



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR

“PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

RICHARDSON GARCIA DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: QUANDO A PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA
DEVE PREVALECER SOBRE A BIOLÓGICA.**

São João del-Rei, dezembro de 2014.

RICHARDSON GARCIA DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: QUANDO A PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA
DEVE PREVALECER SOBRE A BIOLÓGICA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção e título de Graduado, sob orientação da professora Fabrizia Lelis Naime de Almeida Coelho.

São João del-Rei, dezembro de 2014.

RICHARDSON GARCIA DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: QUANDO A PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA
DEVE PREVALECER SOBRE A BIOLÓGICA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Instituto de Ensino Superior Presidente
Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como
requisito parcial à obtenção e título de
Graduado, sob orientação da professora
Fabrizia Lelis Naime de Almeida Coelho

COMISSÃO EXAMINADORA

Fabrizia Lelis Naime de Almeida Coelho

(orientadora)

Prof. Sérgio Leonardo Molisani Monteiro

(1º arguidor)

Prof. Karin Cristine Magnan Miyahira

(2º arguidor)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus e a Nossa Senhora por terem me dado saúde, força e inteligência para superar as dificuldades e chegar a esta etapa.

A toda minha família, principalmente meus pais pelos cuidados e pelo amor incondicional a mim dispensado.

Aos meus amigos e colegas de classe pelo incentivo e por toda a ajuda.

A universidade, a direção, todo seu corpo docente e todos os funcionários que com esforço e dedicação puderam me proporcionar este momento e me ajudaram a alcançar uma graduação de nível superior.

A minha orientadora Frabrizia Naime, pelo suporte neste curto espaço de tempo, dedicando-se as correções e orientações que me foram muito importantes.

E por fim, a todos aqueles que de qualquer maneira fizeram parte e colaboraram na minha formação, o meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe um grande avanço no que tange ao reconhecimento da filiação no direito brasileiro, uma vez que não há mais que se falar na distinção entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, o que gerou o surgimento de uma nova filiação. Uma filiação pautada no respeito mútuo entre os indivíduos da mesma família e que leva em conta o afeto, o carinho e o amor entre pais e filhos, o que vem sendo atualmente levado mais em conta para se determinar a paternidade de um indivíduo. O critério mais eficaz e seguro para se determinar a filiação é sem dúvida o biológico, que pautado no poderoso exame de DNA, consegue precisar com grau de quase absoluta certeza a existência do elo consanguíneo entre as pessoas. No entanto, o afeto entre pais e filhos deve prevalecer quando o elo é apenas biológico e não é atrelado ao amor. Desta forma o presente trabalho visa demonstrar quando a importância do reconhecimento da paternidade sócio afetiva e quando ela deve se sobrepor ao vínculo biológico, uma vez que a nossa Corte Suprema, em julgamento de casos que envolveram a discussão entre a relevância da paternidade sócio afetiva, já reconheceu o tema como sendo de repercussão geral.

Palavras-chave: Investigação de Paternidade; Filiação; Critérios; Biológico; Sócio afetivo.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Capítulo I: Da família, do poder familiar e o conceito de filiação	10
1.1. Conceito de família	10
1.2. Do poder familiar	11
1.3. Da filiação	15
2. Capítulo II: Da ação de investigação de paternidade	20
2.1. Conceito e amparo legal	20
2.2. Rito	21
2.3. Competência	22
2.4. Legitimidade ativa e passiva	23
2.4.1. Legitimidade ativa	23
2.4.1.1. Do suposto filho	23
2.4.1.2. Do marido na negatória	24
2.4.1.3. Do nascituro	25
2.4.1.4. Do Ministério Público	25
2.4.2. Legitimidade Passiva	26
2.5. A revelia nas ações de investigação de paternidade	26
2.6. Os meios de provas	27
2.7. A recusa imotivada do suposto pai a se submeter ao exame de DNA	31
2.8. A sentença	32
2.9. Da coisa julgada	33
2.10. Dos recursos	34
2.11. A importância da ação judicial nas averiguações de paternidade	35
3. Capítulo III: Da paternidade sócio afetiva	37
3.1. Dos critérios para se determinar a paternidade	37
3.1.1. Do critério judicial	37

