

# **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E O DIREITO PERSONALÍSSIMO DA CRIANÇA EM CONFRONTO COM O DIREITO DO SUPOSTO PAI<sup>1</sup>**

Anny Gabrielle Frez Negrão<sup>2</sup>

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITO DE FILIAÇÃO E PATERNIDADE; 2.1 O DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 2.2 DIREITO À PATERNIDADE; 2.3 RECONHECIMENTO DOS FILHOS; 3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE; 3.1 IMPORTÂNCIA DO TESTE DE DNA; 3.2 LEI FEDERAL 12.004/09 – LEI DE PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE; 4 PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA; 4.1 NASCITURO E O DIREITO AOS ALIMENTOS; 4.2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4.3 POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO, REVISÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4.4 A INSEGURANÇA TRAZIDA AO SUPOSTO PAI; 4.5 VIABILIDADE DE INDENIZAÇÃO DO RÉU; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS;**

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo a análise da ação de investigação de paternidade no contexto dos direitos da personalidade da criança e de seu suposto pai. Para tanto, serão escrutadas as peculiaridades da ação investigatória da paternidade. Serão abordados os direitos de filiação e paternidade, com enfoque na prestação alimentícia e a insegurança trazida ao suposto pai com o advento da Lei 11.804/2008, que estabeleceu os alimentos gravídicos. A temática apresenta controvérsias que despertam importantes discussões, especialmente nas hipóteses de negativa de paternidade. O estudo de referidas questões se mostra relevante, pois se discute o direito à dignidade da criança, sobretudo quando da busca da identidade biológica, do mesmo modo que expõe a questão dos direitos assegurados ao suposto pai quando, após exame de DNA, este descobre não ser o verdadeiro pai. Ao fim da pesquisa, por meio de leis, doutrinas, jurisprudências e artigos, constata-se a fragilidade na presunção da paternidade, devendo o magistrado tratar os indícios de forma cautelosa. Obteve-se a conclusão do assunto de maneira concisa. Para a presente pesquisa foi utilizado o referencial teórico juspositivismo e o método hipotético-dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVES:** Investigação de Paternidade; DNA; Alimentos Gravídicos; Nascituro.

**ABSTRACT:** *This study aims to analyze the paternity action in the context of the child's personality rights and her alleged father. For this, they scrutinized the investigative action of the peculiarities of parenthood. They will address the rights of filiation and paternity, focusing on providing food and insecurity brought the alleged father with the enactment of Law 11.804 / 2008, which established the gravidic food. The theme of controversies that arouse important discussions, especially in negative*

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof.<sup>a</sup> Tatiana Barbosa Huszcz.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2012. annygabriellifrez@hotmail.com

*chance of paternity. The study of these issues to be relevant, since it discusses the right to dignity of the child, especially when the search for biological identity, in the same way that exposes the issue of the rights guaranteed to the alleged father when, after DNA test, this finds no be the real father. At the end of the research, through laws, doctrines, jurisprudence and articles, there has been the weakness of the presumption of paternity, should the magistrate treat cautiously evidence. Obtained the conclusion of the matter concisely. For this research was used juspositivismo theoretical and hypothetical-deductive method.*

**KEY-WORDS:** *Paternity Investigation; DNA; Gravidic Food; Unborn Child.*

## **1 INTRODUÇÃO**

Infelizmente já não é mais novidade quando se ouve falar em crianças nascendo sem o reconhecimento da paternidade. Há casos em que a própria mãe esconde do filho a identidade do pai, também há casos em que o pai simplesmente se nega a assumir o filho, ou mesmo, e a condição mais triste, onde a mãe não sabe quem é o verdadeiro pai de seu filho.

Entretanto, todo indivíduo, mesmo privado de sua paternidade, tem o direito de investigar judicialmente de quem na verdade é filho, isso se dá por meio da Ação de Investigação de Paternidade imputada ao seu genitor biológico.

O direito de saber sobre sua descendência consta nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Cidadania.

Sendo uma vida de fato, o nascituro possui os mesmos direitos de qualquer pessoa como ser humano. Se o embrião se desenvolver e nascer com vida, a ele serão assegurados todos os direitos inerentes aos já nascidos.

Hoje em dia o teste mais comum e mais conhecido para realizar o reconhecimento de paternidade é o exame de DNA, ou ácido desoxirribonucleico, como é cientificamente titulado. Este exame é o método mais preciso quando se trata de identifica a paternidade, atingindo porcentagens de até 99, 9999%, o que representa um número absolutamente preciso.

No entanto, há uma ampla discussão na doutrina e na jurisprudência sobre este tema, em razão dos princípios constitucionais da legalidade, da reserva legal, da inviolabilidade da vida privada e da intimidade do suposto pai, no qual

nenhuma pessoa pode fazer nada contra a vontade, a não ser que seja em função de ordem judicial.

No dia 05 de novembro de 2008, entrou em vigor no ordenamento pátrio a lei dos alimentos gravídicos, que traz em seu conteúdo a defesa de uma causa bastante nobre: a proteção do nascituro.

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Consistem no auxílio pecuniário para o custeio da alimentação propriamente dita, assistência médica, exames complementares, medicamentos entre outras despesas necessárias para a sobrevivência digna da pessoa humana. A natureza jurídica do direito à prestação de alimentos seria um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.

A imposição da prestação alimentícia baseada em “indícios da paternidade” possibilita ao magistrado a concessão do subsídio paterno mesmo sem a ocorrência do exame de DNA, que seria o meio mais seguro para provar a real identidade do pai do nascituro. Entretanto o artigo que previa essa hipótese teve o veto presidencial.

É pacificado na medicina que o exame de DNA feito durante a gestação acarretaria risco de morte ao bebê e grandes complicações a gravidez, tendo sendo por isso vetado do projeto legislativo.

