” (grifo nosso).

Os doutrinadores natalistas, em seus pensamentos supracitados deixam claro essa situação de expectativa de direito do nascituro ao afirmar que os direitos a ele inerentes encontram-se em situação de potencialidade, eventualidade, que estes direitos lhe são conferidos de forma suspensiva, ou seja, puramente expectativas de direitos que terão plenitude com o início da personalidade que somente se iniciará, segundo esta corrente com o efetivo nascimento com vida.

2.5 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista, incorporada ao ordenamento jurídico de países como México, Peru, Argentina, Paraguai e França, este último país foi o berço da referida teoria, que é defendida por grandes doutrinadores como assevera GONÇALVES (2007, p.81), que preleciona:

“A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a

concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.”

A teoria concepcionista ensina que a vida tem início biologicamente com a concepção, com a efetiva fecundação do óvulo, gameta feminino pelo espermatozóide, gameta masculino e posteriormente com a nidação do óvulo fecundado na parede uterina, dando origem a um novo ser humano, que não se confunde com a gestante, pois possui carga genética própria. (ALMEIDA, 1988).

O ordenamento jurídico brasileiro assim como outros ordenamentos espalhados pelo mundo, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana outorga direitos ao nascituro e na linha deste pensamento REALE (2003, p. 231). Aduz: *“todo sujeito de direitos é também uma pessoa.”* Limongi França citado por SEMLÃO (2000, p.39) preleciona: *“Ora quem, diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”*, Nestes termos entendemos que se o nascituro é detentor de direitos, logo ele possui personalidade jurídica e conseqüentemente capacidade de direito ou de gozo, restando por essa linha de pensamento impossibilidade de serem atribuídos direitos a um ser sem personalidade jurídica, já que a personalidade jurídica é requisito para atribuições de direitos e obrigações, logo o nascituro como sujeito de direitos é portador de personalidade jurídica.

2.6 Teoria adotada pelo Brasil

O Código Civil brasileiro, Lei 10.406/02, versa sobre o início da personalidade, desta forma o seu art. 2º preleciona *in verbis*: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*. A primeira parte do dispositivo deixa claro o entendimento que o código adotou a teoria natalista, mas a segunda parte nos remete a idéia da teoria concepcionista, tornando a interpretação ambígua, controversa.

O Supremo Tribunal Federal, em 2007, de forma inédita na história brasileira realizou a primeira audiência pública com a finalidade de obter esclarecimentos para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF que visava impugnar o artigo 5º em bloco da Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05, para oferecer os referidos esclarecimentos foram convocados, médicos, geneticistas dentre outros especialistas para fornecerem opiniões e

depoimentos sobre a utilização de células tronco embrionárias em pesquisas e terapias. O momento foi por demais, oportuno para a discussão sobre o início da vida humana, pois o assunto era primordial, para que fosse decidido sobre a licitude da utilização das células tronco em pesquisas e terapias. Ao final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a suprema corte decidiu pela constitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos da Lei nº 11.105/05 que preleciona *in verbis*: "*É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento atendidas as seguintes condições*" (grifo original)

Entende a suprema corte que os embriões produzidos *in vitro* não constituem vida, permitindo a manipulação destes para fins de pesquisas e terapêuticos, entende-se por desdobramento do referido entendimento que a proteção constitucional é atribuída ao embrião localizado no útero, a vida uterina é protegida desde a concepção.

Conclui-se portanto que o supremo não decidiu de modo específico a respeito da origem da vida, limitando-se a permitir a utilização das células tronco nos termos supra especificados, não assumindo oficialmente uma posição, perdurando a controvérsia do artigo 2º do Código Civil.

2.7 Tutela dos direitos do Nascituro

O legislador pátrio estabeleceu a tutela jurídica dos direitos do nascituro a fim de dar-lhe proteção. A segunda parte do artigo 2º do Código Civil, quando fala que os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção, deixa claro a existência de direitos inerentes a aqueles que ainda estão por nascer, a referida tutela pode ser verificada em vários dispositivos espalhados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.7.1 Direito à vida

O direito à vida é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º caput, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes (grifo nosso)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de Novembro de 1969, (Pacto de São José da Costa Rica) foi um tratado promulgado no Brasil através do Decreto nº. 678 de 6 de Novembro de 1992 e em seu artigo 4º preleciona *in verbis*: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*”. (grifo nosso). O citado tratado tem status de norma constitucional conforme o artigo 3º, parágrafo terceiro da Constituição Federal do Brasil *in verbis*: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

Por tanto o direito a vida também é conferido ao nascituro, nestes termos preleciona MORAES (2004, p.66) “*A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.*”.

