

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O presente trabalho tem por fim abordar a importância do aplicador do direito em reconhecer o vínculo afetivo, como fator determinante, numa ação de investigação de paternidade, no qual haja conflito entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica. Embora a legislação brasileira não reconheça a paternidade socioafetiva de forma expressa, não se pode deixar de observar as relações de afetos paterno-filiais.

Em vista desse objetivo, aborda-se na fase inicial um breve histórico da evolução da família, com ênfase ao novo conceito de família que adveio com a Constituição Federal de 1988. Ressaltando a importância dos laços afetivos, tratando de forma igualitária a filiação, inclusive a filiação socioafetiva, vedando qualquer tipo de discriminação.

No segundo capítulo, são explicitadas às diversas formas de filiação socioafetiva como: por adoção regular e legal; adoção “à brasileira”, qual seja, quando não obedece aos trâmites legais; por criação “de filho” sem registro civil (chamado de “filho de criação”); por reprodução humana assistida e etc. Com o objetivo de caracterizá-los para que a filiação afetiva seja utilizada de forma a determinar a filiação, para que não sejam utilizados apenas critérios biológicos ou jurídicos.

Para que se torne possível à compreensão desse reconhecimento de filiação socioafetiva, serão abordados os objetivos da investigação de paternidade, bem como a legitimação, prescrição, meios de provas utilizados em uma investigação, assim como as provas científicas na comprovação da paternidade biológica. Ressaltando os princípios aplicados no reconhecimento da filiação socioafetiva e a importância do estudo psicossocial feito por profissionais qualificados, com o objetivo de assessorar o magistrado.

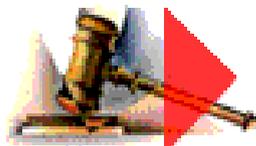
Por fim, inclusive neste trabalho, breve análise de jurisprudência, com o objetivo de mostrar que os magistrados paulatinamente vêm sobrepondo à paternidade socioafetiva em face da paternidade biológica, quando reconhecido a relação de afeto e a paternidade responsável. Contudo admitem que a pessoa tem o direito de saber a sua origem biológica.

1- A FAMÍLIA

A família contemporânea sofreu influência da família romana e da família canônica. “Na antiga Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade do pater famílias, ascendente comum vivo mais velho, e abrangia quantos a ele estavam submetidos, independentes dos vínculos de consanguinidade”, 1 ou seja, a família romana era patriarcal e hierarquizada, em que a mulher e os filhos, considerados incapazes, estavam submetidos à autoridade do marido e do pai. Sendo que os vínculos jurídicos e os laços da consanguinidade eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos afetivos, pois no vínculo matrimonial estes poderiam existir ou não.

Já na Idade média as famílias eram regidas exclusivamente pelo direito canônico, tanto que no século X e XV o casamento religioso era o único reconhecido, sendo considerado vínculo indissolúvel entre o homem e mulher, do qual resultavam filhos legítimos. Nesse período, veiculado com a doutrina da igreja, que a família assumiu que até pouquíssimo tempo poderia ser observado, pois foram criados impedimentos matrimoniais e a categorização dos filhos. O matrimônio era considerado um sacramento e dele advinha a prole legítima, no qual era abençoado pela igreja, fazendo assim uma distinção entre os filhos legítimos dos ilegítimos. Para isso Eduardo de Oliveira Leite (1994, p.123 apud NOGUEIRA, 2001, p.30) esclarece que:

Foi a igreja quem, de forma sistemática e implacável categorizou os filhos, em função da existência ou não do casamento. A partir desta categorização decorreu a discriminação em filhos legítimos, ilegítimos, em naturais e espúrios, em incestuosos e adúlteros, e assim por diante. Em 1804, Napoleão apenas legalizou um situação que perdurava há séculos, por imposição da Igreja Católica.



A base das regras do Código Napoleônico reafirma o antigo modelo clássico romano da grande família patriarcal e hierarquizada, sobre a autoridade do marido e do pai, que controlava a família de forma unitária e a regia de forma arbitrária e desigual e sobre a submissão total da mulher e dos filhos. E do direito canônico adveio outras características do casamento como a formalidade matrimonial e os impedimentos matrimoniais e de reconhecimento de filhos ilegítimos.²

O Código Civil de 1916, silenciava em relação ao sistema de filiação e a família, pois a família ilegítima e as poucas noções de concubinato eram em função da proteção e preservação da família matrimonializada e sem o propósito de reconhecimentos dessas uniões de fato, porque estas eram simplesmente ignoradas, sem nenhum amparo legal, como poderia ser observado nos, artigos 248, IV e 1.177 etc.

Art. 248. Independentemente de autorização, pode a mulher casada: (...) IV- Reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Art. 1.177. A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, n. VI, e 248, n. IV).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, a família teve uma especial proteção do Estado, inclusive em relação à filiação, pois foi vedado qualquer tipo de discriminação e pelo princípio da igualdade todos os filhos foram equiparados, podendo citar como o artigo 227, parágrafo 6º da supracitada Constituição em que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

(...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

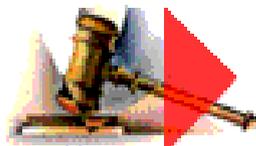
À respeito disso, preleciona o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.17):

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.

Os doutrinadores, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011), traçaram um quadro ilustrativo no qual fizeram diferenciação entre a família amparada no Código Civil de 1916, que classificou como: “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, unidade de produção e reprodução e caráter institucional” e a família contemporânea amparada pela Constituição Federal de 1988 é “pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, unidade socioafetiva e caráter instrumental”.

A família, portanto deixou de ser uma sociedade hierarquizada para se transformar em uma sociedade democrática, trazendo no artigo 226, nos parágrafos 3º e 5º da Constituição Federal o princípio da igualdade, no qual o terceiro parágrafo reconheceu a união estável, como entidade familiar e no parágrafo 5º os direitos e deveres entre a sociedade conjugal serão exercidos de forma igualitária.

Na contemporaneidade o afeto tem um papel relevante na entidade familiar, pois é através dele que as pessoas se unem, e na sua ausência se separam. Sendo tão importante o seu cultivo, de forma que deve ser alimentado diariamente, e o cuidado recíproco, companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade, são elementos essenciais para a existência, formação, visibilidade e continuidade da entidade familiar, inclusive a família socioafetiva.



A família sociológica é aquela onde os laços de afetos tem prevalência, verificando assim a solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e proteção de uma criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, a criam, a amam e a defendem, fazendo transparecer a todos que são os seus pais.³

Desta sorte, o conceito de família mudou consideravelmente, pois hodiernamente a família assume uma concepção múltipla, em decorrência da atual estrutura que se tem, não fazendo diferenciação da família biológica e da família socioafetiva. O sistema jurídico brasileiro estabeleceu regras com o propósito de se adaptar a realidade social e conseqüentemente alcançou o núcleo familiar, motivo pelo qual regulou a possibilidade de novas concepções de família, aplicando o princípio da igualdade e protegendo todos os integrantes da entidade familiar que pertence.

1 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras, A filiação que se constrói: o Reconhecimento do afeto como valor jurídico, p.25.

2 NOGUEIRA, Ibidem. Ob. cit. p. 30.

3 NOGUEIRA, Ibidem. Ob. cit. p. 55.

2- FILIAÇÃO

O Código Civil brasileiro de 1916 estabelecia a filiação através da incidência da presunção pater is est, pelo qual se atribuía ao marido da mulher a paternidade dos filhos gerados por ela, na constância do casamento. O legislador inclinava-se para as propostas albergadas no Código Napoleônico, e remontava justamente à concepção de família patriarcal e hierarquizada, onde a única forma de constituição de família era através do casamento, fonte dos filhos legítimos, pois os oriundos dos relacionamentos extramatrimoniais eram considerados ilegítimos e ignorados pelo ordenamento jurídico (NOGUEIRA, 2001).

O conceito de filiação no mundo contemporâneo é relacional, pois é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, sendo que um é considerado como filho de outro, que este pode ser o pai ou a mãe, abrangendo tanto a filiação biológica e a não biológica. Na definição de Jorge shiguemitsu Fujita (2011, p.10) a filiação é:

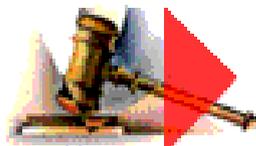
O vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrentes da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou do companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho.

Nesse mesmo diapasão temos Maria Helena Diniz (2011, p. 478/479), no qual defini:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Tais definições são bem diferentes do que se tinha anteriormente, como pode se ver na obra de Pontes de Miranda (1947, p.36 apud FUJITA, 2011, p. 9), que dizia:

[...] a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para com qualquer dos genitores [...]