Nota-se que apesar de toda a coerência do veto, a retirada do exame pericial torna a lei frágil, pois garante a procedência do pedido de alimentos baseado em meros indícios, tornando a situação do possível pai bastante insegura e instável.

Desta forma, chega-se às seguintes indagações: Como filho e suposto pai devem proceder nesses casos? Com o Direito se manifesta nesses casos? O que pode ser feito de acordo com a Lei?

A realização deste trabalho faz-se necessária diante da atual realidade do nosso país, já que muitos fatores contribuem para gravidez precoce, indesejada e não planejada, tanto pela mãe quanto pelo pai.

No entanto, nenhum ser humano pode ser privado de saber sobre sua descendência e, nenhum pai deveria se recusar a assumir seu filho, mesmo que este não tenha sido concebido de forma consciente.

É necessário conscientizar as pessoas de seus direitos e de que devem colocá-los em prática para que este problema, já tão comum em nosso país, com tempo vá se tornando uma realidade cada vez menos cotidiana.

Saber a verdade sobre seus próprios genitores é um legítimo interesse da criança, um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar. No caso da ação de investigação de paternidade, há interesse público a ser protegido, a integridade física configura um mero interesse individual, contrapondo-se ao direito a identidade real, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança.

O objetivo geral deste trabalho será analisar como se dá a ação de investigação de paternidade e o direito personalíssimo da criança, confrontado com o direito do suposto pai.

No primeiro capítulo, mostra-se o conceito de filiação e paternidade, além de sua origem e mostrando sua evolução na Constituição Federal de 1988, bem como, as modalidades de reconhecimento dos filhos.

No segundo capítulo, analisa-se a ação de investigação de paternidade, com a importância e características do exame de DNA para esse tipo de ação, tal como, a Lei Federal 12.004/09 – Lei de Presunção de Paternidade.

O terceiro capítulo trata da prestação alimentícia, abordando matérias de direitos do nascituro, a prestação dos alimentos gravídicos, a insegurança trazida ao suposto pai e por fim, a viabilidade de indenização do réu.

## **2 DIREITO DE FILIAÇÃO E PATERNIDADE**

Filiação é uma relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau que liga uma pessoa àquelas que a geram. Sendo a princípio relação de parentesco a existente entre pais e filhos.

A filiação será matrimonial quando se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo.

Podendo afirmar assim que, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento da criança, mas também à sua concepção; portanto, um momento que determina a filiação matrimonial é em sua concepção.

Nascido após a dissolução ou anulação do casamento, mas tendo sido concebido durante este, ou concebido antes da celebração do ato nupcial, apesar de ter nascido durante o casamento, o filho será matrimonial.

Ocorrida uma das hipóteses do art. 1.597 e 1.598 do CC, aplicável se faz a regra *pater is est quem justiae nuptiae demonstrant*, que significa que considera-se pai aquele que demonstre a existência de justas núpcias ou laços matrimoniais com a mãe. Nesse diapasão. Presume-se que o filho foi concebido sob a proteção do matrimônio dos pais. (RODRIGUES, 2008, p. 109).

Filiação não matrimonial é a decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante elas gerados classificam-se em naturais e espúrios. Estes quando oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial e aqueles quando descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos.

No Direito Romano, a hierarquização da família era por meio do *pater familias* (poder familiar) exercida sobre os filhos, *ius vitae ac necis* (direito de vida e de morte). Família era uma entidade que se organizava em torno da figura paterna.

O Direito Romano marcou de forma expressiva o Direito de Família, onde os conceitos de família e filiação eram baseados no casamento e no autoritarismo, imposto pelo pai, dando origem ao termo pátrio poder.

O Direito Canônico, diferente do Direito Romano, teve uma forte influência com o cristianismo, quando as famílias só eram instituídas pela cerimônia religiosa.

Contudo, com o passar do tempo surgiu um novo conceito de família, onde esta não era formada unicamente pelo sacramento do casamento, mas também pelo afeto, surgindo assim, a família da pós-modernidade.

A família contemporânea é marcada pela disparidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, tornando a filiação não somente aquela que deriva dos laços de sangue, mas também do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva.

## 2.1 O DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Código Civil de 1916, ordenado por Clóvis Beviláqua, expunha indiretamente a união fora do casamento, não reconhecendo os filhos incestuosos e adulterinos. Com o avanço do direito brasileiro, e o advento de jurisprudências, as novas normas ampliaram a proteção às famílias extraconjugais, moldando-se à realidade.

A Constituição de 1988 estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Naquela época, dada à variedade de consequências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade. (GONÇALVES, 2015, p. 323).

Perante esta mudança na sociedade, em que muitas vezes a única responsável pela criação dos filhos é a genitora, veio a Constituição Federal no seu artigo 226 parágrafos 3º e 4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecido a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O direito de filiação, com a Carta Magna, tornou-se fruto do princípio fundamental da República brasileira, exposto na Constituição, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos indisponíveis do autor da ação de investigação de paternidade (direito à filiação).

## 2.2 DIREITO À PATERNIDADE

O direito à paternidade é um direito normativo que garante a identidade moral, um amparo econômico e a socialização do menor, com o avanço de sua cidadania, começando pelo registro de nascimento da criança.

Tal direito está assegurado pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, demandando que o Estado garanta uma série de prerrogativas aos menores, principalmente a dignidade humana e a paternidade responsável.

“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Com as diversas mudanças no que diz respeito à concepção da filiação, houve avanços científicos, no qual existe uma verdade biológica, comprovada por meio de exame laboratorial, afirma-se com certeza a existência de um liame biológico entre duas pessoas.

[...] o direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um direito de personalidade. Trata-se de um direito individual, personalíssimo, e não significa necessariamente direito à filiação. Hoje está mais fácil descobrir a origem genética. (DIAS, 2007, p. 326).

Acesso ao exame permite identificar de forma segura a verdade biológica.