Um excelente exemplo de proteção da vida uterina e conseqüentemente também da integridade física do nascituro, presente no ordenamento jurídico brasileiro é a proibição do aborto criminoso, que consiste na interrupção dolosa da gravidez, O Código Penal Brasileiro incluiu o aborto no rol dos crimes contra a pessoa, admitindo apenas, o aborto necessário ou terapêutico que consiste no procedimento feito pelo médico no caso da gravidez oferecer risco para a mãe e não tiver outro meio para salvar sua vida e o aborto no caso de gravidez resultante do crime de estupro, também conhecido como humanitário que consiste no procedimento também feito pelo médico com a condição de ter o consentimento da gestante, ou de seu representante legal se a mesma for incapaz, desse modo não é relevante a teoria adotada acerca do início da personalidade, se natalista ou concepcionista, no que diz respeito a proteção e defesa da vida do nascituro, a doutrina é unânime. BRASIL, Código Penal (1940)

2.7.2 Direito a alimentos

O nascituro tem direito a alimentos, com base na lei n. 5.478/68, Lei de Alimentos onde é necessário prova de parentesco e da obrigação, e na lei n. 11.804/08, Lei de Alimentos Gravídicos, onde tão somente é necessário indícios de paternidade, como já foi explanado,

nesta última lei, mesmo sendo a gestante titular dos alimentos gravídicos, a titularidade da gestante é em razão do nascituro, para que sejam preservadas vida e integridade física do mesmo durante o desenvolvimento uterino.

2.7.3 Direitos patrimoniais

O nascituro possui direitos de cunho patrimonial, DINIZ (1998, p.334) ao definir o nascituro, expõe que o mesmo é detentor do referido direito, em suas palavras aduz:

“Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, **alcançando os direitos patrimoniais**, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.” (grifo nosso)

E ainda Silvio de Salvo Venosa afirma (2005, p.154) *“Para efeitos práticos, porém, o ordenamento pátrio atribuiu os necessários instrumentos para a proteção do patrimônio do nascituro.”* (grifo nosso)

De acordo com os pensamentos supracitados o nascituro possui direitos patrimoniais podendo adquirir bens por doação como demonstra o artigo 542 do Código Civil que diz: *“A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”* e por herança de acordo com o artigo 1798 do Código Civil que aduz: *“Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”*

É interessante ressaltar que há possibilidade do não concebido ser contemplado com herança como ressalta o artigo Art. 1.718 do código civil *in verbis*:

“São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até à morte do testador, **salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.**” (grifo nosso)

2.7.4 Direito de Curatela

O nascituro tem direito de ter um curador, pois tendo em vista o fato de não possuir ainda capacidade processual, necessita ser representado nos atos da vida civil, assim o art. 1690 do Código Civil preceitua *in verbis*:

Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Conforme o artigo supracitado o nascituro pode ser representado pela gestante ou pelo genitor, no caso de ausência do genitor e fato superveniente da gestante não possuir o poder familiar, será concedido ao concebido o outro curador.

2.7.5 Direito de ter reconhecida a sua filiação

O nascituro tem direito de ter reconhecida a sua filiação, com fundamento no artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que assim aduz:

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

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

De acordo com este preceito, o nascituro possui o direito de reconhecimento de sua filiação apesar de ainda encontrar-se em desenvolvimento no útero materno, pois as relações de parentesco têm origem na concepção e não com o nascimento, necessitando apenas de uma declaração em forma de escritura pública, lavrada em cartório ou testamento.

O dispositivo supramencionado é de fundamental importância tendo em vista que uma vez reconhecida à paternidade ainda no ventre, ficam resguardados os direitos do nascituro, evitando que o mesmo venha a ser prejudicado por fatos supervenientes que

puderem anteceder o nascimento, como falecimento do genitor ou da própria parturiente no momento do parto e ainda sobrevier a incapacidade absoluta para o genitor, impossibilitando conseqüentemente de transmitir a sua vontade.