O termo filiação apresenta-se de forma múltipla, pois tem suas nuances e características, formando um verdadeiro mosaico de possibilidades, que inicia-se na origem biológica chegando até na convivência cotidiana, baseada em um relação de afetividade, portanto são muitas as formas de se estabelecer uma relação paterno-filial. (FARIAS e ROSENVALD, 2011).

Por conseguinte, hoje não tem o que se falar em hierarquia entre os critérios que possam determinar o estado de filiação, pois estes devem conter elementos concretos e atender o interesse maior da criança.

2.1- FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva tem como escopo o afeto, sendo pai aquele que ocupa e desempenha a função de pai, na vida do filho, dando carinho, afeto, educação e amor, demonstrando assim um ato de vontade, cimentada, cotidianamente e publicamente o vínculo paterno-filial (FARIAS e ROSENVALD, 2011). Hodiernamente a filiação socioafetiva está presente em diversas formas de filiação, podendo ser citados como exemplos a filiação socioafetiva pela adoção, filiação socioafetiva pela adoção homoafetiva, filiação socioafetiva pela técnica de reprodução assistida heteróloga, filiação socioafetiva consistente na adoção à brasileira, filiação socioafetiva consistente no filho de criação e filiação socioafetiva originária da posse do estado de filho (FUJITA, 2011).

A posse de estado de filho é aquela que advém de uma relação afetiva íntima e duradoura, em decorrência das circunstâncias de fato, no qual a criança usa o nome do pai, e é tratado como filho e exercitando todos os direitos e deveres inerentes a uma filiação, criando, amando, educando e protegendo, sendo esse um exercício diário e notório (NOGUEIRA, 2001).

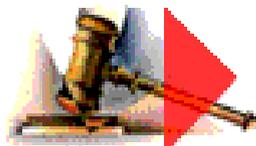
2.1.1- Filiação socioafetiva pela adoção

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.376), “adoção é ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha.”. A doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 546/547), traz um conceito de adoção bem complexo, pois ela o elaborou com fundamento em vários autores, definido-a como:

“adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha¹¹⁹. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado¹²⁰. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 10 grau na linha reta 121.”.

Logo, a adoção é considerada um negócio jurídico de Direito de Família, pois só pode ser concretizada mediante sentença constitutiva, no qual se cria um vínculo de filiação entre o adotante e o adotado, independente de ser parente consanguíneo ou afim, bastando para tanto a afetividade entre ambos, sendo que, além do amor, do carinho e do afeto, o adotante deverá oferecer meios materiais para o adotando.

2.1.2- Filiação socioafetiva pela adoção homoafetiva



Em nosso ordenamento jurídico é um tema ainda que causa muita discussão, pois muito se questiona sobre a formação da personalidade do adotado por homossexuais, Maria Berenice Dias (2000,p.101 apud Madaleno, 2011, p.647), traz a baila:

[...] estudos já realizados nos Estados Unidos demonstraram inexistirem riscos de sequela na formação da personalidade do adotado por homossexuais, como apregoado pelo temor de uma criança ou adolescente criado por homossexuais também pudesse se tornar um homossexual, ou pudesse ser socialmente estigmatizada por seus colegas de escola e pela comunidade em geral.

Existe a possibilidade de adoção por parte de um adotante homossexual, com fundamento no Art.43 do ECA “ a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, ou seja, a adoção deve trazer reais benefícios ao adotando. Porém quando se refere a casal homossexual, existe polêmica em relação a este, pois o §2º do Art. 42 do ECA, preceitua que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Mas tal posicionamento deverá ser revisto após a decisão do STF em maio de 2011, em que aprovou por unanimidade o reconhecimento da união homoafetiva, pois embora não tenha lei regulando tal decisão, os juristas têm admitidos casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento em tal decisão.

É muito salutar para a sociedade esse reconhecimento, pois quebra todos os paradigmas sobre a entidade familiar, não importando mais que esta seja formada apenas por casais heterossexuais, dando aos casais homossexuais os mesmo direitos daqueles, inclusive a adoção. Portanto uma família pautada no amor, respeito e companheirismo, é referência de entidade familiar, não importando a sua formação. A entidade familiar que tem essas características, bem como recursos materiais, poderá a qualquer tempo requerer a adoção, pois esta tem um caráter extremamente socioafetivo, sendo muito importante para o adotado ter acesso a uma família, onde terá as suas necessidades supridas, inclusive em relação à afetividade.

2.1.3- Filiação socioafetiva pela técnica de reprodução assistida heteróloga

O artigo 1.596 do Código Civil, no inciso V, trata da concepção de filhos, através de inseminação artificial heteróloga, durante a constância do casamento, desde que tenha prévia autorização do marido. O doutrinador Rolf Madaleno (2011) esclarece que na inseminação heteróloga, o doador, em regra tem o seu esperma armazenado no banco de sêmen, após verificação de sua qualidade, bem como a sua manutenção, sendo descritos as características morfológicas do doador, com o objetivo de serem passadas para os donatários, porém é imprescindível o sigilo da identidade do doador.

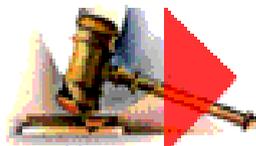
Tal inseminação tem como finalidade tratar a infertilidade do marido ou companheiro, sendo que este deve dar a sua aquiescência, via oral ou expressa sobre a utilização de sêmen de terceiro, tendo como objetivo evitar o direito de negar a paternidade, pois uma vez consentida e ocorrendo a fertilização, este cônjuge assumiu uma função de pai social, ou paternidade socioafetiva.

No livro, filiação, de Jorge Shiguemitsu Fujita (2011, p. 77), trás outras hipóteses de reprodução assistida heteróloga ou por doação, que o Código Civil não contemplou, são elas:

a) Técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadora, com o uso de gameta (sêmen) do esposo e gameta (óvulo) de uma doadora, com a anuência da esposa.

Para nós, essa anuência dada pela esposa para a fertilização mediante doação de óvulo não pode ser retratada, fazendo consolidar a presunção iuris et de iure de maternidade socioafetiva.

Desse modo, será conhecida com mãe aquela que não forneceu seu material genético para a fertilização pelo sêmen de seu marido; ao passo que a doadora do óvulo, em que pese ser a genitora, não é contemplada pela lei como sendo a mãe.



b) Técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadores, com a utilização de sêmen de um doador anônimo e de óvulo de uma doadora anônima, implantando-se no útero de uma mãe substituta (gestatriz). Apesar da polêmica hipótese, os detentores dos materiais genéticos doados não serão considerados “pais”. Se a criança ficar com os “encomendantes”, a filiação será socioafetiva bilateral (a patre e a matre). Se ela ficar com a geratriz, também a filiação será socioafetiva, porém unilateral (a matre).

Então, nesse tipo de filiação é inegável o vínculo socioafetivo, após a anuência de um dos cônjuges, quando se trata da fecundação unilateral, ou de ambos os cônjuges, em relação a fecundação bilateral, é irrevogável. Pois uma vez ocorrendo à fecundação e o nascimento da criança ocorrerá à consolidação da afetividade.

2.1.4- Filiação socioafetiva consistente na adoção à brasileira

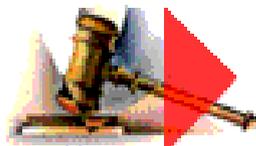
Adoção à brasileira é como um fenômeno comum e usual, pois se refere ao registro de uma pessoa como seu filho, sabendo que este não é seu (FARIAS e ROSENVALD, 2011). Na verdade, este ato é ilícito, conforme dispõe o artigo 242, do Código Penal, que dispõe:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Podendo ainda, qualificar tais registros como falsidade ideológica, como preceitua o artigo 299 do Código Penal, que diz:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Embora tal prática seja reprovada pelo nosso ordenamento jurídico, não se pode negar o vínculo afetivo, entre esses pais e esse filho, e visando o bem estar deste com fundamento no artigo 1.604 do Código Civil, que “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, este ato torna-se irrevogável, pois ao registrar voluntariamente esta pessoa, não cabe arrependimento posterior. O Superior Tribunal de Justiça, já proferiu decisões nesse sentido: Adoção à brasileira não pode ser desconstituída após vínculo de socioafetividade. Em se tratando de adoção à brasileira (em que se assume paternidade sem o devido processo legal), a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. A decisão é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, seguindo o voto do relator, ministro Massami Uyeda, rejeitou o recurso de uma mulher que pedia a declaração de nulidade do registro civil de sua ex-enteada. A mulher ajuizou ação declaratória de nulidade de registro civil argumentando que seu ex-marido declarou falsamente a paternidade da ex-enteada, sendo, portanto, de rigor o reconhecimento da nulidade do ato. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. O Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) manteve a sentença ao fundamento de inexistência de provas acerca da vontade do ex-marido em proceder à desconstituição da adoção. Para o TJ, o reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de outrem tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, portanto, posteriormente, a pretensão de anular o registro de nascimento. Inconformada, a mulher recorreu ao STJ, sustentando que o registro civil de nascimento de sua ex-enteada é nulo, pois foi levado a efeito mediante declaração falsa de paternidade, fato este que o impede de ser convalidado pelo transcurso de tempo. Argumentou, ainda, que seu ex-marido manifestou, ainda em vida, a vontade de desconstituir a adoção, em tese, ilegalmente efetuada. Em sua decisão, o ministro Massami Uyeda destacou que quem adota à moda



brasileira não labora em equívoco, ao contrário, tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Para ele, nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória postulando descobrir o registro, afinal a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito. “De um lado, há de considerar que a adoção à brasileira é reputada pelo ordenamento jurídico como ilegal e, eventualmente, até mesmo criminosa. Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que este ato gera efeitos decisivos na vida da criança adotada, como a futura formação da paternidade socioafetiva”, acrescentou.