[...] todos esses avanços ocasionaram uma revirada nos vínculos de filiação. A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana por meio de técnicas, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se a vontade humana. (DIAS, 2007, p. 320).

O vínculo biológico incide na identidade genética que une dois indivíduos pelos laços do parentesco, portanto, ao que diz respeito à filiação, trata-se de uma relação genética ou consanguínea entre os pais e os filhos.

Para a biologia, pai é aquele que fecunda o óvulo da mulher, que se leva a gestação e dá-se a luz a uma criança. Neste contexto, pai é o marido da mãe. Presunção esta que privilegiava a família que nascia com o matrimônio.

Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre coesa, e o marido da mãe é o pai de sua prole. Tal presunção é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae*

*demonstrant* (é pai aquele que as núpcias indicam). Eliminando-se assim a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define como tal, é a lei que atribui à criança um pai.

Assim, os filhos nascidos ou não na constância do casamento, tem o direito de obter o reconhecimento de sua origem, garantindo também no âmbito jurídico os fins sucessórios e de caráter alimentar. A origem biológica presume o estado de filiação ainda não constituído, independente de comprovação da convivência ou afeto, formando-se apenas o vínculo sanguíneo.

Observa-se que a filiação está interligada ao Princípio da Dignidade Humana e da Igualdade que regem o direito de família, não aceitando qualquer discriminação entre filhos biológicos, adotivos ou afetivos.

Conclui-se que a existência do amor, afeto, respeito entre pai e filho, é o verdadeiro vínculo de paternidade, portanto pai não é simplesmente o que determina o vínculo genético. Para a doutrina a paternidade afetiva esta cada vez mais presente, não se limitando em buscar a lei, mas a solução do caso concreto.

## 2.3 RECONHECIMENTO DOS FILHOS

O reconhecimento dos filhos é o ato jurídico no qual é declarado, voluntária ou involuntariamente, a existência de um vínculo de filiação em favor daquele que não tenha em seu favor a presunção de paternidade.

É de extrema importância o reconhecimento da filiação para que a pessoa possa ter notícia dos seus vínculos de parentesco e familiares, atendido o preceito constitucional do art. 227, *caput*, que garante à pessoa o convívio familiar. Além disso, o reconhecimento identifica o membro do grupo social como integrante de certa família, garantindo-lhe o direito de ser assistido, adotar o sobrenome dos genitores etc. (RODRIGUES, 2008, p. 115).

Faz-se necessário o reconhecimento em razão da existência da filiação extramatrimonial, ou seja, aquela que não se funda em prévia presunção de paternidade.

Havido o reconhecimento do filho, os efeitos se operam retroativamente, já que o reconhecimento apenas atesta uma situação jurídica que sempre existiu, embora ainda não se encontrasse devidamente comprovada. E, por isso, o filho reconhecido somente poderá residir no lar conjugal, quando se

tratar de filho advindo de uma relação alheia ao casamento, se houver a anuência do consorte, para se evitar maiores traumas familiares para os dois lados, isto é: ao cônjuge e membros da família daquele que reconheceu seu filho e ao filho reconhecido, que pode ser rejeitado e maltratado pelos outros. Aquele que reconhecer o filho menor terá o direito de exercer a guarda em relação a ele, salvo se for reconhecido por ambos os genitores, sem que entre eles haja sido firmado um acordo quanto à guarda e direito de visita, caso em que será ela conferida em favor daquele que tiver melhores condições, observadas as regras relativas à proteção dos filhos menores ou maiores e incapazes. (RODRIGUES, 2008, p. 116).

O reconhecimento de filiação pode ser realizado por qualquer dos genitores, a qualquer tempo, em conjunto ou por ato individual. Assim, um não depende do auxílio do outro para reconhecer o seu filho. A garantia adjudicada pelo legislador civil visa atender ao princípio de caráter constitucional, conferindo ao menor, especialmente, o direito de saber suas origens.

A primeira forma pela qual pode ser realizado o reconhecimento dos filhos é pelo ato voluntário. Manifestando de forma solene, declarando-se como filho pessoa que ainda não tinha prova de filiação.

Qualquer que seja a forma de reconhecimento, a oponibilidade *erga omnes* somente se inicia com a alteração do Registro Civil, mediante averbação do reconhecimento. No entanto, o reconhecimento produz efeitos retroativos, já que tem efeito declaratório de uma situação jurídica que sempre existiu (Rodrigues, 2008, p. 119).

O reconhecimento somente pode ser manifestado por um dos meios previstos no art. 1.609 do CC. Como se trata de ato solene, a inobservância da forma prevista em lei acarreta a nulidade absoluta do ato, na forma do art. 166, IV, do CC.

(...) é, realmente, ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessor do pai ou herdeiros do filho; todavia, será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de vontade já está contida na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento (DINIZ, 2002, p. 393).

Em seu primeiro ato, o reconhecimento pode ser feito no registro de nascimento. Por esta forma, o reconhecimento deve ser somente posterior ao nascimento do filho para ser eficaz.

A segunda forma de reconhecimento se dá por escritura pública ou ato particular a ser arquivado em Cartório. A escritura pública é lavrada perante o

Tabelião de Notas, conforme o art. 215 do CC. Trata-se de ato formal, exigindo a presença de duas testemunhas.

A terceira forma do reconhecimento voluntário se dá por testamento, não havendo restrição quanto à modalidade de testamento.

Por fim, a última forma do reconhecimento se exterioriza pela manifestação direta perante o juiz, ainda que esse não seja o principal e único objeto da declaração.

O reconhecimento involuntário, forçado ou judicial, se dá através da ação de investigação de paternidade. Tal ação tem por objetivo demonstrar o vínculo de filiação entre o pai e seu filho.