Conclui-se desta forma que o reconhecimento da filiação ainda em ventre materno consiste em uma forma assegurar direitos como patrimoniais e sucessórios.

2.7.6 Direito à adoção

A adoção do nascituro é regulada pelo Código Civil que aduz no artigo 372 *in verbis*: “**Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.**” (grifo nosso) O dispositivo citado autoriza a adoção do nascituro mediante o consentimento de seu representante legal, por sua vez o Estatuto da Criança e do Adolescente preleciona em seu artigo 2º *in verbis*: “**Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade**”. (grifo nosso). Desta forma é reforçado o direito de adoção do nascituro, pois enquadra-se no conceito de criança.

2.8 O Nascituro e a Lei de Alimentos Gravídicos

Concluimos pelas explanações do presente capítulo que o nascituro é o principal indivíduo da lei de alimentos gravídicos e a proteção dedicada à gestante é em razão de sua existência e conseqüentemente é dedicada também ao mesmo, que é indiscutivelmente sujeito de vários direitos outorgados em muitos ordenamentos de diversos países, inclusive o Brasil, que manifestadamente defende direitos ao nascituro como explanado em linhas anteriores.

O nascituro apesar de ainda encontrar-se em desenvolvimento, constitui vida desde a concepção, é portador de personalidade jurídica, apesar de encontrar-se em formação no útero materno e necessitar de curador para representá-lo devido o seu estado de incapacidade absoluta de exercício, os seus direitos são reconhecidamente legítimos e a lei de alimentos gravídicos ao disciplinar os referidos alimentos, constitui um célebre instituto que

veio para dar fundamento tanto a teoria da vida desde a concepção, quanto para permitir que através de sua proteção os outros direitos sejam assegurados, desta forma se faz de sumária importância que a referida lei seja desprovida de qualquer lacuna que ocasione insegurança jurídica.

CAPÍTULO III DO DANO

3.1 Ato Ilícito

Não é pacífico o entendimento, se gestante estará ou não cometendo um ato ilícito ao acionar o poder judiciário a fim de ter a procedência de seu pedido na ação de alimentos gravídicos, e posteriormente for comprovada a falsa paternidade e que os alimentos foram pagos indevidamente.

O art.186 do Código Civil assim define ato ilícito *in verbis*: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Orlando Gomes e Sílvio Rodrigues, citados por DINIZ (2008, p.552) comentam o citado artigo:

“É preciso, portanto, que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso” (grifo nosso)

O dolo é a vontade consciente de praticar ato contrário ao ordenamento jurídico e a culpa em sentido estrito configura a violação do dever jurídico por imprudência, negligência ou imperícia, não possuindo, o agente a vontade consciente de praticar o ato, entre tanto de acordo com o pensamento supracitado a culpa que caracteriza o ato ilícito é a culpa consciente.

3.2 Caracterização do ato ilícito praticado pela gestante

Para a caracterização do ato ilícito praticado pela gestante é necessário saber se a mesma incorreu com dolo ou culpa. Em um caso hipotético, a gestante que de fato manteve relações sexuais com o provável pai, no período que resultou a gravidez e desta forma possui razões para crer que o réu é realmente o genitor do nascituro, a mesma não incorre em culpa consciente, pois para a configuração deste instituto é necessário que o agente tenha previsão do resultado, e a gestante ao acreditar que a paternidade imputada ao réu é verdadeira, não prever a superveniência de uma comprovação posterior de falsa paternidade, desta forma

somente o dolo é aplicável a gestante para a caracterização de ato ilícito, e a culpa consciente nunca poderá ser aplicada, pois nos termos supracitados ocorreu apenas o exercício regular de um direito reconhecido. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul já decidia, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. FALSA IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DE MÁ-FÉ. REAL POSSIBILIDADE DE PATERNIDADE ADMITIDA. INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70005777818, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em: 28/10/2003) (Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 12 de dezembro de 2011)

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. (Apelação Cível nº. 70020580304, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em : 07/05/2008, publicado no Diário de Justiça em: 02/06/2008) (grifo nosso) (Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 12 de dezembro de 2011)

No mesmo sentido defende BARROS (2009, Disponível em: www.cursofmb.com.br, Acesso em: 14 de Dezembro de 2011)

A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização pelos danos materiais e morais, não bastando assim a simples culpa. Se, não obstante a improcedência da ação, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que

manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização. (grifo nosso)

Concluimos que quando a gestante incorre em dolo valendo-se com má fé do direito de ação, acionando indevidamente o poder judiciário e forçando alguém que sabe não ser o legítimo pai, pagar indevidamente alimentos, acarretando dano de cunho moral e patrimonial resta caracterizado o ato ilícito e conseqüentemente o dever de reparar.