3.1.2. Do critério biológico	38
3.1.3. O critério sócio afetivo e quando este deve se sobrepor ao critério biológico	40
3.2. Princípios norteadores da filiação sócio afetiva	48
3.3. Alguns casos em que a paternidade sócio afetiva deve se sobrepor a biológica	50
4. Considerações Finais	55
5. Referências Bibliográficas	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar, em uma análise objetiva, que em determinados casos, quando houver um conflito entre a afetividade e genética, que após serem analisados todos os elementos dos autos, a paternidade sócio afetiva, poderá prevalecer em detrimento da paternidade biológica, uma vez que na relação paterno filial o elo de amor e carinho que une pais e filhos, vem sendo considerado como um vínculo mais forte e importante que apenas o elo genético e consanguíneo entre as pessoas.

A Constituição Federal de 1988, ao dar uma maior importância as relações familiares, dando inclusive ao Estado, a obrigação de proteger e sempre garantir a segurança e a boa convivência familiar, vedou a distinção que havia entre filhos oriundos ou não do casamento (art. 227, §6º da CF/88). Desta forma, o que vigora atualmente é o princípio da igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento.

Para se alcançar o objetivo do presente estudo, num primeiro momento será demonstrado um breve histórico da evolução da família desde a Roma antiga até os tempos atuais, de modo a demonstrar a evolução que ocorreu na sociedade e principalmente no direito até o momento em que as diversas formas de paternidade foram igualadas e passou-se a não mais fazer distinção entre os filhos, uma vez que todo filho tem os mesmos direitos independentemente de sua origem.

Depois de ser demonstrada a evolução da família e da relação paterno filial ao longo do tempo, o presente trabalho irá adentrar efetivamente no ramo do direito de família destinado a se buscar o reconhecimento da paternidade, através do instrumento judicial cabível e todos os seus requisitos.

Neste segundo momento é abordado o conceito e o objetivo deste tipo de ação que tem por objetivo dar a todo indivíduo, que se vê privado de seu direito de personalidade ou de sua verdadeira identidade genética o direito a investigar judicialmente a sua verdadeira paternidade. O estudo deste tema demonstra ainda qual é o rito processual utilizado neste tipo de ação, bem como qual é a competência para processar e julgar este tipo de demanda.

Ademais, demonstra-se ainda, quem tem a legitimidade para propor a lide e em face de quem deve a demanda ser proposta, bem como os efeitos da revelia e quais os meios probatórios aceitos nas ações investigatórias, com um estudo ainda sobre a supressão da prova quando da recusa imotivada do suposto pai em se submeter ao exame pericial de DNA. Por fim neste segundo momento, os efeitos da sentença, da coisa julgada e os recursos cabíveis nas ações investigatórias.

Por fim, será abordado o principal objetivo do presente trabalho que é demonstrar quando a paternidade sócio afetiva, poderá ser determinada ainda que se haja a presença do elo genético no caso.

Para tanto, será demonstrado que o que mais se leva em consideração atualmente é que a figura do pai e da mãe não é somente aquele que transmite herança e características genéticas ao filho, mais é aquele que cria laços de afetividade, amor, carinho, proteção e ensina valores éticos e morais a criança. Enfim, pai e mãe é aquele que exerce as verdadeiras funções de tal *múnus*.

O magistrado deve sempre buscar o melhor interesse da criança, ainda que para isso ele tenha que dar uma decisão contrária a certeza da existência do elo genético, de modo a se buscar uma condição de vida melhor para a criança. Aqui não se trata de condição financeira, mais sim da condição de um amor e respeito que visem levar o indivíduo a um bom desenvolvimento na sociedade e como pessoa.

Desta forma, o objetivo, amparado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e nos direitos de personalidade e da paternidade, é demonstrar que o que mais se leva em conta atualmente nas relações paterno filiais é a presença do amor, carinho, afeto e respeito entre pais e filhos e não somente as heranças genéticas transmitidas entre as pessoas, que obviamente também são fundamentais neste tipo de relação familiar.