Trata-se de direito personalíssimo e indisponível. Dispõe efetivamente o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

### **3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

A ação de Investigação de Paternidade é o meio pelo qual o filho poderá pleitear seu reconhecimento filial por meio do Poder Judiciário, para que se estabeleça o possível vínculo jurídico entre pai e filho.

O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é a ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível. (GONÇALVES, 2015, p. 358).

O direito brasileiro evoluiu com mudanças ocorridas na sociedade e em sua cultura. As novas normas dão maiores proteções e igualdade às famílias estabelecidas extraconjugual, diferentemente do Código Civil de 1916, que distinguia os filhos havidos fora do matrimônio, definindo-os como adulterinos e incestuosos.

A posição do legislador de 1916 foi fundamentalmente alterada pelo §6º do art. 227 da Constituição, que proclamou a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento. Assim os filhos havidos fora do matrimônio, independentemente de sua origem, passaram a poder investigar sua paternidade sem qualquer restrição, até mesmo durante a

vigência do casamento de seu progenitor adúltero. (RODRIGUES, 2004, p. 326).

Trata-se de direito personalíssimo e indisponível. Dispõe efetivamente o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e também *ex tunc*: retroagem à data do nascimento (CC, art. 1.616). Quando se trata de ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, tem aplicação a Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

Em algumas situações, todavia, existindo prova robusta relativa à filiação (por exemplo, exame de DNA), entendemos ser possível a fixação dos alimentos antes mesmo da sentença, por meio de medida cautelar ou tutela antecipada, no início do processo ou mesmo no curso da instrução probatória. E assim se tem orientado a doutrina e a jurisprudência. (RODRIGUES, 2004, p. 328).

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será representado pela mãe ou tutor.

Hoje, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição (ECA. art. 27), isto é, por filhos outrora adulterinos e incestuosos, mesmo durante o casamento dos pais. A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade para a propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na ideia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal. (GONÇALVES, 2015, p. 360).

A sentença que julga procedente ação de investigação de paternidade faz coisa julgada também em relação aos demais filhos do investigado, ainda que só este tenha sido parte no processo.

A ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada, sem restrição, por qualquer filho havido fora do casamento. O art. 363 do Código Civil de

1916 exigia a prova de um dos seguintes fatos: a) que ao tempo da concepção sua mãe estivesse concubinada com o pretendido pai; b) que a concepção coincidissem com o rapto de sua mãe pelo suposto pai, ou de suas relações sexuais com ela; c) que existisse escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a expressamente. Bastava à prova, pelo menos, de uma dessas hipóteses.

O exame hematológico, quando não excluía a paternidade, significava apenas a possibilidade de o réu ser o pai, mas não a afirmava com certeza absoluta. Somente quando afastava a paternidade é que esta era excluía, de forma incontestável.

Hoje, no entanto, com o exame de DNA, é possível afirmar-se a paternidade com um grau praticamente absoluto de certeza. A incerteza trazida aos autos pela exceção oposta pelo réu já não conduz, necessariamente, à improcedência da ação, pois mesmo comprovado o plurium concubentium, tal exame demonstrará, com elevado grau de certeza, quem é o verdadeiro pai. Por essa razão, o Código Civil de 2002 não especifica os casos em que cabe a investigação da paternidade. Poderá ser requerido, assim, como único meio de prova, o exame hematológico.

Continuam todavia, válidos os demais meios de prova disponíveis no diploma processual civil para a determinação da paternidade, que poderão ser utilizados quando o exame hematológico não puder ser realizado por alguma razão, ou para roborar a certeza científica. Registre-se ser necessária, sob pena de perder a credibilidade, “uma interpretação cuidadosa e apropriada dos resultados do exame de DNA, de modo a fornecer ao processo uma prova idônea a auxiliar na formação do convencimento. Impende cautela na realização do exame, desde a escolha do laboratório até a esmerada redação do laudo, passando pela formação acadêmica do profissional. (GONÇALVES, 2015, p. 368).

Ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras do seu sangue para a realização da prova pericial. No entanto, a negativa do réu pode levar o juiz, a quem a prova é endereçada, a interpretá-la de forma desfavorável àquele, principalmente havendo outros elementos indiciários.

### 3.1 IMPORTÂNCIA DO TESTE DE DNA

O DNA (ou ADN, na tradução), designa uma molécula chamado de ácido desoxirribonucleico, contendo o código genético de cada indivíduo, sendo

considerado a base de construção genética da vida, superando a variabilidade de outros sistemas anteriormente utilizados, como ABO, Rh, HLA etc.

O teste de DNA é o método mais preciso para identificação de paternidade nos dias atuais, dispondo de uma porcentagem de acerto que varia de 99,99% a 99,9999%, o que, na prática, tomadas as devidas precauções de qualidade do teste, representa um número absolutamente preciso.

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha de laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta do material. É fundamental que tal coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material bem conservado e perfeitamente identificado. Se tais cautelas não forem tomadas o laudo pode ser impugnado, dada a possibilidade de erro. (GONÇALVES, 2015, p. 373).

Além de ser o meio mais eficaz, requer pouca quantidade de sangue, pele, saliva, fio de cabelo etc., não necessitando que as células estejam vivas para a coleta do exame, podendo ser feito em crianças, bebês e até em feto, não tendo limite de idade para sua análise. É possível ainda, testar em avós, irmãos, quando o suposto pai está morto ou não se dispõe a fazer o teste.

Descoberto o DNA, obtém-se o conhecimento de todo o material genético hereditário, transformando a ação de investigação de paternidade em um processo mais justo, trazendo a verdade ao Direito, especialmente naqueles casos em que é difícil comprovar o ato sexual que resultou o nascimento do filho. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade da verdade material, diante do acordo abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. DNA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132.

I - O juiz prolator da sentença somente veio a funcionar no feito após concluída a instrução processual em razão da convocação de seu antecessor para exercício do cargo de Corregedor do Tribunal de Justiça Estadual. Tal fato, por si só, excepciona a regra de vinculação insculpida no art. 132 do CPC.