3.3 Danos Materiais

Os danos materiais causados, diz respeito à lesão patrimonial sofrida pelo alimentante que pagou indevidamente alimentos. É necessária a comprovação de que a paternidade que lhe fora imputada não é legítima, e, portanto o mesmo tem direito de reaver os valores pagos, O dano material compreende os valores arbitrados pelo juiz para auxiliar a despesas adicionais da gestação até o descobrimento da falsa paternidade e mais indenização pelos bens que o alimentante deixou de adquirir em razão da obrigação alimentícia. Orlando Gomes citado por Maria Helena Diniz (2008, p.555) aduz: *“O dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição do patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar”*.

3.4 Danos Morais

CAHALI (1988, p.88) conceitua dano moral como:

A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

DEDA (2000, p. 280)

“(…) A vítima reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral que recai sobre a honra, nome profissional e familiar, não pede um preço para sua dor, mas apenas que lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo”.

É bastante claro que o alimentante que pagou indevidamente alimentos gravídicos, sofre lesão em sua honra objetiva, pois alimentou expectativas quanto à futura paternidade, gerou laços familiares, afetividade, sentimentos para o com o nascituro e teve suas expectativas frustradas ao saber que, não era o legítimo pai, que fora enganado, dolosamente pela gestante, passando por transtornos de origem emocional e psicológica, neste sentido entende Mendes (2010, Disponível em: <www.jurisway.org.br> Acesso em: 02 de dezembro de 2011):

O dano moral é mais que caracterizado, pois somente a potencialidade de ter um filho já gera uma desestabilidade pelo fato de ao nascer, notoriamente as obrigações e o vínculo com a prole é personalíssima, intransmissível, mudando completamente o planejamento de vida do homem que supostamente seria o pai, mas não é.

Há jurisprudências que concederam indenização, decidindo favoravelmente aos que sofreram lesão em sua moral pela falsa atribuição de paternidade como as *infra* mencionadas:

A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF.(6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996).(Disponível em: <www.tjsp.org.br> Acesso em 28 de dezembro de 2011.)

Como foi bem reconhecido na sentença, grande foi o sofrimento do autor em se ver apontado como o pai do filho da ré. Não tivesse bastado o vexame decorrente do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, o autor ainda foi recolhido ao cárcere por não ter pago as prestações alimentícias que a ré sabia, ou deveria presumir, que não eram por ele devidas (fls. 63 e verso). E é público e notório o caráter vergonhoso que isso tem, principalmente numa cidade pequena como aquela em que se deu o triste episódio. Assim, é evidente que o equivalente a dois salários mínimos não constitui suficiente para o justo ressarcimento do enorme dano causado ao autor. (Tribunal de

Justiça. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelação 252.862-1/0. Relator: Desembargador Sousa Lima. Julgado 22/maio/1996). (Disponível em <www.tjsp.org.br> Acesso em: 28 de dezembro de 2011)

3.5 Dever de Reparar

A consequência da prática de um ato ilícito é o dever de indenizar a vítima conforme preleciona o art. 927 do Código Civil *in verbis*: “*Aquele que por ato ilícito (Art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*” É necessário para a caracterização da responsabilidade civil, ou seja do dever de reparar ,a presença de três requisitos, quais sejam ato lesivo, que no caso em análise deve ser doloso, ocorrência de danos e o nexo de causalidade entre os danos e o ato lesivo, assim para o alimentante lesado ter a reparação do dano sofrido necessita provar que sofreu um ato lesivo doloso ao ser obrigado a auxiliar uma gravidez que não era de sua responsabilidade, que sofreu danos em sua honra e patrimônio e que o ato lesivo sofrido foi responsável pelos danos morais e patrimoniais.

