

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Ádamo Brasil Dias

**ALIMENTOS PAGOS PELO GENITOR APARENTE:
Soluções de Reparação Propostas Ante a Irrepetibilidade dos Alimentos**

Porto Alegre

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Ádamo Brasil Dias

**ALIMENTOS PAGOS PELO GENITOR APARENTE:
Soluções de Reparação Propostas Ante a Irrepetibilidade dos Alimentos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2017

ÁDAMO BRASIL DIAS

**ALIMENTOS PAGOS PELO GENITOR APARENTE:
Soluções de Reparação Propostas Ante a Irrepetibilidade dos Alimentos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 27 de abril de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Prof. Dr. Cristiano Colombo

Prof^a Dr^a Angela Cristina Viero

RESUMO

Trata-se de dissertação de mestrado acadêmico cujo problema de pesquisa consiste na identificação de soluções e respectivos fundamentos jurídicos para a reparação do dano sofrido pelo genitor aparente que é indevidamente obrigado ao pagamento de alimentos, considerando tratar-se de verba irrepitível. Foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo e como métodos de procedimento o monográfico e o histórico. O trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo foi destinado ao aprofundamento do estudo da obrigação alimentar, com abordagem da evolução histórica, características, classificações, pressupostos, presunção de paternidade, alimentos gravídicos e, por fim, a identificação do dano consubstanciado na constatação da imposição do dever alimentar a destinatário ilegítimo. O segundo capítulo propôs uma solução ideal, que consiste no dever de reparação do dano pelo genitor verdadeiro, analisando inicialmente a possibilidade de imputação de responsabilidade objetiva, mas concluindo, por fim, estar no enriquecimento sem causa o fundamento adequado. O terceiro capítulo apresentou soluções subsidiárias, para o caso de desconhecimento do genitor verdadeiro, buscando imputar o dever de reparação à genitora que age culposamente ao indicar o alimentante errado em juízo. Para tanto, quatro possíveis fundamentos foram cogitados: enriquecimento sem causa, abuso de direito e responsabilidades civis subjetiva e objetiva, concluindo-se que, em todos os casos, haverá responsabilidade objetiva da genitora guardiã ou gestante, embora ainda impositiva a irrepitibilidade quando presente a boa-fé da agente.

Palavras-chave: Alimentos. Gravídicos. Irrepitibilidade. Reparação. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade objetiva. Boa-fé.

ABSTRACT

This is an academic master's thesis which research problem consists in the identification of solutions and respective legal grounds for the relief of the damage suffered by the apparent parent who is improperly required to pay for the child support, considering that it is an unrepeatable sum. It was used as method of approach the hypothetical-deductive one and as method of procedure the monographic and historical ones. The work was divided in three chapters. The first chapter aimed the deepening of the study of child support obligation, with an approach to historical evolution, characteristics, classifications, assumptions, presumption of paternity, child support during pregnancy, and, finally, the identification of the damage consubstantiated in the obligation of the imposition of paying the child support to an illegitimate child. The second chapter proposed a ideal solution, consisting of the obligation to repair the damage by the true parent, which initially examined the possibility of imputation of strict liability, but finally concluded that unjust enrichment was the appropriate basis. The third chapter presented subsidiary solutions, in the case of ignorance of the true parent, seeking to impute the duty of reparation to the mother who acts guilty by indicating the wrong parent in court. In order to do so, four possible reasons have been considered: unjust enrichment, abuse of rights and liability and strict liability, and it is concluded that in all cases there will be strict liability of the female custodian or pregnant mother, although still impositive the unrepeatable when present the good faith of the agent.

Keywords: Child Support during Pregnancy. Unrepeatability. Relief. Unjust enrichment. Strict Liability. Good-faith.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ASPECTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	10
2.1	Características dos Alimentos	12
2.2	Classificações dos Alimentos	19
2.3	Pressupostos dos Alimentos Legítimos	21
2.4	Presunção de Paternidade	25
2.5	Alimentos Gravídicos	31
2.6	Verificação da Paternidade Negativa	35
3	A RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA PELA REPARAÇÃO: O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO	40
3.1	O Diálogo Com o Direito das Obrigações	43
3.2	Ato Ilícito e Responsabilidade Civil Objetiva	46
3.2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR FORÇA DE DISPOSITIVO DE LEI	48
3.2.1.1	<u>Direito Ao Reembolso do Terceiro Que Paga a Dívida (art. 305)</u>	49
3.2.1.2	<u>Direito de Regresso Pelo Ressarcimento de Dano Por Terceiro (art. 934)</u>	50
3.2.1.3	<u>Direito Ao Reembolso Pelos Alimentos Pagos Pelo Gestor (Art. 871)</u>	54
3.2.2	RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO RISCO	55
3.2.2.1	<u>Teoria do Risco-Proveito</u>	56
3.2.2.2	<u>Teoria do risco criado</u>	58
3.2.2.3	<u>Inexistência de Atividade de Risco</u>	60
3.3	Enriquecimento Sem Causa	62
3.3.1	REQUISITOS DA AÇÃO <i>IN REM VERSO</i>	65
3.4	Direito Comparado: uma Solução no Direito Português	68
3.5	Óbices à Solução Proposta	71
4	SOLUÇÃO SUBSIDIÁRIA	73
4.1	O Enriquecimento Sem Causa da Mãe Solteira	76
4.2	Responsabilidade Civil Subjetiva	78
4.2.1	TEORIAS DO NEXO CAUSAL	82
4.2.2	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	89
4.3	O Abuso de Direito	92
4.3.1	TEORIAS DO ABUSO DE DIREITO	93

4.3.2	A BOA-FÉ OBJETIVA.....	97
4.4	Responsabilidade Civil Objetiva.....	100
4.5	Alimentos Gravídicos: Exceção À Regra da Irrepetibilidade.....	102
5	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

Dúvida não há acerca da imprescindibilidade e urgência da prestação de alimentos quando configurada a hipótese de necessidade, especialmente nos casos em que se está a tratar de interesse de incapaz. O direito a alimentos é nada menos do que um desdobramento do próprio direito à vida, visto que a subsistência do alimentando necessitado estará prejudicada sem o amparo material.

Diante da indiscutível necessidade de proteção desse bem jurídico, o legislador nacional buscou disponibilizar meios efetivos para a prestação da tutela jurisdicional ao necessitado, o que sobremaneira vai ao encontro dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Entretanto, mais efetividade implica menos segurança a alguma das partes.

Embora não se questione a necessidade de celeridade em virtude da relevância do bem protegido, é imperioso que se perceba que há casos em que a redução da segurança poderá acarretar prejuízos de difícil reparação, a exemplo da imputação de obrigação alimentar à pessoa errada.

Toda consequência injusta gera questionamentos entre os operadores do direito sobre que caminhos alternativos poderiam ter sido tomados para evitar a sua ocorrência e, ainda, o que pode ser feito diante do problema já revelado. Uma das maiores sensações de injustiça desvela-se diante da ocorrência de prejuízo àquele que não deveria suportá-lo, tal como ocorre na hipótese em que a verba alimentar é paga por pessoa que, em momento posterior, se descobre não ser parte legítima para responder pela obrigação.

Destarte, pretende o presente estudo abordar o problema que se cria quando verificada a inexistência do pressuposto da obrigação alimentar após já terem sido pagos os alimentos, identificando as possíveis soluções que podem ser encontradas em nosso ordenamento.

Seja por decisão judicial que indevidamente determinou a prestação de alimentos provisórios ou gravídicos,¹ seja pela posterior procedência de ação negatória de paternidade que culminou no reconhecimento da inexistência do dever de pagar alimentos, o resultado nefasto é semelhante: o dever – e, por conseguinte, o prejuízo – da pensão alimentícia recaiu sobre quem não é legalmente obrigado, ainda que outra tenha sido a impressão do julgador quando da imposição do dever.

¹BRASIL. **Lei n° 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 Brasília, 08 de Novembro de 2008.

Ora, tratando-se a verba alimentar de uma obrigação que não se submete por completo às normais gerais de direito, haja vista o caráter irrepitível e demais características atribuídas pela doutrina,² acaba o prejudicado por ver-se em uma posição de vulnerabilidade.

Esse quadro revela-se ainda mais grave quando se leva em consideração que o devedor de alimentos dificilmente terá a opção de não os pagar – na esperança de que sobrevenha decisão judicial que lhe desobrigue –, pois está sujeito ao adimplemento forçado de inúmeras formas que excepcionam a regra geral: penhora de verba remuneratória (salário, aposentadoria etc.) e de bem de família, prisão civil³ e até mesmo o *disregard*.⁴

Ainda que o problema apresentado não seja novo, a relativamente jovem lei nº 11.804/08 – que prevê alimentos gravídicos – cria uma oportunidade para reacender a discussão acerca do direito daquele que, injustamente, é obrigado judicialmente ao pagamento de alimentos para amparar a gestação de uma criança que, em momento posterior, se constata ser filho de outrem.

Nessa esteira, a pesquisa encontra campo fértil para tratar não apenas dos casos decorrentes da obrigação alimentar prevista na aludida lei, mas também de todos os outros em que o aparente devedor de alimentos revela-se, posteriormente, ser parte ilegítima para figurar nessa relação, a exemplo dos casos de julgamento de procedência de ação negatória de paternidade.

Tendo em vista que o problema suscitado já se revelou há algumas décadas, a inexistência de apresentação de uma solução pacífica e clara pela doutrina causa certa estranheza. Entretanto, a ausência de uma resposta uníssona à questão é precisamente aquilo que torna relevante o estudo do tema e que impulsiona a pesquisa ora proposta.

Na busca pela resposta, utilizando como método de abordagem o hipotético-dedutivo e como métodos de procedimento o monográfico e o histórico, proceder-se-á à busca da identificação dos legitimados para responder pelo prejuízo gerado àquele que pagou alimentos indevidamente, o que, por sua vez, exigirá a análise da fundamentação jurídica que embasa esse dever. Nesse processo, serão de valiosa contribuição elementos próprios do direito das obrigações e de responsabilidade civil, mormente porque a interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil é imperiosa.

²Segundo Venosa: a) é direito pessoal e intransferível; b) irrenunciável; c) irrepitível; d) incomensável; e) impenhorável; f) não transacionável; g) imprescritível; h) variável; i) periódico; j) divisível. (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 378-381.).

³ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190-198.

⁴MADALENO, Rolf. A Disregard nos alimentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4. p. 341-366.

Necessariamente, a pesquisa adentrará no estudo do ato ilícito, do abuso de direito, do enriquecimento sem causa, do dever de reparação com ou sem culpa e do direito de regresso. Tais figuras merecem detida análise, objetivando identificar soluções à problemática proposta.

Concatenadas tais informações, a pesquisa estará suficientemente fundamentada para indicar um norte ao problema apresentado. Tratando-se de problema pouco explorado pela doutrina nacional, surge o questionamento: caso seja assegurado ao ilegítimo alimentante lesado o direito de reembolso das verbas alimentares pagas, em face de quem deverá ser intentada a demanda de reparação de danos? E com que fundamentos?

Para buscar as respostas, o trabalho desenvolver-se-á em três capítulos, sendo o primeiro voltado à apreciação das generalidades e peculiaridades dos alimentos. Tal abordagem terá início por uma incursão histórica breve, necessária à compreensão da evolução do direito a alimentos, que em seu trajeto veio acumulando caracteres específicos. Também tratará o capítulo dos pressupostos da exigibilidade de alimentos legítimos, focando especificamente na relação parental que se inicia já com a presunção de paternidade e que pode ser objeto de demanda judicial ainda durante a gestação.

Identificado o problema da pesquisa, qual seja, o injusto desfalque patrimonial gerado ao pai aparente, tem início o segundo capítulo visando à apresentação de uma solução que persegue o ideal de justiça. Nesse intento, procurará o capítulo estabelecer fundamentação jurídica que sustente a possibilidade de buscar-se a reparação em face do genitor biológico.

O terceiro capítulo apresenta solução subsidiária, necessária para os casos em que inviável a reparação do dano sofrido pela proposta do segundo capítulo. Assim, proceder-se-á no referido capítulo à análise de quatro fundamentos jurídicos distintos para sustentar o dever de reparação da genitora guardiã que promove a ação judicial geradora do dano.

2 ASPECTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Encontrar as respostas ao problema identificado depende, inicialmente, da compreensão da própria figura dos alimentos, cujas nuances possuem peculiaridades exclusivas, desvelando um imponente desafio ao aplicador da lei na busca pela equalização entre a obrigação alimentar e demais áreas e princípios orientadores do ordenamento jurídico. Portanto, a compreensão suficiente do funcionamento da obrigação alimentar apresenta-se como a primeira etapa do presente estudo, o que será objeto dos tópicos seguintes deste capítulo.

A importância dos alimentos, como aspecto do direito fundamental à vida, é questão sobre a qual não paira mínima dúvida hodiernamente. Trata-se, aliás, como bem destacado por Clóvis Bevilacqua,⁵ de uma obrigação existente entre ascendente e descendente desde o direito romano – recíproca entre pai e filho.⁶

Consoante apontamento de Washington de Barros Monteiro, “a linguagem dos romanos exprime o fundamento moral do instituto, que repousa no dever que toca aos parentes, sobretudo aos mais próximos, de se ajudarem mutuamente nos casos de necessidade.”⁷

Diversas foram as causas de obrigação alimentar conhecidas pelo direito romano, mas os alimentos fundados na relação familiar só vieram a ter aplicação no período imperial – muito tempo após a existência da obrigação alimentar decorrente de outras causas.⁸

Essa ausência de previsão de alimentos com fulcro na relação familiar no sistema romano durante os períodos arcaico e republicano era mero reflexo da própria constituição da família, em que o *pater familias* detinha completo poder sobre os demais membros da família, inclusive no tocante ao direito à vida.⁹

Durante muito tempo, a família romana era composta por um grupo de pessoas sob a autoridade ou *manus* de um único chefe, o *pater familias*, ascendente vivo mais velho, o qual possuía autonomia plena para chefiar todos os membros. Os amplos poderes do *pater familias* incluíam a *patria potestas* (poder sobre os filhos e netos masculinos), a *manus* (poder sobre as mulheres casadas com o *pater* ou seus descendentes), o *mancipum* e o *dominica potestas* (poder sobre os escravos). Mais ainda, o *pater* detinha poderes, em relação aos membros da

⁵BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 384.

⁶ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 666.

⁷MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 361.

⁸CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

⁹Ibid., p. 41-42.

família, para dispor sobre a vida e a morte (*iuri vitae et necis*), para abandonar os filhos (*ius expondendi*), para vendê-los (*ius vendendi*) ou para abandoná-los em favor da pessoa lesada quando o filho cometesse um delito (*ius noxae dandi*).¹⁰

No direito pré-clássico romano, a família era rigidamente patriarcal, constituindo grupo que gozava de relativa autonomia ante o Estado, que não interferia nas relações do seio familiar, conferindo-se ao *pater familias* soberania nessa esfera.¹¹

Embora, no direito clássico romano, o poder do *pater familias* tenha sofrido mitigação, com a impossibilidade de aplicação de castigos imoderados ou de venda do filho,¹² ainda não foi nesse período que a proteção à família atingiu seu auge.

Foi no período do direito pós-clássico, sob o governo de Justiniano, que a obrigação alimentar no âmbito familiar ganhou expressão,¹³ em virtude das mudanças promovidas no direito imperial romano no tocante à formação da família (em especial, com o fortalecimento da importância do vínculo sanguíneo, com a promulgação das *novelae* 118 e 127, nos anos 544 e 548, respectivamente).¹⁴ A influência do cristianismo levou o direito romano a impor restrição do direito de matar os filhos, vindo a incorrer no crime de *parricidium*, criado por Constantino, o *pater familias* que viesse a tirar a vida do filho.¹⁵ Também a venda dos filhos passou a ser proibida no império de Diocleciano.¹⁶

No Brasil, a figura dos alimentos veio prevista nas Ordenações Filipinas, embora com relevância muito inferior àquela reconhecida nos tempos atuais.¹⁷ No período, outras normas complementaram gradualmente as disposições acerca da obrigação alimentar até o surgimento do Código Civil de 1916.

De lá para cá, a obrigação alimentícia conquistou a atenção da maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente, conferindo mecanismos eficientes para a tutela dos alimentos, bem como reconhecendo uma série de características próprias, objeto do próximo tópico.

O breve apanhado histórico exposto leva à clara percepção da evolução do tratamento conferido à relação entre alimentante e alimentando. Num passado distante não se conferia

¹⁰NORONHA, Carlos Silveira. A função social do direito da família na tutela dos entes familiares. In: NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). **As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002**. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 21-57.

¹¹ALVES, 2008, p. 604.

¹²Ibid., p. 607-608.

¹³CAHALI, 2002, p. 44-45.

¹⁴NORONHA, 2013.

¹⁵MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 165.

¹⁶Ibid., p. 150.

¹⁷CAHALI, op. cit., p. 46-47.

qualquer direito a filho necessitado, ao passo que na era atual a obrigação alimentar é caracterizada por uma série de peculiaridades, caracteres esses em grande parte voltados à proteção da pessoa do alimentando.

2.1 Características dos Alimentos

Em virtude da condição ímpar da obrigação alimentar no ordenamento jurídico, entende a doutrina que os alimentos possuem um rol de características próprias, que conferem à relação entre alimentante e alimentando tratamento jurídico único.

Os caracteres em questão foram conquistando reconhecimento com o decorrer do tempo, fruto do avanço dos estudos sobre a matéria. Ainda assim, não há, entre a maioria dos doutrinadores, exata identidade acerca do total de características que permeia essa singular relação jurídica.

A consulta a diversos autores de renome leva a uma lista grande de características: inaccessibilidade, anterioridade, alternatividade, irrenunciabilidade, divisibilidade, reciprocidade, transmissibilidade, intransacionabilidade, impenhorabilidade, incomensurabilidade, irretroatividade, atualidade, imprescritibilidade, periodicidade, mutabilidade, condicionalidade e irrepitibilidade.

Didaticamente, Carlos Roberto Gonçalves divide esse extenso rol em dois grandes grupos: de um lado, estão as características da obrigação alimentar, e, de outro, estão as características do direito aos alimentos.¹⁸ A divisão é oportuna, pois, tecnicamente, algumas das características estão ligadas à obrigação como um todo, e outras guardam relação apenas com o direito do credor da pensão. Não obstante, serão aqui tratadas seguindo a tradição doutrinária, em um único grupo.

A *inaccessibilidade* (ou *incedibilidade*¹⁹) dos alimentos decorre do *caráter personalíssimo* desse direito, visto que o seu propósito é assegurar a subsistência apenas do alimentando necessitado. Destarte, não serão os alimentos objeto de cessão a outrem em nenhuma hipótese, salvo aqueles que se encontram em atraso, os quais adquirem a natureza de um crédito como qualquer outro, tornando-se passível de cessão.²⁰ Por isso, exceto no tocante a crédito de alimentos vencidos e não pagos, o direito à percepção dos alimentos também não

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. p. 440-455.

¹⁹CAHALI, 2002, p. 96.

²⁰PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a. p. 29.

é transmissível aos herdeiros do credor.²¹ Essa característica é também chamada de intransmissibilidade ativa, ou intransmissibilidade do direito de receber alimentos,²² pois a razão da verba paga diz respeito ao sustento da pessoa do alimentando, cuja necessidade desaparece com a sua morte.

A *anterioridade* é a característica que, em regra, demanda o cumprimento do encargo antecipadamente, visto que se trata de verba destinada à subsistência do alimentando. Por isso, com a fixação da verba, deverá o alimentante ser intimado para o pagamento imediato, pois eventual espera para o pagamento apenas no mês seguinte poderá resultar no grave quadro de um alimentando exposto aos riscos advindos da falta de condições mínimas de subsistir.²³

Rolf Madaleno intitula *alternatividade* a característica que possibilita o pagamento de alimentos tanto na forma de recursos financeiros quanto *in natura*, fornecendo ao alimentando hospedagem, alimentação, vestuário, educação, saúde, lazer e outras necessidades que se apresentem.²⁴ Trata-se de característica correspondente à classificação dos alimentos quanto à forma de pagamento feita por Flávio Tartuce.²⁵

No que toca à *irrenunciabilidade*, trata-se de mero desdobramento da indisponibilidade do direito à vida. A renúncia ao direito em questão implicaria, eventualmente, a inviabilidade da própria subsistência, condenando à morte o renunciante. Por isso, a irrenunciabilidade restou positivada no Código Civil, cujo art. 1.707 dispõe que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

Destaque-se que há, na doutrina,²⁶ entendimento de que a irrenunciabilidade não é absoluta, uma vez que os alimentos decorrentes do dever de mútua assistência, próprio do casamento e da união estável, podem vir a ser objeto de transação ou desistência. Daí, a razão pela qual há autores que preferem utilizar a expressão “irrenunciabilidade relativa”,²⁷ que é mais adequada diante da possibilidade de renúncia entre cônjuges.

²¹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 426.

²²PIMENTEL PEREIRA, Áurea. **Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 6.

²³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 460.

²⁴MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 888-889.

²⁵TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 444.

²⁶WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5: Direito de Família. p. 81-82.

²⁷PEREIRA, 2007a, p. 29.

Hodiernamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a validade da renúncia a alimentos manifestada por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, limitando a invalidação à renúncia manifestada durante a união.²⁸ Todavia, a questão, deveras polêmica e objeto de severas críticas,²⁹ exige estudo próprio mais aprofundado.

Por *divisibilidade* (também chamada *ausência de solidariedade*) deve-se entender que a obrigação alimentar é conjunta e divisível, possibilitando que o alimentando venha a pleitear de mais de um alimentante o seu sustento se a situação de fato assim o exigir. Daí, advém a possibilidade de rateio da obrigação entre diversos alimentantes, respeitado o grau de parentesco.

A característica em questão restou consolidada na redação do art. 1.698 do Código,³⁰ embora o art. 12 do Estatuto do Idoso (lei 10.741/03) traga em sua disposição orientação oposta, o que suscita crítica doutrinária,³¹ especialmente porque o próprio Estatuto remete, em seu art. 11, ao regramento geral sobre alimentos trazido pelo Código Civil. Como se percebe, também esta característica é objeto de polêmica.

Malgrado a posição dominante da doutrina sustentando a ausência de solidariedade, o que ecoa também na posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,³² Maria Berenice

²⁸RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO. ALIMENTOS. CLÁUSULA DE DISPENSA PRÉVIA. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA APÓS A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO. VIABILIDADE. IRRENUNCIABILIDADE DOS ALIMENTOS DEVIDOS NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO CONJUGAL. NULIDADE DA CLÁUSULA DE RENÚNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Tendo as partes vivido em união estável por dez anos, estabelecendo no início do relacionamento, por escritura pública, a dispensa à assistência material mútua, a superveniência de moléstia grave na constância do relacionamento, reduzindo a capacidade laboral e comprometendo, ainda que temporariamente, a situação financeira da companheira, autoriza a fixação de alimentos após a dissolução da união. 2. Direito à assistência moral e material recíproca e dever de prestar alimentos expressamente previstos nos arts. 2º, II, e 7º da Lei 9.278/96 e nos arts. 1.694 e 1.724 do CC/2002. 3. São irrenunciáveis os alimentos devidos na constância do vínculo familiar (art. 1.707 do CC/2002). **Não obstante considere-se válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião de acordo de separação judicial ou de divórcio, nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser admitida enquanto perdurar a união estável.** 4. Reconhecida pelo eg. Tribunal a necessidade da ex-companheira à percepção de alimentos em caráter transitório, assim como a capacidade contributiva do recorrente, a reforma do julgado quanto a estes aspectos mutáveis demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, vedado na via do recurso especial (Súmula 7 do STJ). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (BRASIL, 2014 [REsp 1.178.233/RJ]) [sic] [grifo nosso]

²⁹MADALENO, 2013, p. 908.

³⁰CC/02, art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (BRASIL. Lei nº 10.406 [CC], de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 11 jan. 2002).

³¹WALD; FONSECA, 2013, p. 81-82.

³²Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.

Dias defende que a obrigação é solidária, pois é clara a redação do art. 12 do Estatuto do Idoso, estabelecendo que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".³³

A *reciprocidade* é caractere que assevera que o direito a alimentos é via de mão dupla na relação jurídico-familiar. Assim, alimentante e alimentando de hoje podem inverter os papéis em momento posterior se a situação fática expuser tal necessidade.

A *transmissibilidade* é caractere que estabelece que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694." (art. 1.700 do Código Civil), assegurando ao necessitado alimentando o sustento mesmo em caso de falecimento do alimentante, uma inovação em relação ao Código Civil de 1916, cujo art. 402 dispunha de forma diametralmente oposta.

A cristalização dessa característica no Código atual pôs fim à longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial advinda do conflito existente entre o Código de 1916 e a Lei 6.515/77, cujo art. 23 estabeleceu a transmissibilidade do dever de prestar alimentos aos herdeiros. Malgrado a questão tenha sido expressamente regulada pelo Código, o tema não é estreme de dúvidas, visto que subsiste a divergência entre a doutrina especializada acerca das peculiaridades da aplicação do referido dispositivo,³⁴ dando ensejo a estudos específicos sobre o controvertido assunto.³⁵

Por óbvio, considerando o caráter personalíssimo da obrigação alimentar, a transmissão do dever aos sucessores deverá respeitar a proporcionalidade dos respectivos quinhões e encontrará como limite as forças da herança, haja vista que não responderão com seus patrimônios pessoais pela obrigação transmitida.³⁶

Ademais, o direito aos alimentos deve estar já constituído quando do óbito do devedor, de modo que a obrigação alimentar transmitida deve ser preexistente à morte do alimentante.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.
- A Lei 10.741/2003 atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que, por força da sua natureza especial, prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil.
- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.
- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.233/RJ. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 06 de Novembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: RDDP, 09 dez. 2014, p. 143) [grifo nosso]

³³DIAS, 2007a, p. 454-455.

³⁴MADALENO, 2013, p. 873-875.

³⁵OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-293.

³⁶WALD; FONSECA, 2013, p. 84-85.

Do contrário, inexistirá direito a pleitear alimentos dos herdeiros. No entanto, este aspecto da transmissibilidade do dever de prestação de alimentos também não é pacífico.³⁷

Entende-se por *intransacionabilidade* a impossibilidade de o direito à obtenção de alimentos ser objeto de negócio jurídico, o que não se confunde com a prática forense comum de transação acerca da forma de pagamento, valor e época entre alimentante e alimentando. Esta característica proíbe também que a obrigação alimentar seja objeto de compromisso ou arbitragem.³⁸

A *impenhorabilidade* (ou insequestrabilidade³⁹) é característica que não demanda grande esforço para compreensão do porquê de sua imprescindível ligação com a obrigação alimentar. Ora, sendo a verba alimentar a fonte de sobrevivência de alguém, acaso autorizada estivesse a sua penhora, eventualmente o alimentando poderia ver-se fadado à miséria em consequência de constrição realizada em processo judicial.

Por conta dessa nefasta possibilidade, tratou o legislador de incluir no rol de impenhorabilidades do art. 833, IV, do Código de Processo Civil em vigor, todas as presumidas fontes de sustento do devedor. Ademais, reconhecendo a importância da subsistência do ser humano, o Código trouxe, no §2º do referido artigo, como única exceção à impenhorabilidade, a dívida de pensão alimentícia. Ou seja, parte do sustento pode ser penhorada se for para assegurar o sustento de outrem, uma exceção razoável à regra.

A *incompensabilidade* segue lógica semelhante à da impenhorabilidade, haja vista que a possibilidade de compensação poderia implicar, da mesma forma, grave ameaça à subsistência do alimentando. É de bom alvitre lembrar que a compensação não exige manifestação de vontade das partes,⁴⁰ operando-se de pleno direito entre dívidas recíprocas, líquidas, exigíveis e da mesma natureza.⁴¹

A única exceção a esta regra guarda íntima relação com a boa-fé, autorizando-se a compensação relativamente a valores pagos a maior a título de alimentos. Do contrário, se o alimentante não pudesse obter a compensação sequer dos alimentos pagos a maior, estar-se-ia chancelando o enriquecimento sem causa,⁴² prática esta combatida de longa data e que, oportunamente, será abordada no capítulo seguinte.

³⁷Ibid, 2013, p. 85-86.

³⁸TARTUCE;SIMÃO, 2012, p. 440.

³⁹MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 9: Direito de Família, Direito Parental, Direito Protetivo. p. 240.

⁴⁰RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 212.

⁴¹Ibid., p. 215-218.

⁴²WALD; FONSECA, 2013, p. 87.

No tocante à *irretroatividade dos alimentos*, a posição da doutrina majoritária estabeleceu-se no sentido de que, sendo a verba alimentar voltada a garantir a subsistência, só será exigível a partir da citação do alimentante, pois é presumível que, antes disso, o alimentando tenha encontrado outros meios de subsistir.

Evidentemente, a irretroatividade aqui referida diz respeito aos alimentos pretéritos, haja vista que a obrigação ainda poderá retroagir à data da citação caso não tenha sido deferida em sede de tutela provisória, por força do §2º, do art. 13, da lei de alimentos. O referido dispositivo estabelece expressamente que "em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação", nada além de um efeito padrão da citação do processo civil, que, como em qualquer outra demanda, tem o condão de constituir em mora o devedor.

Em que pese exista defesa de que a *atualidade* seja sinônimo de irretroatividade,⁴³ parece mais adequada a definição que indica que a atualidade diz respeito à proteção conferida ao valor dos alimentos perante a corrosão de poder aquisitivo causada pela inflação.⁴⁴

A preocupação não é sem razão, considerando-se que, muito embora, hodiernamente, a inflação detectada no país não seja tão elevada quanto já foi há três décadas, a desvalorização gradual da moeda ainda se faz presente, ora mais acentuada, ora menos. Pela própria natureza da pensão alimentícia, voltada ao sustento do alimentando (e pagamento de suas contas que se renovam mensalmente), a regra geral constatada na prática é de fixação de prestações mensais ao longo de anos. Portanto, a prestação mensal de alimentos encontra-se, sem sombra de dúvida, à mercê dos efeitos da inflação sempre presente na economia brasileira, de modo que a indexação dos alimentos a critério que lhes assegure a manutenção do valor é imperiosa.

Por conta disso, visando a não comprometer a utilidade da prestação ao credor, que dela depende para cobrir suas despesas regulares, o reajuste da pensão alimentícia tende a ocorrer automaticamente, sendo uma praxe forense que a fixação da obrigação venha atrelada à remuneração do alimentante, ao salário mínimo ou, em última instância, a algum índice oficial de correção monetária.

A *imprescritibilidade* dos alimentos é característica que há de ser apreciada com cautela, uma vez que as prestações devidas estão sujeitas à prescrição bienal, nos termos do art. 206, §2º, do Código Civil. O que não prescreve é o direito a pleitear alimentos, cujo exercício poderá se dar se estiverem presentes os pressupostos autorizadores.

⁴³GONÇALVES, 2012a, p. 504.

⁴⁴DIAS, 2007a, p. 373.

A *periodicidade* é característica que pode sugerir conclusão imprecisa, pois o que de fato pretende estabelecer é a impossibilidade de o alimentante ver-se livre da obrigação pagando uma única prestação vultosa correspondente à totalidade dos alimentos devidos. Isso porque sempre que demonstrada a genuína necessidade do alimentando, o alimentante estará sujeito a nova imposição judicial de pagamento de alimentos. Daí, a razão pela qual a obrigação é comumente fixada com a periodicidade mensal, de modo a guardar relação com as despesas previsíveis do alimentando.

A *mutabilidade* (ou variabilidade⁴⁵) é característica que está prevista na redação do art. 1.696, do Código Civil, o qual define que “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.” É a mutabilidade que viabiliza, na prática, a aplicação duradoura da característica seguinte, pois busca manter o equilíbrio entre necessidade do alimentando e possibilidade do alimentando.

A *condicionalidade*, comumente conhecida por *subordinação da pensão ao binômio alimentar*, é um desdobramento da mutabilidade, pois diz respeito ao tão conhecido critério para fixação do valor dos alimentos, o qual leva em consideração, de um lado, a necessidade do alimentando e, de outro, a possibilidade do alimentante, visando ao estabelecimento de uma obrigação equilibrada para ambas as partes. Por isso, a eficácia da obrigação está subordinada a uma condição resolutiva, uma vez que a obrigação poderá vir a ser extinta se o alimentante não puder mais pagar os alimentos ou se o alimentando adquirir condições de sustento próprio.