Por fim, o ministro Massami Uyeda ressaltou que, após firmado o vínculo socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva.⁴ Assim, o vínculo afetivo criado não pode ser rechaçado, em virtude de uma tentativa de invalidação de tal registro, pois uma vez que o afeto existente entre eles sobrepõe a qualquer material biológico.

4 Superior Tribunal de Justiça: disponível em: .Acesso em: 12 ago. 2012.

2.1.5- Filiação socioafetiva consistente no filho de criação

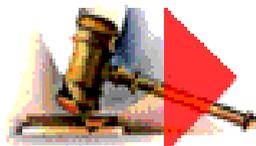
De acordo com o Jorge shiguemitsu Fujita (2011) denomina filhos de criação, como aqueles que embora pertençam a outrem, são educados, sustentados, amados e providos por casais que os consideram como filhos próprios, apesar de se encontrarem sob sua guarda, e não sob o amparo de uma adoção. Podendo ainda, serem órfãos, parentes distantes, ou filhos de uma empregada que o deixou para ser criado pelos seus patrões, enfim, pessoas de qualquer origem.

É uma relação de afeto e de carinho, que inclusive já tem alguns reconhecimentos judiciais de filiação socioafetiva, em que os juristas entendem a existência de uma adoção informal, no qual existe a posse de estado de filho, pois estes vivem como filhos fossem, é o que registra o acórdão da 7ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, pelo qual foi acolhido em 23-6-2004, por maioria de votos, em sede de apelação cível nº 70008795775, o pedido de registro formulado por um filho adotivo informal, sob o argumento de que “ a posse de estado de filho está desenhada, como há provas concretas da paternidade sociológica, representada como filho adotivo”(FUJITA, 2011, p.83). Portanto, é mais um reconhecimento de filiação, embasada no princípio da aparência, no qual o filho de criação vive como filho fosse, porém sem nenhum registro dessa filiação.

2.1.6- Filiação socioafetiva originária da posse do estado de filho.

No livro Manual de Direito de Família, de Maria Berenice Dias (2011, p.371), traz um conceito bem complexo de posse de estado de filho, que diz:

Quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado. Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera, desfruta do estado de filho afetivo, como prefere Belmiro Welter.⁷⁶ Fabíola Santos Albuquerque traz a noção de posse de estado de pai, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho: uma não existe sem a outra.⁷⁷ A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Assim, a tutela da aparência acaba emprestado juridicamente a manifestações exteriores de uma realidade que não existe. Os vínculos de parentalidade fornecem grandes exemplos à teoria da aparência: a paternidade se faz, como diz Luiz Edson Fachin, o vínculo de



paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.⁷⁸ Essa realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial.

Resumindo, a posse do estado de filho deve ter um conjunto de circunstâncias que possam exteriorizar a condição de filho, que frente aos olhos do público pareça realmente ser. Manifestando-se pela conduta das pessoas que desempenham a função de pais, na criação, educação, cuidado e zelo daquelas pessoas que consideram como filhos.

No Código civil de 2002, não ficou explícito a identificação da posse de estado de filho, pois quando diz que na falta de termo de nascimento, a filiação poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito, e precisamente no seu artigo 1.605, inciso II que diz “ quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”, ou seja, precisa estar presente de forma concreta a notoriedade de tal estado de filho, não podendo gerar dúvidas acerca da filiação (MADALENO, 2011). A doutrina para tal reconhecimento considera três aspectos: tractatus, quando o filho foi criado, educado e apresentado a terceiros como filho pelos pais; nominatio, quando usa o nome da família e se apresenta tal; reputatio é conhecido de forma pública que pertence a família dos pais. Desta forma, fica evidente a aparência e com muita aplicabilidade do princípio da verdade real, sendo considerado satisfatório para o direito (DIAS, 2011). A reunião desses três elementos clássicos é que começa a se formar a conjunção suficiente de fatos para indicar a real existência de relação familiar, em especial entre pai e filho.⁵

5 FACHIN, Luiz Edson, Da paternidade; relação biológica e afetiva, 1996, p.126

2.2- FILIAÇÃO BIOLÓGICA OU NATURAL

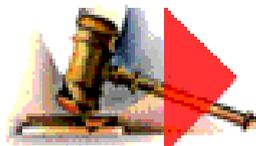
Trata-se de uma filiação com vínculo consanguíneo em linha reta de primeiro grau e aqueles que lhe deram a vida, através de uma relação sexual, tendo como consequência a concepção, não importando a sua origem, que poderá ser através do matrimônio, extramatrimonial, entre namorados ou noivos, ou mesmo entre ficantes (FUJITA, 2011). Podendo ainda decorrer de nenhuma união sexual, podendo ser provida através da inseminação artificial homóloga ou heteróloga, desde que tenha havido autorização expressa do marido, podendo ser ainda através de fertilização in vitro ou na proveta, neste caso poderá ser usado esperma de marido falecido, porém esse acordo entre os cônjuges deve estar documentado, podendo ser feito através de testamento (Diniz, 2011).

3- DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

3.1- CONCEITO

A investigação de paternidade não tem mais a finalidade de atribuir a paternidade ao genitor biológico, este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. Pois o que se investiga é o estado de filiação que pode ou não decorrer da origem genética, caso contrário seria mais prático e rápido deixar os peritos ditarem as sentenças de filiação.⁶ Nesse sentido Paulo Lôbo (2008, p. 239, apud PEREIRA, 2010, p.375) completa:

O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo art. 227 da Constituição Federal. É portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. O direito ao reconhecimento da origem genética integra o direito da personalidade de qualquer indivíduo, que não se confunde com o direito de família.



O filho que não teve o reconhecimento espontâneo da parentalidade e nem tampouco acesso ao procedimento administrativo de averiguação oficiosa de paternidade - Lei nº 8.560/1992 (FARIAS e ROSENVALD, 2011), pode buscar o judiciário para que o Estado-juiz, através de uma sentença, possa declarar o seu vínculo paterno-filial.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil, V.5, 2010, p. 375

3.2- OBJETIVO DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A investigação de paternidade é uma demanda declaratória, pois visa satisfazer a pretensão do autor, que é o reconhecimento do vínculo parental com o réu. Porém a expressão "investigação de paternidade" tem sido substituída por "declaração de parentalidade", como defende a autora Maria Berenice Dias (2011, p.386):

A expressão "investigação" tem colorido policialesco. Assim, na chamada ação de "investigatória de paternidade", parece que deve o juiz bancar o detetive buscando descobrir quem é o pai do autor. Como a demanda é de eficácia declaratória, pois esta é a pretensão do autor, que seja declarada o seu vínculo parental com o réu, melhor seria chamar a ação de declaratória, não da paternidade, mas da parentalidade.

Nesse rumo, os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2011, p. 638), defendem a supracitada expressão como se vê abaixo:

Por isso, é de vislumbrar que a determinação do parentesco, através de decisão judicial, é obtida por meio de uma ação investigatória de parentalidade, e não somente de através da restritiva via da investigação de paternidade.

Posto isso, é através da investigação de paternidade que se pretende reconhecer a paternidade duvidosa ou mesmo questionada, bem como garantir ao filho, sem pai, o direito ao reconhecimento filiatório, advindo junto a este todas as consequências de uma relação de parentesco, bem como todos os efeitos pessoais e patrimoniais.

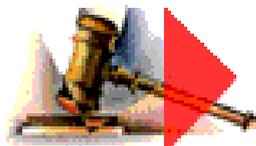
3.3- LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Tem legitimidade ativa para propor a ação de investigação de paternidade, o filho, em nome próprio, se for maior e capaz, representado ou assistido pela mãe ou tutor, respectivamente se for menor impúbere ou menor púbere, e nos casos de ser maior e incapaz será representado pelo seu curador, quando não foi reconhecido voluntariamente e nem através de Reconhecimento administrativo, "averiguação oficiosa".

Podendo ainda, ter a legitimidade ativa o marido, quando este pretender negar a paternidade dos filhos nascido de sua mulher, conforme dispõe o artigo 1.601 do Código Civil (MADALENO, 2011).