1. DA FAMÍLIA, DO PODER FAMILIAR E CONCEITO DE FILIAÇÃO

1.1 Do conceito de família

O conceito de família sofreram, ao longo dos séculos, várias mudanças, desde a antiga família romana até os dias atuais. Resumidamente a história da família começa na Roma antiga, onde a família era organizada sob o princípio do *pater familias*, ou seja, era uma família patriarcal e hierarquizada, onde o ascendente comum mais velho era quem detinha as regras de convivência e de postura de seus familiares, ou seja, o pátrio poder era do pai, prevalecendo sempre os vínculos consanguíneos nas relações familiares.

No entanto, tal modelo de família sofreu uma grande mudança durante a idade Média, entre os séculos X e XV, época em que a igreja católica detinha a maior força hierárquica e política. Foi neste período que a igreja consolidou o casamento como o único elo indissolúvel entre homem e mulher e apenas deste vínculo deveriam resultar filhos, surgindo aí, a distinção entre filhos havidos dentro e fora do casamento, os considerados legítimos e ilegítimos respectivamente.

No Brasil, o Código Civil de 1916 e as Constituições anteriores a atual, não dispunham sobre outros modelos de família, senão aquela considerada “legítima”, formada pelos laços matrimoniais, uma vez que não havia o propósito em reconhecer relações que se davam fora do matrimônio.

Entretanto, nossa atual Carta Constitucional de 1988, trouxe como responsabilidade do Estado, uma maior proteção à família, tanto que o art. 226 da nossa Carta Magna assevera que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A Constituição vedou inclusive, qualquer tipo de discriminação entre filhos havidos dentro e fora do casamento. Assim, pode-se destacar que, a nova Constituição Federal trouxe amparo inclusive nas relações de filiação, com o surgimento do princípio da igualdade entre os filhos, amparado também no art. 1596 do Código Civil de 2002, que veda também a distinção entre filhos.

Por sua vez, vê-se pela redação do art. 227, que a Carta Constitucional, deu ainda um grande amparo e proteção a pessoa dos filhos. O citado dispositivo legal

relacionou todos os deveres da família e do Estado para a proteção do filhos, visando sempre o seu bom desenvolvimento perante a sociedade.

Conforme já citado anteriormente, com a vigência de nossa Lei Maior, não há mais que se falar em discriminação entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, que eram até pouco tempo tratados como legítimos e ilegítimos. O §6º do art. 227 garante que: “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”.

Dessa forma, num contexto geral, podemos diferenciar a “família” do Código Civil de 1916, da “família” amparada pela Constituição Federal. Farias e Rosenvald (2011, p. 471), por exemplo, classificam a família do CC/1916, como: “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, unidade de produção e reprodução e caráter institucional”. Por outro lado, classificam a família contemporânea amparada pela Constituição Federal de 1988 como “pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hétero ou homoparental, biológica ou sócio afetiva, unidade sócio afetiva e caráter instrumental”.

Outra mudança significativa que a Constituição Federal trouxe em relação a família, foi reconhecer a união estável como entidade familiar, dando a tal tipo de sociedade conjugal todos os direitos inerentes ao matrimônio, como a partilha de bens, direito e obrigação de receber e prover alimentos, direito a sucessão etc.

Atualmente, o que tem se levado mais em conta nas relações familiares é a existência de afeto entre os membros, pois é através dele que as pessoas se unem e se separam. Assim, o conceito contemporâneo de família mudou consideravelmente, pois agora família não é somente mais aquele que esta unida por laços consanguíneos, mas é também aquela que esta unida por laços de afetividade, não havendo que se falar em qualquer tipo de distinção entre elas.