Por fim, a *irrepetibilidade* (ou *irrestituibilidade*⁴⁶) é característica que traz ao alimentando a segurança de que poderá consumir a prestação paga sem o risco de que possa ser compelido a devolvê-la ao alimentante, mesmo se sobrevier decisão judicial de revisão ou exoneração da obrigação. Como os alimentos são prestados para a subsistência do alimentando, presume-se que são consumidos de imediato.⁴⁷

Esta característica comporta raras exceções, que serão oportunamente exploradas na presente pesquisa, sendo a irrepetibilidade, precisamente, o fator complicador na busca de uma solução para o prejuízo experimentado por quem foi indevidamente obrigado ao pagamento de alimentos. Tal característica, comum em tantos ordenamentos do ocidente

⁴⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 420.

⁴⁶ PEREIRA, Sérgio Gishkow. **Direito de família**: Aspectos do Casamento, sua Eficácia, Separação, Divórcio, Parentesco, Filiação, Regime de Bens, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 159.

⁴⁷ GONÇALVES, 2012a, p. 446-447.

(Argentina,⁴⁸ Portugal,⁴⁹ Itália⁵⁰ e Moçambique,⁵¹ por exemplo) é a que mais interessa ao presente estudo, de modo que voltará a ser suscitada.

2.2 Classificações dos Alimentos

Há uma miríade de variáveis envolvendo as possibilidades da casuística no tocante à obrigação alimentar. Muitas são as situações práticas que podem revelar a necessidade de pagamento de alimentos, e variadas são as condições das partes envolvidas. Diante desse universo de variáveis, em um trabalho conjugado entre operadores do direito e legisladores, estabeleceram-se critérios para possíveis classificações dos alimentos.

Tradicionalmente, os alimentos são classificados pela doutrina quanto à finalidade (provisórios, definitivos e transitórios), à natureza (naturais e civis), à causa (voluntários, indenizatórios e legítimos) e ao tempo (atuais, futuros e pretéritos).⁵² Tartuce inclui, ainda, uma classificação quanto à forma de pagamento (próprios e impróprios).⁵³

No tocante à *finalidade*, são *provisórios* aqueles cuja fixação ocorre antecipadamente na ação de alimentos de rito especial prevista na lei n° 5.478/68, não dependendo de sentença para que esteja o alimentante, desde logo, obrigado ao pagamento. Os alimentos *definitivos*, também conhecidos como regulares, serão fixados por sentença (condenatória ou homologatória) e terão caráter permanente, embora sujeitos a eventual revisão. Por fim, os alimentos *transitórios* são aqueles fixados por um período de tempo em favor do ex-cônjuge ou ex-companheiro por ocasião do fim da união, objetivando o seu sustento até que possa restabelecer sua autonomia financeira.⁵⁴

As duas primeiras classes são de interesse do presente estudo, pois, embora os alimentos provisórios estejam em situação muito mais propícia à ocorrência da hipótese trazida pela problemática em foco, é possível que se detecte que alimentos definitivos foram indevidamente pagos por aquele que descobriu não ser o verdadeiro pai.

⁴⁸BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Manual de Derecho de Familia**, 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000., p. 51.

⁴⁹OLIVEIRA, Guilherme de. Estabelecimento da Filiação. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 49.

⁵⁰BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 2: La famiglia. Le successioni. p. 427.

⁵¹Lei da família, Artigo 411 (Alimentos provisórios)

[...]

2. Não há lugar, em caso algum, a restituição dos alimentos provisórios. (MOÇAMBIQUE. Lei da Família. **Boletim da República**, Maputo, I Série, n. 34, 25 ago. 2004.).

⁵²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5. p. 656-659

⁵³TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 444.

⁵⁴Ibid., p. 445.

É oportuno esclarecer que os alimentos *provisionais*, também conhecidos como alimentos acautelatórios, embora previstos no art. 1.706, do Código Civil, não foram acolhidos pelo novo Código de Processo Civil, que os aglutinou à concepção de alimentos provisórios. Os alimentos provisionais eram caracterizados pela forma de tutela provisória concedida em processo judicial, discutindo matéria própria do direito de família (separação, divórcio etc), os quais deviam também observar o binômio necessidade-possibilidade.

Em vez de manter a alternativa dos alimentos provisionais, o Código de Processo Civil em vigor prevê, no parágrafo único do art. 693, que a ação de alimentos observará o procedimento previsto em legislação específica, prestando-se o regramento do Código apenas para suplementar lacunas.

Quanto à *natureza (ou extensão)*⁵⁵, duas são as classes: naturais e civis. Os *naturais*, também chamados de alimentos necessários ou indispensáveis, são aqueles que se limitam ao pagamento do valor imprescindível à subsistência do alimentando. Pelo §2º, do art. 1.694, do Código Civil, essa classe de alimentos está condicionada à existência de culpa, figura essa que vem caindo em crescente desuso no direito de família, malgrado ainda encontre defensores de renome.⁵⁶

Os alimentos *civis*, também denominados cômmodos, são a regra geral do código e abrangem mais do que a simples subsistência do alimentando, prestando-se a atender também outras necessidades, como educação e recreação, visando à manutenção do *status quo ante* do alimentando.⁵⁷

Quanto à *causa jurídica*, os alimentos podem ser voluntários, ressarcitórios ou legítimos. São *voluntários* (ou convencionais) os alimentos decorrentes de manifestação de vontade (por ato *inter vivos* ou *causa mortis*), a exemplo de disposição testamentária ou doação com encargo. *Ressarcitórios* (ou, ainda, indenitários⁵⁸ ou indenizatórios) são os alimentos destinados à reparação da vítima de ato ilícito, a exemplo daqueles pagos à família da vítima de homicídio ou à pessoa em situação de invalidez para o trabalho em decorrência de acidente causado pelo alimentante. Por fim, de grande relevância para esta pesquisa, os alimentos *legítimos* (ou legais) são aqueles cuja fonte é a lei, e um dos pressupostos é a

⁵⁵TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 443.

⁵⁶TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51-57.

⁵⁷TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 443.

⁵⁸Ibid., p. 443.

existência de vínculo familiar ou conjugal,⁵⁹ sendo os únicos sujeitos à prisão civil em caso de inadimplemento.⁶⁰

A classificação pelo *tempo* (ou *momento da reclamação*) estabelece que os alimentos podem ser atuais, futuros ou pretéritos. São *atuais* (ou presentes), quando pleiteados a partir do ajuizamento da ação e que são de imediato exigíveis, diversamente do que ocorre com os alimentos *futuros*, em que a decisão judicial estabelecerá uma obrigação – que retroagirá, em regra, à data da citação.

Os alimentos *pretéritos* são aqueles que não foram pleiteados no momento oportuno, não sendo mais passíveis de cobrança. Não devem ser confundidos com a hipótese em que o pleito alimentar deu-se em momento adequado, e o devedor quedou-se inadimplente. Nesta hipótese, ainda será possível a execução do crédito, desde que respeitada a prescrição aplicável (art. 206, §2º, do Código Civil).⁶¹

Por fim, no tocante à *forma de pagamento* (ou modalidade⁶²), os alimentos podem ser próprios ou impróprios. Sendo próprios, ou *in natura*, serão prestados por meio de fornecimento de alimentação, hospedagem etc. Por sua vez, os alimentos impróprios são aqueles pagos em dinheiro, mediante pensão alimentícia, sendo a prática mais corriqueira e a espécie de maior relevância para o problema a ser enfrentado neste estudo.

2.3 Pressupostos dos Alimentos Legítimos

A obrigação de pagar alimentos legítimos sustenta-se, resumidamente, em quatro pressupostos: (i) a existência de um vínculo de parentesco, (ii) a necessidade do reclamante, (iii) a possibilidade econômica da pessoa obrigada e (iv) a proporcionalidade.⁶³

Por uma questão didática, o primeiro dos pressupostos normalmente elencado pela doutrina será tratado neste trabalho monográfico por último, antecipando a abordagem daqueles que guardam forte relação com o valor da obrigação alimentar. Nessa senda, tradicionalmente, defende-se que a fixação do montante da obrigação alimentar observará o binômio necessidade-possibilidade: a necessidade do alimentando de um lado e, de outro, a possibilidade de o alimentante pagar o valor estipulado.⁶⁴

⁵⁹CAHALI, 2002, p. 22.

⁶⁰TARTUCE; SIMÃO, op. cit., p. 442.

⁶¹MADALENO, 2013, p. 870.

⁶²CAHALI, 2002, p. 28.

⁶³GONÇALVES, 2012a, p. 511.

⁶⁴VENOSA, 2003, p. 374.

A *necessidade* é pressuposto que se configura pela falta de aptidão do alimentando para manter-se por seu próprio trabalho ou patrimônio, desviando-se da regra geral de que cada pessoa deve prover-se pelas próprias forças.⁶⁵ Essa falta de aptidão para o próprio sustento pode advir de incapacidade física ou mental para o trabalho, doença, imaturidade, idade avançada e, até mesmo, crise pública ou econômica.⁶⁶

Em contrapartida, a *possibilidade* guarda relação com a capacidade econômica do alimentante, ou, mais precisamente, com a viabilidade de o alimentante fornecer alimentos sem comprometer a própria manutenção.⁶⁷

Hodiernamente, e cada vez com um coro mais encorpado, vem sendo defendida a proposta de que o tradicional binômio necessidade-possibilidade dê lugar ao trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, não necessariamente nesta ordem.⁶⁸

A proporcionalidade é um princípio que deve nortear a fixação de alimentos, levando em consideração os dois pressupostos anteriormente comentados (necessidade e possibilidade), haja vista que não é aceitável que pessoas que supostamente mantêm – ou deveriam manter – um vínculo de afeto possam vir a viver em situação de evidente desequilíbrio.⁶⁹

Por fim, no tocante à existência de *vínculo de parentesco*, o Código Civil autoriza, no *caput* do art. 1.694, que parentes, cônjuges e companheiros possam requerer alimentos em caso de necessidade. Por sua vez, o art. 1.696 prevê que o direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos. Os referidos dispositivos são claros o bastante para a conclusão de que o liame de parentesco existente entre pai e filho autoriza o pleito de alimentos.

Não obstante, independentemente da existência da aludida previsão legal, o pai se encontra antes obrigado a sustentar os filhos incapazes por força de outra relação: o dever de assistência inerente ao poder familiar, cuja relevância encontra-se estampada no art. 229 da Constituição Federal,⁷⁰ posteriormente reforçada pelo art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁷¹

⁶⁵CAHALI, op. cit., p. 717-718.

⁶⁶Ibid., p. 719.

⁶⁷Ibid., p. 723.

⁶⁸DIAS. 2007a, p. 373.

⁶⁹DIAS, Maria Berenice. Dois Pesos e Duas Medidas para Preservar a Ética: Irrepetibilidade e Retroatividade do Encargo Alimentar. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007b. p. 263-268.

⁷⁰Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. **Constituição (1988)** [CF/1988]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988)

⁷¹Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL. Lei Nº 8.069

Nessa esteira, é oportuna a contribuição de Pontes de Miranda sobre o tema ao esclarecer que há duas possibilidades distintas de pagamento de alimentos pelo pai em favor do filho: uma decorrente do poder familiar e outra consequente do vínculo familiar, possível de ser estabelecida até mesmo em relação ao filho maior de idade,⁷² sendo de caráter recíproco essa segunda relação.⁷³

Excepcionalmente, mesmo quando inexistente a paternidade, os alimentos poderão ser fixados, a exemplo da hipótese de filiação socioafetiva, em que aquele que não é pai biológico poderá ser compelido ao pagamento da verba. Também em caráter excepcional à regra, a destituição do poder familiar não exonera o pai biológico do pagamento de alimentos em favor da criança.⁷⁴

Isso autoriza afirmar, pela via inversa, que, salvo nos casos dessas últimas exceções invocadas, inexistindo o liame de parentesco, inexistente também o primeiro pressuposto da obrigação alimentar. Essa conclusão tem particular relevância para o presente estudo, e a questão será novamente abordada oportunamente.

A hermenêutica possui relevante espectro de atuação no tocante à definição do liame de parentesco, haja vista que, enquanto o *caput* do art. 1.694 estabelece que podem os parentes pedir uns aos outros alimentos quando necessitem, o §1º do art. 1.595 prevê, de forma incontestável, que há parentesco de afinidade com os ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro. E, contribuindo para a acentuação da polêmica, o §2º do mesmo dispositivo prevê que o parentesco por afinidade na linha reta não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Da análise sistemática desses dispositivos, é facilmente extraída a conclusão que, uma vez estabelecido o parentesco por afinidade na linha reta, esse nunca deixará de existir. Por conta disso, Maria Berenice Dias defende que persistirá também o dever alimentar entre os parentes por afinidade, uma vez que o art. 1.694 não faz distinção entre as espécies de parentes que podem pedir alimentos.

O que releva até aqui é a conclusão que se, hoje, a existência do vínculo de parentesco é pressuposto para a fixação de alimentos legítimos,⁷⁵ aí incluídos os decorrentes da

[ECA], de 13 de Julho de 1990. Institui sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 13 de Julho de 1990]).

⁷²MIRANDA, 1955, p. 230.

⁷³Ibid., p. 234.

⁷⁴DIAS, 2007a, p. 373.

⁷⁵NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de Alimentos Comentada: Doutrina e Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14.

paternidade, o desaparecimento de tal requisito implica a cessação da obrigação alimentar, consoante magistério de Orlando Gomes.⁷⁶

Trata-se de raciocínio lógico de fácil compreensão: não há como impor um dever da paternidade àquele que não é pai. A paternidade é o liame que estabelece a obrigação, de modo que o desaparecimento dessa condição – pela confirmação da paternidade negativa – resulta na inexistência do próprio dever alimentar.

Ademais, no caso dos alimentos legítimos, o dever de sustento pode ser reforçado por outro dever, qual seja, o de assistência material decorrente do poder familiar – enquanto esse durar –, consistindo em uma obrigação de fazer se houver coabitação das partes ou em uma obrigação de dar quando alimentante e alimentando não residirem juntos.⁷⁷

Na Constituição Federal, a obrigação está prevista no art. 229, ao estabelecer de forma ampla que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente encarregou-se de reforçar o dever ao dispor, em seu art. 22, que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Em reforço às suscitadas normas, o Código Civil estabeleceu no inciso IV, do art. 1.566, como deveres de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Além disso, definiu, no art. 1.568, que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial” e, no art. 1.702, estipulou que “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

Prover a subsistência material e moral dos filhos é um dever natural dos pais, cujos esforços devem ser orientados para viabilizar ao filho que desenvolva condições de viver por si mesmo com autonomia, tornando-se capaz de gerar seus próprios filhos futuramente e dar continuidade ao ciclo.⁷⁸

Trata-se de um dever que, diversamente do que fora outrora, hoje não está condicionado ao poder familiar, bastando o liame de filiação.⁷⁹ Do contrário, seria possível o absurdo contrassenso de ser um genitor punido com a perda do poder familiar de um filho em

⁷⁶GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.447.

⁷⁷ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 433-434.

⁷⁸CAHALI, 2002, p. 523-524.

⁷⁹Ibid., p. 524.

relação ao qual cometeu faltas graves e, ao mesmo tempo, ser agraciado com a extinção do dever de assegurar a subsistência dessa criança.⁸⁰

Ademais, a obrigação de sustento não se extingue pela precariedade da condição financeira do genitor.⁸¹ Por pior que seja o quadro, o genitor, que é maior, capaz e apto para o trabalho, ainda está em melhores condições de obter recursos para sobreviver do que o filho, que é menor, incapaz e vulnerável.

Sendo a criança um indivíduo em situação fragilizada, pertinente é a preocupação do Estado em adotar as medidas necessárias para a sua proteção, o que se consolida por princípios como o melhor interesse da criança e do adolescente e se estende à tutela do nascituro e à proteção familiar buscada pela presunção de paternidade.

2.4 Presunção de Paternidade

Evoluindo a partir do direito romano,⁸² a presunção de paternidade passa a desempenhar um papel importante na proteção da família,⁸³ pois confere ao filho a segurança da sobrevivência e o desenvolvimento sadio tão cedo quanto possível. Pela norma romana, o filho nascido em, no mínimo, seis meses do início do casamento ou em até dez meses do fim era presumido legítimo, a ele sendo conferida a qualidade de *filius in potestate*.⁸⁴

Entretanto, a presunção abre margem também para injustiças, pois, com a paternidade presumida, a obrigação de sustento existirá – salvo hipótese da lei de alimentos gravídicos – desde o nascimento do filho, só vindo a ser afastada pela posterior verificação de inexistência

⁸⁰AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ALIMENTOS. **Não obstante todo o auxílio até o momento prestado pelos agravantes e o fato de o beneficiário estar internado e tramitar ação de destituição do poder familiar contra os ora agravantes, ainda subsiste a obrigação alimentar, decorrente do dever de sustento da prole durante a menoridade** (art. 1.566, inc. IV, do CCB). A necessidade do beneficiário é presumida, pois, embora internado, por certo necessita da contribuição dos genitores. Os agravantes possuem outros 3 filhos, sendo dois menores de idade e outro com apenas 18 anos. Como restou amplamente demonstrado, o agravante G. é paraplégico e possui despesas elevadas com seu tratamento de saúde. De aposentadoria, recebeu R\$ 191.475,30 no ano de 2014 (fl. 940), o que significa um ganho mensal de aproximadamente R\$ 16.000,00 ao mês. Desta forma, considerando que o beneficiário não possui maiores despesas, visto que internado em instituição pública, a renda do agravante e as despesas que possui com os outros filhos e com sua saúde, adequada a fixação dos alimentos em 7% da sua renda líquida, conforme pedido alternativo deduzido. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, 2016 [RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70069827673. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 11 de agosto de 2016. **Diário da Justiça**, 16 ago. 2016.) [grifo nosso]

⁸¹Ibid., p. 523-524.

⁸²LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.120-121.

⁸³BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 46.

⁸⁴PANCCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**. 2. ed. Roma: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1920. v. 2. p. 66.

do vínculo biológico, momento em que o prejuízo gerado pelo adimplemento de uma obrigação inexistente já estará consumado.

O art. 1.597 do Código Civil⁸⁵ apresenta cinco hipóteses que conduzem à presunção de paternidade, sendo as duas primeiras de maior contundência para o presente estudo. Os incisos I e II do referido artigo estabelecem, respectivamente, o prazo mínimo e o máximo para a aplicação da presunção dos filhos concebidos na constância do casamento.

Visivelmente, o Código trabalha nas zonas limites do tempo razoável para que se possa cogitar a paternidade, dando fiel continuidade à tradição do direito romano no tocante aos prazos de atuação da presunção.⁸⁶ Portanto, os marcos temporais adotados pela lei não guardam relação com a probabilidade da paternidade, mas com a mera possibilidade, o que por si só já é ponto digno de crítica.

Ora, a presunção deveria limitar-se ao nascimento em que a paternidade é provável e não apenas possível, haja vista que produzirá efeitos jurídicos imediatos. Portanto, tratar a remota hipótese de paternidade como presunção é, sem sombra de dúvida, solução temerária oferecida pela lei.

A título de exemplo, será presumido filho do homem aquele que vier a nascer cento e oitenta dias (aproximadamente seis meses) depois de estabelecida a convivência conjugal, que leva em consideração uma combinação de fatores altamente improvável: (i) a concepção logo na primeira semana de estabelecimento da convivência conjugal; e (ii) o nascimento prematuro com risco de morte, que demandará cuidados intensivos à criança para que possa sobreviver.⁸⁷

Semelhante situação de improbabilidade pode ser verificada na hipótese do inciso II do art. 1.597 do Código, que estabelece a presunção relativamente ao filho nascido até trezentos dias (aproximadamente dez meses) do fim da convivência conjugal. Igualmente, aqui deve estar presente uma conjugação de fatores muito improvável: (i) a concepção na última semana antes do fim da convivência conjugal; e (ii) o nascimento tardio da criança,

⁸⁵Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002 [CC]).

⁸⁶PANCCHIONI, 1920, p. 66.

⁸⁷MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 87.

considerando que a gestação humana tem duração média de duzentos e oitenta dias – ainda que 12% dos nascimentos possam atrasar até duas semanas em relação à data esperada.⁸⁸

Crítica a essa inadequação dos prazos estabelecidos pela lei, que funcionam como balizas para a presunção de paternidade, já havia sido feita por Washington de Barros Monteiro ao observar que o prazo mínimo de cento e oitenta dias é curto demais para a completa formação do feto, que não se achará apto para a vida extrauterina; e que o prazo máximo de trezentos dias também é desarrazoado, considerando que apenas em raras exceções a gestação terá tão longa duração.⁸⁹

Destarte, por estar positivada a presunção de paternidade nestas condições, o presumido genitor acabará arcando com a obrigação de alimentos à criança. Mesmo que negue a paternidade, a presunção de paternidade implicará ao menos o pagamento dos alimentos de caráter provisório, dando ensejo ao problema proposto neste estudo.

Identifica-se, nessa relação, a possibilidade de o presumido pai vir a ser posto em posição de vulnerabilidade, conforme valioso registro de Mário Aguiar Moura:

[...] figure-se a hipótese, não poucas vezes retratada pelos fatos concretos levados a julgamento, em que a mulher longamente separada do marido, de maneira ostensiva e ininterrupta, vivendo em concubinato com terceiro, sem que haja separação legal, quer pela separação de corpos, quer pela separação judicial, vem gerar filhos com o concubino. A sombra da severidade legal, aquele filho seria presuntivamente do marido que não poderia contestar a paternidade, porquanto não estava legalmente separado da mulher, mas dela apartado por mera separação de fato. Pode suceder, mesmo, que ambos, marido e mulher, vivam em cidades distantes. São alheios, indiferentes e até mesmo hostis um ao outro. Todavia, à luz dos princípios legais, o filho da mulher é filho do marido, para todos os efeitos, inclusive de criar impedimentos absurdos relativamente a parentes do homem, que não é pai, na verdade, mas é marido da mulher que é mãe. Enquanto isso, de outro lado, o verdadeiro impedimento por incesto, com relação ao pai de fato, fica encoberto, afrontando-se a própria natureza das coisas.⁹⁰

E, como adverte Belmiro Pedro Welter, “é perfeitamente possível esse argumento da dúvida quanto à paternidade, diante do atual contexto social, em que se abriram as portas do comportamento humano”,⁹¹ o que deveria servir como inspiração para a revisão dos períodos fixados nos incisos I e II do art. 1.597 do Código. Embora a presunção possa ser estabelecida mesmo em caso de dúvida, não é razoável que o seja diante de um quadro de improbabilidade.

⁸⁸Ibid., p. 87.

⁸⁹MONTEIRO, 2007, p. 306.

⁹⁰MOURA, Mário Aguiar. **Tratado Prático da Filiação**: Efeitos do Reconhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. v.3. p. 55-56.

⁹¹WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 31.

A preocupação é de grande relevância, pois a atribuição da paternidade se faz acompanhar do múnus do poder familiar, cujo importante conteúdo é bem destacado por Carlos Silveira Noronha.⁹² Dentre os deveres atinentes ao poder familiar, está o de assistência material e imaterial, sendo o primeiro aspecto o que importa para a presente pesquisa, pois fundamenta o dever alimentar.⁹³ Em outras palavras, com a paternidade, nasce o dever de prestar alimentos – embora haja entendimento doutrinário de que a dívida alimentar surja com a concepção,⁹⁴ o que não será objeto de análise, salvo no que se refere aos alimentos gravídicos.

Em que pese o art. 1.599 do Código Civil estabeleça que “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”, isso não evitará a fixação de alimentos em caráter provisório. Ademais, a mera impotência instrumental (incapacidade para a prática do ato sexual) ou a vasectomia também não são suficientes para afastar a presunção. No primeiro caso, subsiste a possibilidade de geração por meio de inseminação artificial; no segundo, trata-se de procedimento cirúrgico reversível – naturalmente ou por intervenção médica.⁹⁵

Por fim, no tocante à presunção de paternidade em relação ao filho que é fruto da união estável, a lei é omissa. Entretanto, embora inexista, na sucinta legislação, qualquer dispositivo que indique a presunção de paternidade relativamente aos filhos nascidos da união estável, isso não se revelou óbice para a aplicação da presunção em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁶

⁹²NORONHA, Carlos Silveira. Da Instituição do Poder Familiar em perspectiva histórica moderna e pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 89-120, dez. 2006.

⁹³QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 293.

⁹⁴DIAS, 2007b, p. 373.

⁹⁵MADALENO, 2013, p. 540-542.

⁹⁶RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Desimporta o *nomem iuris* dado à demanda pois, na realidade, aplicar-se-á o adágio romano da *mihi factum dado tibi jus*.

II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código

A posição do Tribunal reflete o raciocínio esposado por Pontes de Miranda ainda na metade do século passado, quando equiparava a relação concubinária ao casamento para fins de presunção de paternidade:

[...] a presunção de que é pai aquele que vive, concubinariamente, com a mãe de alguém é simétrica, se bem que não tão intensa, à de ser pai quem as núpcias demonstram. Assim, aquele que tem *concubina publice em domo retenta* se há de presumir pai dos filhos dela, concebidos durante o concubinato.⁹⁷

Por ser inegavelmente razoável, esse ponto de vista veio a ser adotado também por outros juristas de tradição,⁹⁸ embora não se deva olvidar que a informalidade própria da união estável pode vir a inviabilizar a aplicação prática da presunção no caso concreto quando inexistente escritura pública comprovando a situação.

Nesse aspecto, a união estável acaba por favorecer o aparente genitor que esteja convicto de que o filho não seja seu, haja vista que, diante da dificuldade de presumir a paternidade, somada a outros elementos que o caso concreto possa apresentar, aumenta a chance de que o juízo não fixe provisoriamente pensão alimentícia.

Ademais, se, ilustrativamente, a mulher casada vier a ter um filho fruto de adultério, a presunção de paternidade, em princípio, não será afastada nem mesmo se a própria mãe desejar contestar a paternidade, uma vez que, por força do art. 1.601, do Código Civil, só é legitimado para tal pleito o marido.⁹⁹

Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil).

III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito.

IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável.

V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte.

VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável.

VII - Recurso especial provido. (BRASIL, 2012 [REsp 1194059/SP]).

⁹⁷MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 95.

⁹⁸RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 432.

⁹⁹MADALENO, 2013, p. 570.

Essa situação de incerteza é, entretanto, uma situação que, na prática, poderá ser contornada com muito mais facilidade e eficiência do que há algumas décadas, em que as técnicas da medicina não permitiam ao juízo estabelecer um elevado grau de convicção acerca da paternidade. Com o avanço do estudo genético, a perícia médica – comumente conhecida como “exame de DNA” – passou a ser utilizada como principal meio de prova nas ações de reconhecimento de paternidade.

A recusa injustificada do investigado à realização da perícia genética culminará na aplicação da súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação impõe que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”¹⁰⁰, enunciado esse que nada mais faz do que refletir as disposições dos artigos 231 e 232 do Código Civil.¹⁰¹

É possível encontrar na doutrina defesa contra a aplicação de forma absoluta da súmula 301 sob o argumento de que esse meio de prova é apenas um dos elementos a serem considerados, devendo a recusa ser avaliada com cautela.¹⁰²

Aliás, é de bom alvitre o registro de que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou contra a presunção em detrimento da parte que se recusa à perícia genética em ação discutindo a paternidade, ainda que a motivação, no caso, tenha sido a proteção do interesse do alimentando incapaz.¹⁰³

¹⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Brasília, DF, 16 de outubro de 2016

¹⁰¹Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. (BRASIL, 2002 [CC]).

¹⁰²MADALENO, 2013, p. 562.

¹⁰³RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NÃO INCIDENTE NA HIPÓTESE. RECUSA REITERADA DA MÃE A SUBMETER O MENOR A EXAME GENÉTICO. QUADRO PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE LAUDO NOS AUTOS NEGANDO A PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO. DIREITO PERSONALÍSSIMO.

1. A presunção de paternidade prevista no art. 1597 do Código Civil não é aplicável à espécie, porquanto esta vige nos casos em que a criança nasce depois de 180 dias do início da convivência conjugal.

Na espécie, a criança foi gerada um mês após o matrimônio.

2. A persistente recusa ao exame pericial perpetrada pela mãe da criança, conjugado à existência de um laudo nos autos atestando a ausência de vínculo de parentesco entre as partes, somado, ainda, à conduta do autor, se dispondo a realizar por diversas vezes novo teste genético em juízo e à ausência de prova testemunhal em sentido diverso, dá ensejo a que seja reconhecido o alegado maltrato ao art. 232 do Código Civil.

3. **É preciso advertir que não se está a dizer que a simples recusa da mãe à submissão do menor ao exame de DNA faz presumir a inexistência de vínculo filial.**

4. Não há, a princípio, vínculo entre as partes suficiente a configurar, mesmo que fosse, a filiação afetiva, definida pela estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho.

5. A manutenção de um vínculo de paternidade a toda força impede a criança de conhecer seu verdadeiro estado de filiação, direito personalíssimo, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa linha de raciocínio não é de todo desarrazoada diante da perturbadora informação de que, há poucos anos, verificou-se que ao menos quinze laboratórios do Brasil realizavam essa modalidade de prova pericial à revelia de qualquer fiscalização, diversamente do que ocorre em países como Canadá e Estados Unidos.¹⁰⁴

Essa informação suscita enorme preocupação, visto que, a despeito das raras exceções, de modo geral, o judiciário brasileiro vem adotando a perícia genética como prova cabal da paternidade. Se não há qualquer segurança acerca da legitimidade das informações constantes no laudo pericial, inviável se revela atribuir a essa modalidade de prova toda a credibilidade que hoje se vê depositada pelo judiciário.

Mesmo que a perícia genética seja um meio de prova supostamente muito mais seguro do que aqueles disponíveis há algumas décadas, ainda não resolveu todas as dificuldades do judiciário, haja vista que, em alguns casos, será inviável a produção dessa prova, tal como ocorre em relação à dúvida da paternidade durante a gravidez, problema típico dos pedidos de alimentos gravídicos.

2.5 Alimentos Gravídicos

Ainda que não ocorrida a presunção de paternidade, ao tratar dos alimentos pleiteados pela gestante, o art. 6º, da lei nº 11.804/08, prevê 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”.

Isso vem ao encontro do que há mais de uma década já defendia Alice de Souza Birchall quando sustentava a prescindibilidade de prova inequívoca para a concessão de alimentos quando presente a verossimilhança.¹⁰⁵ Trata-se de “sacrifício de um direito menos provável em benefício de um direito que se apresenta dotado de maior probabilidade.”¹⁰⁶

Antes da edição da aludida lei, muitos eram os autores que defendiam a possibilidade de serem pleiteados alimentos pela mãe em favor do nascituro,¹⁰⁷ embora a questão fosse polêmica, e nomes de peso estivessem posicionados contrariamente à possibilidade, dentre os quais Yussef Said Cahali.¹⁰⁸

6. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2009 [REsp 786.312/RJ]) [sic] [grifo nosso]

¹⁰⁴MADALENO, 2013, p. 892.

¹⁰⁵BIRCHALL, Alice de Souza. **Tutelas Urgentes de Família no Código de Processo Civil: Sistematização e Exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 136-137.

¹⁰⁶AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela Antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127.

¹⁰⁷CAHALI, 2002, p. 534-536.

¹⁰⁸Ibid., p. 536.

É oportuno o registro de que, há meio século, Pontes de Miranda já havia esposado entendimento de que a "mãe ou curador do nascituro pode pedir alimentos que sòmente cessam quando se dá o nascimento sem vida, ou quando cessariam os alimentos devidos a pessoa já nascida"[sic]¹⁰⁹, complementando, ainda, que o nascimento sem vida não assegura ao alimentante o direito à repetição do que fora pago.

O consagrado autor defendeu também que a mulher grávida – agindo em nome próprio, e não como mera representante dos interesses do nascituro – tem direito à percepção de alimentos, destinados ao sustento dela própria e ao sustento indireto do feto. Concluiu o ponto asseverando que "o que deve alimentos ao filho deve-os à mãe, durante a gestação e a amamentação".¹¹⁰

Portanto, a lei pôs fim à celeuma, assegurando à gestante os recursos necessários para o desenvolvimento saudável da gravidez, medida esta que visa não só à proteção da saúde da mãe, mas principalmente à preservação da vida do nascituro.

O art. 6º da lei de alimentos gravídicos estabelece como requisito básico para a concessão de alimentos a existência de indícios de paternidade, o que, em um primeiro momento, causa estranheza, uma vez que o texto da norma não exige prova segura da paternidade.