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE

4.1 A modalidade de responsabilidade civil aplicável

Como já fora explanado em linhas anteriores a gestante tem o dever de reparar os danos causados advindos de uma imputação de paternidade falsa, quando incorrer em dolo, assim entende FREITAS (2008, Disponível em <www.ibdfam.com.br> Acesso: 14 de novembro de 2011):

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

Nestes casos o tipo de responsabilidade civil aplicável a genitora é a subjetiva, que necessita como requisito de aplicabilidade que o agente além de causar o dano dever ter culpa, nas palavras de Sílvio Rodrigues (2000, p.11): “*Se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa*”, esta por sua vez é em sentido amplo, compreende o dolo e culpa em sentido estrito, que consiste na negligência, imprudência e imperícia, todavia dos elementos da culpa em sentido amplo, apenas o dolo é aplicável no caso em análise.

A lei de Alimentos Gravídicos previa a responsabilidade civil objetiva da gestante, a previsão encontrava-se no artigo 10 que prelecionava *in verbis*: “*Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu*”, ou seja, se após o nascimento for comprovada que a paternidade imputada pela gestante era falsa, restava para a mesma o dever de indenizar independente de culpa, por isso que o referido artigo foi vetado, pois feria o direito de ação que é um direito subjetivo daquele que foi lesado, que em razão da lesão, pode acionar o poder judiciário para pleitear a reparação dos danos, caso exista os requisitos para reparação, após comprovada a existência destes, cabe tão somente ao lesado decidir se quer ou não acionar a justiça. Após o veto, alguns autores entendem permanecer a regra geral da responsabilidade civil subjetiva pautada no artigo 186 do Código Civil, mas de qualquer forma persiste a lacuna na lei de alimentos gravídicos, necessitando por tanto da previsão da modalidade de responsabilidade civil subjetiva.

4.2 Da relativização do indébito

Preceitua o artigo 876 do Código Civil *in verbis*: “**Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição**” (Grifo nosso). A primeira parte do dispositivo deixa claro a obrigação de restituição, mas o princípio da não repetibilidade dos alimentos, impede a restituição dos mesmos, até nos casos em que são pagos indevidamente, tendo em vista que são utilizados para garantir a sobrevivência e dignidade da pessoa, e no conflito entre vida e patrimônio, o bem jurídico vida vence por ser mais importante, nestes termos aduz: VENOSA (2006, p. 384):

Impossibilidade de restituição. Não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos. Desse modo, o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo ou reduzindo seu montante.

José Ignácio Botelho de Mesquita citado por MUSCARI (2001, p.23) a respeito da origem do princípio da irrepitibilidade dos alimentos comenta:

A ação de alimentos, a ação sumaríssima de alimentos era concedida às pessoas que provassem sua quase miserabilidade, porque a regra de que cada um deve prover o seu sustento era aplicada a ferro e fogo no antigo Direito português. Conseqüentemente, era inútil a pretensão à restituição. Daí decorre que, só se poderia realmente pretender a restituição quando a pessoa viesse a dispor de recursos para essa restituição.

TARDUCE (2008, p.410), defende a não repetição dos alimentos, embora acredite ser idôneo o cabimento de indenização por danos morais no caso de imputação de falsa paternidade com má fé, em suas palavras aduz:

A irrepitibilidade dos alimentos já é conceito antigo relacionado com a obrigação em questão, no sentido de que sendo pagos, em hipótese alguma, caberá a repetição do indébito (*actio in rem verso*). Sendo dessa forma, a alegação de pagamento indevido ou enriquecimento sem causa *não consegue vencer* a obrigação alimentar, diante de tão costumeira proteção da dignidade humana relacionada com o instituto. (...) Pensemos em um homem que foi enganado por uma mulher, que disse que estava esperando um filho seu, sendo depois constatado, via exame de DNA, que o filho não é do sujeito e que a mulher assim o fez por má fé. Ora os

alimentos eventualmente pagos pelo enganado, aqui, também são irrepetíveis. Entretanto, deve se entender que, nesse caso caberá indenização por danos morais pelo engano, desde que evidenciados os prejuízos imateriais, diante de flagrante abuso de direito por desrespeito a boa fé objetiva, que também deve existir nas relações familiares. (grifos originais)

Entendemos que há uma tendência para a flexibilização da irrepetibilidade dos alimentos, sendo estes gravídicos, pois mesmo aqueles que não defendem a repetibilidade do indébito alimentício como Flávio Tarduce, defendem ser justa a indenização por danos morais nos termos supracitados, o que constitui uma abertura para a evolução do pensamento para o entendimento de ser justa a flexibilização em alguns casos.