Com o advento da Lei 8.560 de 1992 e da Súmula nº 99 do STJ, o Ministério Público tem legitimidade extraordinária e concorrente (o interessado pode fazer a opção por advogado), para propor Ação de Investigação de Paternidade nas hipóteses em que ocorrer a frustração do reconhecimento administrativo. Tendo legitimidade ainda, nas hipóteses em que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à edição da supracitada Lei.

A legitimidade passiva é daquele que é considerado o suposto pai e nos casos em que este for falecido, o polo passivo será ocupado pelos seus respectivos herdeiros (GONÇALVES, 2012). O artigo 1.615 do



Código Civil de 2002 dispõe que “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”.

3.4- DA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA

De acordo com o artigo 2º, caput, da Lei nº 8.560/1992 dispõe que “Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação”. A mãe da criança ao proceder ao registro da criança, no Cartório de Registro Civil, em que o suposto pai por algum motivo deixou, ou não quis reconhecer a paternidade, ela deverá informar os dados do suposto pai ao oficial de justiça, este remeterá ao juiz da comarca uma certidão integral do assento de nascimento, e os demais dados do suposto pai.⁷ A averiguação oficiosa é um procedimento meramente administrativo, após o magistrado receber a certidão do registro civil, poderá mandar lavrar o termo de reconhecimento, como está disposto no artigo 2º, §3º da supracitada lei; ou remeter os autos para o representante do parquet conforme está disposto no § 4º do artigo 2º da referida lei em que: “Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”. De acordo o artigo 109 da Lei de Registro Público (Lei 6.015/1973), dispõe que:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. (Renumerado do art. 110 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Portanto, a intervenção do Ministério Público é obrigatória na averiguação oficiosa, pois caso não seja possível o reconhecimento da suposta paternidade, o representante do parquet, colherá elementos para a propositura da ação de investigação de paternidade (BAHENA, 2006).

7 BAHENA, Marcos, investigação de paternidade, 2006, p. 69

3.5- PRESCRIÇÃO

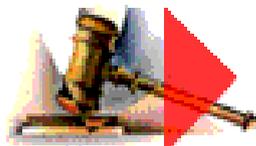
A ação de investigação de paternidade é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme se vê no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, que diz:

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.

A corroborar com o exposto acima, urge mencionar o teor da Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal, que vem ao encontro do exposto acima.

STF Súmula nº 149 - É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

Embora o artigo 1.614 do código civil de 2002, diz que “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”, tem o Superior Tribunal de Justiça se manifestado no sentido da imprescritibilidade da Ação de Investigação de Paternidade, mesmo após a ocorrência do prazo do



supracitado artigo (PEREIRA, 2010). Logo, a investigação de filiação, que visa ao reconhecimento da perfilhação não ocorre à prescrição.

3.6- MEIOS DE PROVAS

A prova judiciária é a forma de demonstrar a ocorrência ou não de um fato, tendo como objetivo o convencimento do juiz sobre determinados fatos dentro do processo (BLIKSTEIN, 2008).

O Código de Processo Civil, no artigo 332, é bem claro em relação à produção de provas, pois todos os meios legais, bem como os moralmente legais, são hábeis para provar a verdade dos fatos, pois o julgador busca a verdade real.

A corroborar com esse dispositivo tem o artigo 1.605 do Código Civil, no qual diz que a filiação se provará por todos os meios de provas em direito admitidos, como pode ser observado abaixo:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Já o artigo 1.603 do Código Civil, dispõe que “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”, porém o doutrinador Luiz Edson Fachin, faz uma interpretação extensiva desse artigo quando se refere à filiação socioafetiva esclarecendo que:

[...] é o termo de nascimento externado uma filiação socioafetiva, porque a filiação registral, verdadeira ou ideologicamente falsa, conquanto manifestada isenta de qualquer vício capaz de afetar no ato do registro da filiação, a livre intenção da pessoa, não deixa de representar a posse de estado de filho, a livre intenção da pessoa, não deixa de representar a posse de estado de filho, fundada em elementos espelhados, no nomen, na tractatio e na fama.” (FACHIN, 2003, p.91 apud PEREIRA, 2010, p. 377).

Na ação de investigação de paternidade pode ser citado os meios de provas mais utilizados como: a prova documental, a prova testemunhal, as provas científicas, provas hematológicas, o sistema HLA e perícia de DNA. Sendo fundamentais essas produções de provas com o objetivo de provar a filiação pela verdade biológica, assim como a filiação pela verdade social, pois baseada nessas provas que o julgador poderá formar o seu livre convencimento motivado.

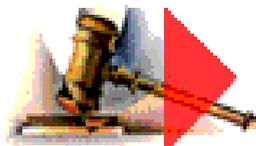
Ressaltando que a produção de provas nas ações investigatórias difere das demais ações, porque nestas as provas poderão ser realizadas durante todo o procedimento, desde a petição inicial até a própria fase recursal, sem limitações indevidas. Tendo ainda outra característica que o magistrado poderá participar mais ativamente e efetivamente, quando ocorrer qualquer inconveniente ou incompatibilidade durante o processo investigatório (FARIAS e ROSENVALD, 2011). Trazendo a lume os dizeres de Pedro Belmiro Welter⁸

“tem o juiz a obrigação de ordenar a realização de todas as provas necessárias, mesmo de ofício e, dentre elas, efetivamente, o exame genético DNA”.

⁸ Apud, FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 666.

3.6.1- A prova documental

A ação de investigação de paternidade é um vasto campo para o abrigo de todos os tipos de prova em direito admitidos. Através delas todos os meios probantes podem e devem ser utilizados. A prova documental no dizer de Alexandre Freitas Câmara é “toda atestação escrita ou gravada de um fato”⁹ e



esta poderá ser por instrumento público ou particular, considerando documentos públicos aqueles que estão registrados em livros oficiais e nos quais poderão ser emitidas certidões, inclusive por escritães judiciais e traslados pelo oficial do Registro público. Sendo que para a referida ação podem ser utilizados inúmeros documentos como: cartas, correios eletrônicos, bilhetes, fotografias, etc. (MADALENO, 2012).

Completando o entendimento acima temos a lição do doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, no qual explicita sobre documentos escritos em que diz:

Não se trata, aqui, de ato autêntico de reconhecimento (escritura pública, testamento, registro de nascimento). Se já existisse, não se cogitaria de investigação de paternidade. A lei referia-se, então, ao escrito que não trazia em si mesmo a validade de reconhecimento formal, porém traduzia em si mesmo a validade de reconhecimento formal, porém traduzia uma confissão ou declaração equivalente. Podia ser qualquer escrito, publico ou particular, correspondência epistolar, recomendação, termo de responsabilidade, qualquer documento dirigido ao filho ou endereçado a terceiro, como a menção da paternidade própria, ainda que não traduzisse confissão expressa. (PEREIRA, 2010, p. 403).

Nas ações de reconhecimento de filhos, devendo, em regra geral, as provas ser produzidas com a petição inicial, para o autor de acordo com o artigo 283 do Código de Processo Civil que diz “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação” e na contestação, o réu deverá apresentar esses documentos conforme o artigo 297 do supracitado Código que esclarece “O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”. Porém, não obsta que os documentos sejam juntados em outro momento processual, desde que faculte a parte contrária oportunidade para ter conhecimento e impugná-lo, se assim querendo nos moldes do artigo 398 do Código Adjetivo que “Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias” (FARIAS e ROSENVALD, 2011, P. 675).

Os mesmo autores, na mesma doutrina, afirma, ainda que é possível a prova resultante de documento estrangeiro, desde que esteja nos moldes no artigo 157 do Código de Processo Civil, “Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado”, pois não obedecendo, o documento não tonar-se-á válido, ou seja, a sua utilização concreta, especialmente em Juízo, cabendo ao magistrado realizar a valoração no caso concreto.

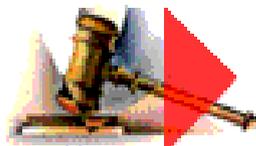
9 CÂMARA, Alexandre Freitas – Lições de direito processual civil – 2009, p.395.

3.6.2- A prova testemunhal

A prova testemunhal nas ações investigatórias, é de grande valia “é que ações deste jaez – quando não for possível a produção de prova pericial pelo DNA – o juiz pode (rectius, deve!) se servir de prova indireta, aqui domiciliada a prova testemunhal”¹⁰. Em determinadas hipóteses, a prova pericial pode torna-se impossível, o que não pode servir de óbice para ação de investigação de paternidade, prestigiando-se dessa forma a prova testemunhal, admitida como prova indireta do vínculo parental.