Todavia, os indícios a que alude a lei de alimentos gravídicos são – ou deveriam ser –, na prática, elementos de prova, como fotografias, cartas, e-mails etc., que deverão ser apresentados pela parte autora instruindo seu pedido. A comprovação definitiva da paternidade poderia ser providenciada com exame de DNA realizado com o líquido amniótico, não fosse a limitação tecnológica atual, pois o procedimento apresenta elevado risco de comprometimento da gestação.¹¹¹

Embora, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal já tenha autorizado a realização de exame genético para comprovação da paternidade durante a geração,¹¹² hoje, o

¹⁰⁹MIRANDA, 1955, p. 244.

¹¹⁰Ibid., p. 244.

¹¹¹ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, 2010, p. 451.

¹¹²Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do

ordenamento adota como estandarte a não exposição do feto ao risco decorrente do procedimento em questão.

Por conta disso, buscando proteger a integridade do feto, o art. 8º do projeto da lei de alimentos gravídicos, que dispunha acerca da realização da perícia, veio a ser vetado, tornando sobremaneira facilitada a prova da paternidade.¹¹³ O referido dispositivo trazia em sua redação previsão de que “havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente”.

Outra questão que gera preocupação razoável diz respeito ao montante dos alimentos gravídicos a ser fixado, pois o art. 2º estabelece que o valor da verba deverá ser suficiente para cobrir despesas adicionais da gravidez, bem como todas as que dela decorrem, a juízo do médico. Já a parte final do art. 6º invoca o binômio necessidade-possibilidade como critério para mensuração da importância a ser paga, o que remete em um primeiro momento à ideia de adoção do mesmo critério utilizado para fixação do montante dos alimentos devidos após o nascimento.

Entretanto, é impossível deixar de observar que diante, da inexistência de certeza – especialmente quando o suposto pai contesta a paternidade –, a proporcionalidade do valor dos alimentos a ser observada pelo juízo não deveria superar o mínimo necessário para o acompanhamento da gravidez com segurança. Isso porquê, se a paternidade não se confirmar, todo o valor pago a título de alimentos gravídicos revelar-se-á prejuízo sofrido pelo alimentante. Portanto, havendo dúvidas acerca da paternidade, deveria a obrigação ser imposta no menor patamar possível, minimizando proporcionalmente o dano sofrido pelo alimentante acaso a perícia genética a ser realizada futuramente confirme a negativa de paternidade suscitada pelo alimentante.

Diversamente do que ocorre na situação da paternidade já confirmada após o nascimento da criança, em que o estilo de vida do filho não pode destoar daquele vivido pelo

filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e **deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida**, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040 [Rcl-QO: 2040]. [Tribunal Pleno]. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 21 de Novembro de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 27 jun. 2003) [sic] [grifo nosso]

¹¹³MADALENO, 2013, p. 922-923.

pai, não há, durante a gestação, semelhante propósito para o pagamento de verba alimentar superior ao mínimo necessário. Alimentos que extrapolem o necessário acabarão sendo utilizados para melhorar a qualidade de vida da genitora, o que, sem dúvida, parece não ser a intenção da lei. Sendo assim, como equacionar essa situação ao comando final do art. 6º, que determina a observância ao binômio necessidade-possibilidade?

Ao que tudo indica, o binômio deverá ser utilizado como critério para fixação do valor mínimo, não do máximo – que será traçado pela necessidade comprovada. Assim sendo, acaso o custo do acompanhamento da gestação seja, ilustrativamente, de um salário mínimo mensal, este valor será o máximo a ser pago pelo suposto pai, já que o mínimo dependerá de sua própria possibilidade financeira. Assim, se o suposto pai auferir renda que permita pagar mais, ainda assim, deverá pagar o valor máximo de um salário mínimo. Por outro lado, se exemplificativamente, o suposto genitor auferir renda mensal de um salário mínimo, aplicar-se-á o critério da necessidade-possibilidade para estabelecer quanto deverá ser pago.

No entanto, esse não tem sido o critério adotado pelos tribunais pátrios,¹¹⁴ o que revela certo grau de temeridade nas decisões que fixam o valor dos alimentos gravídicos utilizando a mesma lógica da fixação de alimentos legítimos em geral. Olvida-se que o objeto mediato será distinto: enquanto nos alimentos gravídicos busca-se apenas o sadio desenvolvimento da gestação, nos alimentos legítimos leva-se em consideração a proporcionalidade na qualidade de vida desfrutada pelo alimentante e pelo alimentado.

Por outro lado, alguns tribunais pátrios têm adotado, como medida de segurança, a posição de indeferir o pleito de alimentos gravídicos quando duvidosa a urgência ou verossimilhança da alegação, não se apegando à literalidade da noção de indícios de paternidade a que alude a lei. Entretanto, trata-se de orientação não pacificada entre os tribunais, haja vista que, exemplificativamente, os tribunais de justiça Minas Gerais,¹¹⁵ Santa Catarina¹¹⁶ e São Paulo¹¹⁷ vêm optando por indeferir o pleito quando inexistente prova mais

¹¹⁴AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. MINORAÇÃO. CABIMENTO. A Lei n. 11.804 /2008 regulamenta o direito de alimentos à gestante. **Contudo, a fixação de alimentos, inclusive os gravídicos, há de atender ao binômio possibilidade-necessidade.** Situação que recomenda o arbitramento de alimentos gravídicos com moderação e em atenção ao que consta nos autos, até que, com as provas que ainda serão produzidas, reste melhor visualizada a real situação das partes. Agravo de instrumento parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70063838205. Relator: Jorge Luis Dall’Agnol. Porto Alegre, 29 de abril de 2015. **Diário da Justiça**, 13 maio 2015.). [grifo nosso].

¹¹⁵MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 10035120139353001. Relator: Edgard Penna Amorim. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2013. Publicação em 19 ago. 2013.

¹¹⁶SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 8347 SC 2011.000834-7. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, SC, 19 de julho de 2011. Publicado 19 jul. 2011..

robusta da paternidade, enquanto os tribunais do Distrito Federal¹¹⁸ e Paraná¹¹⁹ têm optado pela proteção do nascituro. Mesmo internamente, tem ocorrido divergência nos tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em órgãos diferentes, tem decisões deferindo¹²⁰ e rejeitando¹²¹ o pleito de alimentos gravídicos. Trata-se, no entanto, de questão de difícil fixação de um padrão jurisprudencial, haja vista que a casuística tende a exercer peso significativo sobre a decisão a ser tomada, considerando que os elementos de prova de cada caso podem apresentar enorme variação.

2.6 Verificação da Paternidade Negativa

O problema em estudo surge quando se percebe que aquele sobre quem recaiu a obrigação alimentar não é parte legítima para responder pela dívida. É o caso da ação negatória de paternidade julgada procedente após já ter o genitor aparente arcado com o pagamento de alimentos, e também da ação investigatória de paternidade julgada

¹¹⁷SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 00984009820138260000 SP. Relatora: Christine Santini. São Paulo, SP, 21 de maio de 2013. Publicação em: 21 maio 2013.

¹¹⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n° 20140210016265 DF. Relator: Sandoval Oliveira. Brasília, DF, 04 de março de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 mar. 2015. p. 374.

¹¹⁹PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 7187073 PR. Relator: Ruy Mugiaty. Curitiba, 30 de março de 2011. Publicado em: 12 abr. 2011.

¹²⁰AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PROVAS DA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. É bem de ver que a situação posta ao amparo da lei que garante os alimentos gravídicos, por si só, já traz circunstâncias de difícil comprovação. Difícil para a mãe, de plano, mostrar que tem um bom direito. Mostrar que o filho que ela carrega é do homem que está sendo demandado. É de rigor que o juízo corra algum risco quando se está em sede de provimento liminar. Por isso, em casos nos quais se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se certas exigências, as quais seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoa já nascida. Não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Por outro lado, não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico da criança, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do filho e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um "dever provisório" e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da fragilidade da prova acerca da paternidade, é cabível a fixação dos alimentos provisórios. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70047328026. Relator: Ruy Portanova. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2012. **Diário da Justiça**, 24 fev. 2012)

¹²¹ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI N° 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA FRÁGIL. DESCABIMENTO. 1. Somente quando existem pelo menos indícios da paternidade é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até ser possível o exame de DNA. 2. Embora existam indicativos de que houve intimidade entre o recorrente e a recorrida, os elementos de convicção trazidos são muito frágeis para demonstrar que o recorrido seja o pai do nascituro, não sendo possível fixar liminarmente os alimentos provisórios pretendidos. 3. Sendo provisória a decisão, poderá ser revista a qualquer tempo, podendo ocorrer a fixação dos alimentos provisórios caso venham aos autos elementos de convicção suficientes. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70068280361. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de maio de 2016. **Diário da Justiça**, 24 maio 2016)

improcedente, na qual tenham sido deferidos alimentos provisoriamente. Ambas as ações possuem a mesma indumentária jurídica, haja vista que funcionam basicamente no mesmo molde no que diz respeito à legitimidade, à competência, à cumulação de pedidos, aos fundamentos, às presunções, às provas etc.¹²²

Também se verifica o problema quando vem a ser rechaçada a paternidade daquele que vinha sendo obrigado ao pagamento de alimentos gravídicos. Enfim, em qualquer desses casos, é evidente o dano sofrido pelo até então alimentante, o que deveria, em tese, garantir-lhe o direito de ser reparado.

Diversamente do que ocorre em relação a outras obrigações, em que o devedor pode valer-se de uma série de artifícios para postergar o pagamento, a dívida de alimentos dificilmente não será adimplida pelo devedor, uma vez que muitas são as alternativas à disposição do credor e do juiz para conferir efetividade à execução.

Dentre os vários recursos à disposição do credor e juiz para assegurar o adimplemento dos alimentos encontra-se a possibilidade de penhora de verba remuneratória, uma exceção à regra estampada pelo art. 833, IV, do Código de Processo Civil, a qual estabelece que são impenhoráveis "os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios [...]", bem como qualquer outro recurso financeiro destinado ao sustento do devedor. A exceção é trazida pelo §2º, do mesmo artigo do caderno processual, ao dispor que "o disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem [...]".

À semelhança do código anterior, o Código de Processo Civil atual prevê não apenas a penhorabilidade de remuneração para o pagamento de alimentos, mas a inclusão em folha de pagamento do devedor,¹²³ acabando com qualquer chance de evitar o inadimplemento – ainda que a resistência seja justa.

E, de modo a assegurar por completo a aplicação da medida, o parágrafo único do art. 22, da lei de alimentos (lei 5.478/68), tipifica como crime a conduta daquele que embaraçar o cumprimento da ordem judicial de desconto em folha de pagamento, previsão esta que se

¹²²WELTER, 1999, p. 79.

¹²³Art. 912. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia. (BRASIL, 2002 [CC]).

presta a inibir a potencial iniciativa do empregador de valer-se de artifícios para proteger o empregado devedor.¹²⁴

Dessa maneira, acaso seja o devedor de alimentos assalariado ou receba qualquer outra forma de remuneração que se submeta à possibilidade de aplicação do disposto no art. 912 do Código Civil, não conseguirá evitar o pagamento de alimentos a que fora indevidamente obrigado, os quais serão debitados diretamente de sua remuneração antes mesmo de recebê-la.

Não obstante, há, ainda, outras medidas de grande efetividade para a execução de verba alimentar, a exemplo da exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista pelo art. 3º, III, da lei 8.009/90. Destarte, para o adimplemento da dívida de alimentos, poderá vir a ser penhorado o único imóvel em que reside o devedor e sua família.¹²⁵

Entretanto, a prática forense revela que é na prisão civil que reside uma das mais efetivas formas de coerção do devedor de alimentos ao pagamento. A medida encontra-se prevista no art. 528, §3º, do Código de Processo Civil,¹²⁶ em repetição à possibilidade trazida pelo art. 733, §1º, do revogado código. Diversamente da prisão penal, a prisão civil não tem caráter punitivo, tendo como único propósito compelir o devedor ao adimplemento da prestação devida. Por isso, limita-se apenas aos casos de alimentos legítimos, decorrentes das relações do direito de família.¹²⁷

Trata-se de medida tão severa e excepcional que, atualmente, se admite a prisão civil apenas por dívida de alimentos. Embora presente no texto constitucional (art. 5º, LXVII), não mais é admitida a prisão civil do depositário infiel, consequência do Pacto de São José da

¹²⁴Art. 22. Constitui crime conta a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, de qualquer modo, ajuda o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, ou se recusa, ou procrastina a executar ordem de descontos em folhas de pagamento, expedida pelo juiz competente. (BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 dez. 1973.).

¹²⁵Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida. (BRASIL. Lei nº 8009, de 20 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade de bem de família. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 20 de março de 1990.).

¹²⁶§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. (BRASIL. Lei nº 13.105 [CPC], de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.).

¹²⁷CAHALI, 2002, p. 1005-1006.

Costa Rica, aderido pelo Brasil.¹²⁸ Por se tratar de medida tão grave e vexatória ao devedor, sustenta-se que será deferida apenas se inexistentes outros meios para o adimplemento da obrigação alimentar, a exemplo do desconto em folha de pagamento.¹²⁹

O que realmente releva é a constatação de que acaso o devedor de alimentos busque evadir-se do dever imposto judicialmente, acabará sujeito à severa medida da prisão civil, a despeito da plena convicção de estar sofrendo injusta imposição.

Somando-se a todas essas alternativas, a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard*) é também uma das formas de efetivar a penhora de bens quando o devedor utilizar a via societária como escudo para a insolvência alimentar, o que já vem sendo aplicado pontualmente pelos tribunais pátrios há algumas décadas.¹³⁰ Verificada tal ocorrência, poderá o juiz suspender a eficácia de determinados atos praticados pela sociedade empresária com o intuito de proteger o devedor de alimentos, sem a necessidade de o credor propor trabalhosa ação judicial com o propósito de obter declaração de nulidade do ato praticado.¹³¹

Sem prejuízo da prisão civil, poderá, ainda, o devedor de alimentos responder criminalmente pela prática de abandono material,¹³² tipo penal previsto no parágrafo único do art. 244 do Código Penal,¹³³ cuja pena pode chegar a quatro anos de detenção, acrescida de multa de até dez salários mínimos.

Não bastasse toda a virtual impossibilidade de negativa de pagamento de alimentos pelo alimentante que sabe não ser o verdadeiro pai, há ainda mais um fator a agravar a questão, uma peculiaridade da obrigação alimentar: a retroatividade.

¹²⁸MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127-128.

¹²⁹CAHALI, op. cit., p. 1017.

¹³⁰ALIMENTOS. AÇÃO REVISIONAL. APTIDÃO DA PESSOA FÍSICA, TITULAR DA PESSOA JURÍDICA, PARA PENSIONAR. A TEORIA DA PERSONALIDADE (ART.20 DO CÓDIGO CIVIL). DESCONSIDERAÇÃO. A TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS SOCIAIS, DO SÓCIO QUASE ABSOLUTO DE EMPRESA, PARA O NOME DE SUA SOGRA, EM EVIDENTE FRAUDE À LEI DE ALIMENTOS, E INEFICAZ EM FACE DO CREDOR. SENTENÇA CONFIRMADA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 590092128. Relator: Clarindo Favretto. Porto Alegre, 04 de abril de 1991. Publicado em TJRS, C-CIVEIS, 1995, v. 2, t. 6, p. 10-13.) [sic]

¹³¹MADALENO, 2013, p. 1028.

¹³²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Alimentos e Direito Penal: o Abandono Material. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295-324.

¹³³Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (BRASIL. Lei nº 2.848 [CP], de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

Maria Berenice Dias faz anotação de perspicácia singular acerca da disparidade de tratamento da retroatividade, que favorece o alimentando em detrimento do alimentante.¹³⁴ Se os alimentos provisoriamente fixados vierem a ser majorados em sentença ou em grau recursal, essa mudança no valor da prestação retroagirá à data da citação.

Todavia, se os alimentos provisoriamente fixados vierem a ser reduzidos ou denegados em sentença ou grau recursal, não haverá retroatividade a favorecer o alimentante. O mesmo ocorrerá se os alimentos já estiverem fixados definitivamente, e o pedido de exoneração realizado pelo alimentante vier a ser acolhido.

Portanto, se aquele que sabe não ser o pai vier a ser obrigado ao pagamento dos alimentos, mesmo que consiga um julgamento favorável ao seu intento, amargará o prejuízo dos alimentos gravídicos ou provisórios já pagos, haja vista que, nesse caso, não haverá retroatividade da decisão à data da citação do réu alimentando.

Entretanto, é certo que não condiz com o princípio de justiça que orienta nosso ordenamento jurídico a noção de que o prejudicado em decorrência do dever alimentar indevidamente imposto tenha de suportar o prejuízo. É intolerável a ideia de que não exista à sua disposição forma de se ver justificado, ainda que, para tanto, seja necessária construção de fundamento jurídico em razão da inexistência de solução disposta com clareza em dispositivo legal. Tendo isso em vista, os dois capítulos que seguem cuidarão desse tema, com o propósito de identificar uma resposta à injustiça sofrida pelo genitor aparente.

¹³⁴DIAS, 2007b, p. 263-268.

3 A RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA PELA REPARAÇÃO: O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO

Uma vez detectado o dano sofrido pelo aparente genitor, imperiosa é a busca pela justiça com vistas à reparação do prejuízo de ordem material. Nessa tarefa, três possíveis destinatários da ação de reparação de danos podem ser cogitados em um primeiro momento: o alimentando, o legítimo devedor e, por fim, o genitor guardião (ou gestante) que presta falsa informação em juízo.

Quanto ao alimentando, em se tratando de pessoa capaz, para que se possa cogitar a restituição, é imperiosa a produção de prova da desnecessidade dos alimentos e ocorrência de enriquecimento sem causa,¹³⁵ revelando a presença de abuso de direito, falta de lealdade processual ou má-fé, ocorrências essas que não podem ser premiadas pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, a irrepitibilidade é característica que pode vir a dificultar a promoção da justiça. Por conta disso, a advertência da hodierna doutrina de que não se confira caráter absoluto à irrepitibilidade é de grande valor, pois circunstâncias especialíssimas poderiam conduzir a uma clamorosa e desarrazoada injustiça e ao enriquecimento sem causa.¹³⁶

Silvio Venosa alerta que a irrepitibilidade não deve ser encarada de maneira absoluta, pois, nos casos patológicos, a exemplo do evidente erro sobre a pessoa, nenhuma dúvida há de que o *solvens* terá direito à restituição.¹³⁷ De modo geral, a excepcional relativização da irrepitibilidade é a posição adotada por tantos outros autores, como Yusef Said Cahali,¹³⁸ Maria Berenice Dias,¹³⁹ Carlos Roberto Gonçalves,¹⁴⁰ Arnaldo Marmitt,¹⁴¹ Fernanda Tartuce,¹⁴² Paulo Nader,¹⁴³ entre outros. Aliás, não é de hoje que a relativização da irrepitibilidade encontra defensores, haja vista que, ainda na vigência do Código Civil de 1916, Flávio Luís de Oliveira já aludia à hipótese de afastamento da irrepitibilidade dos alimentos, inspirado por disposição nesse sentido prevista na legislação francesa.¹⁴⁴

¹³⁵FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 724.

¹³⁶PEREIRA, 2007b, p. 159.

¹³⁷VENOSA, 2003, p. 279.

¹³⁸CAHALI, 2002, p. 126.

¹³⁹DIAS, 2007a, p. 456.

¹⁴⁰GONÇALVES, 2012a, p. 450.

¹⁴¹MARMITT, Arnaldo. **Pensão Alimentícia**. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 21-22.

¹⁴²TARTUCE, Fernanda. Alimentos indevidos: exoneração e repetição. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 9, p. 101-124, abr./maio, 2009.

¹⁴³NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5: Direito de Família. p. 545.

¹⁴⁴OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A Antecipação da Tutela dos Alimentos Provisórios e Provisionais Cumulados À Investigação de Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 58-59.

A esse respeito, crítica já foi levantada à posição esposada pelos autores que defendem a mitigação da irrepetibilidade, mesmo diante dos casos de abuso de direito, pois os interesses das partes em conflito possuem pesos muito distintos: de um lado, o aspecto puramente material que toca o interesse do alimentante; de outro, o próprio direito à vida do alimentando, visto que os alimentos se prestam à sua subsistência.¹⁴⁵

A crítica em questão suscita celeuma irrelevante para o presente estudo, pois a problemática posta diz respeito à hipótese de comprovação da inexistência do liame de paternidade após a fixação da obrigação alimentar. Assim sendo, estar-se-á a tratar abstratamente de situação que diz respeito a casos em que, na prática, o alimentando será incapaz. Tratando-se de nascituro ou incapaz, majoritariamente, a doutrina reconhece que o óbice da irrepetibilidade é razoável e justificado, o que torna improdutivos os esforços que busquem sustentar entendimento contrário.

É oportuno o registro de que mesmo esse entendimento tem opositores esposando a possibilidade de restituição dos alimentos indevidamente recebidos quando vier a ser comprovado que o suposto genitor compelido ao pagamento de alimentos provisórios não os devia por se tratar de obrigação que legitimamente deveria ter recaído sobre o pai verdadeiro.¹⁴⁶

Máxima vênia, embora seja sem dúvida uma solução fácil, essa não parece ser a resposta mais adequada do ordenamento, haja vista que o alimentando incapaz é pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade, sendo pouco razoável exigir-lhe restituição dos alimentos a que efetivamente fazia jus – ainda que o devedor fosse outro. Melhor raciocínio conduz à cogitação de que a reparação pelo dano sofrido deva ser direcionada ao legítimo devedor que se locupletou às custas do genitor aparente.

Portanto, se, de um lado, é infrutífera a proposta de exigir a restituição dos alimentos consumidos pelo incapaz, de outro, a irrepetibilidade não deve blindar os demais possíveis responsáveis cogitados: o genitor biológico, legítimo devedor dos alimentos; e o genitor guardião, que, temerária ou dolosamente, induziu o judiciário à imposição da obrigação alimentar à pessoa errada.

É de bom alvitre que se perceba que, embora inexistente dispositivo que preveja expressamente uma solução para a ocorrência posta pela problemática de pesquisa aqui

¹⁴⁵CERUTTI, Eliza; CATALAN, Marcos. Alimentos, Irrepetibilidade e Enriquecimento Sem Causa: uma Proposta de Convergência de Figuras Aparentemente Excludentes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 25-47, abr./jun. 2010.

¹⁴⁶WALD; FONSECA, 2013, p. 81.

desenvolvida, certo é que o sistema como um todo, em vista da busca precípua pela justiça, deverá viabilizar a construção de uma solução.

Ao trabalhar o diálogo das fontes, Cláudia Lima Marques expõe com argúcia raciocínio fundamental para que o direito possa exercer sua função primordial, qual seja, concretizar a justiça: as normas não são estruturas estanques e compartimentadas. Guardam entre si, sobretudo, identidade de finalidades, pois perseguem um resultado justo, de acordo com os axiomas acolhidos pelo grupo social – positivados na Constituição ou recebidos nos direitos humanos.¹⁴⁷

O assunto já foi objeto de trabalhos de menor extensão, com diversas soluções apontadas: desde a ação de reparação de danos em face do pai biológico¹⁴⁸ até a possibilidade de responsabilização solidária do pai verdadeiro e da mãe guardiã se detectado o conluio.¹⁴⁹ Porém, o tema recebe pouca atenção da doutrina nacional, restando, na maioria das vezes, ignorado pelos manuais de direito de família em geral. Nessa quadra, a extensa obra monográfica sobre alimentos de Yussef Said Cahali¹⁵⁰ apresenta aproximadamente quatro páginas abordando questão correlata ao tema, sem aprofundamento a respeito da legitimidade passiva na ação de reparação de danos.

A abordagem feita pelo autor não diz respeito especificamente à proposta do presente estudo, pois versa sobre a hipótese em que pessoa não obrigada à prestação de alimentos realiza o pagamento e, por conta disso, possui crédito a receber. Cahali assevera que, unanimemente, entre a doutrina “considera-se que a pretensão creditícia ao reembolso exercitada pelo terceiro é de direito comum, e não de direito familiar”,¹⁵¹ o que induz à busca das normas gerais de direito como fundamento legal e à ação de reparação de danos como caminho.¹⁵²

Embora seja preciso o autor sobre *(i)* a impossibilidade de exercer o direito de regresso quando os alimentos são pagos por liberalidade do terceiro pagante,¹⁵³ bem como *(ii)* ao expor entendimento de que não há como apoiar a doutrina minoritária que defende a possibilidade

¹⁴⁷MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” Como Método da Nova Teoria Geral do Direito: um Tributo À Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito À Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

¹⁴⁸COELHO, Helenira Bachi. Da Reparação Civil dos Alimentos. da Possibilidade De Ressarcimento Frente À Paternidade Biológica. In: MADALENO, Rolf et al. **Ações de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25-34.

¹⁴⁹ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: Angústias e Aflições nas Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99-100.

¹⁵⁰CAHALI, 2002, p. 97-101.

¹⁵¹Ibid., p. 101.

¹⁵²COELHO, op. cit.

¹⁵³CAHALI, op. cit., p. 100.

de ação sub-rogatória, uma vez que o direito a alimentos está vinculado exclusivamente à pessoa do credor,¹⁵⁴ não se detecta a mesma sorte no que diz respeito ao fundamento jurídico para a reparação de danos a ser pleiteada.

A proposta de Yussef Said Cahali indica a adoção das normas gerais de direito como fundamento legal para a ação reparatória, sem pormenorizar o fundamento específico do dever de reparação, até mesmo porque reconhece que há divergência doutrinária em relação a este ponto. Entretanto, isso inspira o ponto de partida, considerando que estará nas normas gerais do direito obrigacional a solução para o prejuízo nascido de uma obrigação própria do direito de família, devendo, portanto, o estudo ser direcionado à conjugação dos dois ramos.

3.1 O Diálogo Com o Direito das Obrigações

Certo é que as obrigações típicas do direito de família não devem permanecer isoladas em seu próprio universo, sem comunicação com o restante do sistema jurídico. A proposta de diálogo das fontes, ainda que voltada à harmonização de fontes distintas, tem significativo potencial para lançar luz sobre a questão em estudo e colaborar para uma solução para a problemática posta ao promover a compatibilização das normas de direito de família com aquelas de caráter geral encontradas no direito das obrigações. O diálogo, originário da expressão “*dialogos*”, propõe justamente o encontro de duas (*di*) lógicas (*logos*), de modo que coexistam harmoniosamente.¹⁵⁵

É de bom tom que se leve em consideração que o estudo em curso buscou analisar a problemática do prejuízo sofrido pelo genitor aparente tanto nos casos de pleito de alimentos provisórios de filho já nascido quanto na hipótese de fixação de alimentos gravídicos em favor da gestante. Portanto, apenas em uma pequena parte há que se falar na existência efetiva de fontes distintas – o Código Civil e a lei de alimentos gravídicos. Entretanto, ainda que a busca pela compatibilização de normas não se dê por completo em fontes distintas – fugindo parcialmente do escopo principal do estudo sobre o diálogo das fontes –, certo é que as peculiaridades próprias do direito das obrigações e do direito de família podem, por vezes, suscitar dificuldades para uma natural aplicação conjugada de suas disposições. Em outros termos, caberá ao intérprete identificar a extensão da aplicação das normas em jogo, a fim de sintonizá-las para alcançarem o seu objeto mediato, ou seja, a resolução de conflitos e, em última análise, a própria justiça.

¹⁵⁴CAHALI, 2002, p. 98.

¹⁵⁵MARQUES, 2012, p. 26-27.

O tema em desenvolvimento apresenta uma série de questões cujas respostas exigem dedicada elucubração, pois os conflitos, ainda que somente aparentes, são notórios: (i) a já mencionada irrepetibilidade dos alimentos em contraposição ao direito de reembolso pelo alimentante, especialmente em matéria de alimentos gravídicos; (ii) o possível dever de reparação em face do genitor biológico, que não praticou ilícito algum; (iii) a possível reparação pelo enriquecimento sem causa imposta ao genitor biológico, que não teve direito ao contraditório; (iv) o potencial abuso de direito da genitora guardiã ou gestante, que não teve a manifesta intenção de promover o dano; (v) o dever de reparação pela genitora guardiã ou gestante que, sem culpa, causou prejuízo injusto ao pai aparente quando do pleito de alimentos provisórios ou gravídicos. Portanto, percebe-se que as soluções não fluem com a naturalidade esperada, o que suscita a elaboração de estudo que promova o cotejo e a compatibilização dos dois ramos do direito civil em lume.

Recorrer ao diálogo demanda a compreensão de que se trata de um método sistemático de interpretação e aplicação das normas, sendo composto por duas características principais: (i) trata-se de uma interpretação que visa a atender a finalidade dos direitos expressos na Constituição Federal, sendo, portanto, orientada por fundamentos axiológicos; (ii) é, acima de tudo, método de interpretação sistemática.¹⁵⁶ Esse último caractere suscita a rememoração da ideia básica do modo de operação da interpretação sistemática, segundo a qual a hermenêutica não deve perder de vista a pressuposição de unidade do sistema jurídico do ordenamento.¹⁵⁷ Todavia, vale a aqui o alerta de Bruno Miragem de que o diálogo das fontes não é mera expressão do método clássico de interpretação sistemática, pois não se limita à interpretação, perseguindo a efetivação das normas dialogantes sob a orientação de fundamentos valorativos presentes na Constituição Federal.¹⁵⁸

De toda sorte, ainda que pare dúvida sobre a aplicabilidade do diálogo das fontes sobre a problemática posta, especialmente pelo fato de estar a dificuldade de concatenação situada em maior parte dentro de distintos setores de um mesmo diploma legal – o Código Civil –, ainda é possível a harmonização das normas pelo uso do método de interpretação sistemática. Isso ocorre porque não se trata o direito de um aglomerado caótico de

¹⁵⁶MIRAGEM, Bruno. *Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes Como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro*. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito À Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

¹⁵⁷FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 293.

¹⁵⁸MIRAGEM, op cit., p. 91.

disposições, mas, sim, de um organismo jurídico, um sistema de preceitos entrelaçados coordenadamente ou por subordinação, cada qual com sua função própria.¹⁵⁹

Nessa senda, destaca Juarez Freitas, em obra dedicada ao estudo da interpretação sistemática do direito, que cabe ao intérprete, ao deparar-se com antinomias, balizar-se pelos princípios fundamentais que regem o sistema, dada a superioridade hierárquica desses – do ponto de vista axiológico. Segundo o autor, não há conflito de regras que não se resolva à luz dos princípios.¹⁶⁰ Embora regras e princípios sejam espécies distintas pertencentes a um mesmo gênero – a norma –, funcionam os princípios como mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades contextuais – fáticas e jurídicas.¹⁶¹

Portanto, pode-se concluir com essa breve reflexão que: (i) o direito deve ser tratado como um organismo, cujas normas devem ser analisadas sistematicamente para que coexistam harmoniosamente; e (ii) prestar-se-ão os princípios a orientar o intérprete nessa tarefa, de modo que persevere a aplicação justa das normas. Aliás, a própria expressão *direito* guardou no vernáculo o sentido do *jus*, ou seja, aquilo que é consagrado pela Justiça em termos de virtude moral.¹⁶²

Entretanto, é imperioso que se tenha em vista que não há como perseguir uma solução tão somente guiada pelo ideal de justiça, haja vista que a justiça é, em si, um bem jurídico de difícil e maleável conceituação. Como destacado por Eros Grau, é incabível a discussão de justiça ou injustiça da norma produzida ou da decisão proferida, posto que o sentido de justiça estará atrelado à noção de segurança social, que, por sua vez, será definida pelo momento histórico vivido por determinada sociedade.¹⁶³

No entanto, certo é que nosso ordenamento, inspirado nos axiomas que funcionam como fio condutor à almejada justiça, adotou, em matéria de responsabilidade civil, o princípio da reparação integral, segundo o qual a reparação dar-se-á na proporção do dano, visando a atendê-lo por completo.¹⁶⁴ Trata-se de princípio que já vinha positivado no art. 1.059 do Código Civil de 1916 e que hoje é previsto, com redação mais sucinta, no art. 944 do Código de 2002.

¹⁵⁹FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963. p. 143.

¹⁶⁰FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 291.

¹⁶¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

¹⁶²FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 34.

¹⁶³GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

¹⁶⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26-29.

Portanto, coaduna-se com a noção de justiça adotada pelo nosso sistema a busca pela total reparação do dano injusto sofrido pelo genitor aparente que, indevidamente, se viu obrigado ao pagamento de alimentos.

Por conta disso, em um primeiro momento, dois possíveis fundamentos podem ser cogitados para sustentar o dever de reparação do dano sofrido pelo genitor aparente, a saber: **(a)** por conta da ausência de culpa do genitor biológico, estar-se-ia diante de caso de responsabilidade civil objetiva; ou **(b)** a reparação não guarda relação com a ocorrência de ato ilícito, fundamentando-se tão somente pela ocorrência do enriquecimento sem causa, fruto da economia gerada ao legítimo devedor e da redução patrimonial do terceiro que pagou alimentos em seu lugar.