II - Comprovado pela prova testemunhal que a mãe do autor manteve com exclusividade um namoro, ainda que breve, com o investigado, na mesma época da concepção e não afastada pelo único exame médico realizado a possibilidade de paternidade, é de se determinar o exame de DNA, que, por sua confiabilidade, permitirá ao julgador um juízo de fortíssima

probabilidade, senão certeza, da efetiva paternidade. Não realizado, devem os autos retornar à origem para que o requerido exame seja feito, esclarecendo-se que a recusa do réu, quanto à sua efetivação, implicará presunção da sua paternidade.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - 3ª T., REsp nº 317.119/CE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 03.10.2005, p. 239 e RSTJ 199/315).

Atualmente, com sua precisão, permite-se ao julgador um juízo de forte probabilidade da paternidade, capaz de excluir um homem de ser pai biológico de um indivíduo ou de seguramente incluí-lo como tal, dando ao magistrado um maior grau de certeza e um veredicto mais justo, tornando-se fundamental a utilização do exame de DNA.

### 3.2 LEI FEDERAL 12.004/09 – LEI DE PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

A lei de paternidade presumida de número 12.004/09 estabelece a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético (DNA). A recusa da pessoa a se submeter ao exame implica que a suspeita de paternidade será em desfavor dela.

Na prática, este já era o entendimento predominante no Judiciário, em especial a partir do ano de 2004, quando o Superior Tribunal de Justiça pacificou esse entendimento com a edição da Súmula 301, que expressamente dizia: “Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Lei 12.004/09. Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Art. 3º Revoga-se a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

A história dessa lei tem como primeiro precedente o julgamento do HC 71.373/RS do ano de 1994. Nesta oportunidade o STF discutiu a possibilidade ou não de condução coercitiva do réu em ação de investigação de paternidade que

se recusava a fazer o exame de DNA. Entendeu que não era possível conduzir coercitivamente o réu da ação de investigação de paternidade. Todavia, de outro lado, este réu não poderia invocar aquela recusa em seu favor.

HC 71373 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 10/11/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Pouco tempo depois da edição da súmula 301 do STJ, adveio o CC. E este se orientando pela decisão do STF e pela súmula do STJ, consagrou o entendimento nos arts. 231 e 232 no mesmo sentido.

CC, art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

CC, art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

O exame técnico científico, embora decisivo, não constitui único elemento capaz de firmar a convicção do juiz. Outros elementos e provas poderão ser colacionados no processo como forma de se demonstrar o vínculo afetivo existente entre o casal no período da concepção, de forma a indicar a paternidade alegada. E pode o juiz, com base nessas provas e agravado pela recusa injustificável do suposto pai a se submeter ao exame técnico, julgar presumidamente pela paternidade. Nesse caso, haverá a necessidade de outras provas que indiquem a paternidade alegada. Ou seja, a só recusa do suposto pai em realizar o exame não é suficiente para a declaração da paternidade. Há que se ter a comprovação cabal do relacionamento afetivo do casal e indicativo do relacionamento sexual.

Portanto, esta lei não cria uma presunção absoluta de paternidade pelo fato de haver recusa do suposto pai. Este continua com a prerrogativa de

resistir à pretensão paterna se não houver elementos comprobatórios do relacionamento afetivo com a mãe.

#### **4 PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA**

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando. (GONÇALVES, 2015, p. 506).

Quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habilitação, assistência médica, instrução e educação.

Portanto, em virtude da presunção de necessidade que tem o alimentando de receber meios para sua subsistência, é que se admite até mesmo a prisão civil do devedor inadimplente de alimentos, como meio coercitivo para tanto. É que se o devedor de alimentos deixa de cumprir com sua obrigação a tempo e modo, o alimentante fica desprovido de recursos para se manter, prejudicando-o, eis que a fome não espera. Daí a seriedade que se impõe a tal instituto de modo a se coibir à falta de pagamento de pensão alimentícia ou a protelação indevida da mesma. (PARIZATTO, 2008, p. 137).

A legitimidade do instituto está estabelecida no Código Civil em seu artigo 1.694 que “estabelece que os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O Código Civil assegura em seu artigo 1.705 que: “Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar seu genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça”. No artigo 1.703 é expresso que “para a

manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

Portanto, a responsabilidade da relação alimentícia é em primeiro lugar dos pais e filhos, depois dos ascendentes, depois de descendentes e por último dos irmãos.

É de se observar que a prestação alimentícia é inerente ao poder familiar, onde ambos os genitores tem o dever de suprir as necessidades básicas dos filhos menores.

#### 4.1 NASCITURO E O DIREITO AOS ALIMENTOS

O Código Civil reconhece a existência do nascituro, ressaltando-lhe direitos. Conforme dispõe o Art. 2º Código Civil: “Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A palavra nascituro dispõe de vários significados. Juridicamente falando, podemos definir nascituro como sendo aquele que foi concebido no ventre materno e que está para nascer.

O dever de alimentos em favor do nascituro pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações entre inter-humanos, solidamente fundadas em exigência de pediatra. (CAHALI, 2009, p. 346).

Tais cuidados não interessam à mãe, interessam ao concebido. A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em tutelar as garantias fundamentais do homem, prevê em seu artigo 5º, caput, a proteção ao direito à vida, como cláusula pétrea.

#### 4.2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Na atualidade ocorreram grandes mudanças na forma em que as pessoas se relacionam afetivamente, pois estas estão se relacionando de forma liberal e em curto prazo, ocorrendo assim, em muitos casos, gravidez sem que haja

relacionamento estável entre o genitor e a genitora. Trazendo assim a necessidade da criação de uma lei que protegesse os direitos do nascituro, sendo então criada a Lei 11.804/2008, que disciplina os alimentos gravídicos.