Nesse sentido esclarece Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, “dependesse o reconhecimento da filiação de prova inconcussa de relacionamento carnal dos genitores, no período em que o suposto filho foi concebido, a demanda raramente lograria êxito... seria contrariar a natureza das coisas exigir-se prova das relações sexuais. Há de o intérprete e o juiz contentarem-se com a prova indireta, caracterizada pelos indícios, conjecturas e presunções sérias e coincidentes”¹¹

Essa prova torna-se fundamental, quando se trata de ações filiatórias no qual se discute a paternidade afetiva, onde a fama ou reputatio, que é o comportamento que consiste em ser o indivíduo sempre considerado no ambiente familiar e social como filho legítimo da família a qual diz pertencer.¹² Nesse sentido podemos citar Zeno Veloso, que expõe:



A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. Aliás, que modo mais expressivo de reconhecimento haverá do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, sendo o filho assim reputado pelos que convivem com ele?" (1997, p.33, apud FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 677).

Podem depor como testemunhas, o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, nas ações relativas ao estado da pessoa, no qual não se puder obter de outro modo à prova e o juiz repute necessário ao julgamento do mérito, como está disposto no artigo 405, §2º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Mas como lembra Maria Helena Diniz (2011, p. 528) a prova testemunhal deverá ser "acolhida pelo juiz com reserva, ante o fato de se deixarem as testemunhas influenciar pela amizade", pois no que se refere à filiação biológica, a testemunha só poderá demonstrar a ocorrência do namoro ou do envolvimento afetivo, porém não poderá assegurar o envolvimento sexual. Já nas relações de concubinato, a testemunha tem muito valor, pois nesse tipo de relacionamento o casal vive como casado fosse e de forma notória, demonstrando assim um forte indício da paternidade da criança.

10 FARIAS e ROSENVALD, idem. Ob. cit. p. 676.

11 2007, p.123 apud, FARIAS E ROSENVALD, 2011, p. 677)

12 NOGUEIRA, Ibidem. Ob. cit. p. 115.

3.6.3- As provas científicas

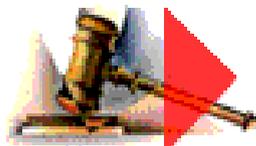
Nas últimas décadas as provas científicas tiveram um avanço, a tal ponto que hodiernamente se pode verificar a paternidade com uma certeza quase que absoluta. Antes do exame de DNA, tinha-se a prova hematológica, que é o sistema ABO, que tem como objetivo determinar o vínculo biológico a partir de estudo sobre as características sanguíneas dos indivíduos. Os tipos sanguíneos são transmitidos hereditariamente, porém não tem a certeza quanto à paternidade, existe apenas uma probabilidade do investigado ser pai biológico, esse sistema auxiliava o magistrado no sentido da exclusão da paternidade, porque no caso contrário não há possibilidade de afirmar a paternidade, o fato do investigado ter as mesmas características do investigante não pressupõe a filiação biológica.

Existe também o HLA (antígeno leucocitário humano), que é um grupo de genes localizados no braço de curto do cromossomo 6, esse complexo genético compreende o complexo maior de histocompatibilidade (MHC) dos humanos. Os indivíduos normalmente herdaram um conjunto de cromossomo e, portanto, um conjunto de HLA de cada pai e mãe, tais genes são impressos de forma codominante na superfície celular.¹³ Tal exame é muito eficaz para verificar a compatibilidade do transplantado e do doador, nos casos de transplante, porém na investigação de paternidade ele serve apenas para excluir a paternidade, mas não tem a mesma precisão para afirmar a filiação biológica.

Na atualidade usa-se o teste de DNA, pois este consegue atestar com quase absoluta certeza a filiação biológica, sendo usado como norteador na investigação de paternidade biológica.

13 CARTA MOLECULAR - Centro de Genomas compartilhando informação nº23 – disponível em : < http://www.centrodegenomas.com.br/Arquivos/1/Carta_Molecular_N23.pdf> .Acesso em: 01 ago. 2012.

3.6.3.1- Exame de DNA



O exame de DNA (ácido desoxirribonucleico) tem como objetivo verificar a herança genética das pessoas envolvidas, lembrando que:

A informação genética de todos os organismos vivos está contida em uma substância química denominada ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA é uma longa molécula que forma uma dupla hélice, sendo o material encarregado de armazenar e transmitir a informação genética.

O DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas e sua tecnologia é considerada o maior avanço na área jurídica desde o advento das impressões digitais³²². (MADALENO, Rolf, 2011, p. 586)

No momento da fecundação há um compartilhamento dos genes ou alelos da mãe e do pai, isto é, o indivíduo herda do pai 50% dos genes e da mãe outros 50%, ao fazer a leitura do DNA do indivíduo, este deve ser compatível com o DNA materno e o DNA do suposto pai, no caso de uma investigação de paternidade, verificando a incompatibilidade admite-se a exclusão da paternidade biológica.

Após a propositura da Ação de Investigação de Paternidade, o réu será citado para manifestar-se no processo no prazo de 15 dias, contados a partir da juntada aos autos do mandado de citação. Porém a ausência de contestação não induz aos efeitos da revelia, pois a ação de investigação de paternidade é uma ação de estado e de direito indisponível (BLIKSTEIN, 2008), como podemos verificar no artigo 320, inciso II do Código de Processo Civil:

Art. 320 A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...] II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

Após a fase instrutória do feito e superadas as fases postulatórias e saneadoras, a prova da paternidade biológica será realizada por todos os meios de provas em direito admitidas, essa paternidade poderá ser comprovada através de exames periciais hematológicos como: ABO, HLA e DNA, sendo que este último é o mais utilizado pois tem uma margem de acerto de 99,99%, cujo resultado demonstra uma verdade absoluta. Destarte, a fim de iniciar a verificação do suposto pai biológico é imprescindível o exame de DNA, uma vez que a sua probabilidade de acerto é alto, trazendo ao magistrado uma segurança e clareza na investigação da filiação biológica.

3.6.3.2- A recusa de fazer o exame de DNA

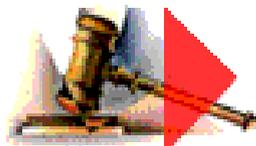
Não há justificativa para a recusa de se fazer o exame de DNA, uma vez que haja indícios de relacionamento sexual entre a mãe e o suposto pai, o magistrado deve recorrer a tal exame, com a finalidade de verificar a filiação biológica. Não sendo possível o exame, por culpa do investigado, recairá sobre ele a presunção de paternidade, como podemos verificar a Súmula de nº 301 do STJ, “ Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Sendo tal posicionamento solidificado com a Lei de nº 12.004/2009, no qual em seu artigo 2º, altera a Lei de nº 8.560/1992, onde o artigo 2º-A passou a ter seguinte redação:

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.

Embora o magistrado não possa coagir ninguém a fazer tal exame, pois fazendo isso estaria violando os princípios da intangibilidade física do investigado, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da intimidade e da vida privada e privação da liberdade sem o devido processo legal, bem como ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o Código Civil de 2002, adotou o princípio da presunção, no



qual aquele que se recusa a fazer o exame do código genético – DNA, gerará a presunção de paternidade, sendo que esta presunção deverá ser analisada concomitantemente com outros valores probatórios, aplicando no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por conseguinte ao direito do investigante de conhecer a sua filiação biológica, sendo um direito assegurado pela Constituição Federal no qual a criança e o adolescente tem direito a dignidade pessoal.

3.6.3.3- Apenas a perícia de DNA não basta para provar a paternidade

O exame do código genético - DNA - não goza de nenhuma premência sobre os demais meios probatórios, devendo o magistrado valora-los de acordo com a sua livre apreciação. O laboratório que estiver qualificado para proceder a identificação biológica, deve reunir todos os requisitos indispensáveis, com o fim de evitar falhas e omissões em tais resultados, sendo ainda, recomendado que tal exame seja feito por dois laboratórios distintos, sem um laboratório conhecer o resultado do outro, com o objetivo de sanar qualquer dúvida a respeito do resultado.

De acordo com Gherzi (2004, p.70 apud MADALENO, 2011, p. 590), “duvidar da validade do método de tipificação do DNA é como duvidar da lei da gravidade.337”, ou seja, quando é observado o rol de requisitos básicos para a utilização dos testes de DNA, o resultado se torna incontestável, tendo em vista o alto percentual de probabilidade de acerto.

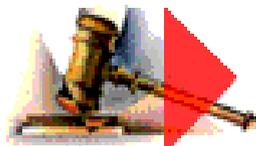
Ora, se o resultado do exame do código genético é tão preciso para verificar a origem biológica, por que apenas esse exame não é suficiente para atestar a paternidade? Porque quando se tem uma ação negatória de paternidade, apenas o exame de DNA não é suficiente, pois se este der negativo, deverá observar se foi constituído o estado de filiação socioafetivo, que é marcado pelas relações de afeto consolidado na convivência familiar.