3.2 Ato Ilícito e Responsabilidade Civil Objetiva

Apresenta-se de forma bastante razoável a proposta de identificar no pai verdadeiro, legítimo devedor de alimentos, o dever de reparar o dano sofrido pelo terceiro que os pagou, mesmo quando inexistente culpa. A dúvida que subsiste é o fundamento jurídico que sustentará essa pretensão.

Em matéria de responsabilidade civil, é regra, em nosso ordenamento, a responsabilização subjetiva, para a qual é imperiosa a comprovação da culpa do agente pelo dano causado. Entretanto, seja pela dificuldade de produção da prova da culpa pela vítima, seja pela necessidade de uma resposta mais satisfatória à necessidade do jurisdicionado, a responsabilidade civil objetiva acabou se revelando uma solução de grande inteligência em determinados casos.

Trata-se de forma de responsabilização do agente que começou a tomar corpo em meados do século XIX na França, na Bélgica, na Itália e em outros tantos países, calcando-se no risco e dispensando a prova de culpa. Limita-se à verificação do dano e do nexo de causalidade, possibilitando a responsabilização do agente pela ligação com o dano, sem prejuízo de que viesse a produzir prova de eventual excludente.¹⁶⁵

Em linhas gerais, as duas modalidades de responsabilidade distinguem-se precisamente pela exigência ou não da culpa do agente como requisito. Enquanto na responsabilidade subjetiva, regra geral do ordenamento, a culpa é elemento indispensável para a invocação da responsabilidade, na responsabilidade objetiva, o dever de reparação decorre

¹⁶⁵SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Responsabilidade Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 28.

da atividade em si, seja por ela envolver risco, seja por se tratar de hipótese expressamente prevista em lei.

Devido às duas modalidades de imputação de responsabilidade, há, na doutrina, quem julgue conveniente a distinção entre ilicitude e antijuridicidade. Essa última corresponde tão somente à violação de um dever de conduta, enquanto aquela só se configura se estiver presente também a culpabilidade.¹⁶⁶

Esse duplo aspecto permite abordar o ato ilícito em dois sentidos. Em sentido estrito, é o conjunto de pressupostos da responsabilidade ou da obrigação de reparação. Sua caracterização depende da conjugação dos quatro elementos da responsabilidade civil subjetiva (ato ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade). Por sua vez, em sentido amplo, o ato ilícito diz respeito apenas à conduta humana antijurídica, “sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico”.¹⁶⁷

Assim, para que pudesse a vítima estar sempre protegida pelo ordenamento jurídico e, ainda, levando em consideração o desenvolvimento do risco e a complexidade das relações sociais, percebeu-se a necessidade de encontrar fundamentos para a responsabilidade civil sem dependência da culpa individual.¹⁶⁸

Consoante entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, o conceito estrito de ato ilícito, demandando a presença da culpa entre seus elementos, tornou-se insatisfatório até mesmo para a responsabilidade civil subjetiva. Por isso, em matéria de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é muito vasto, apenas o ato ilícito em sentido amplo tem guarida, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica – a violação de dever jurídico preexistente.¹⁶⁹

A hipótese de imputação da responsabilidade a despeito da culpa do devedor trazida pela nossa legislação é aquela configurada pela responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil.

O referido dispositivo dispõe que “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”, conduzindo à clara constatação de que duas são as hipóteses de responsabilidade civil: os casos especificados em lei e a atividade de risco desenvolvida pelo autor. Ora, configurando-se alguma das hipóteses, restaria dispensada a necessidade de

¹⁶⁶CAVALIERI FILHO, 2014. p. 21-22.

¹⁶⁷Ibid., p. 11-12.

¹⁶⁸STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 238.

¹⁶⁹CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 23-24.

presença de culpa pelo não adimplemento da verba alimentar pelo pai verdadeiro,¹⁷⁰ até mesmo porque não se trata de uma sanção, de uma punição imposta ao responsabilizado; trata-se de necessária reparação ao dano sofrido pela vítima, consoante consagrada lição de Pontes de Miranda.¹⁷¹

Portanto, sendo a reparação do dano sofrido o objetivo da norma – e não a penalização do responsável –, há casos em que não será necessária a caracterização de ato ilícito para o nascimento da responsabilidade civil.¹⁷²

3.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR FORÇA DE DISPOSITIVO DE LEI

Dentre as possibilidades de aplicação da responsabilidade civil, a primeira a ser cogitada diz respeito à existência de expressa previsão legal estabelecendo essa modalidade de responsabilização pelo dano. Certo é que a hipótese aqui trazida é de difícil sustentação devido à inexistência de dispositivo legal prevendo expressamente a responsabilidade civil objetiva do legítimo devedor de alimentos pela reparação do dano sofrido pelo terceiro que foi obrigado indevidamente ao pagamento.

De toda sorte, ainda que inexista dispositivo expresso nesse sentido, a ideia não é completamente estranha ao nosso ordenamento, uma vez que há indicação no próprio Código Civil da intenção do sistema de proteger o terceiro indevidamente lesado em decorrência do adimplemento de obrigação alheia.

Nesse sentido, três são os dispositivos legais presentes no Código Civil que tangenciam o tema, considerando que apresentam soluções para o reembolso ou reparação do terceiro: o art. 305, que prevê o reembolso do terceiro não interessado que paga dívida em seu próprio nome; o art. 934, que dispõe sobre o direito de regresso do terceiro que ressarcir o dano; e, por fim, o art. 871, que prevê o direito ao reembolso pelo gestor que paga alimentos na ausência do devedor. Os dispositivos em questão guardam forte relação com a problemática posta, razão pela qual serão examinados separadamente nos pontos seguintes.

¹⁷⁰FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151-198.

¹⁷¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 53: Direito das Obrigações. p. 207.

¹⁷²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários Ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3, t.2: Dos Atos Jurídicos Lícitos, dos Atos Ilícitos, da Prescrição e da Decadência, da Prova. p. 20.

3.2.1.1 Direito Ao Reembolso do Terceiro Que Paga a Dívida (art. 305)

O primeiro dispositivo a ser invocado como evidência da orientação do Código é o art. 305, que prevê que “o terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.”

Um primeiro aspecto que há de ser considerado para cogitar-se a aplicação do dispositivo diz respeito à necessidade de que o devedor principal tenha conhecimento e não se oponha ao pagamento caso tenha meios de desobrigar-se da prestação. Portanto, a aplicação do art. 305 do Código dependerá, nos termos do art. 306, de ter o devedor conhecimento do pagamento realizado pelo terceiro – e não oferecer oposição.

Nesse contexto, o sujeito passivo da obrigação teria de ser o pai verdadeiro, de modo que o terceiro (pai aparente) estaria realizando o pagamento dos alimentos com conhecimento e concordância daquele. Isso porque, acaso realizasse o pagamento sem conhecimento ou com oposição do devedor, não lhe seria obrigatoriamente assegurado o direito de regresso, pois, segundo disposto no trecho final do art. 306, acaso tivesse o devedor meios de ilidir a ação do credor, o pagamento efetuado por terceiro sem a concordância – ainda que tácita – daquele não geraria o direito ao reembolso a que alude o art. 305.

Isso acaba por ser irrelevante para o problema em estudo, que diz respeito à hipótese em que, indubitavelmente, exista a obrigação alimentar, a qual fora imputada indevidamente ao pai aparente. Destarte, o tema da pesquisa não versa sobre hipótese em que o pai verdadeiro teria meios para provar estar desobrigado de pagar alimentos gravídicos ou ao filho menor de idade.

Por outro lado, uma questão de intransponível obstáculo à aplicação dessa solução diz respeito à situação do terceiro que realizou o pagamento, uma vez que o teor do artigo diz respeito a *terceiro não interessado* que paga a dívida em seu próprio nome. Ora, em que pese inexistir dúvida de que o terceiro pode estar pagando contra a sua vontade, de modo a inexistir interesse no sentido literal da palavra, é fato que havia interesse jurídico por ocasião do pagamento – visto que, na oportunidade, a obrigação que se lhe recaiu era exigível.

Consoante magistério da tradicional doutrina, o terceiro interessado é "pessoa que integra o vínculo obrigacional, por estar indiretamente responsável pela solução do débito",¹⁷³ enquanto o terceiro não interessado "é o estranho ao vínculo obrigacional, a princípio sem

¹⁷³ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 46.

interesse jurídico no débito, mas que em virtude de um interesse moral é conduzido ao resgate da obrigação".¹⁷⁴

Portanto, a distinção entre terceiro interessado e terceiro não interessado reside justamente na possibilidade de vir a responder pela dívida acaso não haja o adimplemento pelo devedor principal. Portanto, o dispositivo em questão não guarda compatibilidade com a problemática.

Ademais, mesmo que pudesse ser considerado terceiro interessado, nova incompatibilidade se desvelaria ao se levar em consideração que, em matéria de direito das obrigações, o inciso III, do art. 346, do Código prevê que o terceiro interessado que realiza o pagamento sub-roga-se nos direitos do credor. E, como já mencionado alhures, inexistente a possibilidade de sub-rogação nos direitos do credor dos alimentos.¹⁷⁵

De toda sorte, o mais relevante dos óbices se desvela na definição de terceiro, isso porque a própria noção de terceiro exige a presença de um devedor principal. Vale dizer, não há como ser tratado como terceiro aquele que se encontra investido, ainda que erroneamente, da posição de devedor principal.

Portanto, o art. 305 do Código Civil não se presta como solução ao problema proposto, mas revela preciosa evidência da inclinação do ordenamento à proteção daquele que realiza o pagamento de obrigação alheia.

3.2.1.2 Direito de Regresso Pelo Ressarcimento de Dano Por Terceiro (art. 934)

Semelhante raciocínio apresenta o art. 934 do Código ao estabelecer que “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”, de modo a assegurar àquele que reparou o dano o direito de cobrar do legítimo devedor a quantia despendida.

Todavia, o aludido dispositivo enfrenta limitações, pois guarda relação com o dever de reembolso por quem paga *indenização* em face daquele que *causou o dano*, o que nem mesmo pela mais flexível das interpretações viabilizaria o enquadramento na hipótese posta pela problemática do presente estudo.

¹⁷⁴ROSENVALD, 2002, p. 47.

¹⁷⁵CAHALI, 2002, p. 98.

Ora, o primeiro óbice se verifica já no que fora objeto de pagamento pelo terceiro: indenização não se confunde com alimentos, já que estes não nascem de ato ilícito e não buscam reparar lesão sofrida, e sim assegurar a subsistência de alguém.

Contudo, o óbice mais expressivo diz respeito àquele que deverá ser demandado na ação regressiva: a lei é categórica ao precisar que o demandado será o causador do dano, salvo se for descendente civilmente incapaz de quem efetuou o pagamento em seu lugar. Ora, está-se diante de comando que se limita à esfera da responsabilidade civil, incompatível com a obrigação alimentar, haja vista que o terceiro que paga a indenização poderá demandar regressivamente apenas o *causador do dano*.

Com relação a isso, é oportuno que se faça breve incursão nas fontes das obrigações, a fim de identificar onde se situa a obrigação alimentar nesse contexto. Entende-se como definição de fontes os atos ou fatos que dão azo ao surgimento das obrigações, tema esse de insuperada controvérsia e remota origem.¹⁷⁶

É ponto de partida pacífico na doutrina (Silvio Rodrigues,¹⁷⁷ Silvio Venosa,¹⁷⁸ Serpa Lopes¹⁷⁹) que quatro eram as fontes das obrigações concebidas no período mais recente do direito romano: o contrato, o delito, o quase-contrato e o quase-delito. Englobadas pela noção de delito estavam as práticas intencionais do furto, roubo, dano injusto e injúria.¹⁸⁰ Por sua vez, as obrigações originadas de um contrato eram de quatro gêneros, a depender de ter sido a obrigação contraída pela coisa, por palavras, por escrito ou por consenso.¹⁸¹ A terceira fonte conhecida no direito romano foi a figura do quase-contrato, criada para justificar obrigações originárias de atos lícitos não advindos do acordo de vontades, a exemplo da gestão de negócios ou do pagamento realizado indevidamente a quem não era credor.¹⁸²

Por fim, a mais relevante das fontes no direito romano para o presente estudo foi a figura do quase-delito, assim entendida como o dano causado a alguém que não decorresse de dolo do agente, mas de simples culpa, guardando evidente semelhança com a responsabilidade civil subjetiva que hodiernamente vigora nos ordenamentos. Percebe-se,

¹⁷⁶RODRIGUES, 2002, p. 8.

¹⁷⁷Ibid., p. 8-9.

¹⁷⁸VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48-49.

¹⁷⁹LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2: Obrigações em Geral. p. 28-30.

¹⁸⁰CRETELLA JUNIOR, José; CRETELLA, Agnes (Trad.). **Institutas do Jurisconsulto Gaius**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171.

¹⁸¹Ibid., p. 149

¹⁸²RODRIGUES, op. cit., p. 9.

portanto, que o delito e o quase-delito distinguiram-se essencialmente pela presença de dolo e de culpa, respectivamente.¹⁸³

Modernamente, o formato quadripartido das fontes das obrigações foi acolhido entre diversos ordenamentos, a exemplo do francês, do espanhol e do argentino. Entretanto, seguindo rumo semelhante à codificação alemã e suíça, o nosso ordenamento abandonou a orientação quadripartida, aderindo à tendência hodierna de repelir o quase-contrato e o quase-delito como fontes de obrigações.¹⁸⁴

No direito moderno, admitiu-se também como fonte das obrigações a lei, estando inserida nessa categoria a obrigação alimentar. Entretanto, as fontes das obrigações não são tema estreme de controvérsias, como demonstra Judith Martis-Costa ao elencar as diferentes classificações (tripartite, dualista e unitária),¹⁸⁵ ou Serpa Lopes, quando invoca as distintas linhas de classificações, incluindo a que defende o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações, a exemplo do modelo adotado por ordenamentos alienígenas como o alemão e o suíço.¹⁸⁶

É ingrata a tarefa de identificar a classificação mais segura das fontes das obrigações no direito pátrio, haja vista que o ponto é objeto de incrível divergência doutrinária. Silvio Venosa entende que a lei sempre será a fonte imediata das obrigações, incluindo aquelas que decorrem exclusivamente da lei, como as obrigações alimentares, bem como todas as demais figuras geradoras de obrigações: declaração unilateral de vontade, atos coletivos, pagamento indevido, enriquecimento sem causa, abuso de direito e algumas situações de fato.¹⁸⁷ Nelson Godoy Bassil Dower também vê na lei a fonte primária das obrigações, restando ao contrato, à declaração unilateral de vontade e ao ato ilícito a condição de fontes mediatas.¹⁸⁸ Nelson Rosenvald divide as fontes em negócios jurídicos (bilaterais e unilaterais) e atos jurídicos não negociais, nesta estando inserida a responsabilidade (subjéctiva e objectiva) pelo ato ilícito – incluindo o abuso de direito.¹⁸⁹

Nessa quadra, revela-se de notável pertinência a corrente esposada por Silvio Rodrigues¹⁹⁰ e Valdeci Mendes de Oliveira¹⁹¹, segundo a qual as fontes das obrigações hoje

¹⁸³DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 109.

¹⁸⁴LOPES, 1966, p. 30.

¹⁸⁵MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 238-239.

¹⁸⁶LOPES, op. cit., p. 31.

¹⁸⁷VENOSA, 2015, p. 50.

¹⁸⁸DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2007. p. 35-39.

¹⁸⁹ROSENVALD, 2002, p. 7-9.

¹⁹⁰RODRIGUES, 2002, p. 10.

vigorantes em nosso ordenamento estão divididas em três categorias: as geradas pela vontade humana, as decorrentes do ato ilícito e as impostas pela lei. Esse formato de classificação das fontes das obrigações guarda alguma semelhança com aquele adotado no direito português ainda na primeira metade do século passado, cuja doutrina visualizava como fontes o contrato e a lei – embora também por lá o tema seja de longa data objeto de controvérsia, a exemplo da posição adotada por Guilherme Alves Moreira no sentido de excluir a lei e incluir o ato ilícito como fonte de obrigação.¹⁹²

Malgrado pertença ao ramo do direito de família, o que implica observância de uma série de peculiaridades não presentes, de modo geral, no direito das obrigações, é possível identificar na lei a fonte da obrigação alimentar, cuja imposição não depende de negócio jurídico ou de ato ilícito, bastando que estejam adequadamente preenchidos os seus pressupostos.

Judith Martins-Costa situa, de forma didática, a obrigação alimentar dentro do direito obrigacional. Isso porque o direito obrigacional pode ser dividido em oito campos do direito (civil comum, civil de família, comercial, internacional privado, consumidor, trabalhista, administrativo e tributário),¹⁹³ dentre os quais se encontra o direito de família, ramo esse que abarca direitos de duas espécies: pessoal e patrimonial,¹⁹⁴ estando inserida nessa última a obrigação alimentar.

Destarte, ainda que o art. 934 seja de caráter geral, segundo Carlos Roberto Gonçalves,¹⁹⁵ a própria redação do dispositivo confere pouca margem para aplicação fora do campo da responsabilidade civil, visto que, para servir como fundamento para solucionar o problema ora proposto, imperiosa seria a abstração de elementos de sua essência.

Vê-se, pois, que o art. 934 versa sobre obrigação cuja fonte é o ato ilícito, elemento essencial da responsabilidade civil, inviabilizando, portanto, que se estenda sua aplicação às obrigações que têm por fonte tão somente a imposição da lei.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. **Obrigações e Responsabilidade Civil Aplicadas: Doutrina, Prática, Jurisprudência**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2002. p. 51-53.

¹⁹² MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1925. v. 2: Das Obrigações. p. 544-546.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, 2015, p. 272.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 126.

3.2.1.3 Direito Ao Reembolso Pelos Alimentos Pagos Pelo Gestor (Art. 871)

Outro dispositivo do Código que também conduz a possível solução, mais próximo à realidade do problema proposto, é o art. 871, que prescreve: “quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.”

O dispositivo em comento é claro ao impor ao legítimo devedor de alimentos o dever de reembolsar aquele que os pagou ao alimentando, mesmo quando aquele não ratificar o ato praticado. Entretanto, precipitadamente, detecta-se que esse artigo também não é a solução para a problemática enfrentada neste estudo, visto que, à semelhança do teor dos artigos 305 e 934, a obrigação deve já ter recaído sobre o devedor correto, sendo assegurado ao *terceiro* o direito de regresso acaso realize o pagamento.

Isso porque o art. 871 diz respeito à hipótese em que o devedor, embora obrigado ao pagamento de alimentos, não se faz presente para o cumprimento da obrigação, de modo que o gestor acaba por satisfazer a necessidade do alimentando, sendo-lhe assegurado o direito ao reembolso do que pagar.¹⁹⁶

Com isso, depreende-se que os três dispositivos de lei que tangenciam a problemática posta não se prestam para solucioná-la, restando, dessa forma, afastada a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva ao legítimo alimentante decorrente de caso especificado em lei.

Nessa esteira, valiosa é a lição de Rui Stoco de que a proteção da vítima é prioridade, de modo que a dificuldade da prova da culpa não pode vir a chancelar o não ressarcimento, o que não significa dizer que se autorize a imposição da obrigação a quem não a deve, não se prestando para isso a responsabilidade civil. O autor conclui o raciocínio esclarecendo que “apenas mediante previsão expressa e prévia da lei se poderá impor a responsabilidade objetiva”.¹⁹⁷

Em que pese o Código Civil exija interpretação sistemática,¹⁹⁸ de modo a não aplicar nenhum dispositivo isoladamente, sem harmonização com o conjunto, é impossível sustentar

¹⁹⁶GONÇALVES, 2012b, p. 595.

¹⁹⁷STOCO, 2014, p. 239.

¹⁹⁸O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136)

tese de que qualquer dos dispositivos mencionados – arts. 305, 871 e 934 – seja algum dos “casos especificados em lei” a que alude o parágrafo único do art. 927.

Portanto, não há como obrigar o pai verdadeiro a responder objetivamente sob o fundamento de se tratar de caso especificado em lei, uma vez que a legislação brasileira é lacunosa no tocante à hipótese. Ademais, a adoção de interpretação extensiva dos aludidos dispositivos poderia vir a gerar situação de extrema insegurança jurídica, considerando que a responsabilidade objetiva tem o condão de reposicionar o ponto de equilíbrio das relações jurídicas. No entanto, não quer isso dizer, ao menos por ora, que a responsabilidade civil objetiva não possa ser cogitada pela prática de atividade de risco, próximo ponto a ser trabalhado.

3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO RISCO

Diante da inexistência de previsão legal para a responsabilização objetiva do pai verdadeiro, exsurge questionamento acerca da possibilidade ou não de enquadrar a conduta do genitor biológico na definição de atividade de risco sobre a qual alude a lei, o que recomenda melhor estudo da teoria do risco – e suas diversas facetas – considerando as particularidades do problema posto.

Isso porque, em termos práticos, não há como deixar de atentar à noção de que, ao manter relações sexuais com pessoa de sexo diverso, sem as devidas precauções, o sujeito assume determinado risco, qual seja, o de uma gravidez – e, por conseguinte, o risco da paternidade e dos deveres a ela inerentes. Embora o raciocínio possa causar, inicialmente, certa estranheza, a configuração do risco criado – o resultado decorrente de ação do sujeito – conduz à dúvida que, por sua vez, exige análise para confirmação ou descarte da hipótese.

No estudo do risco, diversas são as teorias acolhidas a respeito do tema: risco-proveito, risco profissional, risco criado, risco integral e risco administrativo. Todas essas teorias – além de outras, como a teoria do risco mitigado – têm um ponto em comum: a proposição de uma responsabilidade independentemente de culpa.¹⁹⁹ Não há distinção, no Código Civil, acerca da aplicação das diversas modalidades da teoria do risco,²⁰⁰ que serão adotadas pelo operador da lei conforme a necessidade e as circunstâncias do caso concreto.

¹⁹⁹SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da Erosão dos Filtros da Reparação À Diluição dos Danos. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.28-29.

²⁰⁰BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87.

Por uma questão de praticidade, este estudo não se aterá às teorias do risco profissional, do risco integral e do risco administrativo, cujas aplicações de nenhuma forma podem contribuir para a problemática posta. As referidas teorias têm pouca importância para este trabalho, já que não há compatibilidade entre elas e o tema central em desenvolvimento. O mesmo não pode ser dito das teorias do risco-proveito e do risco criado, cujos mecanismos revelam-se adequados, ao menos como hipótese, para explicar a imposição da responsabilidade civil objetiva ao pai biológico.

3.2.2.1 Teoria do Risco-Proveito

O *risco-proveito*, como sugere o nome, diz respeito à responsabilidade pela reparação que recai sobre aquele que retira algum proveito ou vantagem de determinada atividade com potencial de dano.

Já de início, merece registro o fato de que a teoria sofre críticas pela fragilidade do conceito de proveito, pois se o benefício tiver de ser estritamente econômico a teoria limitar-se-ia, em suma, às relações envolvendo comerciantes ou indústrias. Por outro lado, se o proveito não estiver adstrito ao viés econômico, terá o potencial de aplicação a uma gama muito mais expressiva de relações jurídicas.²⁰¹

Acaso possa se entender que a aplicação não esteja restrita à ideia de proveito econômico, seria plausível uma interpretação de que o proveito pode ser de ordem pessoal ou íntima? Uma resposta positiva abriria margem para questionar se o próprio ato sexual – em que foi concebido o filho e, por conseguinte, a obrigação de assistência material – não estaria em condições de ser enquadrado na noção de proveito.

Sem dúvida, o sexo foi muito valorizado historicamente nas mais diversas sociedades – o que, até certo ponto, reflete a natureza dos animais de modo geral –, mas o último século foi período que experimentou um intenso movimento de liberdade sexual. No ocidente e, principalmente, no continente americano, vive-se uma cultura de forte apelo erótico, possivelmente agravada pelas intensas rajadas de influência comercial televisiva e outros canais de teor adulto, a exemplo da proliferação de páginas na internet disponibilizando toda sorte de conteúdo pornográfico.

Vulnerável a tal influência, a sociedade acaba por sujeitar-se a gradual mudança de valores, especialmente no que diz respeito à sexualidade. A conquista sexual, que sempre foi

²⁰¹SCHIMITT, 2010, p. 83-85.

na natureza uma das metas de sobrevivência da espécie para os animais, hoje aparenta ser meta de satisfação pessoal de muitos indivíduos. Em cenários que conservam uma forte cultura machista, somada à já mencionada influência cultural que decorre do apelo erótico, a conquista sexual masculina assume papel de promoção da imagem de virilidade do indivíduo, que, embora não deseje, na maioria das vezes, a procriação, acaba por expor-se ao risco.

Essa tendência do indivíduo de adotar condutas com base na influência dos exemplos observados, aí incluindo as criações cinematográficas e artísticas em geral que se valem do apelo erótico, é o que a psicologia chama de modelação. Acerca desse tema, a doutrina esclarece que não existe apenas uma razão para esse comportamento: “imitamos por instinto natural; imitamos por identificação com objeto da nossa imitação; imitamos porque somos recompensados de alguma forma pela nossa imitação.”²⁰²

Portanto, embora difícil de mensurar o real proveito, é indiscutível que há algum proveito na relação sexual que o sujeito consentiu – e desejou. Vale dizer, o indivíduo conhece o *risco* da gravidez e decide assumi-lo na busca pelo *proveito* almejado, assim entendido como uma meta de satisfação pessoal.

Claro que o raciocínio em questão não está livre de fragilidades. A primeira delas já foi comentada anteriormente: a falta de entendimento da extensão da noção de proveito. Ora, sendo o proveito restrito a um viés econômico, o raciocínio cai por terra. Do contrário, poderia sustentar-se, desde que, é claro, não se depare com outros óbices da própria lei. Que se registre, por oportuno, que, neste momento, a análise em curso diz respeito tão somente à figura do *risco*.

Uma segunda aparente fragilidade do raciocínio seria a possível alegação de que foram tomadas todas as precauções para eliminação do risco. Com uma gama tão grande de métodos contraceptivos hoje disponíveis no mercado, o senso comum, frequentemente, afirma que a gravidez só ocorre quando não se deseja evitá-la.

Entretanto, é de bom alvitre lembrar que não há método contraceptivo que elimine por completo o risco. O mais eficiente dos métodos ainda confere uma ínfima margem de risco. Portanto, quando os indivíduos que mantêm a relação sexual confiam no método contraceptivo adotado, estão, na verdade, apostando na improbabilidade de falha. Destarte, estão assumindo o pequeno risco ao apostar no resultado provável.

²⁰²COSTA, Anna Edith Bellico da. Modelação. In: BANDURA, Albert; AZZI, Roberta Gurgel; POLYDORO, Soely. **Teoria Social Cognitiva: Conceitos Básicos**. São Paulo: Artmed, 2008. p. 123-148, p. 124.

Outra crítica à teoria do risco-proveito diz respeito à comprovação do proveito, cujo ônus será da vítima.²⁰³ Portanto, se, de um lado, a responsabilidade objetiva retira da vítima o ônus da prova da culpa, de outro, impõe a ela o ônus do proveito – o que não se exige na responsabilidade subjetiva.

De toda sorte, a teoria em questão poderia sustentar a presença do risco-proveito, de modo a viabilizar a responsabilização objetiva do pai verdadeiro. Entretanto, dois são os fatores determinantes – e independentes entre si – para o afastamento desse raciocínio: i) a limitação do proveito à esfera econômica; ii) a própria noção de *atividade* a que alude o parágrafo único do art. 927, o que será objeto de abordagem própria em momento oportuno.

3.2.2.2 Teoria do risco criado

Em prosseguimento, a última teoria a ser abordada no presente estudo é a do *risco criado*, que estabelece dever de reparação do dano sofrido por alguém quando esse resultado houver sido consequência do risco gerado pelo agente. Esta teoria se diferencia da teoria do risco-proveito por ser irrelevante a presença de benefício ao devedor. Basta que o risco tenha sido por ele criado, a despeito de ter obtido qualquer vantagem. Por conta disso, esta teoria acaba se revelando mais benéfica à vítima, em função da dispensa do ônus de comprovar a ocorrência de proveito em favor do devedor.

Se, na teoria do risco-proveito, subsiste a dúvida sobre o que vem a ser o proveito – ou, melhor, se o proveito é estritamente econômico –, na teoria do risco criado, essa dúvida não tem espaço. A responsabilização “não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes.”²⁰⁴

Por tal razão, é defensável o entendimento de que essa foi a teoria adotada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, visto que o dispositivo em questão é claro ao imputar ao agente a responsabilidade, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de terceiro.²⁰⁵ A norma, portanto, não exige que haja proveito por parte do devedor.

Ademais, ainda no que toca aos comportamentos de risco em matéria de sexualidade, estudos comprovam que há forte correlação entre o grau de desregramento da vida sexual e a

²⁰³COSTA, 2008, p. 83-85.

²⁰⁴FACCHINI NETO, 2003.

²⁰⁵SCHIMITT, 2010, p. 83-85.

baixa autoestima do indivíduo.²⁰⁶ Conectando-se a isso, outros estudos indicam que as redes sociais, cada vez mais inseridas na vida do ser humano²⁰⁷ – com especial destaque para o público brasileiro²⁰⁸ –, têm profundo impacto sobre a autoestima das pessoas,²⁰⁹ culminando, muitas vezes, em um quadro clínico cunhado na psicologia como *Facebook depression*, decorrente da comparação social inadequada feita entre os usuários, situação essa promovida pelas redes sociais.²¹⁰ Em suma, esse quadro clínico decorre da falsa impressão que os usuários das redes sociais têm acerca das demais pessoas, gerada pelo típico comportamento humano de promover a valorização da própria imagem. Em outras palavras, o indivíduo sente-se depreciado ao concluir que sua vida é menos interessante e feliz que a de outras pessoas, sem perceber que o que as demais pessoas expõem nas redes sociais é uma imagem irreal, que esconde suas inconveniências pessoais.

Não há a pretensão, aqui, de aprofundamento em tema que diz respeito exclusivamente à psicologia, mas a sucinta apresentação de informações já leva a um quadro razoavelmente claro: o crescente uso das redes sociais exerce influência sobre a baixa autoestima das pessoas. Por sua vez, a baixa autoestima guarda relação direta com a adoção de condutas de risco em matéria de sexualidade, reforçando a ideia de que o indivíduo não raras vezes colocar-se-á efetivamente em uma posição de risco.

Esse breve raciocínio permite concluir que se o comportamento sexual de risco já existia antes das redes sociais alcançarem a dimensão atual, a situação hoje apenas se agrava, haja vista que o aumento de casos de pessoas com baixa autoestima abrirá a porta para a elevação dos comportamentos de risco na vida sexual dos indivíduos.

Em virtude disso, guardadas as distinções entre as duas teorias, raciocínio semelhante ao esposado para a teoria do risco-proveito pode ser utilizado em relação à teoria do risco criado, pois o devedor assume o risco pelos resultados da prática.

²⁰⁶MELO NETO, Othon Cardoso; CERQUEIRA-SANTOS, Elder. Comportamento Sexual e Autoestima em Adolescentes. **Contextos Clínicos**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 100-111, jul./dez. 2012.

²⁰⁷ZUCKERBERG, Mark. Facebook Atinge Marca de 1 Bilhão de Usuários Todos os Dias. **G1: Tecnologias e Games**, 28 abr. 2016..

²⁰⁸SUMARES, Gustavo. Facebook Tem Mais de 100 Milhões de Usuários Brasileiros. **Olhar Digital**, 27 abr. 2016.

²⁰⁹ASSOCIATION FOR PSYCHOLOGICAL SCIENCE. Facebook Is Not Such A Good Thing For Those With Low Self-Esteem. **Science Daily**, 01 fev. 2012..

²¹⁰STEERS, Mai-Ly N.; WICKHAM, Robert E.; ACITELLI, Linda K. Seeing Everyone Else's Highlight Reels: How Facebook Usage is Linked to Depressive Symptoms. **Journal of Social and Clinical Psychology**. v. 33, Iss. 8, 2014.

3.2.2.3 Inexistência de Atividade de Risco

Malgrado seja defensável a ideia de um risco-proveito ou risco criado, outros aspectos atinentes aos requisitos exigidos para a invocação da responsabilidade objetiva podem comprometer a adoção dessa modalidade de responsabilidade em face do verdadeiro pai. O risco a que se refere o parágrafo único, do art. 927, do Código guarda relação com a natureza da *atividade normalmente desenvolvida* pelo autor do dano, suscitando reflexão a respeito do que seja a atividade mencionada.