No entendimento de Leandro Soares Lomeu:

Os alimentos gravídicos podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez, sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinente. (LOMEU, 2008).

Por tanto, os alimentos gravídicos são valores necessários para cobrir as despesas do período gestacional, do momento da concepção ao parto, até mesmo alimentação especial, internações, assistência médica e psicológica, exames complementares, medicamentos, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas imprescindíveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere necessárias.

A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que regulou os alimentos gravídicos, veio resolver esse problema, conferindo legitimidade ativa à própria gestante para a propositura da ação de alimentos. O objetivo da referida lei, em última análise, é proporcionar um nascimento com dignidade ao ser concebido. (GONÇALVES, 2015, p. 585).

A lei conferiu legitimidade ativa à própria gestante, que, a partir de então, tornou-se parte legítima para, em nome próprio, acionar o suposto pai do nascituro com a finalidade de receber dele alimentos destinados à satisfação das despesas decorrentes da gravidez. Os alimentos devidos ao nascituro são devidos pela simples existência de indícios de paternidade, que será demonstrado, pela autora, por meio de provas iniciais legalmente previstas ou moralmente legítimas como, por exemplo, fotografias, e-mails, cartas, bilhetes, filmagens, testemunhas etc., para que o juiz possa ter amparo na motivação da fundamentação de sua decisão interlocutória na concessão de liminar ou na sentença definitiva.

A legitimidade passiva foi atribuída exclusivamente ao suposto pai, não se estendendo a outros parentes do nascituro. Compete a gestante o ônus de provar a necessidade de alimentos. O suposto pai não é obrigado a arcar

com todas as despesas decorrentes da gravidez, pois o parágrafo único do art. 2º da lei em apreço proclama que “os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.” (GONÇALVES, 2015, p. 586).

A ação de alimentos gravídicos inicia-se com uma petição inicial, com a narrativa dos fatos. Diferentemente da ação de alimentos da Lei n. 5.478/68 a ação de alimentos gravídicos não exige a prova pré-constituída da paternidade.

#### 4.3 POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO, REVISÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Conforme reza o artigo 6º da Lei 11.804/2008, após o nascimento com vida os alimentos gravídicos se converterão em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite sua revisão.

Preservando o exato elastério do art. 2º do atual Código Civil, dispõe a nova Lei, no parágrafo único do art. 6º, que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a revisão. (CAHALI, 2009, p. 354).

Posteriormente ao nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulada com a investigação de paternidade, caso esta não seja reconhecida por meio de exame de DNA.

A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos. Desimporta que tenham sido fixados por acordo ou judicialmente (DIAS, 2009, p. 532).

Cabe ressaltar também que a revisão poderá ser realizada no decorrer da gestação, embora pela morosidade processual, dificilmente se verá o fecho da demanda antes do nascimento do menor. Quanto à extinção dos alimentos gravídicos, esta se dará nos casos de aborto e natimorto.

#### 4.4 A INSEGURANÇA TRAZIDA AO SUPOSTO PAI

Anterior a Lei 11.804/2008, havia o projeto de Lei nº 7.376, de 28 de julho de 2006, onde constavam doze artigos que protegiam processualmente o suposto pai, ocorreu, porém, que metade desses artigos foram vetados, nascendo assim o questionamento de como ficaria a defesa do suposto pai.

[...] esta lei não permitiu que fossem realizados exames de DNA para atestar a paternidade do filho indigitado, o que faz com que os juízes, para aplicarem a lei, fixem os alimentos embasados em apenas indícios da paternidade. Este fato faz com que, somente após o nascimento da criança, sejam realizadas as análises laboratoriais para se confirmar quem é o genitor. O problema é que isso pode trazer prejuízos para o indivíduo que é apontado como pai, eis que, se após o exame for descoberto que o pai é outra pessoa, ele terá auxiliado uma gravidez de um filho que não era seu, sofrendo, com isso, danos patrimoniais e morais, o que pode ensejar um dever de responsabilidade da gestante. (VITAL, 2010).

A contestação da paternidade é extremamente frágil, exceto se o suposto pai apresentar laudos médicos ou documentos que confirmem uma vasectomia, impotência sexual grave ou esterilidade.

Mesmo sem o exame de DNA, algumas provas podem ser produzidas pelo suposto pai, como a de ter realizado vasectomia, por exemplo. Os arts. 1.597 a 1.602 do Código Civil elencam as possibilidades de presunção ou não de paternidade, de acordo com casos de vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, entre outras. Embora tais regras refiram-se aos casos de casamento, não há óbice para serem interpretadas extensivamente no tocante às hipóteses de união estável. (FREITAS, 2012).

É possível que seja provado que a gestante no período da concepção manteve relações sexuais com outro homem, defesa esta que favorecia o réu, pois provocaria dúvidas ao magistrado quanto à questão de quem seria o pai biológico do nascituro, podendo tornar-se improcedente a ação e assim, a paternidade seria comprovada somente após o nascimento através do exame de DNA. Outro modo de defesa seria a alegação de que a relação sexual ocorreu em período anterior ao da concepção.

O Juiz não pode determinar realização de exame de DNA por meio da coleta de líquido amniótico, em caso de negativa da paternidade, porque pode colocar em risco a vida da criança, além de retardar o andamento do

feito. Todavia, após o nascimento com vida, o vínculo provisório da paternidade pode ser desconstruído mediante ação da exoneração da obrigação alimentícia, com a realização do referido exame. (GONÇALVES, 2015, p. 589).

Restando comprovada a paternidade, está firmado um vínculo de filiação e fixada a obrigação de alimentar. Porém, se após o nascimento da criança ficar comprovado por exame pericial a negativa de paternidade, poderá o réu ingressar com uma ação indenizatória em face da genitora por danos morais, caso a repercussão da suposta paternidade tenha afetado de maneira negativa sua vida familiar, social e profissional.