Em consonância com esse entendimento temos o posicionamento do STJ em que indeferiu a anulação de registro de nascimento, frente ao resultado negativo de exame de DNA, feito nas filhas que nasceram durante a consonância do casamento com a genitora das mesmas, vindo a descobrir posteriormente que estas não eram suas filhas biológicas, sob o argumento de que “a paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a socioafetiva [...] as instâncias ordinárias julgaram corretamente o caso ao negar o pedido do autor e reconhecer a paternidade socioafetiva”¹⁴.

¹⁴ Exame de DNA negativo não basta para anular registro de nascimento – disponível em: . Acesso em : 30 jul. 2012.

4- PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva foi discutida de forma extensiva pelos operadores do direito nas últimas décadas, vindo a se solidificar na jurisprudência, tribunais e doutrina brasileira, através do reconhecimento da afetividade, que tem como alicerce os aspectos psicológicos e sociológicos entre pai e filho. Avaliando a relação paterno-filial, através dos liames dos sentimentos de carinho, amor e dedicação que são reflexo de uma paternidade responsável, nesse sentido podemos citar os ensinamentos de Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001, p. 85) a paternidade socioafetiva, sob a noção de estado de posse de filho, “não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação”.



A referida paternidade tornou-se tão relevante para o Direito de Família que o magistrado opta pela verdade biológica nos casos em que é ausente a filiação afetiva. Nesse sentido pode-se citar a obra de Rubens Alves, que diferencia o que é ser apenas pai biológico da paternidade responsável quando diz:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).¹⁵

O autor supramencionado com muita sabedoria e sensibilidade definiu em poucas palavras a paternidade responsável, e é nesse sentido que os aplicadores do direito se baseiam ao reconhecer a socioafetividade, inclusive nos casos de anulação de paternidade em que o investigador tem o interesse de ter anulado o seu registro, com base na filiação biológica, visando uma herança vantajosa, nesse sentido temos o jurista Belmiro Welter, que cita um interessante acórdão, que trata da paternidade sociológica, da seguinte forma:

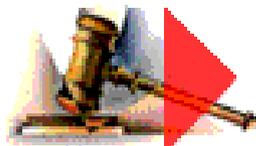
Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva. Daí não se tratar de um rematado absurdo e cogitação de que se pudesse pretender pôr limites à investigação da paternidade biológica, porque, quando se permite indiscriminadamente esta pesquisa, se está jogando por terra todo o prisma sócio-afetivo do assunto, e isto vale também para a paternidade biológica, não só para a adotiva. O pai e a mãe criaram um filho, com a melhor das criações possíveis, com todo o amor que se podia imaginar; passam-se os anos; 40 anos depois, resolve o filho investigar a paternidade com relação a outra pessoa, esbofeteando os pais que o criaram por 40 anos! E normalmente esses pedidos são tão despropositados que, falando em tese, muitas vezes têm a ver apenas com a cobiça: descobre que o pai biológico tem dinheiro, vai herdar, então despreza os pais que o criaram, que lhe deram toda educação, quer adotivos, quer biológicos – tidos como biológicos –, e vai procurar o outro pai que teve o tal de coito, uma vez na vida.¹⁶ (WELTER apud COSTA, artigo publicado no IBDFAM: paternidade socioafetiva).

A filiação afetiva é determinada quando a criança se sente segura e desejada, Rodrigo da Cunha Pereira, em uma abordagem psicanalítica das relações de família, nos ensina que:

O que determina a constituição de família é sua estrutura psíquica, onde o que importa é o lugar em que cada membro da família ocupa, de filho, de pai ou de mãe. Esclarece que esse pai e essa mãe não precisam ser necessariamente biológicos. Qualquer pessoa poderá ocupar o lugar, desde que exerça tais funções, pois a paternidade e a maternidade são uma questão de função. [...] O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe. (1997, p. 62 apud NOGUEIRA, 2001, p. 87).

A ministra Nancy Andrighi, explicita em uma decisão do STJ, sobre como está ocorrendo à construção jurisprudencial e doutrinária sobre a filiação socioafetiva, uma vez que não há legislação regulamentando-a. É o que pode ser observado abaixo, quando diz:

A filiação socioafetiva é uma construção jurisprudencial e doutrinária ainda recente, não respaldada de modo expresso pela legislação atual. Por isso, a ação de investigação de paternidade ou maternidade socioafetiva deve ser interpretada de modo flexível, aplicando-se analogicamente as regras da filiação biológica. Essa aplicação, por óbvio, não pode ocorrer de forma literal, pois são hipóteses símeis, não idênticas, que requerem, no mais das vezes, ajustes ampliativos ou restritivos, sem os quais restaria inviável o uso da analogia”, explicou a ministra. “Parte-se, aqui, da premissa que a verdade sociológica se sobrepõe à verdade biológica, pois o vínculo genético é apenas um dos informadores da filiação, não se podendo toldar o direito ao reconhecimento de determinada relação, por meio de interpretação jurídica pontual que descure do amplo sistema protetivo dos vínculos familiares”, acrescentou. Segundo a relatora, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afasta restrições à busca da filiação e assegura ao interessado no reconhecimento de vínculo socioafetivo trânsito livre da pretensão. Afirma o dispositivo legal: “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.¹⁷

A paternidade socioafetiva, encontra amparo na clausula geral da tutela da personalidade humana, em que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. Pois a filiação socioafetiva, no qual se caracteriza a “posse de estado de filho”, é solidificada na afetividade, amor, carinho e cuidado, sendo que todos esses elementos são indispensáveis na relação paterno-filial, obtendo dessa forma a verdadeira paternidade.

Para que haja o reconhecimento da paternidade socioafetiva precisa observar se há reunião dos três elementos clássicos, nomen (nominatio), tractatus (tractatio) e fama, que nos dizeres de Carlos Alberto Gonçalves (2012, p.339) são “nomen (indicativo de que a pessoa utiliza o nome de família dos pais), tractatus (quando o interessado é tratado publicamente como filho), e fama (quando a pessoa goza da reputação de filha, na família e no meio em que vive)”, sendo estes caracterizam a “posse de estado de filho”. Surgindo nesse momento a formação de conjunção suficientes de fatos para indicar a real existência de relação familiar, em especial entre pai e filho. Quando o direito reconhece esse fenômeno, está acolhendo a verdade oriunda do afeto e do amor. (FACHIN, 1996), sendo que não há necessidade da existência da configuração de todos os elementos para configurá-lo.

Nesse norte, disserta José Lamartine e Ferreira Muniz (1998, p.52 apud NOGUEIRA, 2001, p.116-117), sobre os elementos que compõem a noção de “posse de estado de filho” que:

O primeiro elemento (a nominatio) é quase sempre de pouca ou nenhuma utilidade: tenha o filho apenas o nome de família da mãe ou também o nome de família desta, não se está aí diante de um elemento decisivo. Os outros dois elementos, porém particularmente o segundo (tractatio) são da maior importância, por permitirem revelar a existência (ou não) de vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida.

Assim, pode-se concluir que se o filho nunca teve o patronímico do pai, não descaracteriza a “posse de estado de filho”, pois comprovando-se os outros dois elementos são suficientes para a formação da paternidade socioafetiva. Não podendo deixar de mencionar que ao estudar o caso concreto deve-se levar em consideração também o fator tempo, pois este é condição de existência e força da referida “posse de estado de filho”, no qual a constitui, sendo construída e solidificada com o passar do tempo.¹⁸

15 ALVES, apud LIMA, Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico – disponível em: .Acesso em: 01ago. 2012.

16 Paternidade Socioafetiva – autor Everton Leandro da Costa – disponível em .Acesso em: 01 ago. 2012.

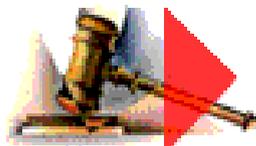
17 STJ – disponível em:. Acesso em: 12 ago. 2012.