A irrepetibilidade dos alimentos é perfeitamente aplicável aos alimentos disciplinados pela Lei 5.478/68, pois estes ao serem concedidos são fundamentados em provas de parentesco, o que propicia maior segurança nas decisões que concedem os alimentos, no entanto os alimentos gravídicos são concedidos baseados em meros indícios de paternidade, que constituem material probatório de natureza frágil, que pode ser facilmente manipulado, nestes termos seria justo que houvesse relativização na irrepetibilidade dos alimentos, quando estes forem gravídicos, resguardando desta forma o direito daquele que pagou indevidamente alimentos gravídicos, a possibilidade de ter a restituição dos valores pagos.

GONÇALVES (2009. p. 477) defende a flexibilização da não repetição do indébito em suas palavras aduz:

O princípio da irrepetibilidade não é, todavia, absoluto e encontra limites no dolo em sua obtenção, bem como na hipótese de erro no pagamento dos alimentos (...) porque, em ambas as hipóteses, envolve um enriquecimento sem causa por parte do alimentado, que não se justifica.

Concluímos que a flexibilização do indébito se faz necessária nos alimentos gravídicos, pois os mesmos são fixados com fundamento em material probatório frágil e a absoluta irrepetibilidade do indébito fere o princípio da razoabilidade, que é tão necessário para o equilíbrio das relações jurídicas.

4.3 Da ação *in rem verso*

Existe a alternativa para aquele que teve seu patrimônio diminuído por uma falsa imputação de paternidade de reaver os valores pagos, que é através da “*actio in rem verso*” ou ação de enriquecimento sem causa, VENOSA (2008) assim define o seu objeto:

A ação de enriquecimento sem causa (“*in rem verso*”) tem por objeto tão-só **reequilibrar dois patrimônios, desequilibrados**, sem fundamento jurídico. Não se confunde com uma ação por perdas e danos ou derivada de um contrato. Deve ser entendido como sem causa o ato ou negócio jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica. (grifo nosso)

Há evidente desequilíbrio de patrimônios, daquele que teve seu patrimônio diminuído porque pagou indevidamente alimentos, da genitora que obteve vantagem ilícita ao receber a obrigação por quem de fato não devia, e indiretamente o legítimo pai que angariou vantagens econômicas ao ter a obrigação que lhe competia adimplida por outrem indevidamente.

O artigo 884 do código civil preleciona *in verbis*: “*Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*”.

Quanto à aplicabilidade da referida ação aos casos de superveniência de falsa paternidade do alimentante que pagou alimentos gravídicos indevidamente entende BARROS (2009, disponível em <www.cursofmb.com.br> Acesso: 14 de dezembro de 2011):

É, no entanto, cabível ação “*in rem verso*” contra o **verdadeiro pai, desde que este tenha agido com dolo**, silenciando intencionalmente sobre a paternidade, locupletando-se indiretamente com o pagamento dos alimentos feito por quem não era o genitor da criança. (grifo nosso).

Pelo exposto entendemos que a genitora não pode figurar como ré na referida ação, somente o legítimo pai e se este sabendo ser o verdadeiro pai, praticar a conduta omissiva dolosa de silenciar a respeito de sua condição, e desta forma locupletar-se da obrigação adimplida por quem não era o verdadeiro pai.

Concluimos que a medida supra em que é necessário comprovar o dolo do verdadeiro pai é injusta, pois este ao se omitir sabendo de sua condição, ou nada sabendo de sua condição, terá sua obrigação paga por outrem indevidamente e sem justa causa, ocasionando o enriquecimento ilícito, sendo de inteira justiça que a ação seja cabível ao

legítimo pai que beneficiou-se intencionalmente ou não e da gestante caso seja comprovada má fé quanto a imputação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos finalmente que o nascituro, principal sujeito da lei de alimentos gravídicos é portador de direitos garantidos constitucionalmente e por leis esparsas no ordenamento jurídico pátrio, constitui vida desde a concepção e por isso é portador de personalidade jurídica. A referida lei através do auxílio paterno garante um desenvolvimento uterino saudável e conseqüentemente a preservação do bem maior e primordial de seus direitos que é a vida, a introdução desta lei no direito brasileiro consiste em um importante avanço tanto jurídico quanto social.