A lei 11.804/2008 é demasiadamente subjetiva em se tratando favorecer a gestante e o nascituro, impondo uma obrigação que ao final poderá ser descaracterizada, e ocorrendo esta, restará ao suposto pai apenas danos irreparáveis a sua moral.

O pedido de alimentos ao indivíduo errado certamente causa prejuízos irreversíveis, pois, como se sabe, os alimentos são irrepetíveis. Haverá então um conflito de direitos, de um lado a dignidade e vida do nascituro e do outro a propriedade do devedor que foi indevidamente diminuída. (VITAL, 2010).

Tal questão evidencia a insegurança trazida ao suposto pai. Restando claramente a necessidade de uma investigação mais precisa, sem esquecer que o nascituro tem o direito de requerer os alimentos e recebê-los, mas cabe também a genitora não agir com dolo e má-fé, para que assim o réu não seja prejudicado.

#### 4.5 VIABILIDADE DE INDENIZAÇÃO DO RÉU

A Lei 11.804/08 resguardou a gestante e o nascituro, ao passo que dispôs a possibilidade da prestação de alimentos sem a comprovação da paternidade, pois o juiz fixara os alimentos baseando-se em indícios de paternidade, dando ao magistrado a possibilidade de conferir o subsídio paterno mesmo sem a ocorrência do exame de DNA, que é a forma mais segura para provar a paternidade.

Os alimentos, em regra, não são passíveis de restituição, considerando que miram à sobrevivência da pessoa. Conforme a Lei 11.804/08, o

réu que prestou alimentos de forma indevida está desamparado, já que o artigo 10º que previa a responsabilidade da gestante foi vetado, por se tratar de norma intimidadora. Tal artigo aludia que em caso de negativa de paternidade, confirmado através do DNA, o autor da ação de alimentos gravídicos responderia objetivamente pelos danos morais e materiais ocasionados ao réu e ainda, que a indenização será liquidada nos próprios autos.

[...] o direito de ação é abstrato, o litigante pode ou não sair vitorioso. Mesmo que os pedidos sejam julgados improcedentes, não haverá dever de restituição, pois uma das características dos alimentos é que eles são irrestituíveis, ou seja, o devedor não poderá recobrar o que pagou indevidamente, já que tudo foi revertido na sobrevivência do credor. (VITAL, 2010).

Em virtude do fato de atribuir responsabilidade objetiva à autora da ação de alimentos gravídicos, existiu o veto, já que o simples fato da autora ingressar com a ação pressupõe que possa causar dano a terceiros, conferindo a esta o dever de indenizar, independente da existência de culpa, o que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

Acontece que mesmo com o veto do artigo que abordava a responsabilidade objetiva da autora, ainda permanece a responsabilidade subjetiva, onde é preciso demonstrar a culpa do agente para a caracterização da responsabilidade.

[...] o veto a este dispositivo não significou a isenção completa das genitoras, apenas impediu-se que ocorresse a responsabilidade objetiva, o que tornaria sem eficácia o instituto dos alimentos gravídicos. Na dúvida, as mulheres iriam preferir não entrar com o pedido (VITAL, 2010).

Quando o suposto pai demonstra por prova pericial não ser o pai biológico, este poderá ingressar com uma ação indenizatória em face da autora da ação de alimentos gravídicos por danos morais.

A base legal para esta ação indenizatória está presente no art. 186 do Código Civil, que diz “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Deste modo, a obrigação de indenizar está prevista no art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a indenizá-lo”.

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercer regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil. (FREITAS, 2009).

Uma imputação de paternidade indevida poderá destruir casamentos, uniões estáveis, bem como possibilitar o desembolso de quantia alimentar muitas vezes irrecuperável.

Certamente, um indigitado pai que não for pai biológico sofrerá graves danos na sua vida pessoal, familiar, financeira e profissional. Ações indenizatórias por danos moral provavelmente não serão capazes de reparar as perdas. No caso do suposto pai estar certo que não é o pai biológico, será aconselhável propor uma ação de negatória de paternidade para, com o resultado do exame pericial, obter a exoneração da pensão alimentícia. (CALDEIRA, 2009, p. 32).

Dessa forma, a autora pode ser responsabilizada subjetivamente tanto em relação à conduta culposa quanto à conduta dolosa, por se tratar de abuso de direito, que nada mais é do que o exercício irregular de um direito, e por força do artigo 927 do Código Civil se equipara ao ato ilícito, e torna-se base para a responsabilidade civil.

A prova dos danos materiais se fará com o demonstrativo de toda a quantia gasta indevidamente, se valendo para isso de descontos em folha, bloqueios judiciais, ou qualquer outro documento capaz de atestar o “quantum” despendido no pagamento dos alimentos gravídicos irregularmente impostos.

Cumulado com o pedido de indenização por danos materiais, plenamente cabível o pedido de danos morais, já que a condenação daquele que não era pai, além gerar a incumbência financeira, seguramente acarreta consigo um abalo ao psicológico do réu.

O dano moral é mais que caracterizado, pois somente a potencialidade de ter um filho já gera uma desestabilidade pelo fato de ao nascer, notoriamente as obrigações e o vínculo com a prole é personalíssima, intransmissível, mudando completamente o planejamento de vida do homem que supostamente seria o pai, mas não é. (MENDES, 2010).

Com isso, pode o suposto pai, condenado erroneamente a pagar alimentos em favor do nascituro que não era seu filho, pleitear também danos morais, uma vez que sua tranquilidade, paz de espírito, honra além de outros aspectos psicológicos, são totalmente abalados com uma acusação dessa grandiosidade. Imagine por exemplo um pai de família, que é intimado para pagar alimentos gravídicos, sem na verdade nunca ter cometido qualquer ato nesse sentido. A célula familiar deste réu ficaria totalmente desestabilizada, e as consequências geradas poderiam ser irreparáveis.