18 NOGUEIRA, Ibidem. Ob. cit. p. 118.

4.1- PRINCÍPIOS APLICADOS PARA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

4.1.1- Princípio da Afetividade A afetividade contribui no desenvolvimento da psique humana (conjunto dos processos psíquicos conscientes e inconscientes) e na construção da personalidade do indivíduo, que abrange a estruturação das funções psicológicas da criança desde o início. Fausto Eduardo Menon Pinto, conceitua a afetividade da seguinte forma:

A afetividade como uma dimensão do psiquismo humano que se refere ao conjunto complexo e dinâmico de emoção e sentimento, sendo a emoção uma reação de caráter corpóreo e brusco; já o sentimento de caráter subjetivo e atenuado. De outro modo de dizer, o ser humano sente a alteração no corpo pelas



modificações que ocorrem na frequência cardíaca, na respiração, no tom de voz, além de alterações metabólicas. Próprias das emoções. Acompanhada da experiência emocional, existe um sentido subjetivo, o qual se dá um colorido, um brilho, um valor das experiências vividas. Mais especificadamente a isso, a afetividade estaria unida ao domínio do íntimo e pessoal, do mundo privado e subjetivo de cada ser humano; fazendo-o sentir-se de muitos modos e adjetivos: amoroso, caloroso, raivoso e odioso.¹⁹

O alicerce da criança está na afetividade, incluindo ainda as figuras representativas dos pais, essa afeição é importante, pois contribui para a formação de sua personalidade, que serão refletidas nas suas relações sociais no decorrer de sua vida, portanto é fator determinante para a sua formação estrutural emocional.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal vem corroborar com tal assertiva quando afirma que o vínculo socioafetivo é tão importante quanto o exame de DNA em processos de reconhecimento de paternidade e ainda traz a baila que:

Especialistas afirmam: o vínculo afetivo entre mãe e filho pode começar ainda na gravidez. Depois do nascimento, essa ligação tende a aumentar com o convívio diário, determinante para a formação da personalidade da criança. O pai, mesmo não biológico, participa do processo. Por isso, a conexão socioafetiva é tão relevante quanto um exame de DNA em processos de reconhecimento de paternidade.²⁰

Nos dizeres de Rolf Madaleno, sobre afetividade ele elucida quando afirma que:

Afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos laços afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar. (2011, p. 95).

Continuando a explicitar sobre o assunto afirma que aquele que nunca pôde receber afeto de seus pais, de sua família ou de ninguém, nunca será inteiramente saudável, lembrando que:

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetiva e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, enquanto só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioridade proteção constitucional. (2011, p. 96).

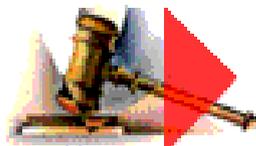
Posto isso, o Direito de Família vem valorando a família constituída pelo afeto, sabendo da importância desse sentimento na formação da pessoa e da figura do pai socioafetivo.

19 Artigo publicado no Portal dos Psicólogos: O Sujeito Psicológico e as interfaces com as dimensões psíquicas: um breve diálogo sobre a afetividade – autor: PINTO, Fausto Eduardo Menon – Psicólogo pela Universidade São Francisco/Itatiba, Mestre em Educação pela FE/Unicamp e Psicólogo da Prefeitura Municipal de Hortolândia/São Paulo (Brasil) – disponível em .Acesso em: 03 ago. 2012.

20 STJ – disponível em: .Acesso em: 12 ago. 2012.

4.1.2- Princípio da aparência

O princípio da aparência é aplicado no reconhecimento da paternidade socioafetiva, pois tal relação paterno-filial estabelece uma situação de fato que nas palavras de Orlando Gomes, “a posse do estado



de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho do casal que o cria e educa” (apud, FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 570).

Ainda nessa questão da aparência na posse do estado de filho, confere a este juridicamente “uma realidade social, pessoal e afetiva invidiosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito”²¹, a necessidade de se buscar meios eficazes para provar a paternidade socioafetiva é imprescindível a aparência da relação paterno-filial, construída através da afetividade. Leciona nesse sentido o jurista José Bernardo Ramos Boeira:

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Aliás, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar ser filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente (apud NICOLAU JUNIOR, 2009, p. 207).

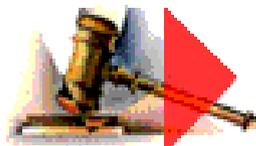
Sobre o tema exemplificaremos com a seguinte jurisprudência:

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004). Dessa forma, a aparência de estado de filho diante de toda uma comunidade, é uma situação que contribui para a formação da personalidade daquele que detém a posse de estado de filho, não tendo como o judiciário não reconhecer a relevância dessas razões, sendo assim o juiz pode aplicar o ativismo judicial, porque em Direito de Família, o juiz dispõe de poderes e atribuições que não são próprios de outros magistrados, pois tem como foco “outra índole investigatória na busca firme e direta da verdade escondida nos fatos; deixa de ser mero condutor do debate, como deseja o sistema dispositivo, para intervir com prudência e parcimônia na devassa da causa”.²² 4.1.3- Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O Sistema Jurídico Brasileiro em consonância com o Direito Internacional, ratificou em sua legislação o Direito Universal das Crianças e do Adolescente, que teve como princípio norteador a dignidade da pessoa humana com fundamento na primazia do melhor interesse do menor.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, caput:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



Sendo tal princípio confirmado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, em seus artigos 4º, caput e 5º, como esta disposto:

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5.º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Todos esses direitos solidificaram-se após a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, que determina que todas as decisões que digam respeito à criança deve atender o “interesse superior da criança”.²³

Nas ações de investigação de paternidade, em que há menor envolvido, além da participação do representante do Ministério Público, o magistrado para reconhecer a paternidade socioafetiva deverá aplicar o princípio do melhor interesse do menor, porém tal princípio não descreve as situações ou os fatos que correspondem esse melhor interesse, precisando para tanto que o julgador adentre no campo filosófico, pois assim estará estudando de forma geral os valores, o sentido, os fatos e os princípios gerais da existência, bem como a conduta do pai socioafetivo com o menor. Somente após esse estudo que ele poderá reconhecer a paternidade socioafetiva com fundamento em tal princípio, uma vez que ele visa à proteção jurídica maximizada do menor.

21 Autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, op. Direito das Famílias, cit.,p.570

22 Artigo publicado na AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros – autor: José Carlos Teixeira Giorgis – Desembargador Aposentado TJ-RS – disponível em .Acesso em: 02 ago. 2012.

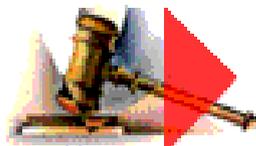
23 A Convenção sobre os Direitos da Criança – UNICEF – disponível em:<http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> . Acesso em: 03 ago. 2012.

4.1.4- Princípio da Busca da Verdade Real

O princípio da busca da verdade real está sendo utilizado pelos magistrados, como pode ser observado na Jurisprudência do STJ²⁴. Tal princípio aparece mais explicitamente na doutrina de processo penal, mas não deixa de informar a atividade judicante no campo do processo civil e do processo do trabalho²⁵, sendo utilizado também no Direito de Família, pois o juiz tem a função de descobrir a verdade dos fatos, para, poder fazer o seu julgamento, com isso formar o seu livre convencimento, para tanto é livre a escolha e a exploração das fontes de prova.

A jurisprudência vem corroborar esta posição doutrinária:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CRIANÇA QUE FOI ACOLHIDA AOS TRÊS MESES DE IDADE, CRIADA COMO SE FILHO FOSSE ANTE A IMPOSSIBILIDADE BIOLÓGICA DO CASAL EM GERAR FILHOS. ADOÇÃO NÃO FORMALIZADA. A verdade real se sobrepõe a formal, cumprindo-nos conhecer o vínculo afetivo-familiar criado pelo casal e a criança, hoje adulto, ainda que não tenha havido adoção legal. Paternidade socioafetiva que resulta clara nos autos pelos elementos de prova. RECURSO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA)



(Apelação Cível Nº 70023877798, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/08/2008).

Posto isto, no Direito de Família o juiz ao buscar a verdade dos fatos, seja para reconhecer a origem biológica, como para reconhecer a paternidade socioafetiva, tem esse princípio como referência para formar o seu livre convencimento.

24 A verdade real na jurisprudência do STJ – revista Consulex – disponível em: < <http://www.consulex.com.br/news.asp?id=24262>> .Acesso em: 12 ago. 2012.

25 Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica – autora: Regina Lúcia Teixeira Mendes – disponível em: < <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>> .Acesso em: 12 ago. 2012.

4.2- A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO PSICOSSOCIAL NO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O estudo psicossocial tem como objetivo auxiliar o representante do Ministério Público e o Juiz nas lides em que há menor envolvido, em especial nos casos em que não conseguem encaminhar a questão, com as pessoas envolvidas na lide, daí a necessidade de se buscar subsídio técnico psicológico, em virtude da capacidade técnica dos profissionais de Psicologia.

As psicólogas Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro e Liana Fortunato Costa, esclarecem quando se deve realizar o estudo psicossocial:

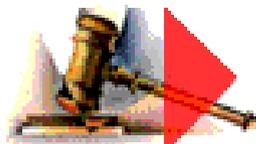
O estudo psicossocial realiza-se com o objetivo principal de assessorar os magistrados, fornecendo-lhes um relatório com informações que poderão lhe propiciar um entendimento mais amplo da situação na qual as pessoas e, principalmente, as crianças [...] Assim, o psicólogo ou o assistente social coloca seus conhecimentos à disposição do magistrado, assessora-o em aspectos relevantes para determinadas ações judiciais, coloca nos autos a realidade psicológica dos envolvidos nessas ações que, sem a sua atuação, jamais chegaria ao conhecimento do julgador. Desse modo, o estudo psicossocial é a voz do Setor Psicossocial nos autos.²⁶

Desta forma o estudo psicossocial é de suma importância para auxiliar o magistrado no reconhecimento da paternidade socioafetiva, uma vez que o psicólogo ou assistente social tem capacidade técnica, capaz de verificar a existência da afetividade, bem como os demais pressupostos que caracterizam a referida paternidade.