Aplicabilidade da responsabilidade civil na lei de alimentos gravídicos suprirá uma lacuna até então existente na novel lei, que gera conflitos sociais que faz pairar insegurança jurídica sobre a sociedade.

A responsabilidade objetiva é totalmente inviável, pois fere o direito de ação, como já fora explanado, por isso fora vetada da lei de alimentos gravídicos, mas a previsão de responsabilidade subjetiva, quando incorrer em dolo, é perfeitamente aplicável, o exercício de pleitear alimentos gravídicos será usado pelas gestantes de maneira mais responsável, cautelosa com a finalidade legítima, de ter auxílio nas despesas da gestação por quem de fato tem o dever de auxiliar, compreendendo assim o exercício regular de um direito e não ser um meio legal onde há possibilidade de lesionar materialmente e moralmente outrem, sem nenhuma penalidade por esse ato ilícito.

A flexibilização da inrepetibilidade do indébito no que diz respeito aos alimentos gravídicos, também se faz necessária, pois são concedidos apenas em frágeis indícios de paternidade, que podem ser facilmente manipulados,

É necessário, que haja seriedade na aplicabilidade na lei de alimentos gravídicos, e após comprovação da falsa paternidade imputada pela gestante, juntamente com a prova que a mesma agiu com dolo, má fé, tenha o lesionado a oportunidade de recorrer a previsão de responsabilidade civil da gestante na lei alimentos gravídicos, para que a mesma arque com os danos causados e para que o uso da referida lei seja usada para os seus fins legítimos e não fuja do seu fim social que é proteger em especial mães solteiras e desamparadas, oferecendo

oportunidade de gravidez tranquila e saudável, proporcionar expectativa de vida digna para aqueles que estão por nascer, proteger a vida desde a concepção, incentivar a paternidade responsável, diminuir drasticamente o índice de mulheres que abortam por não dispor de meios financeiros para prosseguir com gestação e não para angariar vantagens econômicas e servir de causa para o enriquecimento ilícito, sem causa, as custas do esforço de outrem.

Entendemos ser viável a previsão da responsabilidade civil subjetiva da gestante quando esta incorrer em dolo, pois será uma forma de prevenir o uso da lei de má fé e ocasionará a supressão da lacuna existente e maior estabilidade e segurança jurídica quanto a aplicabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, nº 97, vol. 25, jan./mar. 1988.

_____. **Tutela Civil do Nascituro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BADALOTTI, Damaris. **A situação jurídico-global do nascituro - Parte I**. Disponível em :<www.iuspedia.com.br> Acesso em: 28 de novembro de 2011.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Alimentos Gravídicos**. Disponível em:<www.cursofinb.com.br> Acesso em: 14 de dezembro de 2011

BRASIL. **Código Civil**. Lei N.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei N.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

Vademecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, Vade Mecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Dispõe sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Vade Mecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Vade Mecum. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Vade-Mecum*. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A Reparação dos danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos gravídicos?** Disponível em:<www.jus.com.br>. Acesso em 14 de novembro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804-08: primeiros reflexos**. Disponível em< www.ibdfam.com.br>. Acesso 14 de novembro de 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Nascituro: direito a vida, direito a alimentos**. Disponível em<www.ambitojuridico.com.br> Acesso em 20 de dezembro de 2011.

MENDES, Fábio Maioralli Rodrigues: **A análise da lei 11.804**. Disponível em <www.jurisway.org.br> Acesso em 02 de dezembro de 2011

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito civil: parte geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOORE, L. Keith, **Embriologia Básica** - tradução e adaptação do original Before we are Born – Basic Embriology and birt defects (Bruno Alípio Lobor e George B. Doyle Maia), Rio de Janeiro: Interamericana, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Aspectos controvertidos da ação de alimentos**. São Paulo: *Revista de Processo* n.103 jul.-set/2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil IV**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do Nascituro**: aspectos civis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TARDUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 3.ed. v.5. Rio de Janeiro: Método, 2008.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <www.tjsp.org.br> Acesso em 28 de dezembro de 2011.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, disponível em <www.tjrs.jus.br> Acessos em: 15 de novembro de 2011 e 12 de dezembro de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 6. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito civil: Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **O enriquecimento sem causa no novo código civil**. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 27 de Dezembro de 2011.

_____. **Direito Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.