Não obstante os pedidos de danos morais e materiais há autores que entendem ser cabível também o pedido por litigância de má-fé, provando a conduta dolosa da autora.

Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercer regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. (FREITAS, 2010).

Observa-se que os indícios de paternidade são frágeis, contudo, necessário é que o convencimento do magistrado seja cauteloso e mesmo com tais indícios não sendo fundamentados de forma sólida, e sendo evidenciada a necessidade da genitora não é acolhido seu pedido caso não conste o mínimo de veracidade em tais indícios.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente estudo teve por finalidade discutir o direito assegurado ao filho e seu suposto pai, em casos onde não é certa a presunção de paternidade.

Fez-se uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana, base e direitos da família, bem como os atributos da obrigação legal dos alimentos,

e o direito do nascituro aos alimentos, requeridos pela genitora, aspecto controvertido no meio jurídico.

Em 05 de novembro de 2008 foi sancionada a Lei 11.804/2008, classificada como lei de alimentos gravídicos, pautada em preceitos constitucionais, civilistas e tratados internacionais, com o intuito de dar integral proteção ao nascituro.

Diante do que foi estudado, nota-se que em diversos pontos o Código Civil mostra que o nascituro, dentre outros direitos, tem resguardado o direito a vida e o direito a alimentos, uma vez que estes são revestidos de caráter essencial, sem os quais os demais direitos não teriam valor algum. Desta maneira, procurou o legislador ao regulamentar a Lei de Alimentos Gravídicos, pacificar aquilo que a doutrina e a jurisprudência já resguardavam ao nascituro.

Entende-se que os alimentos gravídicos, sem dúvida, permitirão melhor tutela às gestantes e aos futuros filhos, que precisam de suporte financeiro do pai, entretanto, exige-se cautela, para que não se torne sinônimo de excessos por sua má utilização. Por essa razão, a cognição sumária feita pelo juiz deverá ser cautelosa, rigorosa e perspicaz.

Contudo, o objetivo maior deste estudo foi sem dúvida analisar a situação jurídica e moral do suposto pai, quando da negativa de paternidade deste, comprovada por exame de DNA. Fica evidenciado que a Lei de Alimentos Gravídicos preserva os direitos do nascituro, como bem proposto em seu projeto, mas de certa forma deixa a desejar no tocante à reparação possível em casos de eventuais danos causados àquele que equivocadamente fora apontado como pai.

Confirmada a negativa de paternidade, após o suposto pai ter prestado os alimentos durante a gestação, poderá este utilizar-se do pleito indenizatório por dano material, comprovando a responsabilidade subjetiva da genitora, evidenciando culpa ou dolo com que tenha agido a gestante, acrescentando também, documentos que evidenciem os gastos que lhe foram imputados erroneamente, podendo ainda, cumular a ação de danos materiais com o pedido de danos morais, competindo ao autor provar os abalos psicológicos que tenha sofrido.

Da mesma forma, poderá o réu utilizar-se do pedido de repetição do indébito, demonstrando o pagamento indevido, contudo, podem ser encontradas

algumas dificuldades em função do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, ainda assim, nada obsta sua aplicação como ferramenta processual e poderá ainda utilizar-se da litigância de má-fé, partindo do pressuposto que as partes devem agir com lealdade, prudência e boa fé, devendo assim ser punidos aqueles que abusam de suas pretensões, evidenciando que a gestante agiu com conduta maliciosa.

Conclui-se com esse trabalho, que a Lei de Alimentos Gravídicos é conflitante na essência dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, por um lado tal princípio resguarda a dignidade do nascituro em sua amplitude, por outro lado deixa de se observar o prejuízo que possivelmente possa vir causar a dignidade relativa à pessoa daquele que equivocadamente fora apontado como pai.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de; LEÃO, Wânia Lúcia Machado. **Paternidade Biológica e Afetiva no Direito Brasileiro**. < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13309&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13309&revista_caderno=14)>. Acesso em: 20 Fev. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 20 Fev. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 4 Abr. de 2016.

\_\_\_\_\_. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm)>. Acesso em 4 Abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.004/09 de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm)>. Acesso em 22 Fev. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

CALDEIRA, Cesar. Grávida ficante e a bolsa pré-parto. Insight Inteligência. 2009. Disponível: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/44.pdf>>. Acesso em: 4 de Abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito de Família**. 10 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito de Família**. 5 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a lei 11.804/08**. Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/alimentos.pdf>> Acesso em: 16 de Abr. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e FILHO, Rodolfo Pampolha. **Novo curso de direito civil, direito de família, as família em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 6ª ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 5.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da lei nº. 11.804/2008**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, bimestral, Porta Alegre, v.5, n. 27, nov.dez/2008.

MENDES, Fábio Maioralli Rodrigues: **A análise da lei 11.804**. Publicado em 08/01/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3400](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3400)>. Acesso em 04 de Abr. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros; e DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil: direito de família**. 42. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 2.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao direito de família: Repercussão na relação paterno-filial**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>. Acesso em: 19 Jan. 2016.

PARIZZATO, João Roberto. **Manual prático do direito de família**. 2 ed. São Paulo: EIPA, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 71373/RS. Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”**. DJ 22-11-1996 PP – 45686 EMENT VOL – 01851-02 PP – 00397.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva.2002.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva.2004

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito Civil Famílias e Sucessões**. 3. ed. Editora Rideel, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Acertos e desacertos em torno da verdade biológica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

TARTUCE, Flávio; e SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2013. v. 5.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A proteção constitucional de criança e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.I.

VITAL, Rafael Pontes. Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2562, 7 jul. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16927>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

WAMBIER, T. A. LEITE, E. O. **Repertório de Doutrina sobre direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. Editora São Paulo, 1998.