26 CREAS: O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual - Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro e Liana Fortunato – disponível em: < <http://creasdpesacis.blogspot.com.br/2011/11/artigo-interessante-para-pensarmos-os.html>> .Acesso em: 30 jul. 2012.

5- ANÁLISES JURISPRUDÊNCIAIS

Na decisão abaixo o Relator Dr. Roberto Carvalho Fraga reconheceu a paternidade socioafetiva, embora tenha sido provada a paternidade biológica, sob o fundamento que as “relações parentais de filiação baseadas na afetividade, ou constituídas com base no afeto, devem se sobrepor à filiação biológica ou registral, exatamente porque, ninguém passa a ser pai na verdadeira acepção da palavra, só porque se descobriu que biologicamente é o pai”, concluindo ainda que após a descoberta do pai biológico, o pai socioafetivo não deixa de ser pai, pois foi este que esteve durante a criança na fase mais importante de



sua vida. No mesmo voto o supracitado Relator completa que “a verdade, em matéria de paternidade e filiação, está longe de ser absoluta e acima do mero vínculo biológico, tendo relevância o vínculo registral quando acompanhado do vínculo social e afetivo”.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COMPROVAÇÃO DA VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do código civil. a retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. ainda que exista a filiação biológica, confirmada no feito, estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva que se estabeleceu entre a autor e o pai registral, a paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70044880854, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ROBERTO CARVALHO FRAGA, JULGADO EM 11/04/2012)27

Nesse diapasão o Tribunal de Justiça de Sergipe, no qual o Des. Cezário Siqueira Neto, reconheceu a paternidade socioafetiva frente a comprovação da paternidade biológica como se vê na Ementa abaixo:

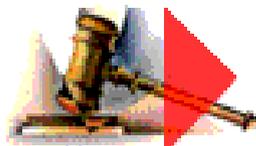
EMENTA: Apelação Cível - Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Comprovação da paternidade biológica pelo exame de DNA. Contudo, demonstrada a paternidade socioafetiva em relação ao pai registral. Preponderância da filiação socioafetiva em relação a verdade biológica. Recurso que se conhece para lhe negar provimento. Decisão por maioria.(TJSE - Apelação Cível AC 2011215481 – Relator Des. Cezário Siqueira Neto, julgado em 03 de setembro de 2012).

Na presente decisão prevaleceu o vínculo “afetivo entre o autor e o homem que o registrou, estando caracterizado o estado de filiação. Dessa forma, não obstante a descoberta da verdade biológica, não há que se falar em reflexos de ordem patrimonial ou sucessória”. Portanto a relação socioafetiva transcende ao vínculo biológico, comprovando-se através da jurisprudência que os magistrados estão reconhecendo o afeto como diretriz da verdadeira paternidade.

Entretanto em uma decisão no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual o Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, conforme a Ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA E NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE BIOLÓGICA EVIDENCIADA EM EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ARGUIÇÃO IRRELEVANTE NO CASO EM RELAÇÃO À AUTORA, QUE NÃO PARTICIPOU DO ATO REGISTRAL. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ART. 23 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

1. Embora irrevogável o reconhecimento voluntário de filiação, é possível ao reconhecido, que não participou do respectivo ato, investigar sua paternidade biológica.
2. Inviabilidade da defesa imotivada por terceiros de que o reconhecido manteve relação socioafetiva com seu pai registral.
3. Afirmado categoricamente em exame de DNA o vínculo biológico perseguido, correta a sentença que acolheu os pleitos de investigação de paternidade e de retificação do registro civil.
4. Redistribuição do ônus da sucumbência entre os réus, nos termos do art. 23 do CPC.
5. Os honorários advocatícios fixados na sentença devem ser mantidos, pois que observada a previsão do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.(TJRS, Apelação Cível nº 70045101508, Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16 de fevereiro de 2012).



Reconheceu a existência da paternidade socioafetiva com o pai registral, sendo que este era esposo da mãe biológica da Apelante e a assumiu desde o seu nascimento. Após 42 anos, ela impetrou a ação de investigação de paternidade com o objetivo de ter o seu registro civil anulado. Reconhecendo assim, o pai biológico que não conviveu e nem formou laços afetivos, como ocorreu com o pai socioafetivo. Em trecho do Acórdão fica claro a demonstração da paternidade socioafetiva, como se vê abaixo:

Resta demonstrada a existência da paternidade socioafetiva, ainda mais que o pai registral demonstrou o “amor e carinho” que tem pela autora, tanto que custeou suas despesas até os 27 anos, por mera liberalidade, manifestando que a demora no ajuizamento da ação demonstra, no seu entender, a “prova forte dos sólidos laços efeitos entre os mesmos”.

Sendo deferida a anulação do registro sob o fundamento de que:

Não se está aqui a dizer que a relação de afetividade desenvolvida por décadas não existiu ou que não foi adequada, mas, isso sim, que a perfilhada, ora apelada, tomando ciência de que é filha biológica de outrem, pode, e para todos os fins, perseguir essa paternidade.

Por conseguinte, ainda não é pacífica a manutenção da paternidade socioafetiva em face da biológica, mesmo sendo evidente, o reconhecimento da filiação socioafetiva pelo magistrado. Deferindo a anulação do registro civil, o julgador fundamentou a sua decisão no sentido que a Apelante não participou do ato e nem tampouco externou a sua vontade, como se observa nos seus dizeres “não há por que se preservar uma filiação cuja manutenção não é desejada, respeitante a um ato de que a filha reconhecida não participou, vale dizer, para o qual não externou sua vontade.”.

27Instituto Brasileiro de Direito de Família:<
<http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/1359>>. Acesso em: 07 set. 2012.

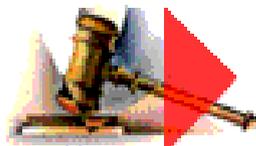
CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar a evolução que o conceito de família teve no sistema jurídico brasileiro, em especial no que se refere à paternidade. Ressaltando a importância da afetividade na relação paterno-filial, pois hodiernamente é inegável que o afeto se encontra presente em tais relações, sedimentando a reciprocidade de sentimentos, tratamento mútuo entre os cônjuges e destes para com seus filhos, que não se vincula pela consanguinidade, mas pelo amor e carinho.

A paternidade socioafetiva deve se sobrepôr a paternidade biológica quando ambas entrarem em conflito. Ficando evidente um dos elementos constitutivos da paternidade socioafetiva, que são tractatus, nominatio e reputati, caracterizando o status de filho, o magistrado deve optar por esta paternidade, uma vez que na paternidade biológica não foi criada o vínculo afetivo.

Ausente à afetividade na paternidade biológica, não há como esta ser reconhecida, pois o objetivo da investigação de paternidade é descobrir quem exerceu a função de pai, não importando o vínculo biológico. Não se pode deixar de reconhecer o direito da pessoa investigar a sua origem biológica, pois cerceando esse direito estaria infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, apenas a ascendência biológica não pode ser o suficiente para anular o registro civil, em que o pai registral exerceu a paternidade socioafetiva.

Quando não se consegue visualizar com clareza o vínculo afetivo, e existindo colisão entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, deve-se buscar auxílio com os profissionais capacitados como psicólogos e assistentes sociais, para através de um estudo psicossocial do caso, possa chegar à solução da celeuma. Porque o juiz tem a função de descobrir a verdade dos fatos, para, poder fazer o seu julgamento, com isso formar o seu livre convencimento, para tanto é livre a escolha e a exploração das fontes de prova.



GARCIA ADVOCACIA

Rodrigo Eduardo Garcia - oab/sp 178.926

Outrossim, deve-se buscar o melhor interesse do menor, pois as crianças e adolescentes, devem ter total amparo do Estado. Com base em tal princípio o julgador deverá entrar no campo filosófico e estudar de forma geral os valores, com o objetivo de verificar a conduta e a importância que o pai socioafetivo tem ou teve na vida do menor, assim maximizaria a proteção jurídica do menor.

Portanto, o Poder Judiciário não pode deixar de reconhecer a paternidade socioafetiva, no qual o pai socioafetivo por uma opção de amor, cria uma criança, dedicando-lhe afeto e suprindo todas as suas necessidades materiais e emocionais, venha a ser privado de continuar exercendo a paternidade, em decorrência de uma investigação de paternidade, em que fica comprovado a origem genética da pessoa. Pois a paternidade biológica sem vínculo afetivo não caracteriza a verdade real dos fatos, pois ser pai é muito mais do que dar seu DNA a alguém.