A exigência da norma é de que a atividade desenvolvida pelo agente deva normalmente induzir o risco. Ou seja, a natureza da atividade deve ser geradora de risco a terceiros e não um comportamento isolado do autor. O potencial de dano deve decorrer de uma atividade organizada e não eventual.²¹¹

O que se exige não é a presença de um perigo anormal, mas de um risco "naturalmente induzido pela atividade", identificado "conforme a verificação da regularidade estatística com que o evento lesivo aparece como decorrência da atividade exercida".²¹² A atividade resultante no dano não poderá ser episódica, devendo ser praticada como certa habitualidade,²¹³ lição doutrinária que vem sendo observada pelos tribunais pátrios.²¹⁴

²¹¹PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**: Doutrina e Jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 919.

²¹²Ibid., p. 920.

²¹³BRAGA NETTO, 2008, p. 87.

²¹⁴APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA DE FOMENTO MERCANTIL (FACTORING) - TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL - SOCIEDADE QUE ATUA NO RAMO DE COMPRA DE RECEBÍVEIS, VIA CESSÃO DE CRÉDITOS - EXPOSIÇÃO AOS FRAUDADORES, DEVENDO SE PRECAVER DE TODAS AS FORMAS DESTES INFORTÚNIOS - REGIÃO ONDE NOTORIAMENTE FORAM PRATICADOS MILHARES DE ATOS FRAUDULENTOS CONTRA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O COMÉRCIO EM GERAL - FATO DE TERCEIRO - INOCORRÊNCIA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO.RECURSO PROVIDO.1 - A responsabilidade das empresas que atuam no ramo de fomento mercantil (factoring), mediante a compra de direitos creditórios (por exemplo cheques oriundos de vendas mercantis e/ou prestação de serviços), como a requerida, é pautada na teoria do risco profissional, previsto no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, segundo a qual **todos aqueles que se dediquem ao exercício de atividade habitual que, por sua natureza, impliquem risco para os direitos de outrem, devem responsabilizar-se, independentemente de culpa, pelos danos causados**. Ao exercer atividade no mercado de consumo, máxime no ramo de "compra de recebíveis", via cessão de crédito (artigo 286 e seguintes do Código Civil), a empresa demandada está exposta à ação de fraudadores, e deve, por esta razão, se precaver de todas as formas destes infortúnios. Ingressa-se em área de arbítrio da empresa, que ao optar por meios vulneráveis de contratação, assume o risco da compra de um título oriundo de fraude, notadamente na região de Alto Paraná-PR, onde notoriamente foram praticados milhares de atos fraudulentos contra instituições bancárias e o comércio em geral.2 - Atribuir o evento ao "fato de terceiro" (instituição financeira e estelionatário), não exime no caso em apreço a requerida da responsabilidade, pois tal excludente somente se configura quando se apresenta como atividade desenvolvida por uma pessoa que, sem possuir qualquer vinculação com o suposto causador do dano e a vítima, interfere no processo causal e provoca com exclusividade o evento danoso. In casu, restou devidamente demonstrada a participação da faturizadora recorrida ao comprar os direitos creditórios representado por cheque, sem tomar

É oportuno o esclarecimento, no entanto, de que a habitualidade da atividade e a habitualidade do risco não podem ser confundidas. Se, de um lado, é exigível que a atividade seja habitual, de outro, exige-se que o risco não o seja. Em outras palavras, o risco gerado pela atividade deve ser excepcional, não englobando os riscos habituais existentes em qualquer atividade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento já consolidado, afastando a aplicação da teoria do risco quando inexistente o risco excepcional na atividade desenvolvida pelo agente.²¹⁵

Destarte, não se admite na noção de "atividade normalmente desenvolvida" o ato isolado e casual do agente, o que denota óbice intransponível para a aplicação da responsabilidade civil ao problema proposto.

Ademais, como já exposto alhures, a obrigação alimentar não tem como fonte o ato ilícito, não havendo que se falar em responsabilidade civil do genitor biológico. A fonte da

as devidas cautelas, apresentando o mesmo à compensação e, posteriormente, inscrevendo indevidamente o nome da demandante no rol de inadimplentes, não podendo ser imputado a terceiro a ocorrência do evento danoso, até porque era seu dever detectar eventual irregularidade, devendo por ela responder.³ - Nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se in re ipsa, prescindindo de prova concreta do prejuízo.⁴ - A fixação do dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a indenização não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1366116-2**. Relator: Guilherme Freire de Barros Teixeira. Curitiba, 02 de julho de 2015. Publicado em 07 ago. 2015.) [sic] [grifo nosso]

²¹⁵DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

- O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos ? ou a melhoria daqueles já existentes ? pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.

- A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.

- Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 ? que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros ? aos acidentes de trabalho.

- A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.

- O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.

- Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.

Recurso especial provido. (BRASIL, 2009 [REsp 1.067.738/GO] [sic] [grifo nosso])

obrigação alimentar é a lei e, como tal, independe de qualquer ação ou omissão, que implique dano, por parte do verdadeiro devedor de alimentos. Visto isso, resta descartada a possibilidade de encontrar uma solução ao problema pela via da responsabilidade civil objetiva, o que abre caminho para abordar a próxima hipótese ventilada.

3.3 Enriquecimento Sem Causa

Analisada e descartada a responsabilidade objetiva do genitor biológico, o presente estudo está apto para passar à segunda hipótese de fundamento jurídico para a reparação de danos: o enriquecimento sem causa.

Consoante magistério de Orlando Gomes, a ação de enriquecimento sem causa é de caráter subsidiário, cujo cabimento se verificará sempre que o prejudicado não dispuser de outro meio para obtenção da reparação do dano sofrido.²¹⁶ Nessa esteira, não há dúvidas de que ao deixar de sofrer redução em seu patrimônio – em detrimento de terceiro – obteve o legítimo devedor de alimentos enriquecimento sem causa,²¹⁷ ocorrência essa combatida desde o direito romano²¹⁸ (período justiniano).²¹⁹

Aliás, historicamente, o instituto do enriquecimento sem causa remonta às regras das *condictiones* do direito romano, que propunham a correção de desequilíbrios patrimoniais em casos particulares não previstos em lei. Entre as principais demandas cabíveis estavam a *condictio indebiti*, a ser utilizada na hipótese de pagamento por erro, e as *condictiones sine causa*. Essas últimas, abrangendo várias subespécies, eram adotadas nos casos de pagamento efetuado sem causa.²²⁰

Para a configuração da *condictio indebiti*, era preciso que houvesse o cumprimento de uma obrigação (*solutio*) indevidamente, seja por ser outro o credor, seja por não existir a obrigação efetivamente. O erro escusável deveria estar presente, e o credor deveria estar imbuído de boa-fé, pois, caso estivesse de má-fé, outra seria a medida cabível (*condictio furtiva*).²²¹

²¹⁶GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 296.

²¹⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a Situação Jurídica de Pais e Mães Solteiros, de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230-231.

²¹⁸PELUSO, 2010, p. 893.

²¹⁹NEVES, José Roberto de Castro. O Enriquecimento Sem Causa Como Fonte de Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Edson Luiz. **Obrigações e Contratos: Obrigações: Estrutura e Dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1235-1255.

²²⁰DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 12: Dos atos unilaterais; dos títulos de crédito. p. 100-101.

²²¹VENOSA, 2015, p. 215.

Também estavam previstas outras *condictiones* que guardavam relação com o enriquecimento sem causa: a *condictio causa data non secuta*, que buscava a restituição de coisa dada em troca de prestação não paga pela outra parte; a *condictio ob injustam causam*, que tinha por objeto a restituição do que fora ilegalmente obtido pela outra parte (juros exorbitantes, uso de violência etc.); e, ainda, a *condictio ob turpem causam*, para quando alguém houvesse recebido uma prestação com fim imoral (pagamento pela prática de crime, por exemplo).²²²

Entretanto, não é correto afirmar que a teoria do enriquecimento sem causa tenha nascido no direito romano, pois a teorização desse instituto só teve início no século XIX.²²³ O que existiu nas *condictiones* (ou ações pessoais) do Direito Romano foi apenas a fagulha do combate à vantagem obtida injustamente, tutelada pela ação pessoal *sine causa*, que, em termos práticos, poderia alcançar o resultado almejado.²²⁴

A atual ação *in rem verso* é a que guarda maior semelhança com a *condictio sine causa* do direito romano – mais, inclusive, que a ação *in rem verso* do direito justinianeu, ou *condictio de peculio aut de in rem verso*, a qual "obstava a que o *pater* se apropriasse das aquisições dos *alieni juris* sob a sua autoridade".²²⁵

Essa constatação é evidenciada pela utilidade conferida à *condictio sine causa*, ação essa que sancionava obrigação decorrente de enriquecimento sem causa que se consumava quando alguém "entrega a outrem dinheiro ou coisa para a obtenção de finalidade que não existe ou que não se pode realizar".²²⁶

Em que pese não tenham os romanos erigido uma teoria para o enriquecimento sem causa, conheceram o problema e possuíam o remédio para ele dentro do seu sistema de ações, já que as *condictiones* visavam a combater situações injustas não amparadas pela lei, incluindo o enriquecimento sem causa.²²⁷

Modernamente, na França, a teoria do enriquecimento sem causa já existia antes mesmo da codificação, e sua possibilidade de aplicação sobre ocorrências no negócio jurídico sempre foi acolhida pelos tribunais, com fundamento na equidade e nos princípios gerais.²²⁸

Também no ordenamento alemão a preocupação com o enriquecimento sem causa inspirou-se nas *condictiones*, e, mesmo antes da codificação moderna, a pretensão neste

²²²VENOSA, 2015, p. 215-216.

²²³NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3: Contratos. p. 637.

²²⁴ALMEIDA, Luís. P. Moitinho. **Enriquecimento Sem Causa**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 17-18.

²²⁵Ibid., p. 47-48.

²²⁶ALVES, 2008, p. 576-577.

²²⁷VENOSA, op. cit., p. 214.

²²⁸VENOSA, op. cit., p. 217.

sentido encontrava amplo amparo. Entretanto, diversamente do que se detecta em tantos outros ordenamentos, incluindo o brasileiro, o código alemão não trata o enriquecimento sem causa como medida subsidiária, prevendo, em seu art. 812 e seguintes, os casos de aplicação do instituto.²²⁹

À semelhança do que se passou no Brasil, em Portugal não havia, até o Código Civil atual, regulamentação geral e sistemática do enriquecimento sem causa, limitando-se a uma aplicação do princípio geral, amplamente acolhida pela jurisprudência portuguesa. Atualmente, o Código Civil português prevê, em seu art. 473, o princípio geral do enriquecimento sem causa, cuja aplicação dá-se de forma semelhante à nossa: a medida é subsidiária, utilizada na ausência de outra mais apropriada.²³⁰

No Brasil, o enriquecimento sem causa foi admitido como fonte autônoma de obrigação, embora em caráter subsidiário, devendo a ação *in rem verso* ser adotada apenas na ausência de outra tutela jurisdicional específica, seguindo o mesmo caminho do direito francês.²³¹ Nessa trilha, a doutrina francesa²³², tradicionalmente, identifica no instituto dois elementos para a sua caracterização: um positivo, de ordem econômica, consistente na movimentação de um patrimônio a outro; e outro negativo, de ordem jurídica, configurado pela ausência de motivo. A estes dois elementos, a doutrina moderna vem agregando um terceiro, relativo à conduta do prejudicado, com o intuito de moralizar o instituto.²³³

Em nosso meio, o enriquecimento sem causa (ou locupletamento à custa alheia²³⁴) já foi tratado por outros nomes no passado, como enriquecimento ilícito e enriquecimento injusto, ambos tecnicamente inadequados por induzirem a noção errada.²³⁵

A inadequação do uso da expressão *enriquecimento ilícito* decorre da percepção de que a ilicitude pressupõe uma conduta antijurídica e a imputação de responsabilidade ao agente. Isso não apenas levaria à aplicação das regras da responsabilidade civil; como efeito mais danoso ao sistema, poderia conduzir à impossibilidade de reparação por enriquecimento

²²⁹VENOSA, 2015, p. 218.

²³⁰Ibid., p. 220.

²³¹Ibid., p. 221.

²³²TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**: les Obligations. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 1.060.

²³³En tant que source autonome d'obligations, l'enrichissement sans cause se caractérise, enseigne-t-on traditionnellement, par la réunion de deux éléments, l'un positif, d'ordre économique – un mouvement de valeur d'un patrimoine à l'autre – l'autre négatif, d'ordre juridique – l'absence de cause juridique de ce mouvement de valeur. Mais à ces deux éléments, il semble qu'il faille en ajouter un troisième qui a pour objet de moraliser l'institution en découvrant dans l'attitude de l'appauvri des motifs de lui refuser le bénéfice de l'action de *in rem verso*. (TERRE; SIMLER; LEQUETTE, 2009)

²³⁴NADER, 2005, p. 635.

²³⁵DE LUCCA, 2003, p. 98.

indevido sempre que inexistente a ilicitude. Semanticamente, tratar-se-ia de expressão adequada estritamente nos casos em que o enriquecimento resultasse de ato ilícito.

Por sua vez, a expressão *enriquecimento injusto* caiu em desuso há mais tempo por levar à noção de que a reparação por enriquecimento sem causa só seria admissível em situações excepcionais de flagrante injustiça. Ocorre que a noção de justiça suscita ampla interpretação e fervorosos debates filosóficos e sempre está sujeita às nuances próprias do contexto cultural.

O enriquecimento sem causa é, por sua vez, expressão adequada ao suporte legal estampado no artigo 884 do Código Civil, cuja definição elenca com clareza solar os seus requisitos: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

3.3.1 REQUISITOS DA AÇÃO *IN REM VERSO*

O art. 884, do Código Civil brasileiro, elenca três requisitos para que se autorize a reparação pelo enriquecimento sem causa: i) aumento patrimonial; ii) enriquecimento à custa de outrem; e iii) ausência de justa causa. Além dos requisitos explicitamente trazidos pela lei, há ainda quem suscite a presença do nexo de causalidade como requisito implícito,²³⁶ malgrado a ideia de enriquecimento *à custa* de outrem já pareça conduzir, naturalmente, à conclusão de que o nexo causal seja um requisito evidente.

Arnaldo Rizzardo²³⁷ também inclui nesse rol a culpa, embora, hodiernamente, se reconheça que poderá ser dispensado tal elemento sem prejuízo da caracterização do enriquecimento sem causa.²³⁸ Sobre a questão, Silvio Venosa é categórico ao afirmar que o enriquecimento sem causa não está no campo da responsabilidade civil, razão pela qual "a noção de culpa é irrelevante para o princípio geral".²³⁹

O *aumento patrimonial*, assim entendido como o próprio enriquecimento, diz respeito à melhoria da situação econômica experimentada pelo obrigado à restituição, o que não se restringe ao aumento patrimonial em sentido estrito. Estão também abrangidas pela noção de

²³⁶NEVES, 2011.

²³⁷RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

²³⁸PELUSO, 2010, p. 141.

²³⁹VENOSA, 2015, p. 221.

aumento patrimonial as situações que de alguma forma impliquem vantagem econômica, como a diminuição de passivo e o resguardo de despesas.²⁴⁰

A diminuição de passivo caracteriza-se pela redução do montante de determinado débito, a exemplo da hipótese em que terceiro realiza o pagamento devido pelo devedor, de modo que, no balanço de ativos e passivos, constata-se contabilmente a ocorrência de um resultado economicamente benéfico para o devedor.

Por sua vez, o resguardo de despesas é configurado quando o devedor deixa de ter determinado dispêndio, evitando a redução de patrimônio que deveria ter ocorrido se houvesse arcado com o gasto, a exemplo do genitor que deixa de arcar com alimentos porque a obrigação recai indevidamente sobre terceiro.

Em suma, o enriquecimento não se limita ao aumento patrimonial estritamente, restando caracterizado por qualquer vantagem econômica experimentada, a exemplo de não ter o sujeito que suportar determinada despesa²⁴¹ – que é precisamente o que ocorre quando o legítimo devedor de alimentos deixa de efetuar o pagamento, conforme a problemática apresentada.

O *enriquecimento à custa de outrem* resta configurado pela ocorrência do aumento patrimonial do devedor consequente à redução patrimonial de terceiro. Vale dizer que o enriquecimento de um deve resultar do empobrecimento de outro, proporcional ou não.

Acaso haja identidade entre o valor do aumento patrimonial do devedor e o valor do sacrifício econômico do terceiro, a solução posta é simples, uma vez que bastará deslocar a exata importância da esfera patrimonial de um agente para o outro, restabelecendo-se o equilíbrio.²⁴²

A dificuldade pode se encontrar na inexistência de proporção entre o ganho de um e a perda do outro, hipótese em que a solução normalmente virá em benefício do devedor que experimentou o enriquecimento sem causa, isso porquê, se o enriquecimento do devedor for superior à perda do terceiro, o valor a ser restituído limitar-se-á ao prejuízo experimentado. Em contrapartida, sendo o prejuízo superior ao enriquecimento, o devedor só estará obrigado a restituir o equivalente à vantagem econômica auferida.²⁴³

Resumindo, a restituição não pode ultrapassar o enriquecimento do devedor, nem o empobrecimento do credor, haja vista não se tratar de indenização, mas de restabelecimento

²⁴⁰DE LUCCA, 2003, p. 103-104.

²⁴¹PELUSO, 2010, p. 894.

²⁴²DE LUCCA, op. cit., p. 107.

²⁴³Ibid., p. 108.

do equilíbrio de patrimônios dos agentes.²⁴⁴ Essa equação pode vir a ser particularmente relevante para solucionar o problema detectado na disparidade de poder econômico entre o genitor aparente e o genitor legítimo, o que será tratado oportunamente ao final deste capítulo.

Por fim, a *ausência de justa causa*, ou ausência de causa jurídica²⁴⁵, pode ser descrita como a inexistência de liame jurídico que legitime a ocorrência do acréscimo patrimonial de uma parte em sacrifício patrimonial de outra.

A ausência de justa causa é requisito imprescindível porque "o enriquecimento, em si, não é fato socialmente nocivo ou censurável na esfera da moral",²⁴⁶ só o sendo quando se der de forma irregular, à margem da lei. A justa causa é o motivo abrigado pela ordem jurídica consistente na aquisição, modificação ou extinção de um direito, que, neste caso, acarretará reflexos de ordem patrimonial para os envolvidos. Ou seja, estando presente a justa causa, nada há a reparar.²⁴⁷

Por conta disso, deixando o legítimo devedor de alimentos de realizar o pagamento ao alimentando em consequência de ter a verba alimentar sido paga por terceiro sobre o qual não deveria recair tal obrigação, está caracterizada a inexistência de justa causa na relação. O enriquecimento experimentado pelo genitor verdadeiro ao poupar seu próprio patrimônio não encontra amparo legal, restando evidente que a vantagem econômica obtida à custa de outrem leva ao dever de reparação pela caracterização do enriquecimento sem causa.

É de bom alvitre o registro de que o enriquecimento sem causa não depende da vontade dos agentes. Aliás, sequer apresenta relevância a capacidade civil dos envolvidos, pois as regras atinentes à capacidade civil buscam proteger a vontade, elemento este prescindível para o enriquecimento sem causa.²⁴⁸

Disso se extrai importante conclusão para o problema proposto pela presente pesquisa: não se faz necessária a presença de culpa do genitor biológico beneficiado, uma vez que o fato de ignorar o seu dever alimentar não elimina a necessidade do alimentando, que estará sendo atendida por outra pessoa, quadro esse que, indubitavelmente, caracteriza o enriquecimento sem causa.

Ainda que o genitor verdadeiro desconheça o fato, o dever de reparar o ilegítimo alimentante lesado estará presente em decorrência da vantagem indevidamente auferida por

²⁴⁴VENOSA, 2015, p. 227.

²⁴⁵Ibid., p. 230.

²⁴⁶NADER, 2005, p. 636.

²⁴⁷DE LUCCA, 2003, p. 108-109.

²⁴⁸VENOSA, 2015, p. 231.

aquele,²⁴⁹ que deixou de sofrer redução patrimonial com o sustento do filho a que estava obrigado a dar amparo material.

3.4 Direito Comparado: uma Solução no Direito Português

O que se depreende do que foi até aqui exposto é que o legislador pátrio perdeu a oportunidade de editar norma tutelando o tema, o que sobremaneira promoveria maior segurança jurídica diante da casuística. A inexistência de expressa solução legal impõe ao operador do direito extenuante elucubração na busca de uma resposta – como a construída no presente estudo –, o que acaba por abrir as portas para toda sorte de teses, incluindo aquelas que chegam a resultados que negam ao genitor aparente o direito à reparação pelo injusto prejuízo suportado.

Sem dúvida, teria sido mais fácil se o legislador pátrio houvesse seguido caminho semelhante àquele adotado pelo direito português em matéria de enriquecimento sem causa, com especial atenção ao art. 477.º do Código Civil. O enriquecimento sem causa, segundo a doutrina portuguesa, exige que sejam atendidas condições de duas ordens: econômica (enriquecimento do réu e empobrecimento do autor) e jurídica (nexo de causalidade entre enriquecimento e empobrecimento, ausência de causa e ausência de outra ação judicial apropriada).²⁵⁰

No tocante, especificamente, ao art. 477.º do Código Civil português, que versa sobre o cumprimento de obrigação alheia na convicção de que é própria, melhor informação se extrai da leitura do inteiro teor do dispositivo:

1. Aquele que, por erro desculpável, cumprir uma obrigação alheia, julgando-a própria, goza do direito de repetição, exceto se o credor, desconhecendo o erro do autor da prestação, se tiver privado do título ou das garantias do crédito, tiver deixado prescrever ou caducar o seu direito, ou não o tiver exercido contra o devedor ou contra o fiador enquanto solventes.
2. Quando não existe o direito de repetição, fica o autor da prestação sub-rogado nos direitos do credor.

Trata-se de dispositivo com inegável potencial para atender à demanda de justiça gerada pelo genitor aparente lesado. Também merece atenção, pela estreita conexão com o tema, o disposto no art. 478.º, que estabelece que “aquele que cumprir obrigação alheia, na convicção errônea de estar obrigado para com o devedor a cumpri-la, não tem o direito de

²⁴⁹CERUTTI; CATALAN, 2010.

²⁵⁰ALMEIDA, 2007, p. 51.

repetição contra o credor, mas apenas o direito de exigir do devedor exonerado aquilo com que este injustamente se locupletou, exceto se o credor conhecia o erro ao receber a prestação”. [sic]

Esses dispositivos, inseridos dentro da noção geral de enriquecimento por pagamento de dívidas alheias, seguem regra semelhante àquela imposta à ação de enriquecimento sem causa no direito brasileiro, tratando-se de medida de admissibilidade residual, pois só caberá a ação regressiva por tal fundamento se inexistente medida específica hábil para reparar o dano,²⁵¹ em observância ao exposto do teor do art. 474.º da codificação portuguesa.²⁵²

A distinção básica entre os dois dispositivos não reside na crença errônea do terceiro sobre estar obrigado ao pagamento, mas sim na convicção desse terceiro em relação à sua posição na relação obrigacional. Melhor dizendo, o art. 477.º trata do terceiro que crê ser o devedor principal (a exemplo do pai aparente que foi induzido a erro quanto à paternidade), enquanto o art. 478.º diz respeito ao terceiro que crê ser também devedor – que conduz à comparação com a noção de terceiro interessado do Código Civil brasileiro.

Portanto, não há utilidade para o art. 478.º no presente estudo, diversamente da sorte que segue o art. 477.º, haja vista que tem amplo potencial de aplicação como solução ao problema central dessa pesquisa. A própria doutrina portuguesa entende que o dispositivo em questão é aplicável “na hipótese de alguém julgar outrem como seu filho, assegurando o seu sustento, nos termos do art. 1878.º, quando posteriormente se vem a verificar que a paternidade afinal é de um terceiro”.²⁵³ O feliz e oportuno exemplo utilizado pela doutrina lusitana lança enorme luz sobre a questão, pois indica que, por lá, o ordenamento já estabeleceu um mecanismo hábil para atacar o problema objeto do presente estudo.

O dispositivo em comento apresenta-se em duas partes, sendo a primeira destinada à pretensão de repetição do valor pago em face do próprio credor – inviável em matéria de alimentos²⁵⁴ – e a segunda à sub-rogação nos direitos do credor para todas aquelas hipóteses em que não for cabível a repetição, desde que esteja configurado, dentre outros requisitos, o erro desculpável²⁵⁵ – embora já tenha existido corrente defensora de que o erro indesculpável,

²⁵¹LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v.1. p. 399-400.

²⁵²Não há lugar para restituição por enriquecimento quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento.

²⁵³LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil: Estudo Dogmático Sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face À Contraposição Entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento Sem Causa**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 482.

²⁵⁴OLIVEIRA, 1997, p. 49.

²⁵⁵LEITÃO, 2005, p. 485-486.

com culpa leve, pudesse também autorizar o uso da ação em alguns casos, a depender da postura adotada pelo credor.²⁵⁶

Isso permite concluir que, diversamente do nosso sistema, que não permite que o ilegítimo alimentante se sub-rogue nos direitos do credor, o direito português confere ao lesado um mecanismo de grande eficiência para buscar a reparação do dano sofrido, considerando as peculiaridades próprias atinentes ao crédito alimentar.

A comparação entre o sistema português e o nosso é inevitável, haja vista que a proposta de busca da reparação pelo pai aparente perante o pai biológico mostra-se compatível com os valores protegidos pelo ordenamento brasileiro. Nosso ordenamento busca promover a reparação integral de quem sofre dano injusto e combater o enriquecimento sem causa. Ademais, como já exposto alhures, em pelo menos três ocasiões preocupou-se o legislador em conferir forma de reparação ao terceiro que paga dívida do devedor, como medida de justiça, corroborando o raciocínio até aqui desenvolvido.

Melhor seria se o legislador pátrio promovesse alteração do Código Civil, inserindo no capítulo do enriquecimento sem causa previsão semelhante à portuguesa, com vistas não apenas a evitar conflituosas interpretações acerca do tema, mas principalmente para conferir ao lesado o direito de sub-rogar-se nos direitos do credor.

Embora possa parecer desarrazoada a ideia, suscita ao menos reflexão, tendo em vista que parece não se coadunar com os valores que guiam o nosso ordenamento a verificação de que o efetivo devedor de alimentos, que experimentou o enriquecimento sem causa, possa ter uma gama maior de defesas do que o ilegítimo alimentante que injustamente veio a sofrer imposição de pagamento da verba alimentar. Melhor dizendo, o eficiente mecanismo processual para execução de alimentos pode ser utilizado para causar prejuízo injusto ao pai aparente, mas não para corrigir a injustiça perante o verdadeiro devedor dos alimentos.

Por essa ótica, salta aos olhos a sagacidade da inspiração do legislador português na perseguição pela solução justa e eficaz, assegurando àquele que sofreu dano injustamente a possibilidade de valer-se dos mesmos instrumentos de execução a que esteve submetido quando (aparente) devedor.

²⁵⁶SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. **Enriquecimento Sem Causa**. Lisboa: [s.n.], 1959, p. 513.

3.5 Óbices à Solução Proposta

Em que pese a aparente simplicidade da solução, alguns problemas de ordem prática podem surgir. O primeiro deles pode ser sintetizado pela pergunta apresentada por Cristiano Chaves de Farias: “como cobrar os alimentos de alguém que, naquele momento, não tinha o dever jurídico de prestá-los?”²⁵⁷ E, complementando a pergunta, como é possível impor obrigação líquida àquele que não teve a oportunidade de exercer o contraditório e ampla defesa?

Talvez o mais grave dos problemas seja a possível disparidade existente entre o poder econômico das partes que figurarão na ação de enriquecimento sem causa, uma vez que os alimentos em regra têm o seu valor fixado com observância ao binômio necessidade-possibilidade.²⁵⁸

Por exemplo, tratar-se-ia de situação de complicada solução aquela em que por um ano inteiro – um prazo bastante razoável diante do quadro atual de sobrecarga de demandas no judiciário brasileiro – o ilegítimo alimentante abastado pagasse, contra sua vontade, um somatório vultoso a título de alimentos, o qual desejará ver reembolsado futuramente pelo legítimo obrigado. Imagine-se agora que o legítimo devedor é assalariado com rendimentos modestos, que sequer teve direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa na ação de alimentos.

Ora, se o pai biológico houvesse sido originariamente demandado ao pagamento de alimentos, o valor dessa obrigação respeitaria o seu poder econômico, de modo que jamais teria chegado a uma cifra elevada – quiçá milionária, a depender do valor imposto ao alimentante errado e do tempo que perdurou a situação.

Isso porque quando do exercício do contraditório²⁵⁹ na ação de alimentos, ao tomar ciência da pretensão do requerente, o réu tem a oportunidade de fazer provas quanto ao limite de sua capacidade econômica, que se contraporá à necessidade daquele. Como bem destaca Fredie Didier Junior,²⁶⁰ é no exercício do direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88) que se possibilita às partes não apenas participar do processo, mas também influenciar

²⁵⁷FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos Decorrentes do Parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21-75.

²⁵⁸VENOSA, 2003, p. 374.

²⁵⁹“Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.)

²⁶⁰DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução Ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 78.

a decisão judicial. Em vista disso, é defensável a tese de que o prejuízo sofrido pelo genitor aparente poderá ser integral ou parcialmente reembolsado, a depender das possibilidades do verdadeiro genitor e não daquilo que fora efetivamente pago por aquele.²⁶¹

Essa conclusão se coaduna com a orientação doutrinária de fixação do valor da reparação pelo enriquecimento sem causa, o qual jamais será superior ao enriquecimento experimentado ou ao prejuízo sofrido. Ora, sendo o pai verdadeiro pessoa de baixo poder econômico, a verba alimentar a ser fixada observará sua possibilidade financeira, pois, como regra geral, a obrigação alimentar terá seu valor definido com observância do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

Assim sendo, a efetiva vantagem econômica experimentada limitar-se-á ao valor da pensão alimentícia a ser fixada com base no seu poder econômico, de modo que a reparação devida ao genitor biológico por enriquecimento sem causa não poderá ultrapassar o efetivo enriquecimento experimentado.

Assim, no caso do exemplo antes explorado, que alude a um genitor biológico de baixo poder aquisitivo e um genitor aparente de elevado poder aquisitivo, este último, em princípio, amargará o prejuízo referente à diferença existente entre o que saiu da sua esfera patrimonial e aquilo que efetivamente receberá a título de reparação por enriquecimento sem causa. Todavia, é precipitada a adoção de tal conclusão por ora, razão pela qual a questão será novamente abordada no capítulo seguinte.

Superada essa problemática com o uso das opções presentes em nosso ordenamento, é tempo de dar atenção a um segundo óbice – de solução mais difícil – à efetividade da proposta até aqui trazida: a inexistência de um genitor biológico conhecido. Se até aqui a solução para o prejuízo sofrido pelo pai aparente era a busca da reparação por meio da ação *in rem verso* em face do verdadeiro pai, fundada no enriquecimento sem causa, como poderá ser revertida a injustiça sofrida na hipótese de não haver um verdadeiro pai conhecido a ser demandado?

²⁶¹CERUTTI; CATALAN, 2010, 38-39.

4 SOLUÇÃO SUBSIDIÁRIA

Óbice intransponível à solução proposta no capítulo anterior desvela-se nos casos em que não há um genitor biológico conhecido quando detectado que aquele que até então vinha sendo obrigado à prestação alimentícia não é parte legítima para responder pela obrigação. Em princípio, tratando-se de verba irrepetível, ao prejudicado nada caberia reclamar.

Todavia, essa conclusão revela-se precipitada, pois a genitora guardiã que desconhece o verdadeiro pai, fatalmente, acabaria arcando exclusivamente com as despesas da criação do filho se não tivesse a quem recorrer. Portanto, considerando que deixou de arcar com essa despesa por determinado período, em vista de obrigação alimentar imposta indevidamente a terceiro, há que se considerar a ocorrência de enriquecimento sem causa da genitora, cujo raciocínio a ser adotado é semelhante ao esposado no capítulo anterior.

Não obstante a possível imposição do dever de indenizar fundada no enriquecimento sem causa, há ainda outros potenciais fundamentos a serem considerados, a começar pelo abuso de direito perpetrado pela genitora guardiã ao demandar de forma negligente ou dolosa o pai errado na ação de alimentos.

Ademais, o artigo 186 do Código Civil prevê que “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 que denota não ser razoável sustentar raciocínio no sentido de afastar a responsabilidade, por exemplo²⁶², da genitora guardiã que induziu o resultado, forte no art. 927 do mesmo diploma legal.

Espelhando-se na experiência prática, adotar-se-á como exemplo a hipótese em que a genitora, em defesa do nascituro, direciona o pedido de alimentos a alguém que possui boas condições financeiras, mas que sabe não ser o pai – ou ser pouco provável a paternidade. Não é razoável que possa ser afastada a responsabilidade da autora que, utilizando-se de má-fé, causa prejuízo a outrem, uma vez que isso acabaria por criar injustificado descompasso com a sistemática de responsabilidade civil em vigor. Vale dizer, o notório intento temerário ou malicioso da autora não pode ser acolhido – e estimulado – pelo ordenamento.

Semelhante raciocínio pode ser utilizado nos casos em que a guardiã, embora representando o menor em juízo, é a efetiva responsável pela promoção da ação imbuída de má-fé ou temeridade. Portanto, em uma análise preliminar, não se pode concluir pela rejeição

²⁶²Embora trate-se de exemplo que não precise ser figurado necessariamente pela genitora guardiã, haja vista que também o pai pode ser o guardião, optou-se pelo uso do exemplo aqui e no decorrer do trabalho em virtude do fato notório de que há muito mais demandas judiciais dessa natureza em que a genitora representa em juízo os interesses do filho em face do pai ausente.

da responsabilização da mãe que, por dolo ou culpa, atribui a paternidade a pessoa que sabe não ser efetivamente o genitor da criança.

Além da falsa imputação da paternidade em juízo, Pablo Stolze Gagliano²⁶³ identifica uma segunda conduta da genitora guardiã que leva à sua responsabilidade civil, qual seja, o reconhecimento voluntário da paternidade derivado do erro. Nessa esteira, embora apenas indiretamente relacionado com o tema, é oportuno o registro de que há, na doutrina tradicional, reforço do entendimento de que a conduta maliciosa da genitora que induz o incauto a crer que é pai da criança gera responsabilidade civil daquela, implicando a reparação do vitimado pelos danos morais sofridos,²⁶⁴ tese que vem encontrando eco na jurisprudência pátria.²⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de impor à genitora o dever de reparação.²⁶⁶

²⁶³GAGLIANO, Pablo Stolze. A Responsabilidade Civil Pela Falsa Imputação de Paternidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 332-345.

²⁶⁴TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 439.

²⁶⁵DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. PRECLUSÃO LÓGICA. DANOS MORAIS. FALSA PATERNIDADE BIOLÓGICA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. A manifestação expressa quanto à ausência de interesse em recorrer da r. sentença impede o conhecimento do recurso adesivo posteriormente interposto pelo autor, diante da ocorrência da preclusão lógica, art. 1000 do CPC. Não conhecimento do recurso adesivo. O período em que o autor permaneceu acreditando ser o pai biológico da menor, em razão da conduta omissiva voluntariamente praticada pela parte apelante, seguida do dano advindo à parte apelada, além do nexo de causalidade entre eles caracterizam a responsabilidade civil ensejadora do dever de indenizar. Apelação não provida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 940487, 20130111344964APC. Relator: Hector Valverde. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 maio 2016. p. 234-239) [sic]

²⁶⁶RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis.
2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência.
3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.
4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.
5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.
6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.
7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 922.462/SP. Relator: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Brasília, DF, 04 de abril de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 maio 2013.)

Diversamente da indicação feita pela genitora em juízo, trata-se aqui da hipótese em que a vítima é induzida pela mãe da criança a crer que o filho é seu e, por conta desse erro, procede ao registro. A situação poderá também culminar no resultado que dá ensejo à presente pesquisa, qual seja, um quadro em que aquele que não é pai indevidamente pagou alimentos em lugar do verdadeiro genitor.

Aqui cabe também invocar a questão deixada aberta ao final do capítulo anterior, segundo a qual o genitor aparente não será ressarcido pelo genitor biológico quando o enriquecimento desse for inferior ao empobrecimento daquele. Será essa margem de prejuízo impossível de reparação?

Considerando a possível responsabilidade da genitora quando desconhecido o pai biológico, o que será objeto nos pontos seguintes, é razoável esposar entendimento de que a mesma solução se aplique às hipóteses em que o pai biológico não estiver obrigado a reparar integralmente o prejuízo sofrido pelo pai aparente. Assim sendo, se couber ao pai aparente a reparação pela gestante ou genitora quando inexistir informação sobre o pai verdadeiro, idêntico fundamento servirá para sustentar sua pretensão à reparação daquela parcela do prejuízo não reparada pelo pai biológico. Isso porque o fato que sustenta ambas as pretensões é o mesmo: o prejuízo sofrido e não reparado – ainda que parcialmente – pelo ilegítimo alimentante indicado em juízo pela gestante ou genitora.

No tocante à responsabilidade da genitora, antes de ingressar no mérito do fundamento que sustenta o dever de reparação, é oportuno que se dedique breve atenção para esclarecer o fundamento da legitimidade passiva daquela, de modo que seja ela a responder pelo prejuízo sofrido pelo genitor aparente. Portanto, antes de saber se a genitora responderá e o porquê dessa responsabilidade, é mister que se responda antes a outra pergunta: a genitora guardiã é parte legítima para figurar em uma ação que vise à reparação dos prejuízos sofridos pelo pai aparente que injustamente obrigado ao pagamento de alimentos?

Tratando-se de alimentos gravídicos, não há dúvidas de que, a despeito da possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para responder será da própria alimentanda, gestante à época do pedido. Como os alimentos são pleiteados pela própria gestante, titular do direito, vislumbra-se com clareza sua legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que guarde conexão com essa relação jurídica. Claro que, neste caso, há o problema da irrepetibilidade da verba alimentar a ser resolvido.

Todavia, quando a genitora figura apenas como representante do filho menor de idade, surge o questionamento: quem é legítimo para figurar no polo passivo? Como demandar judicialmente a genitora, considerando que o direito exercido não era seu?

A solução vem estampada pela regra do inciso I, do art. 932, do Código Civil,²⁶⁷ que estabelece que os pais são responsáveis pela reparação civil dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia. Destarte, se compete à genitora guardiã suportar o prejuízo causado pelo filho menor de idade, com mais razão ainda caberá a ela tal responsabilidade quando esse prejuízo advir de ato por si praticado na representação dos interesses do filho. E, na condição de representante do filho menor, é certo que todos os elementos subjetivos dessa responsabilidade dependerão da conduta da própria genitora e não da criança. Logo, tanto a responsabilidade será da genitora, por força do art. 932, I, do Código Civil, quanto a sua configuração estará vinculada à postura adotada por aquela.

Visto isso, por ora, é possível vislumbrar quatro possíveis fundamentos para sustentar o dever da genitora guardiã de reparação dos danos gerados ao terceiro indicado erroneamente como pai: (i) o enriquecimento sem causa, (ii) o abuso de direito e (iii) a responsabilidade civil subjetiva (art. 186 do Código Civil); (iv) responsabilidade civil objetiva (art. 302 do Código de Processo Civil).

4.1 O Enriquecimento Sem Causa da Mãe Solteira

Registre-se, inicialmente, que o título escolhido para o presente tópico é meramente exemplificativo, levando em consideração a situação de mais provável testemunho no caso concreto, em que a genitora desconhece o verdadeiro pai da criança. Entretanto, é de bom alvitre esclarecer, pois relevante, que o argumento a ser aqui desenvolvido não está restrito a essa hipótese – ainda que seja a aplicação mais corriqueira no cenário brasileiro. A preferência pela escolha desse quadro ilustrativo não é sem razão, pois, lamentavelmente, é expressivo o número de crianças sem pai registral, dentre as quais se encontram aquelas cujo pai biológico sequer é conhecido pela genitora guardiã – resultado frequente de uma vida com pouca educação sexual, embora não seja a causa exclusiva dessa realidade.

Como apontado por Belmiro Pedro Welter, os dados estatísticos sobre o número de crianças sem indicação de pai no registro são assombrosos. Segundo o autor, estudo realizado pelo IBGE, relativamente aos nascimentos ocorridos em 1988, indicou que, apenas naquele ano, aproximadamente 1,1 milhão de crianças não tiveram registro do pai.²⁶⁸ Notícias mais

²⁶⁷Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (BRASIL, 1940 [CP]).

²⁶⁸WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família**: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 66.

recentes indicavam, em meados de 2013, a existência de 5,5 milhões de crianças sem pai registrado.²⁶⁹

Nesses casos, a mãe assume o nobre e pesado fardo de sustentar sozinha o rebento, não dispondo de subsídio legal para impor a outras pessoas – que não aquelas ligadas pelo vínculo familiar – a obrigação de contribuir com o sustento. Em que pese o comum quadro ilustrado seja triste, a dura realidade impõe apenas à mãe solteira o dever de sustento da criança.

Compreendido isso, é seguro afirmar que se de qualquer forma – ainda que precariamente abrigada pelo ordenamento jurídico – o dever exclusivo de sustento da solitária mãe vier a ser compartilhado com quem não seja legítimo devedor de alimentos, aquela estará auferindo vantagem econômica indevida. Embora a ajuda possa ser bem-vinda e até mesmo moralmente tolerável, encontra-se à margem da lei e causa prejuízo injusto a alguém.

Em outras palavras, se a guardiã da criança, *sem justa causa*, obtiver benefício econômico (ou *enriquecimento*, nos termos da lei) *à custa de outrem*, será obrigada a restituir o que foi indevidamente auferido. É precisamente o que dispõe o art. 884 do Código Civil. Destarte, independentemente de má-fé, é inarredável a conclusão de que a genitora, mãe solteira, que temporariamente deixa de sofrer redução patrimonial em decorrência do injusto empobrecimento de terceiro, ilegítimo devedor de alimentos, estará experimentando o enriquecimento sem causa.

O enriquecimento sem causa, por já ter sido oportunamente enfrentado no capítulo anterior, dispensa maiores explicações, sendo aplicável ao caso posto pelos mesmos fundamentos básicos: o enriquecimento de um agente em virtude do injusto empobrecimento de outro. Entretanto, é imperioso que não se olvide que a ação de enriquecimento sem causa não será cabível quando houver outro meio previsto para a reparação do dano, possuindo, portanto, caráter subsidiário, por força do art. 886 do Código Civil.²⁷⁰

Essa anotação conduz à precipitação de importante conclusão: há fundamentação jurídica suficiente para viabilizar a reparação do pai aparente pela genitora guardiã ou gestante que lhe indica erroneamente. Ou responderá com base em causa específica, a ser explorada nos tópicos seguintes, ou responderá, em último caso, pelo enriquecimento sem causa experimentado.

²⁶⁹BASSETTE, Fernanda. Brasil Tem 5,5 Milhões de Crianças Sem Pai no Registro. **Revista Exame**. 11 ago. 2013.

²⁷⁰Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. (BRASIL, 2002 [CC]).

Essa incerteza suscita, por conseguinte, a necessidade de precisão do fundamento a ser invocado em demanda indenizatória a ser promovida pelo genitor aparente lesado: abuso de direito, responsabilidade civil subjetiva decorrente de ato ilícito culposo, a responsabilidade civil objetiva ou, subsidiariamente, o enriquecimento sem causa?

4.2 Responsabilidade Civil Subjetiva

Como já aludido em momento anterior, a reparação por enriquecimento sem causa é medida de caráter subsidiário, com possível aplicação ao ponto em estudo acaso inexistente outra via mais adequada, o que suscita a análise do dever que exsurge da responsabilidade civil da genitora pela prática de ato ilícito.

Se, de um lado, ambos os institutos convergem no que diz respeito à existência de um prejuízo e à apresentação de uma fórmula para sua reparação, de outro, há uma fundamental distinção: no enriquecimento sem causa, sempre haverá um patrimônio beneficiado, o que não necessariamente ocorrerá na responsabilidade civil.²⁷¹

Em matéria de responsabilidade civil, para que o agente possa ser responsabilizado, é necessário que sua ação ou omissão (i) viole um dever jurídico, (ii) cause dano, (iii) seja culposa e (iv) esteja presente o nexo de causalidade.²⁷² Tais requisitos são extraídos da conjugação do art. 927 com o art. 186 do Código Civil: enquanto o primeiro dispositivo alude ao dever de reparação decorrente do dano causado a outrem por ato ilícito, o segundo estabelece a noção de ato ilícito.

Humberto Theodoro Junior divide os requisitos do ato ilícito *stricto sensu* em objetivos e subjetivos. Entre os primeiros estão a conduta humana antijurídica, o dano e o nexo de causalidade. No tocante aos requisitos subjetivos, arrola a culpa (em sentido lato) e a imputabilidade.²⁷³

O ato ilícito absoluto (também chamado ilícito em sentido estrito ou delito civil²⁷⁴) consiste em um comportamento voluntário – embora prescindida do dolo de causar o dano – do agente que contrarie o padrão legal exigível e acarrete prejuízo a alguém, cuja descrição consta disposta genericamente nos artigos 186 e 187 do Código Civil. Portanto, em sentido estrito, não há ato ilícito se inexistente prejuízo à vítima e não há dever de indenizar se existir dano sem conexão com o comportamento voluntário do agente. Voluntariedade e

²⁷¹NADER, 2005, p. 640.

²⁷²RIZZARDO, 2009, p. 36.

²⁷³THEODORO JÚNIOR, 2005., p. 31.

²⁷⁴Ibid., p. 32.

antijuridicidade são pressupostos inarredáveis do comportamento do agente para a imputação do dever de reparação pelo ato ilícito absoluto.²⁷⁵

Disso conclui-se que, salvo pelas exceções elencadas pela lei, em que a responsabilidade do agente poderá ser objetiva, a posição do Código Civil guarda forte conexão com a responsabilidade delitiva subjetiva, cujo dever de indenizar é fundado na culpa.

Assim, trazendo para a hipótese deste estudo, a conduta da gestante que, por dolo ou imprudência, indica em juízo como destinatário da ação de alimentos gravídicos aquele que sabe não ser pai – ou que sabe que pode não o ser – certamente caracteriza a ação imprudente a que alude o art. 186. Nesse contexto, o dano causado ao ilegítimo alimentante advindo da falsa imputação em juízo pela gestante ou genitora guardiã (representando os interesses do menor) é o elemento que completa o quadro que tipifica o ato ilícito nos ditames do dispositivo em comento.

Aliás, é oportuno registrar que Carlos Roberto Gonçalves,²⁷⁶ ao suscitar raro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁷⁷ que reconhece o direito a reparação de danos do presumido pai que descobre que a criança é na verdade fruto de adultério da esposa, revela que este entendimento não é estranho à jurisprudência.

Quanto ao *nexo de causalidade*, diz respeito à relação existente entre o agente e a ocorrência do dano. Dessa feita, em se tratando de responsabilidade subjetiva, necessariamente, o dano deve derivar de ação ou omissão culposa do agente, sob pena de inviabilizar a sua responsabilidade.²⁷⁸ Considerando que o nexo de causalidade é tema complexo e que possui grande relevância para o raciocínio jurídico que se está construindo, o ponto será novamente abordado em tópico destinado exclusivamente ao assunto.

O requisito objetivo que segue para a configuração do ato ilícito é o *dano*, assim entendido como o interesse jurídico violado. Nos ditames do Código Civil e de acordo com a doutrina dominante, para que o dano seja indenizável, é imperioso que haja violação de um interesse jurídico (patrimonial ou não), certeza e subsistência do dano.²⁷⁹

A *certeza do dano* se materializa pela existência efetiva de prejuízo, ainda que de difícil apuração econômica, não sendo passível de indenização o dano hipotético. Já a

²⁷⁵Ibid., p. 32.

²⁷⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 687.

²⁷⁷SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 103.663-4-00. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Octávio Helene. São Paulo, SP, 31 de agosto de 2000. Publicação em: 21 maio 2013.

²⁷⁸SCHIMITT, 2010, p. 59.

²⁷⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43-45.

subsistência do dano é a necessidade de que o dano seja atual, ou seja, que ainda não tenha sido reparado quando intentada a ação de responsabilidade.²⁸⁰

O dano pode ser economicamente mensurável ou não. Ao presente estudo, importa o dano material, assim entendido como o desfalque patrimonial sofrido pela vítima que pode ser avaliado pecuniariamente.²⁸¹ Englobados pelo dano material estão o dano emergente e o lucro cessante.²⁸² Esse último consiste no ganho razoavelmente esperado que o vitimado deixou de auferir. Já o dano emergente caracteriza-se pela efetiva redução patrimonial, aspecto relevante para a temática aqui desenvolvida.

Embora a casuística possa demonstrar que uma injusta execução promovida contra o suposto pai possa acabar culminando no lucro cessante – a exemplo de importante negócio profissional que restou impossibilitado pela ausência do capital necessário –, trata-se de situação excepcional que demanda prova nem sempre fácil ou possível de ser produzida. Por outro lado, a prova do dano emergente não demanda o mesmo esforço, haja vista que bastará a demonstração de que a obrigação alimentar se revelou desamparada pela lei para que o prejuízo esteja caracterizado pelo exato valor do que fora pago.

Dando prosseguimento ao desenvolvimento do ponto, os requisitos subjetivos do ato ilícito absoluto são aqueles que guardam relação com o agente e não com a conduta. São eles a culpa, em sentido amplo, e a imputabilidade.

A *imputabilidade* é pressuposto da culpabilidade, haja vista que, para que se possa considerar a ocorrência de infração a determinado dever de conduta, é imperioso que o agente tenha conhecimento e consciência de que a postura em questão “é algo injusto e inaceitável, e que a lesão dela resultante repugna à consciência social”.²⁸³

Também figurando como requisito subjetivo, a *culpa* é elemento de grande relevância no tema em estudo. Há, no ato culposo, “uma conduta voluntária com resultado involuntário”,²⁸⁴ o que se define pela situação em que o agente tem condições de prever e evitar o dano, mas não o faz, seja por que não previu o que era previsível, seja porquê, embora tenha previsto a possibilidade do resultado, acreditava que não ocorreria.²⁸⁵

A culpa pode configurar-se, nos termos do art. 186 do Código Civil, de duas formas: negligência ou imprudência. Por negligência, entende-se a indevida omissão do agente que

²⁸⁰GONÇALVES, 2012b, p. 335.

²⁸¹THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 35-36.

²⁸²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015b, p. 360-361.

²⁸³THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 99.

²⁸⁴Ibid., p. 103.

²⁸⁵Ibid., p. 103.

culmina no dano, decorrente da falta de observação do dever de agir com diligência diante de determinada situação.²⁸⁶ Em oposição, a imprudência consiste em conduta comissiva, verificada na ação do agente que age irrefletidamente e de forma temerária, sem as cautelas necessárias para evitar o resultado danoso. Portanto, enquanto a negligência guarda relação com a desídia, a imprudência diz respeito à temeridade do agente.²⁸⁷

Diversamente da legislação penal, o Código Civil não arrola a imperícia dentre as condutas culposas do agente. Compreende-se por imperícia a falta de habilidade para o exercício de atividade técnica pelo agente.²⁸⁸ Porém, é fato que a imperícia manifestar-se-á sempre por meio de ação ou de omissão, de modo que a inexistência de previsão expressa pela lei não prejudica a responsabilização do agente por imperícia, que estará abrangida pelas figuras da imprudência ou da negligência.²⁸⁹

Outro aspecto da culpa que merece alguma atenção é a antiga classificação de culpa grave, leve e levíssima. Na culpa grave, embora o autor não tenha a intenção manifesta de causar o dano, age sem a preocupação de evitá-lo. É a “culpa consciente, que se avizinha no dolo eventual do Direito Penal”.²⁹⁰ A culpa leve caracteriza-se pela “falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta”,²⁹¹ ou seja, aquela em que o resultado danoso poderia ter sido evitado com a atenção ordinária esperada do homem comum.²⁹² Por fim, a culpa levíssima é aquela em que o dano poderia ter sido evitado com um nível muito elevado de cautela. Embora previsível e evitável o resultado danoso, só poderia ser impedido se “o agente causador tivesse agido com extrema cautela”²⁹³. Caracteriza-se, portanto, pela “falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.”²⁹⁴

Essa classificação já não possui mais a relevância que historicamente teve, haja vista que, como regra geral, sequer a distinção entre dolo e culpa é relevante para a caracterização do ato ilícito, implicando, de um jeito ou de outro, o dever de reparação da vítima pelo agente causador do dano.²⁹⁵ Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou sua

²⁸⁶SCHIMITT, 2010, p. 53.

²⁸⁷DIAS, 1997, p. 121.

²⁸⁸CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52.

²⁸⁹MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5, t.1: Do Direito das Obrigações, do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. p. 156.

²⁹⁰CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 53.

²⁹¹STOCO, 2014, p. 222.

²⁹²CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 53.

²⁹³CAVALIERI FILHO, 2014, p. 53.

²⁹⁴Ibid., p. 53.

²⁹⁵THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 104.

posição acerca da suficiência da culpa, em qualquer grau, para a responsabilização do agente.²⁹⁶

Entretanto, o grau de culpa ainda pode ter eventual utilidade quando da fixação do montante da indenização, haja vista que o parágrafo único do art. 944 prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Trata-se, em última análise, de classificação importante para estabelecer a noção de proporcionalidade entre a reprovabilidade da conduta e o montante da indenização a ser fixado, modo de proceder esse que vem sendo adotado pelos nossos tribunais.²⁹⁷

4.2.1 TEORIAS DO NEXO CAUSAL

A fim de explicar o nexo causal, a doutrina nacional confere especial destaque a duas teorias – embora não sejam as únicas teorias sobre o nexo de causalidade, conforme ulterior abordagem –, em virtude do potencial de alcançar grande importância prática: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.²⁹⁸

²⁹⁶RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. CULPA. MATÉRIA DE PROVA. REPERCUSSÃO NO CÍVEL DO JULGADO CRIMINAL.

- Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, basta a culpa levíssima do agente.

- Pretendida inexistência de culpa do motorista e imputação de responsabilidade exclusiva da vítima pelo evento. Alegações que dependem da reapreciação do quadro probatório. Incidência da súmula nº 07-STJ.

- Dissídio pretoriano não configurado. Inexistência, porém, de vinculação do juízo cível ao decidido no criminal, inócidentes que são as exceções previstas nos arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal.

Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.159/BA. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**, 08 maio 2000. p. 100)

²⁹⁷CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E DANO MATERIAL. CULPA LEVE. APELAÇÕES CÍVEL E ADESIVA. PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DO DANO MORAL MANTIDA. PEDIDO RECURSAL DE REDUÇÃO DO DANO MORAL NÃO ACOLHIDO. PEDIDO DE DANOS MATERIAIS NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. A indenização por danos morais deve ser fixada em atenção aos parâmetros da causa, encartando, inclusive, critério de desestímulo para o infrator à prática de outros ilícitos. A particularidade do caso não aponta para uma reprimenda mais contundente, porquanto o requerido agiu com culpa leve, ou seja, de baixa reprovabilidade, além ter prestado imediato socorro ao réu, que veio sofrer apenas lesões leves no infortúnio. Precedente: REsp 453.874/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, DJ 01.12.2003, p. 348. Indenização a título de dano moral mantida (R\$6.000,00). 2. A reparabilidade material indenizatória só cabe no caso de existir comprovado dano, que é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Na hipótese, após o acidente, o recorrente tornou a trabalhar normalmente na atividade que antes desenvolvia, afirmando "que não é necessário fisioterapia" e "que não deixou de ganhar dinheiro no período em que ficou parado" (fl. 63), o que afasta a aplicação do art. 402 e 950, do Código Civil de 2002 e art. 7º, inciso XXVIII, da CF. 3. Apelos principal e adesivo conhecidos e improvidos. Sentença mantida. (ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 22050003627 ES 22050003627. Relator: Arnaldo Santos Souza. Vitória, 30 de outubro de 2007. Publicação em: 06 dez. 2007) [sic]

²⁹⁸CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50.

Pela *teoria da equivalência dos antecedentes* (ou *conditio sine qua non*²⁹⁹), não há distinção entre a causa (cuja existência de uma coisa é dependente) e a condição (circunstância que permite a geração de efeitos pela causa). Destarte, havendo concorrência entre as condições para o resultado, a todas é atribuída a mesma importância. Por isso, esta teoria é também conhecida como da equivalência das condições.

Trata-se de uma teoria elaborada pelo jurista alemão Von Buri, entre os anos de 1860 e 1885, voltada para o direito penal, vindo a ser, mais tarde, reformulada por Von Liszt, sob a ideia de que "todas as concausas se tornam igualmente necessárias para a produção de certo resultado".³⁰⁰ Segundo essa teoria, para identificar se uma determinada condição é causa ou não de um resultado, é preciso realizar reflexão sobre a sua ocorrência sob a hipótese de não estar presente a aludida condição. Ao final desse processo imaginativo, a resposta virá com a constatação de alteração ou não do resultado. Assim, se ao subtrair determinada condição o resultado é alterado, resta detectado o liame de causalidade.

A amplitude do conceito de causa obriga a considerar como tal não apenas as condições imediatas do resultado, mas também as mediatas, ainda que remotas. Ainda, não serão consideradas apenas as condições atuais, mas também as preexistentes, as causas das causas e assim sucessivamente.³⁰¹ Por essa linha de raciocínio, a causa do dano pode advir de qualquer evento condicionante, haja vista que aquele não existirá sem que ocorra a interligação de fatos que resultem no prejuízo. Destarte, o dano é resultante da soma de todas as condições, pois suprimida uma só delas não se verificará a sua ocorrência.³⁰²

Por conta disso, essa teoria recebe uma crítica contundente, pois remete a uma reflexão infinita do nexos causal, como, por exemplo, a noção estapafúrdia de que a responsabilidade pela indenização dos danos consequentes de um atropelamento não se limitaria ao proprietário do veículo ou motorista, pois a própria fabricação do automóvel poderia ser considerada uma causa. Isso levou ao gradual afastamento da aplicação dessa teoria, malgrado muitos tenham sido os seus defensores – em especial na França e na Bélgica –, que se revelou injusta na prática, haja vista que as causas poderiam gerar uma cadeia infinita de responsabilidade.³⁰³

²⁹⁹THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 95.

³⁰⁰ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressuposto da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 157.

³⁰¹ORGAZ, Alfredo. **El Daño Resarcible**: Actos Ilícitos. 2. ed. Buenos Aires: Libreros, 1960. p. 63-64.

³⁰²ALONSO, op. cit., p. 158.

³⁰³ALONSO, 2000, p. 159.

Nos ordenamentos estrangeiros, outras três teorias buscaram solucionar o problema verificado na aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes: a teoria da causa próxima, a teoria da causa eficiente e a teoria da causa (ou causalidade) adequada.

Pela *teoria da causa próxima*, que já teve grande prestígio na Inglaterra, seria considerada causa apenas a que ocorresse cronologicamente mais próxima ao resultado, tratando todas as demais causas como meras condições.³⁰⁴

A teoria recebeu dura crítica doutrinária, com razão, haja vista que nem sempre a mais recente condição será a verdadeira causa de um dano, a exemplo de situação ilustrativa em que pessoa mal-intencionada substitui os remédios de um paciente por uma substância tóxica e que, sem saber, o enfermeiro responsável por administrar os medicamentos acabe por fazer o paciente consumir a substância, gerando um resultado nefasto. Diante desse exemplo, a responsabilidade pelos danos sofridos pela vítima não seria do agente que maliciosamente substituiu os fármacos pela substância tóxica, pois, cronologicamente, a ação do enfermeiro, ainda que de boa-fé, teria rompido onexo causal.

Além disso, nem sempre será viável estabelecer com clareza a linha temporal de ocorrência das condições para definir qual terá sido a última. Essa crítica, somada à anterior, revelou óbices intransponíveis à aplicação da teoria, o que culminou no seu abandono.³⁰⁵

Por sua vez, a *teoria da causa eficiente* propôs que a causa devesse ser identificada naquela condição que seja mais eficiente para a produção do resultado. A eficiência poderia ser vista tanto pelo critério quantitativo (condição de maior força produtiva) quanto pelo critério qualitativo (definido pelo nível de eficácia interna no processo causal).³⁰⁶

A crítica que se revelou fatal a esta doutrina consistiu na grande dificuldade – e, na maioria dos casos, na impossibilidade – de distinguir a mais eficiente dentre muitas condições, não havendo como dividir materialmente o resultado para atribuir a uma das condições maior participação, em quantidade ou qualidade, à ocorrência do dano.³⁰⁷

Contornando o objeto da crítica à teoria da equivalência dos antecedentes, a *teoria da causalidade adequada* (ou subjetiva), elaborada pelo filósofo alemão Von Kries,³⁰⁸ propõe raciocínio em parte diverso do trazido por aquela, a começar pela distinção entre causa e condição, visto que nem toda condição será causa, ainda que tenha algum grau de participação no resultado.

³⁰⁴ ORGAZ, 1960, p. 66.

³⁰⁵ Ibid., p. 67.

³⁰⁶ Ibid., p. 68.

³⁰⁷ ORGAZ 1960, p. 68-69.

³⁰⁸ ALONSO, 2000, p. 159.

Segundo esta teoria, é imperiosa a valoração das condições que concorrem para o resultado, pois o nível de relevância de dada condição será determinante para estabelecer se pode ser considerada causa. Para tanto, recorre-se ao mesmo processo mental hipotético de exclusão dessa condição, à semelhança do que propõe a teoria da equivalência dos antecedentes. Porém, será considerada causa apenas a condição que for mais determinante. Não basta que o fato tenha sido, concretamente, uma condição para a ocorrência do dano, devendo o ser também, abstratamente, uma causa adequada do dano. Para verificar a adequação, sugere Alfredo Orgaz que se procure verificar se a ação ou a omissão seria capaz de ocasionar, normalmente, o dano. Caso positivo, trata-se de uma causa adequada à produção do dano.³⁰⁹

O conceito de adequação da causa pode ser, por vezes, difícil de compreender por completo, apesar das explanações de seu funcionamento no plano abstrato. Por conta disso, Caio Mário da Silva Pereira invoca exemplo de inquestionável utilidade para vislumbrar o funcionamento prático da teoria:

[...] o condutor de um automóvel, que abalroou outro, foi acusado de responsabilidade pela morte da vítima; apurou-se, todavia, que esta, conduzida ao hospital em estado de semi-inconsciência, foi submetida a um tratamento de emergência, e veio a falecer porque suas condições pessoais eram incompatíveis com a medicação que lhe foi ministrada. Não há dúvida de que ocorreu uma causalidade múltipla. Se se ativesse ao fato exclusivo do abalroamento, o condutor do veículo seria o causador do dano, e, portanto, o responsável. Intercorrendo a ingestão de droga que, por si só, nas condições pessoais, seria fatal, levanta-se esta dúvida, se o evento danoso foi o abalroamento, ou o tratamento inadequado. O abalroamento teria um desfecho favorável ou determinaria um dano menor; mas a medicação ministrada seria a causa letal.³¹⁰ [sic]

O exemplo em questão, sempre atual, é claro o bastante para estabelecer o nexo de causalidade entre a condição mais adequada (à produção do resultado danoso) e a ocorrência do dano. É a necessidade da condição que leva à confirmação de sua adequação para a produção do dano, sendo a partir de então considerada a causa – ou uma das causas, já que, eventualmente, poderá haver mais de uma causa e mais de um responsável pelo dano, incluindo a própria vítima.

Além disso, Von Kries vislumbrava que, para julgar se a ação era ou não adequada, o juiz deveria considerar apenas o que era ou poderia ser conhecido pelo agente, sem o que seria impossível estabelecer a sua culpabilidade³¹¹ e, por conseguinte, restaria prejudicada a noção

³⁰⁹ ORGAZ, op. cit., p. 70.

³¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 80-81.

³¹¹ PEREIRA, 1992, p. 72.

de causa adequada, tão preciosa para a caracterização do nexos de causalidade pela ótica desta teoria.

Buscando aprimorar a visão do mentor da doutrina, uma segunda posição surgiu defendendo que a avaliação da causa adequada não fique adstrita à capacidade de previsão do próprio agente; deve considerar tudo o que era passível de conhecimento para a generalidade das pessoas, indicando para o referencial do homem médio.³¹²

Uma terceira corrente sugeriria que a adequação da ação ao resultado deveria ser apreciada pelo juiz considerando todas as circunstâncias existentes no momento da ação, conhecidas na oportunidade ou descobertas apenas depois.³¹³

O entendimento que se tornou dominante estabelece que todas as circunstâncias que pudessem ser conhecidas pelo agente, bem como aquelas que ele efetivamente conhecia, serão fatores determinantes para a aferição da causalidade adequada.³¹⁴

Portanto, embora não seja livre de defeitos, essa teoria tem sido bem recebida pelo direito civil contemporâneo porquê, diversamente da teoria da equivalência dos antecedentes, nem todos os envolvidos no processo de desencadeamento do resultado danoso serão responsabilizados, mas apenas aquele agente que contribuiu com ações adequadas para o resultado.³¹⁵ Assim, ao analisar a causalidade, não se deve levar em consideração o momento da prática do ato ilícito, mas retroceder até o momento em que o fato caracterizador de determinada condição ocorreu, apreciando-se, então, a sua idoneidade para produzir o dano que veio a acontecer posteriormente.³¹⁶

Esta doutrina leva em consideração, no exame da causa adequada para a produção de determinado dano, a presença de um elemento subjetivo: o conhecimento do agente por ocasião do evento. Sem que o agente tenha (ou possa ter) conhecimento das circunstâncias e condições que possam levar ao resultado, não há como concluir pela existência de uma causalidade adequada.³¹⁷

A fragilidade dessa teoria reside na inexistência de um critério objetivo seguro para a identificação da presença do nexos causal, que dependerá de análise fática com ponderação. Segundo seus críticos, trata-se de uma teoria demasiadamente filosófica, complexa e

³¹²Ibid., p. 72.

³¹³Ibid., p. 72.

³¹⁴Ibid., p. 72-73.

³¹⁵THEÓDORO JÚNIOR, 2005, p. 96.

³¹⁶Ibid., p. 97.

³¹⁷ALONSO, 2000, p. 161.

imprecisa.³¹⁸ Apesar disso, esta é a teoria adotada pelo ordenamento pátrio em matéria de responsabilidade civil.³¹⁹

Uma variante dessa teoria é a *teoria do dano direto e imediato* (também chamada *teoria do nexo causal direto e imediato* ou, ainda, *teoria da interrupção do nexo causal*³²⁰ ou *teoria da causalidade imediata*³²¹), uma linha de pensamento de menor expressão segundo a qual a causa de um dano pode ser um fato próximo ou remoto, mas deve estar diretamente a ele ligado, não podendo haver outra que justifique o mesmo dano.

Trata-se de teoria que ingressou no nosso ordenamento por meio do art. 1.060 do Código Civil de 1916, que estabelecia que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato",³²² redação essa reproduzida quase sem alterações pelo art. 403 do atual Código Civil.

O núcleo desta teoria está situado na necessidade da causa (ou causalidade necessária), o que é particularmente relevante nas ocorrências para as quais concorram diversas causas. Por isso, "a causa direta e imediata não é necessariamente a mais próxima, não sendo a distância temporal, mas lógica",³²³ fator este fundamental para distingui-la da teoria da causa próxima aludida anteriormente.

Em que pese a existência de corrente minoritária defendendo que as expressões "direto" e "imediato", relativas ao dano nessa teoria, tenham sentidos distintos, esse não é o entendimento dominante. Majoritariamente, a doutrina entende que tais expressões são, na verdade, sinônimas e reforçativas, cujo propósito é transmitir a ideia de necessidade.³²⁴

Tal teoria, já acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consagrou-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal em acórdão de relatoria do ministro Moreira Alves, que a reconheceu como sendo a teoria adotada em nosso sistema jurídico para explicar o nexos causal, afastando os inconvenientes das outras teorias (equivalência das condições e causalidade adequada).³²⁵

³¹⁸Ibid., p. 162.

³¹⁹CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52-54.

³²⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160.

³²¹MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992. p. 62.

³²²ALONSO, op. cit., p. 164.

³²³SANSEVERINO, op. cit., p. 160-161.

³²⁴ALONSO, op. cit., p. 168-169.

³²⁵SANSEVERINO, 2010, p. 161.

Efetivamente, essa não é uma nova teoria, mas uma ferramenta hermenêutica para a compreensão da noção de causa, impondo a "necessariedade" como requisito às demais teorias, dentre as quais a que melhor explica o nexo causal é, como registrado alhures, a da causalidade adequada.³²⁶

Entretanto, é válido o alerta de que uma ou outra teoria pode ser utilizada eventualmente, inclusive com a conjugação de mais de uma. Isso porque as teorias são ferramentas à disposição dos operadores do direito, que devem contar com mais de uma alternativa para alcançar uma solução adequada ao caso concreto.³²⁷ Conforme magistério de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a conjugação das teorias pode ser feita em três perspectivas no plano processual, cada qual correspondendo a uma etapa no processo de aferição do nexo de causalidade.³²⁸

Assim, em um primeiro momento, teria aplicação a teoria da equivalência dos antecedentes, que busca identificar quais fatos podem ser incluídos no processo causal que redundou no evento danoso, a fim de confirmar se um determinado fato pode ou não ser causa.

Em um segundo momento, a teoria da causalidade adequada prestar-se-ia para verificar a adequação do fato à produção do resultado lesivo utilizando-se a perspectiva negativa, implicando a imputação do ônus da prova da inadequação ao agente que responde à demanda indenizatória.

Por fim, ainda segundo o autor, na terceira etapa, entraria em cena a teoria do dano direto e imediato, como regra hermenêutica a ser adotada pelo juiz quando da prolação da sentença, pela qual, antes de reconhecer a "adequação" da causa, seria imperiosa a verificação da sua "necessariedade".

Sanseverino conclui, em apertada síntese, que "feita a prova da condicionalidade do fato imputado ao réu, transfere-se a ele o ônus de prova, a ausência de adequação ou necessariedade da causa que lhe é imputada para a produção do resultado alegado",³²⁹ cabendo ao juiz, à luz da razoabilidade, proceder à avaliação final.

Transportando para a problemática posta, é evidente que a conjugação das teorias de nexo de causalidade poderia conduzir com segurança à responsabilidade da gestante ou da genitora que induz o juízo a errônea imposição de obrigação ao aparente genitor. Parece não haver espaço para dúvidas de que a informação errada levada a juízo pela genitora ou

³²⁶Ibid., p. 162.

³²⁷Ibid., p. 163.

³²⁸Ibid., p. 163.

³²⁹Ibid., p. 163.

gestante, por culpa em sentido amplo, é uma condição para o resultado danoso imposto ao ilegítimo alimentante, atendendo, assim, o critério estabelecido pela teoria da equivalência dos antecedentes.

Por outro lado, salvo se presente alguma excludente de responsabilidade civil, tema este a ser estudado no tópico seguinte, não se vislumbra a possibilidade de afastamento da adequação da causa, já que a postura da requerente dos alimentos é, sem dúvida, o fator determinante para a ocorrência do evento danoso, o que se coaduna com a teoria da causalidade adequada.

4.2.2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As excludentes de responsabilidade civil, também chamadas de exclusão de nexo causal ou, ainda, causas de irresponsabilidade,³³⁰ têm o condão de afastar o dever de reparação por parte do agente causador do dano. Há um número expressivo de excludentes reconhecidas tradicionalmente pela doutrina local: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, força maior, cláusula de não indenizar, inexigibilidade de conduta diversa, prescrição e decadência.

Embora de menor relevância para o presente estudo a classificação das excludentes de responsabilidade civil em dois grupos, trata-se de tema que, por sua oportunidade, merece breve atenção. Nessa esteira, entende-se que as excludentes podem ser de duas ordens, sendo a primeira a que engloba as chamadas imunidades, consistentes na exclusão de responsabilidade do agente em virtude de previsão legal.³³¹

O segundo grupo de excludentes é de ordem natural ou voluntária, hipóteses estas que não autorizam previamente o agente a adotar determinada conduta que resulte em dano, mas que lhe retiram a responsabilidade por fatores externos, a exemplo da força maior ou da ação da própria vítima.³³²

Todavia, como já mencionado alhures, a divisão em questão é de ordem doutrinária e, pelo seu baixo potencial de acrescentar ao estudo informação relevante, mais prática será a abordagem conjunta de todas as excludentes.

³³⁰STOCO, 2014, p. 273.

³³¹ALONSO, 2000, p. 172.

³³²Ibid., p. 172.

Com previsão no art. 188, II e parágrafo único, do Código Civil, o estado de necessidade é a excludente caracterizada pela conduta que pretende afastar perigo concreto que ameaça direito seu ou de terceiro e, para alcançar este intento, acaba por causar lesão ao patrimônio alheio, salvo se presente o excesso ou se o dano gerado atingir a esfera patrimonial de pessoa que não gerou a situação de perigo.³³³

A legítima defesa, estampada no art. 188, I, do Código, é a autorização legal da reação proporcional da vítima a agressão injusta, atual ou iminente, em face de seu agressor, ainda que a ameaça seja putativa.³³⁴ No mesmo dispositivo legal, está previsto o exercício regular de direito, compreendido com a ação ou omissão amparada pela lei, salvo se o titular do direito cometer excesso manifesto dos limites impostos³³⁵ (art. 187).

No que toca ao estrito cumprimento do dever legal, é a descaracterização da ilicitude de determinado ato quando praticado no cumprimento de um dever, desde que não esteja presente abuso ou desvio de finalidade na conduta do agente.³³⁶

Culpa exclusiva da vítima (ou fato exclusivo da vítima³³⁷) é a excludente que transfere a responsabilidade pelo evento danoso ao próprio lesado, de modo que, por ser ele o causador do resultado, resta rompido o nexo de causalidade que implicaria a responsabilização do aparente agente causador do dano.³³⁸

À semelhança da excludente anterior, o fato de terceiro caracteriza-se pela ocorrência de dano causado por pessoa diversa da vítima ou do aparente causador do dano, rompendo o nexo de causalidade que levaria à responsabilização desse último.³³⁹

No tocante ao caso fortuito e à força maior, tratados hodiernamente como sinônimos, encontram-se descritos no art. 393 do Código Civil como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. A distinção entre as duas figuras deixou de ter relevância, senão para fins doutrinários: enquanto o caso fortuito tem relação direta com pessoa do devedor, a força maior advém de acontecimento externo, sendo essa última, portanto, uma excludente de maior eficácia.³⁴⁰ No caso fortuito, a imprevisibilidade é o elemento indispensável; na força maior, é a irresistibilidade.³⁴¹

³³³SCHIMITT, 2010, p. 90.

³³⁴Ibid., p. 92.

³³⁵Ibid., p. 93.

³³⁶STOCO, 2014, p. 284.

³³⁷CAVALIERI FILHO, 2014, p. 68-69.

³³⁸SCHIMITT, op. cit., p. 94-95.

³³⁹Ibid., p. 96.

³⁴⁰RODRIGUES, 2002, p. 239.

³⁴¹CAVALIERI FILHO, 2014, p. 71.

A cláusula de não indenizar, como o próprio nome sugere, pode estar presente nas relações contratuais, alterando o regramento geral sobre a assunção de riscos. Trata-se de excludente de uso limitado, pois vedada em determinadas relações jurídicas, a exemplo dos serviços de transporte remunerado ou das relações consumeristas.³⁴²

A inexigibilidade de conduta diversa caracteriza-se pela situação em que o agente é posto em dilema no qual precisa optar pela conduta que gere o menor dano, orientada pela noção de custo-benefício. Trata-se da hipótese em que todas as opções disponíveis ao agente gerarão alguma espécie de dano, cabendo-lhe a escolha pela minimização do resultado negativo.

A prescrição, tal como a decadência (e a preclusão³⁴³), pretende conferir segurança jurídica às relações humanas frente à passagem do tempo. Embora cada qual das figuras tenha seu próprio funcionamento, guardam identidade de propósito no que toca à intenção de limitar o direito do interessado a certo período temporal. Destarte, embora indiscutível a presença originalmente do dever de reparação, o transcurso do tempo poderá afastar o direito de obter a responsabilização do agente.

Portanto, analisadas superficialmente as excludentes, verifica-se que, acaso não afastada a culpa³⁴⁴ – em sentido amplo – da genitora que aponta o suposto pai em ação que visa à obtenção de alimentos, a regra geral de responsabilidade levará, inexoravelmente, à conclusão de que aquela deverá responder pelo dano causado.

Após a análise breve da longa lista de excludentes, uma, em especial, destaca-se pelo seu alto potencial de aplicação à problemática posta, já que uma gestante que se utilize das disposições da lei de alimentos gravídicos estará agindo sob o amparo do exercício regular de direito.

Por óbvio, contrapõe-se à noção de regularidade do exercício do direito a evidência do abuso. O abuso de direito vai de encontro a essa excludente, de modo que a gestante que tem consciência do dano que estará causando a quem sabe não ser o verdadeiro pai poderia restar impossibilitada de invocar a referida excludente, pois descaracterizada a noção de regularidade do exercício do direito. Por isso, e também para sondar a possibilidade de existir um fundamento ainda mais adequado, o estudo do abuso de direito será escopo dos próximos tópicos.

³⁴²STOCO, 2014, p. 278.

³⁴³Ibid., p. 302-305..

³⁴⁴Rolf Madaleno destaca que “a responsabilidade civil no Direito de Família também é subjetiva, exige um juízo de censura de agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita. É preciso demonstrar sua culpa [...]” (MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 147.).

4.3 O Abuso de Direito

Encontra-se o abuso de direito estabelecido no art. 187 do Código Civil, cujo teor estabelece que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Nessa esteira, o dever de reparação de danos deve recair não apenas sobre aquele que age diametralmente em oposição à lei, mas também sobre quem excede os limites do seu direito e, com isso, vem a causar dano a alguém.

Embora não tenha sido no direito romano a origem do abuso de direito, Pontes de Miranda lembra que, entre as normas daquele sistema, encontravam-se aquelas que levavam em consideração a intenção maliciosa do agente quando do exercício do seu direito. Suscita exemplo prático de grande valor histórico, que denota a concepção intencionalista típica do abuso de direito posteriormente teorizado:

Diz-se na L. 1, § 12, D., *de aqua et aquae pluviae arcendae*, 39, 3 (Ulpiano): “Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo földiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum meliorem faciendi id fecit”. O proprietário pode abrir sulcos no seu prédio, prejudicando as fontes do vizinho, mas, se o faz para melhorar o seu e não com o ânimo de prejudicar o outro. Era, como se vê, o princípio do absolutismo jurídico, com a exceção restrita ao dano intencional.³⁴⁵ [sic]

Com raízes na idade média e com fundamento nos atos emulativos, assim entendidos como aqueles praticados com o objetivo de prejudicar terceiros,³⁴⁶ o instituto passou por longa evolução histórica e debates acalorados na França no início do século passado, o que repercutiu também no direito brasileiro.³⁴⁷

Por aqui, o abuso de direito não veio construído sob a forma de um sistema, movendo-se sobre a tradição de fragmentações, em que, segundo Judith Martins-Costa, “as peças do mosaico vêm da construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial até o final do século XX”.³⁴⁸ Como salienta a autora, a expressa previsão legal do instituto, na década de 1930, a defesa doutrinária a favor de sua aplicação e a edição de leis posteriores não foram fatores

³⁴⁵MIRANDA, 1984, p. 64.

³⁴⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1: Parte Geral e LINDB, p. 580.

³⁴⁷MIRANDA, op. cit., p. 70-73.

³⁴⁸MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado Pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

fortes o bastante para evitar a negativa de vigência pelos tribunais no período, que só veio a ser aplicado nos meados do século XX em matéria locatícia – julgamentos, em sua maioria, marcados pela exigência da malícia e da culpa como requisitos para a caracterização do abuso.³⁴⁹

Após a segunda metade do século XX, ocorreu expansão horizontal do instituto, deixando de ter aplicação exclusiva no Direito Civil. Essa expansão, aprofundada na década de 70, levou ao direito processual, ao societário, ao trabalhista, ao administrativo e ao penal a aplicação do abuso de direito, embora ainda fortemente marcada pela exigência da culpa grave ou do dolo. Somente na virada do século XXI, a jurisprudência começou a acolher a objetivação do abuso de direito, motivada pelas grandes mudanças no ordenamento jurídico nacional no período: Constituição Federal de 1988, inovações legislativas da década de 1990 – com especial atenção ao advento do Código de Defesa do Consumidor – e a atuação do Superior Tribunal de Justiça.³⁵⁰ Ainda assim, o Brasil estava engatinhando em relação à matéria que, na prática, era “comparativamente a outros países, uma figura tímida, ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática”.³⁵¹

4.3.1 TEORIAS DO ABUSO DE DIREITO

O início da repressão do abuso de direito deu-se por meio da teoria da emulação, uma teoria subjetivista segundo a qual só estaria caracterizado abuso se reunidos quatro requisitos: (i) o exercício de direito, (ii) a ocorrência de dano, (iii) a ausência de utilidade do ato praticado e (iv) que houvesse exclusiva intenção de causar um dano a outrem.³⁵² Portanto, a teoria da emulação conferia ao elemento subjetivo – a intenção de causar o dano – papel fundamental na caracterização do abuso de direito, sem o qual inexistiria o dever de reparação, afastando sua tipificação quando o agente estivesse imbuído de simples espírito imprudente.

Ainda mais dificultoso seria o enquadramento da conduta do agente como abusiva em decorrência da necessária presença de outro requisito: a ausência de utilidade do ato praticado para seu autor. Vale dizer que o abuso de direito dependeria da constatação de que o agente não teria nenhum propósito diverso da intenção de prejudicar a vítima.

³⁴⁹Ibid., p. 60-61.

³⁵⁰Ibid., p. 64-67.

³⁵¹Ibid., p. 67.

³⁵²THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 117.

Invocando a teoria da emulação para a hipótese do presente estudo, estaria caracterizado o abuso de direito apenas se o exercício do direito ao pedido de alimentos em caráter provisório (causador do dano ao ilegítimo alimentante) viesse acompanhado de outros dois requisitos cumulativamente: a inexistência de utilidade para o agente e o propósito manifesto de causar dano ao destinatário da obrigação. Isso tornaria virtualmente impossível a caracterização do abuso de direito, haja vista que mesmo que evidenciado o dolo da genitora guardiã ao requerer alimentos em caráter provisório em face de quem sabe não ser o pai, o outro requisito jamais será alcançado, pois sempre haverá utilidade no ato praticado.

Entretanto, embora pacífico que o abuso de direito fosse fonte de obrigação de indenizar, subsistiu discussão doutrinária³⁵³ acerca da responsabilidade civil do agente: se subjetiva, em que há a intenção maliciosa do agente; ou objetiva, caracterizada pelo resultado danoso indesejável eticamente.³⁵⁴

Isso porquê, na alvorada do século XX, a teoria da emulação passou a ser questionada por outra teoria, objetivista, que defendia a prescindibilidade da intenção maliciosa do agente para a configuração do abuso de direito, que poderia restar caracterizado objetivamente quando o ato praticado fosse contra sua destinação econômica ou social.³⁵⁵ Assim, não seria a flagrante vontade do agente de causar dano a outrem que caracterizaria o abuso de direito, mas sim o uso desvirtuado do direito em questão, notoriamente afastado de seu propósito original. Pelo viés desta teoria, o abuso de direito é consequência do exercício anormal do direito e não leva em consideração a intenção do agente.³⁵⁶

Por essa linha, não apenas a genitora que ingressa em juízo com a intenção de obter vantagem indevida de quem sabe não ser o pai da criança estaria incorrendo em abuso de direito. Também a genitora que, temerariamente, realiza o pleito de alimentos em caráter provisório daquele que não está certa que seja o verdadeiro pai poderia estar abusando de seu direito, prevalecida de situação juridicamente confortável decorrente (i) da notória celeridade que o ordenamento confere ao pleito de alimentos em favor de incapaz e da gestante e (ii) da segurança de que eventual prejuízo advindo de sua irresponsável conduta recairá sobre terceiro. Ora, existindo dúvida acerca da paternidade, a postura prudente da genitora seria o pedido de fixação de alimentos apenas após a confirmação da paternidade. Antes disso, o

³⁵³“Entre nossos autores, doutrinadores acatados se postaram nas fileiras de ambas as correntes formadas na Europa: WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARVALHO SANTOS e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, v.g., adotam a concepção objetiva. Já CLÓVIS BEVILÁQUA, SILVIO RODRIGUES, ALVINO LIMA e CARLOS ALBERTO BITTAR, entre outros, defendem a teoria subjetiva.” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 117-118.)

³⁵⁴THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 116.

³⁵⁵Ibid., p. 118.

³⁵⁶FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339.

pedido de alimentos em caráter provisório realizado em situação de incerteza, ainda que deferido, é um risco que não deveria ser imposto à vítima do dano, a quem não foi conferido o direito de escolher correr o risco de promover demanda judicial temerária.

Não é moralmente aceitável que o prejuízo sofrido pelo ilegítimo devedor de alimentos seja por ele arcado em definitivo quando evidente que o pedido fora promovido pela imprudência da genitora guardiã, que agiu com indiferença diante da possibilidade de estar causando injusto prejuízo de alguém.

Nessa seara, é razoável que a escolha irresponsável da genitora pelo pedido de alimentos em caráter provisório, baseado em uma incerteza acerca da paternidade, possa ser vista como abuso de direito. Não pela intenção deliberada de causar dano, mas pela conduta temerária. Embora o dolo direto possa não estar presente, o dolo eventual, sem dúvida, apresenta-se na conduta. A genitora guardiã ou gestante que age imbuída de dúvida dessa natureza promove uma ação de risco. Nada mais justo que o risco seja assumido pela própria agente e não pela vítima, a fim de não subverter a lógica da responsabilidade civil que, em termos gerais, busca atribuir ao causador do dano o dever de suportá-lo.

Além das aludidas teorias, uma terceira merece atenção pela aceitação doutrinária: a teoria finalista, segundo a qual se verifica o abuso de direito quando detectado o conflito entre a conduta do indivíduo e o fim a que visa a ordem jurídica. Segundo César Fiúza, o art. 187 do Código Civil é claramente inspirado pela teoria finalista,³⁵⁷ uma teoria que leva em consideração, sobretudo, a boa-fé objetiva, tema a ser mais bem explorado oportunamente.

Até pouco tempo, havia forte corrente doutrinária defendendo ter prevalecido a teoria subjetivista em nosso ordenamento, conclusão essa extraída da análise da sistemática do próprio Código. Como se depreende da leitura do título que versa sobre atos ilícitos, em um primeiro momento, o Código estabelece no art. 186 o ato ilícito absoluto (integrado pelo elemento subjetivo, a culpa) para só então qualificar também como ato ilícito o abuso de direito no artigo seguinte.³⁵⁸ Portanto, segundo defensores dessa corrente, uma leitura sistemática conduziria à noção de ser necessária a culpa do agente ao causar dano a outrem para o fim de caracterização do abuso de direito.

No entanto, o tema nunca foi pacífico, pois nomes de peso esposam corrente que dispensa a culpa, adotando o critério objetivo-finalístico.³⁵⁹ Nessa senda, destaca-se a percepção de que o art. 187 realça que “o critério do abuso não reside no plano psicológico da

³⁵⁷FIUZA, 2014, p. 340.

³⁵⁸THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 118.

³⁵⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 627.

culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social”, nos moldes da teoria objetiva finalista.³⁶⁰ As dúvidas sobre o tema acabaram sendo mitigadas com a edição do enunciado n° 37, decorrente da I Jornada de Direito Civil, cujo teor esclarece que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.³⁶¹

Ademais, considerando que a ausência de utilidade ao titular do direito não é requisito para a caracterização do abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, até mesmo a corrente doutrinária que exige a presença de culpa ainda autorizará o acolhimento de raciocínio que leve à conclusão de que bastará a intenção de lesar outrem – somada à prática de direito e ao conseqüente dano – para que nasça o direito à reparação. Portanto, por qualquer das correntes doutrinárias chega-se à constatação de ser inquestionável a tipificação do abuso de direito nesses moldes nos casos em que o dolo da gestante ou genitora estiver presente, assim entendido como o caso em que há certeza de que o demandado na ação de alimentos não é o verdadeiro pai.

É importante que não se perca de vista, no entanto, que o art. 187, ao tratar do tema, não exige a intenção do agente para a caracterização do abuso de direito, bastando que o titular do direito exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, segundo dicção literal do próprio dispositivo. O art. 186, por sua vez, não exige a intenção (dolo) do agente para a caracterização do ato ilícito; exige, isso sim, ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem. Portanto, mesmo a interpretação sistemática não parece induzir à inflexível exigência da intenção do agente para a caracterização do abuso de direito, bastando que esteja presente a culpa. Nesse sentido, é valiosa a lição de Judith Costa-Martins sobre o tema:

[...] o art. 187 – que trata, efetivamente, da ilicitude no modo de exercício do direito – não se limita à figura do abuso, não requer a intenção emulativa e abarca (i) o exercício *contraditório*, quando desleal; (ii) o exercício *disfuncional* (pois divorciado da função atribuída ao direito subjetivo, potestativo ou faculdade); e (iii) o exercício *desmesurado* ou desmedido de direito subjetivo, potestativo ou faculdade.³⁶²

³⁶⁰FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 587.

³⁶¹BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 37. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília, DF. **Enunciados Aprovados**.

³⁶²MARTINS-COSTA, 2015, p. 612.

Daí se extrai importante conclusão, no sentido de que o modo de exercício do direito é que culminará na caracterização da ilicitude, ainda que a atuação do agente seja formalmente adequada. Isso porquê, a despeito da existência do direito subjetivo, o modo de exercê-lo revela-se contrário aos valores fundamentais do sistema jurídico, o que não há como ser visualizado previamente pelo legislador – e, por conseguinte, inviável a previsão expressa pela lei –, pois dependerá da verificação das circunstâncias presentes no momento.³⁶³

4.3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

A expressão “boa-fé” é indubitavelmente aberta, passível de preenchimento de acordo com o contexto em que está inserida. Haverá um conteúdo mínimo, relacionado à noção de honestidade, mas a sua delimitação precisa, invariavelmente, guardará relação de dependência com os fatores contextuais de determinado meio e apresentará diferentes feições a depender do campo do direito em que atue.³⁶⁴

A boa-fé objetiva, caracterizada pela ética que deve permear as relações jurídicas e sociais, impositiva também às relações familiares,³⁶⁵ é um estandarte ao legislador quando da edição da norma e atua como uma bússola para o operador da lei diante das inúmeras situações de incerteza suscitada pelas lacunas ou obscuridades da norma. Distingue-se a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva – também chamada boa-fé psicológica – por essa guardar relação com o estado psicológico do agente, enquanto aquela estabelece uma noção de probidade. Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é verificada pela consciência (ou crença) do agente de que sua ação ou omissão poderá ou não lesar direitos ou interesses alheios, o que não se confunde com a noção geral de lisura que se estampa pela boa-fé objetiva,³⁶⁶ que figura como um princípio norteador das relações jurídicas.

Inspirado pelos direitos alemão e português, Couto e Silva incumbiu-se na década de 60 da tarefa de inserir no ordenamento pátrio a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé

³⁶³Ibid., p. 612-613.

³⁶⁴MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 394-395.

³⁶⁵GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-Fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 154-155.

³⁶⁶MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado Pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

objetiva,³⁶⁷ período em que já fazia parte da tradição jurídica local a noção de boa-fé no sentido subjetivo, mas não figurava como um princípio norteador da conduta esperada dos agentes, característica essa própria do viés objetivo.

Entretanto, foi ao final da década de 80 que a boa-fé objetiva ganhou posição de destaque, haja vista que, com o nascimento da Constituição Federal de 1988, promoveu-se a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, diploma que estabeleceu a boa-fé como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo e como critério para verificação de abuso em cláusulas contratuais,³⁶⁸ disposições essas, respectivamente, presentes no art. 4º, inciso III,³⁶⁹ e art. 51, inciso IV.³⁷⁰

No que toca ao tema central do presente trabalho e, mais especificamente, ao abuso de direito, ponto a ser levado em consideração é que, ao tratar do dever de indenizar, o art. 927 do Código Civil³⁷¹ faz expressa alusão à aplicação do art. 187 como uma das fontes de concepção da noção do ato ilícito. Esse dispositivo, por sua vez, tem na contrariedade à boa-fé um dos três possíveis fundamentos para caracterização da ilicitude. A boa-fé funciona nesse contexto como critério para apurar o dever geral de não lesar na responsabilidade civil³⁷² e figura, na verdade, como “epicentro fundante do abuso de direito”.³⁷³

Pertinente é a observação de Judith Martins-Costa quando suscita as três balizas da licitude do exercício de direito previstas pelo art. 187 (bons costumes, boa-fé e finalidade econômica ou social do direito), ponderando que, dentre elas, a que apresenta maior potencial

³⁶⁷MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: as Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 394-395.

³⁶⁸Ibid., p. 397-398.

³⁶⁹Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (BRASIL. Lei nº 8.078 [CDC], de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990.).

³⁷⁰Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (Ibidem).

³⁷¹Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002 [CC]).

³⁷²MARTINS-COSTA, op. cit., p. 419.

³⁷³FIUZA, 2014., p. 341.

de efetivo controle das condutas abusivas é a boa-fé objetiva.³⁷⁴ O dispositivo em questão foi editado sob significativa influência do direito português (art. 334 do Código Civil), que, por sua vez, inspirou-se no art. 251 do Código Civil grego, no qual as três balizas já existiam com teor praticamente idêntico. Essa última codificação também resultou da combinação da legislação e da doutrina de outros sistemas europeus.³⁷⁵

Inegavelmente, o ordenamento brasileiro – assim como boa parte dos ordenamentos estrangeiros ocidentais, a exemplo dos direitos alemão, suíço, português, austríaco, argentino, francês, espanhol e belga³⁷⁶ – confere ao princípio da boa-fé posição de grande importância, inspirando a edição da legislação e o combate à figura do abuso de direito.

A boa-fé objetiva desempenha, nesse particular, três papéis importantes, pois atua concomitantemente como “(i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal.”³⁷⁷ E, por certo, a boa-fé é também exigível nas relações próprias do direito de família.³⁷⁸

A intenção de prejudicar (emulação), embora tenha inspirado a criação do instituto, cedeu espaço, modernamente, a outro critério para averiguação da ocorrência de abuso de direito: a finalidade da norma.³⁷⁹ Diante desse quadro, é impraticável a defesa de que não há abuso de direito por parte da genitora ou gestante que adota postura temerária ao pleitear alimentos em caráter provisório em face de quem tem consciência que pode não ser o pai. Nessa hipótese, é notória a ofensa às bases axiomáticas do ordenamento jurídico, pois a requerente arrisca-se em uma aventura judicial que pode culminar em prejuízo de quem não detém a obrigação alimentar. A conduta, nesse caso, assemelha-se à figura do dolo eventual presente no direito penal, em que o agente age com indiferença ao resultado, distorcendo a finalidade do direito invocado e assumindo os riscos das consequências.

E, se não há como afastar o abuso de direito nessas condições, com ainda mais assertividade estará presente na hipótese de a genitora guardiã utilizar-se do eficiente expediente judicial para obtenção de alimentos em caráter provisório com o flagrante intuito de lesar terceiro que sabe não ser o genitor.

³⁷⁴MARTINS-COSTA, 2008, p. 76.

³⁷⁵Ibid., p. 77.

³⁷⁶THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 114-115.

³⁷⁷MARTINS-COSTA, op. cit., p. 81.

³⁷⁸MARTINS-COSTA, 2015, p. 277-281.

³⁷⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1: Parte Geral. p. 447.

Nesse particular, é oportuna a distinção entre abuso de direito e exercício inadmissível de posição jurídica, considerando que essa última figura “prescinde da culpa como elemento do suporte fático da regra”.³⁸⁰ Portanto, o exercício inadmissível de posição jurídica independe da culpa imputável a alguém, bastando para a sua caracterização que a conduta esteja em contradição ao Direito. Segundo essa lógica, é possível concluir que o art. 187 do Código Civil não versa propriamente sobre o abuso de direito, tratando-se, em verdade, de norma que veda o exercício inadmissível de posição jurídica, sem perquirir a culpa do agente e, acima de tudo, rompendo com o vínculo normalmente estabelecido entre ilicitude e culpa – visto que essa é um dos elementos do ilícito.³⁸¹

Por esse caminho, a conclusão a que se chegará é que o abuso de direito se desvela meio adequado para a caracterização da conduta ilícita da genitora ou gestante que pleiteia alimentos imprudentemente, abusando de sua posição jurídica no exercício de um direito, pois age com indiferença ao dever de não lesar, sob o conforto de estar supostamente amparada por um direito. Exerce, neste caso, o direito de forma abusiva, autorizando o enquadramento da conduta na previsão do art. 187 do Código Civil.

Destarte, inarredável a conclusão de ser o abuso de direito fundamento adequado para amparar a pretensão do genitor aparente em face da gestante ou genitora guardiã que excede, manifestamente, o exercício de seu direito, pois, ao adotar conduta de risco com pleito temerário – senão doloso –, desvirtua o propósito da norma sobre a qual se ampara.

Com isso, será irrelevante a boa-fé para fins de caracterização do abuso de direito, embora ainda vá ser determinante para o não afastamento da característica da irrepetibilidade. Vale dizer que, em última análise, a irrepetibilidade ainda será um óbice a ser observado quando houver boa-fé no pleito alimentar. Entretanto, diante da responsabilidade objetiva decorrente da aplicação da teoria finalista no abuso de direito, o ônus da prova da boa-fé incumbirá à parte demandada na ação de reparação de danos.

4.4 Responsabilidade Civil Objetiva

Interessantíssima para o tema em desenvolvimento foi a inovação trazida pelo novel Código de Processo Civil, em seu art. 302, que prevê hipóteses de condenação à reparação de danos, nos próprios autos, do autor que obteve no curso do processo concessão de tutela

³⁸⁰MARTINS-COSTA, 2010, p. 414.

³⁸¹Ibid., p. 416.

provisória que veio a ser revogada.³⁸² Trata-se de dispositivo aplicável à generalidade das tutelas provisórias de urgência, o que não exclui os alimentos provisórios ou gravídicos.

Sem dúvida, isso facilita sobremaneira a reversão da injustiça perpetrada em caso de imposição judicial errônea de alimentos provisórios ou gravídicos, haja vista que a legislação processual prevê duas hipóteses que autorizam a reparação do dano: a sentença desfavorável (inciso I) e a cessão da eficácia da medida (inciso III).

Todavia, ainda paira dúvida acerca da modalidade de responsabilidade civil, visto que a doutrina se divide em pelo menos duas correntes: uma defendendo que todas as situações arroladas pelo art. 302 conduzem à responsabilidade civil objetiva, e outra invocando também a responsabilidade subjetiva, o que leva à discussão acerca da culpa. Em relação a essa última corrente, entende Elpídio Donizetti que, nos casos dos incisos I e IV do art. 302, deverá ser produzida prova de que o autor agiu com dolo ou culpa. Em relação aos outros dois incisos, o autor adere à defesa da responsabilidade civil objetiva.³⁸³

Procedendo-se a uma superficial análise do dispositivo em comento, a percepção que se extrai é que buscou o legislador imputar ao requerente a responsabilidade pelo risco da execução, o que, naturalmente, suscita a responsabilidade civil objetiva,³⁸⁴ quadro bastante razoável diante da necessidade de confirmação da ocorrência de dano ao réu pela execução da medida. Nesse sentido, defende Humberto Theodoro Júnior que a responsabilidade civil será puramente objetiva, pois não se exige a comprovação de culpa entre os requisitos para a reparação, assim entendidos como sendo: (i) a lesão do requerido, (ii) a frustração da medida e (iii) o nexo de causalidade entre a medida e o dano.³⁸⁵

Ademais, há de ser levado em consideração também nessa análise o fato de que há, na execução da tutela provisória, indubitavelmente, a presença do risco-proveito,³⁸⁶ haja vista que o beneficiário da medida tem prévia consciência de que assume o risco pelos potenciais danos causados com a execução da medida em vista ao proveito que ela conferirá.

³⁸²Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. (BRASIL, 2015 [CPC]).

³⁸³DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 495.

³⁸⁴MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 503.

³⁸⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 680.

³⁸⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 839-840.

Também a interpretação sistemática da norma processual e da norma civil reforça a corrente que defende tratar-se de responsabilidade objetiva, pois o parágrafo único do art. 927 do Código Civil prevê que haverá o dever de reparação, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei. O art. 302 do Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece o dever de reparação sem fazer menção à necessidade de provar a culpa do requerente que assumiu o risco da execução da medida.

Embora ainda seja terreno pouco explorado devido à pouca idade do novo código de processo – o que suscita muitas dúvidas, especialmente quando grandes processualistas ainda não chegaram a um consenso –, a hipótese não deve ser descartada. Mesmo que incerta a modalidade de responsabilidade civil a que alude o art. 302 do Código de Processo Civil, certo é que o dispositivo em questão tem grande potencial para atender à demanda criada pelo problema de pesquisa aqui trabalhado.

Ademais, ainda que a problemática posta diga respeito a obrigação com peculiaridades que escapam às regras gerais do direito civil, mormente no que se refere à irrepitibilidade da verba alimentar, isso não é obstáculo maior para a aplicação do art. 302 do código de processo do que seria para a adoção de qualquer outra solução construída com base exclusiva na legislação civil. Vale dizer que, para que se cogite qualquer modalidade de reparação, é imperioso que antes reste flexibilizada a característica da irrepitibilidade; superado esse ponto, a solução proposta pela lei processual terá plena aplicabilidade.

Destarte, considerando os argumentos elencados, que apontam para uma provável responsabilidade civil objetiva na aplicação do art. 302 do Código de Processo Civil, conclui-se que o inciso I será fundamento hábil a autorizar a reparação, nos mesmos autos, do pai aparente que suporta o pagamento de alimentos provisórios ou gravídicos em demanda que vem, ao final, a rechaçar a paternidade. Trata-se de fundamento que conduz a solução muito mais efetiva e célere do que os demais versados neste capítulo, os quais dependerão de demanda autônoma.

4.5 Alimentos Gravídicos: Exceção À Regra da Irrepitibilidade

Quando a ação de reparação de danos diz respeito ao pagamento de alimentos à criança, não há propriamente repetição dos valores recebidos em face da genitora, haja vista que é requisito da repetição a identidade dos sujeitos. Portanto, tendo sido pagos os alimentos à criança e demandado o reembolso à genitora, não se configura a repetição.

Todavia, em se tratando de alimentos gravídicos, a beneficiária da verba alimentar fixada judicialmente é a própria genitora, pois, ainda que aja em proveito do nascituro, somente quando do nascimento com vida é que o filho será titular do direito à percepção de alimentos³⁸⁷ – não mais gravídicos. Portanto, a reparação do prejuízo sofrido com o pagamento de alimentos gravídicos volta a esbarrar na característica da irrepetibilidade dos alimentos.

É nesse contexto que se revela de grande valor a defesa doutrinária em favor da relativização da irrepetibilidade quando isso vier a caracterizar o enriquecimento sem causa do alimentando maior e capaz, sob pena de acabar o ordenamento jurídico pactuando com situações de flagrante e maldoso artifício empregado pelo pseudocredor.³⁸⁸

Na redação original do projeto de lei, o art. 10 previa que “em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”. O parágrafo único complementava, dispondo sobre a liquidação da indenização: “a indenização será liquidada nos próprios autos”.

As razões de veto indicam que a norma proposta tinha o potencial de inibir a gestante necessitada e atentava contra o livre exercício do direito de ação ao prever a responsabilidade objetiva em caso de improcedência da ação. A redação do veto é clara:

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

Por isso, é defensável entendimento no sentido de ser viável a apuração da responsabilidade subjetiva da autora da ação, sob pena de caracterização de manifesta injustiça ao cancelar eventuais abusos por parte da mulher que indica erroneamente o genitor.³⁸⁹

³⁸⁷EXECUÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. LEGITIMIDADE ATIVA DO NASCIDO. TÍTULO EXECUTIVO. ACORDO JUDICIAL. ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 11.804/08. I - NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA LEI 11.804/08, OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS, INICIALMENTE REQUERIDOS PELA GENITORA, SÃO CONVERTIDOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO NASCIDO, QUE PASSA A SER O TITULAR DO DIREITO AOS ALIMENTOS. II - O NASCIDO, PORTANTO, TEM LEGITIMIDADE ATIVA, REPRESENTADO POR SUA MÃE, PARA A JUIZAR EXECUÇÃO, CUJO TÍTULO EXECUTIVO É O ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO. III - APELAÇÃO PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação nº 61222420098070008 DF 0006122-24.2009.807.0008. Relatora: Vera Andrighi, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 mar. 2010. p. 146)

³⁸⁸MADALENO, 2013, p. 570.

³⁸⁹MADALENO, 2013, p. 922-923.

Aliás, as razões de veto trazem informação de grande valor, haja vista que o fundamento central aponta para a responsabilidade objetiva como o fator determinante para vetá-lo. Consoante sucinta redação das razões, a necessidade de vetar o artigo em comento surgiu da concepção de que a responsabilidade objetiva do autor atenta contra o livre exercício do direito de ação. Portanto, considerando que o fundamento central do veto foi a presença da responsabilidade objetiva, que induz à responsabilização a despeito da presença de culpa da autora, é plausível a cogitação de que inexistiria veto se a previsão fosse de responsabilidade subjetiva. Isso porquê, sendo subjetiva a responsabilidade, inexistiria qualquer atentado ao direito de ação da autora, haja vista que apenas nos casos em que houvesse a comprovação da culpa daquela é que se verificaria o dever de indenização ao terceiro lesado. Ou seja, a redação original previa a possibilidade de reparação de danos causados a terceiros pela autora da ação, e o veto não teve como fundamento a impossibilidade de reparação desses danos pela autora, mas tão somente a inviabilidade de adoção da responsabilidade objetiva da requerente.

Disso se extrai valiosíssima conclusão: o art. 10 da lei de alimentos gravídicos previa exceção expressa à irrepetibilidade, característica essa que não foi invocada como fundamento do veto, o que denota que não houve, por ocasião da edição da lei, a intenção de blindar a autora da ação perante o dever de reparar danos advindos de sua conduta.

Aliás, o entendimento de que persiste a responsabilidade civil subjetiva da genitora nesta hipótese é, sem dúvida, razoável, uma digna exceção à irrepetibilidade dos alimentos,³⁹⁰ posição essa adotada por Regina Beatriz Tavares da Silva.³⁹¹ Segundo a autora, a requerente dos alimentos gravídicos responderá quando "verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação."³⁹²

Portanto, seja pela forte posição doutrinária defendendo a relativização da irrepetibilidade em casos como o do locupletamento indevido, seja pelos próprios indícios detectados no art. 10 do projeto da lei de alimentos gravídicos, bem como as razões do respectivo veto, soa absurda a proteção absoluta da autora.

A reflexão sobre a questão é oportuna, considerando que, até o presente momento, não há julgados conhecidos no país acerca do tema, o que denota inexistência de posicionamento firmado pela jurisprudência. No entanto, a possibilidade de condenação à reparação por danos

³⁹⁰ ALMEIDA, 2015, p. 100.

³⁹¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Alimentos Gravídicos**. [20--?].

³⁹² Ibid.

materiais decorrentes da falsa imputação de paternidade não é tema inédito na jurisprudência.³⁹³

A irrepetibilidade é característica que busca proteger o mais importante bem jurídico: a vida. Entretanto, não pode se tornar instrumento de locupletamento indevido, fruto da imprudência ou malícia do pedido de alimentos gravídicos em face de pessoa que a autora tinha ciência que poderia não ser o verdadeiro genitor.

³⁹³INDENIZAÇÃO. 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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20120110337228. Relator: Vera Andrighi. Brasília, DF. **Diário da Justiça**, 31 maio 2012.).

5 CONCLUSÃO

O estudo aqui materializado trouxe como proposta a apresentação de solução para a hipótese de prejuízo sofrido ao pai aparente que, indevidamente, vem a ser compelido ao pagamento de alimentos. Trata-se de risco gerado pela necessidade de efetividade no procedimento judicial que tem por objeto pretensão alimentar, consequência da importância da verba em questão, destinada à manutenção do necessitado. Entretanto, por ser a efetividade um valor que guarda íntima relação com a celeridade, acaba por sacrificar parte da segurança, abrindo margem maior para potencial injustiça em face do demandado.

A injustiça perpetrada nesses casos é agravada por dois fatores: de um lado, a presença da irrepetibilidade dos alimentos, característica que veda a restituição do que fora indevidamente pago; e, de outro, a virtual impossibilidade de o inconformado destinatário da obrigação resistir ao seu cumprimento, haja vista que muitas são as medidas à disposição do alimentando para viabilizar a efetiva obtenção da verba alimentar.

De longa data a hipótese ventilada pode vir a se confirmar, na prática, em nosso ordenamento, mas, com o advento da lei de alimentos gravídicos, o risco tornou-se ainda maior, haja vista que a lei autoriza a fixação de alimentos com base em indícios e mesmo diante da impossibilidade de confirmação por exame genético.

Frente a essa hipótese, desenvolveu-se a pesquisa, dividida em três capítulos: o primeiro destinado à compreensão da obrigação alimentar; o segundo apresentando uma solução justa e definitiva em face do pai biológico; e o terceiro apresentando soluções subsidiárias para atender aos casos em que se mostrar impossível a solução proposta pelo capítulo anterior.

A exploração do primeiro capítulo buscou compreender o funcionamento do dever alimentar no ordenamento pátrio, a começar pela origem e evolução histórica, buscando os registros dessa obrigação desde o direito romano.

O segundo aspecto tratado no capítulo foi a longa lista de características da obrigação alimentar, dentre as quais mereceu maior atenção a irrepetibilidade, por sua significativa relevância para a problemática posta.

As diversas classificações dos alimentos, mais especificamente quanto à finalidade, à natureza, à causa jurídica, ao tempo e à modalidade também foram objeto de tópico próprio, prestando-se a identificar quais classes estariam sujeitas ao problema de pesquisa.

No tocante aos pressupostos, sem deixar de reconhecer a importância do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, pretendeu-se fixar o foco sobre a necessária

existência do vínculo familiar, por se tratar de pressuposto inarredável para a imposição de alimentos legítimos, que, acaso afastado, implicará conclusão de encontrar-se a obrigação à margem da lei.

Também a presunção de paternidade foi instituto que mereceu atenção, devido ao potencial de conduzir à problemática posta, em virtude de impor ao marido da mulher grávida – não necessariamente o verdadeiro pai –, o dever alimentar decorrente da presunção estabelecida pela lei.

Nesse ponto do capítulo, fez-se abordagem à lei de alimentos gravídicos, com especial enfoque aos aspectos de maior relevância ao tema, assim resumidos como a insegurança gerada pela busca de efetividade positivada no art. 6º da lei, que confere a possibilidade de fixação de alimentos com base em indícios, cujo valor observará, segundo a lei, o binômio necessidade-possibilidade.

O primeiro capítulo foi encerrado com tópico abordando o início do problema, instaurado quando a negativa da paternidade vem a ser confirmada após os alimentos fixados judicialmente já terem sido pagos contra a vontade do devedor injustiçado. Entraram aqui todas as possibilidades: alimentos definitivos ou provisórios, incluindo os gravídicos.

Diante do problema apresentado ao final do primeiro capítulo, tem início a busca por uma solução adequada, que é justamente o que propõe o segundo capítulo. Este principia expondo a necessidade de contornar o óbice da irrepetibilidade, bem como demonstrando a quase inexistente atenção da doutrina tradicional ao problema.

A despeito da ausência de solução proposta pelos autores de renome, é intuitivo concluir que não é aceitável como resposta a ideia de que se esteja diante de injustiça inexorável, especialmente porquê, se aquele que pagou os alimentos o fez porque supostamente era o pai, certo é que a obrigação em questão deve recair sobre o pai (verdadeiro) em primeiro lugar.

Entretanto, o pai verdadeiro pode ser desconhecedor da situação e, como tal, não se encontra imbuído de culpa. Isso não deverá ser, ainda assim, motivo para se lhe afastar o dever de sustento do filho. Pela mesma razão, não deve ser fundamento para afastar o dever de reparar aquele que em seu lugar – e possivelmente contra a vontade – sustentou o seu filho.

Por conta disso, o fundamento jurídico buscado para atribuir ao verdadeiro pai o dever de reparação deveria prescindir de culpa, restando, assim, duas possibilidades: a responsabilidade civil objetiva ou enriquecimento sem causa.

A primeira hipótese, segundo o art. 927 do Código Civil, aponta que há duas situações possíveis para incidência da responsabilidade civil objetiva: a existência de expressa previsão

legal ou a atividade de risco praticada pelo agente. No tocante à existência expressa de previsão legal, verificou-se que, muito embora vários dispositivos legais tangenciem a matéria, a exemplo dos artigos 305, 871 e 934 do Código Civil, nenhum deles efetivamente estipula hipótese de responsabilidade civil objetiva. Em relação à atividade de risco, fez-se necessária a compreensão das teorias do risco, em especial do risco-proveito e do risco criado, ambas com potencial de aplicação diante do caso em estudo. Entretanto, o raciocínio revelou fragilidades, especialmente no tocante à noção de atividade, que conduz à ideia de habitualidade da prática pelo agente, situação essa que não se coaduna com a problemática.

Assim, foi descartada a hipótese de adoção da responsabilidade civil objetiva, restando pendente então verificar se o enriquecimento sem causa prestar-se-ia a fundamentar a solução. O estudo desse instituto incluiu a evolução histórica e os requisitos da ação *in rem verso*. Nessa etapa, foi possível verificar que é no enriquecimento sem causa que se encontra o fundamento para a solução proposta pelo capítulo, haja vista que estão presentes todos os seus requisitos: o aumento patrimonial, o enriquecimento à custa de outrem e a ausência de justa causa.

Por fim, embora identificada a solução ideal para a questão, dois obstáculos foram visualizados como capazes de conturbar o caminho proposto. O primeiro deles diz respeito à verificação de descompasso entre o poder aquisitivo do pai aparente e o do pai verdadeiro, culminando em situação problemática: o valor dos alimentos fixados contra o pai aparente é superior àquele que teria sido fixado em face do pai verdadeiro, em observância ao trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade. O problema, no entanto, resolve-se pela própria regra de reparação presente do enriquecimento sem causa: o montante a ser reparado não poderá ser superior ao efetivo enriquecimento ou empobrecimento; vale dizer, o genitor verdadeiro só estará obrigado a reparar até o que efetivamente experimentou de enriquecimento, ou seja, até o valor do benefício econômico obtido.

O segundo óbice identificado ao final do capítulo diz respeito a situação não tão incomum no cenário nacional: o desconhecimento do pai verdadeiro. Esse problema é precisamente o ponto de partida para o terceiro e último capítulo, no qual são buscadas soluções subsidiárias para a reparação do pai aparente que sofreu a lesão.

Destarte, busca o terceiro capítulo apresentar resposta acaso impossível a aplicação da solução proposta no capítulo anterior. O quadro prático pode ocorrer quando a genitora por malícia ou simples imprudência indica o pai errado em juízo. Neste caso, a conduta da genitora, salvo prova em contrário, será culposa. Assim, quatro possíveis fundamentos podem

sustentar o dever de reparação por parte da genitora ao lesado: o enriquecimento sem causa, o abuso de direito e a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva pelo dano causado.

No que diz respeito ao enriquecimento sem causa, trata-se de solução que poderia fundamentar a pretensão do lesado, pois a mãe solteira que desconhece o pai não tem o direito de exigir de qualquer pessoa – sem relação de parentesco com o filho – que pague alimentos. Nesse triste quadro, o sustento do rebento será um fardo solitário da mãe. Por conta disso, é evidente que, se deixar de arcar com parte do sustento em decorrência da injusta imposição da obrigação a terceiro, estará a genitora experimentando enriquecimento sem causa. Entretanto, embora inexista, em uma análise inicial, óbice à aplicação do instituto, é forçoso reconhecer que só se cogitará sua utilização se inexistente outra solução mais apropriada, o que levou à análise das outras hipóteses.

Assim, procedeu-se à análise da responsabilidade civil subjetiva, decorrente da prática do ato ilícito absoluto. Para tanto, foram estudados os requisitos objetivos e subjetivos do ato ilícito, bem como do dano passível de reparação. O ponto demandou aprofundamento do estudo das teorias do nexo causal, com especial enfoque nas teorias da equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada e do dano direto e imediato, resultando ao final, em demonstração de que há, na conduta da mãe, o nexo de causalidade necessário à imputação de responsabilidade. Em que pese presentes os requisitos para a imputação de responsabilidade civil da genitora, não se olvidou da possível existência de eventual excludente de responsabilidade, o que motivou também a abordagem sucinta do amplo rol de excludentes. Nesse ponto, percebeu-se que apenas o exercício regular de direito, quando não eivado pelo abuso, poderia vir a ser argumento a ser utilizado na defesa da genitora.

A terceira hipótese de fundamento abordada foi o abuso de direito. Estudadas as teorias subjetiva, objetiva e finalista, verificou-se que o entendimento majoritário da doutrina nacional se fixou no sentido de ter sido o art. 187 inspirado pela teoria finalista, orientada pela boa-fé objetiva. Isso permitiu concluir que a genitora guardiã ou gestante que promove pedido de alimentos temerário incorre em abuso de direito, pois desvirtua a finalidade da norma em questão.

Como última hipótese de responsabilização da genitora guardiã ou gestante, a melhor solução encontrada no tocante aos alimentos fixados em caráter provisório foi aquela trazida pelo recente Código de Processo Civil, que estabelece o dever de reparação de danos causados ao réu da demanda em que tenha sido concedida a tutela provisória não confirmada pela sentença. A solução tem dupla carga de efetividade, pois a reparação é fixada nos próprios autos, e a responsabilidade civil é objetiva.

Diversamente da solução encontrada no capítulo que buscou a solução primária, assim entendida como a reparação de danos pelo genitor biológico, em que apenas um fundamento é capaz de sustentar o pleito do pai aparente lesado, o capítulo voltado às soluções subsidiárias detectou a existência de uma multiplicidade de possíveis fundamentos.

Assim, qualquer das quatro possibilidades cogitadas pode amparar o pleito de reparação de danos contra a genitora guardiã ou gestante, o que leva à exclusão, em função da subsidiariedade, do enriquecimento sem causa. Deverá o lesado, portanto, valer-se da fundamentação que se revelar mais apropriada: se o prejuízo decorrer de tutela provisória, o fundamento será o art. 302 do Código de Processo Civil, e a responsabilidade civil será objetiva. Do contrário, estar-se-á diante da prática de abuso de direito prevista pelo art. 187 do Código Civil, culminando na responsabilidade civil da promovente do pedido temerário de alimentos.

A importante conclusão que advém da análise da responsabilização da gestante ou da genitora guardiã é que tanto a reparação que se funda no art. 187 do Código Civil (abuso de direito) quanto a que se funda no art. 302 do Código de Processo Civil (tutela provisória revogada) culminam na responsabilidade civil objetiva, pois independem de culpa. Por óbvio, ainda poderá a demandada comprovar sua boa-fé para fins de invocar a irrepitibilidade da verba alimentar, considerando que tal característica só pode ser afastada quando presente a má-fé, segundo entendimento doutrinário dominante.

No capítulo, novamente, voltou a ser objeto de estudo, dessa vez sob outro enfoque, a lei de alimentos gravídicos. Uma análise um pouco mais profunda do projeto da lei revelou que o artigo 10 previa a responsabilidade civil objetiva da requerente acaso gerasse dano a terceiro pelo exercício de sua pretensão. O artigo em questão veio a ser vetado, não sob o fundamento da irrepitibilidade dos alimentos, mas pela crítica à responsabilidade objetiva, devido ao seu condão de intimidar a requerente e, por isso, ofender o livre exercício ao direito de ação. O teor do veto tem grande valor, pois revela a exceção a irrepitibilidade pretendida tanto por parte do legislador, quanto por parte do chefe do Executivo. Da parte do legislador, houve, pela redação original do artigo 10, expressa previsão de exceção à irrepitibilidade, já que estabelecia o dever de reparação por parte da destinatária dos alimentos àquele que os pagou. Por sua vez, da parte do chefe do Executivo, restou evidenciada uma possível anuência à repetibilidade ao detectar-se que as razões de veto se limitaram a impugnar a responsabilidade civil objetiva, sem qualquer menção à irrepitibilidade ou à impossibilidade de responsabilização subjetiva da requerente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: Angústias e Aflições nas Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALMEIDA, Luís. P. Moitinho. **Enriquecimento Sem Causa**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressuposto da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela Antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ASSOCIATION FOR PSYCHOLOGICAL SCIENCE. Facebook Is Not Such A Good Thing For Those With Low Self-Esteem. **Science Daily**, 01 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.sciencedaily.com/releases/2012/02/120201181459.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASSETTE, Fernanda. Brasil Tem 5,5 Milhões de Crianças Sem Pai no Registro. **Revista Exame**. 11 ago. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro>>. Acesso em: 05 set. 2016.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 2: La famiglia. Le successioni.
- BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas Urgentes de Família no Código de Processo Civil: Sistematização e Exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Manual de Derecho de Familia**, 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 37. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília, DF. **Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988) [CF/1988]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.**

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 Brasília, 08 de Novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406 [CC], de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105 [CPC], de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 2.848 [CP], de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em 04 set. 2016.

BRASIL. Lei Nº 8.069 [ECA], de 13 de Julho de 1990. Institui sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 04 set 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078 [CDC], de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8009, de 20 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade de bem de família. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 20 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.067.738/GO. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, 26 de maio de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.233/RJ. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 06 de Novembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: RDDP, 09 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.194.059/SP. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 06 de Novembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.159/BA. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**, 08 maio 2000. p. 100.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 755.565/SP. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 13 de junho de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília: RDDP, 26 jun. 2006, p. 143.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 786.312/GO. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de maio de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília. 25 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 922.462/SP. Relator: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Brasília, DF, 04 de abril de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040 [Rcl-QO: 2040]. [Tribunal Pleno]. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 21 de Novembro de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Brasília, DF, 16 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=281>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação nº 61222420098070008 DF 0006122-24.2009.807.0008. Relatora: Vera Andrichi, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 mar. 2010. p. 146.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20140210016265 DF. Relator: Sandoval Oliveira. Brasília, DF, 04 de março de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 mar. 2015. p. 374.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20120110337228. Relator: Vera Andrichi. Brasília, DF. **Diário da Justiça**, 31 maio 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 940487, 20130111344964APC. Relator: Hector Valverde. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 maio 2016. p. 234-239.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CERUTTI, Eliza; CATALAN, Marcos. Alimentos, Irrepetibilidade e Enriquecimento Sem Causa: uma Proposta de Convergência de Figuras Aparentemente Excludentes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 25-47, abr./jun. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Helenira Bachi. Da Reparação Civil dos Alimentos. da Possibilidade De Ressarcimento Frente À Paternidade Biológica. In: MADALENO, Rolf et al. **Ações de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25-34.

COSTA, Anna Edith Bellico da. Modelação. In: BANDURA, Albert; AZZI, Roberta Gurgel; POLYDORO, Soely. **Teoria Social Cognitiva: Conceitos Básicos**. São Paulo: Artmed, 2008. p. 123-148.

CRETELLA JUNIOR, José; CRETELLA, Agnes (Trad.). **Institutas do Jurisconsulto Gaio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 12: Dos atos unilaterais; dos títulos de crédito.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. Dois Pesos e Duas Medidas para Preservar a Ética: Irrepetibilidade e Retroatividade do Encargo Alimentar. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007b. p. 263-268.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução Ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2007.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 22050003627 ES 22050003627. Relator: Arnaldo Santos Souza. Vitória, 30 de outubro de 2007. Publicação em: 06 dez. 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151-198.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos Decorrentes do Parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21-75.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1: Parte Geral e LINDB.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A Responsabilidade Civil Pela Falsa Imputação de Paternidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 332-345.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1: Parte Geral.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Alimentos e Direito Penal: o Abandono Material. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295-324.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-Fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v.1.

LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil: Estudo Dogmático Sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face À Contraposição Entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento Sem Causa**. Coimbra: Almedina, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a Situação Jurídica de Pais e Mães Solteiros, de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2: Obrigações em Geral.

MADALENO, Rolf. A *Disregard* nos alimentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4. p. 341-366.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARMITT, Arnaldo. **Pensão Alimentícia**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” Como Método da Nova Teoria Geral do Direito: um Tributo À Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito À Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5, t.1: Do Direito das Obrigações, do Adimplemento e da Extinção das Obrigações.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado Pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: as Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 393-427.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MELO NETO, Othon Cardoso; CERQUEIRA-SANTOS, Elder. Comportamento Sexual e Autoestima em Adolescentes. **Contextos Clínicos**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 100-111, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cclin/v5n2/v5n2a05.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 10035120139353001. Relator: Edgard Penna Amorim. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2013. Publicação em 19 ago. 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur Si Muove*: Diálogo das Fontes Como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito À Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 9: Direito de Família, Direito Parental, Direito Protectivo.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 53: Direito das Obrigações.

MOÇAMBIQUE. Lei da Família. **Boletim da República**, Maputo, I Série, n. 34, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://jafbase.fr/docAfrique/Mozambique/Lei%2010.2004%20-%20Lei%20da%20Familia.pdf>>. Acesso em: 04 set 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.

MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1925. v. 2: Das Obrigações.

MOURA, Mário Aguiar. **Tratado Prático da Filiação**: Efeitos do Reconhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. v.3.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3: Contratos.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5: Direito de Família

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NEVES, José Roberto de Castro. O Enriquecimento Sem Causa Como Fonte de Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Edson Luiz. **Obrigações e Contratos**: Obrigações: Estrutura e Dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1235-1255.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de Alimentos Comentada**: Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, Carlos Silveira. A função social do direito da família na tutela dos entes familiares. In: NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). **As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002**. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 21-57.

NORONHA, Carlos Silveira. Da Instituição do Poder Familiar em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 89-120, dez. 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A Antecipação da Tutela dos Alimentos Provisórios e Provisionais Cumulados À Investigação de Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Estabelecimento da Filiação**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. **Obrigações e Responsabilidade Civil Aplicadas**: Doutrina, Prática, Jurisprudência. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2002.

ORGAZ, Alfredo. **El Daño Resarcible**: Actos Ilícitos. 2. ed. Buenos Aires: Libreros, 1960.

PANCCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**. 2. ed. Roma: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1920. v. 2.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 7187073 PR. Relator: Ruy Mugiati. Curitiba, 30 de março de 2011. Publicado em: 12 abr. 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1366116-2. Relator: Guilherme Freire de Barros Teixeira. Curitiba, 02 de julho de 2015. Publicado em 07 ago. 2015.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**: Doutrina e Jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

PEREIRA, Sérgio Gishkow. **Direito de família**: Aspectos do Casamento, sua Eficácia, Separação, Divórcio, Parentesco, Filiação, Regime de Bens, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

PIMENTEL PEREIRA, Áurea. **Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em 03 fev. 2017.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70047328026. Relator: Ruy Portanova. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2012. **Diário da Justiça**, 24 fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70063838205. Relator: Jorge Luis Dall'Agnol. Porto Alegre, 29 de abril de 2015. **Diário da Justiça**, 13 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70068280361. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de maio de 2016. **Diário da Justiça**, 24 maio 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70069827673. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 11 de agosto de 2016. **Diário da Justiça**, 16 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 590092128. Relator: Clarindo Favretto. Porto Alegre, 04 de abril de 1991. Publicado em TJRS, C-CIVEIS, 1995, v. 2, t. 6, p. 10-13.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral das Obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 8347 SC 2011.000834-7. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, SC, 19 de julho de 2011. Publicado 19 jul. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 00984009820138260000 SP. Relatora: Christine Santini. São Paulo, SP, 21 de maio de 2013. Publicação em: 21 maio 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 103.663-4-00. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Octávio Helene. São Paulo, SP, 31 de agosto de 2000. Publicação em: 21 maio 2013.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Responsabilidade Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da Erosão dos Filtros da Reparação À Diluição dos Danos. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. **Enriquecimento Sem Causa**. Lisboa: [s.n.], 1959.

STEERS, Mai-Ly N.; WICKHAM, Robert E.; ACITELLI, Linda K. Seeing Everyone Else's Highlight Reels: How Facebook Usage is Linked to Depressive Symptoms. **Journal of Social and Clinical Psychology**. v. 33, Iss. 8, 2014. Disponível em: <<http://guilfordjournals.com/doi/abs/10.1521/jscp.2014.33.8.701>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUMARES, Gustavo. Facebook Tem Mais de 100 Milhões de Usuários Brasileiros. **Olhar Digital**, 27 abr. 2016. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/facebook-tem-mais-de-100-milhoes-de-usuarios-brasileiros/57706>>. Acesso em 03 fev. 2017.

TARTUCE, Fernanda. Alimentos indevidos: exoneração e repetição. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 9, p. 101-124, abr./maio, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Alimentos Gravídicos**. [20--?]. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/alimentos-gravidicos/>>. Acesso em: 29 jul 2011.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**: les Obligations. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários Ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3, t.2: Dos Atos Jurídicos Lícitos, dos Atos Ilícitos, da Prescrição e da Decadência, da Prova.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5: Direito de Família.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: Questões Controvertidas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ZUCKERBERG, Mark. Facebook Atinge Marca de 1 Bilhão de Usuários Todos os Dias. **G1: Tecnologias e Games**, 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/facebook-atinge-marca-de1-bilhao-de-usuarios-todos-os-dias.html>>. Acesso em 03 fev. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 04 set. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 02 fev. 2017.