1.2 O poder familiar

O Código Civil de 2002, manteve disciplinado, nos arts. 1.630 a 1638, as regras insculpidas quanto ao exercício do poder familiar. Entende-se por poder

familiar, conforme ensina Sílvia Rodrigues (2006, p. 356), o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Poder familiar para Helena Diniz (2010, p. 564-565) é:

Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores. Ao instituir a expressão “poder familiar”, o Código Civil afastou a denominação “pátrio poder”, que trazia a figura do marido como o chefe da sociedade conjugal. Desta forma, não há mais que se falar na prevalência da figura do cônjuge varão, estabelecendo a plena igualdade entre os cônjuges. O ECA, estabelece que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil.

Na vigência da sociedade conjugal, seja ela pelo casamento ou pela união estável, compete aos pais o exercício do poder familiar, exercendo com exclusividade por um dos cônjuges na falta do outro.

Qualquer dos pais tem o poder decisório sobre a pessoa e os bens dos filhos menores não emancipados, podendo em caso de divergência, qualquer deles recorrer ao judiciário para a solução necessária, como por exemplo na decisão para autorizar casamento de filho menor que deverá ser em consenso dos pais, cabendo ao judiciário resolver em caso de divergência destes (CC/02, art. 1.517).

Conforme preleciona ainda o art. 1.689 do CC/02 os pais enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários e administradores dos bens dos filhos. É dever dos pais ainda, conforme inteligência do art. 1.690 do mesmo diploma legal, representar os filhos menores de 16 anos e assisti-los até completarem a maioridade, ou seja, até completarem 18 anos ou até serem emancipados.

O poder familiar tem como característica ser um *múnus* público e irrenunciável, podendo os pais, incorrer em algumas das infrações relacionadas na lei nº: 8.069/90. É inalienável, pois não pode ser transferido a outrem. É

imprescritível pois não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercer, exceto pelo casos previstos em lei. É ainda, incompatível com a tutela pois não se pode nomear tutor ao menor, cujo pai ou mãe não tenha perdido seu poder familiar e tem por fim vínculo de subordinação, pois os pais tem poder de mando sobre os filhos que a eles devem obedecer (art. 1.638 CC/02).

São os filhos, as pessoas sujeitas ao poder familiar enquanto menores (art. 1.630 CC/02), ou mesmo após atingirem a maioridade, continuarem incapazes em virtude de qualquer dos casos do art. 3º do mesmo diploma legal, sendo assim sujeitos ao instituto da curatela. Se o filho for havido fora do casamento, estará sujeito ao pátrio poder, se devidamente registrado. O direito dos pais em exigir obediência e respeito dos filhos é parte da educação, podendo o genitor, moderadamente, aplicar castigos aos filhos.

O poder familiar tem repercussão não apenas em relação à pessoa dos pais e dos filhos, mas também em relações patrimoniais de terceiros. Os pais respondem pelos danos causados por seus filhos menores, que estejam submetidos a sua guarda. Trata-se da responsabilidade civil transubjetiva a quem não causou o dano, conforme estabelece o art. 932 do CC/02.

A destituição do poder familiar pode ser feita pelo Estado, e é uma sanção que visa preservar interesses do filho, afastando-o do convívio do pai que viola seus direitos, visando, de certa forma, atender ao melhor interesse do menor. Não há que se falar em antinomia entre o ECA e o CC/02 nas regras inerentes ao poder familiar.

As causas de suspensão do poder familiar, que é medida mais gravosa e podem não ser aplicada se o pai ou a mãe se comprometerem a adotar medidas que cessem a irregularidade, estão insculpidas no art. 1.637 do CC/02, que são; abuso do poder pelo pai ou pela mãe; falta aos deveres paternos e dilapidação do patrimônio do filho. Cabe a qualquer membro da família ou a requerimento do Ministério Público que o Juiz possa adotar as medidas cabíveis em cada caso. No mesmo sentido, estatui a lei nº: 8.069/90, em seus arts. 24 e 129, X. Se o pai ou a mãe, sofrer condenação por sentença irrecorrível por crime cuja pena exceda a dois anos. (paragrafo único o art. 1.637).

Por seu turno, a perda do poder familiar é sanção de maior alcance e não é medida de índole temporária como é o caso da suspensão. Ademais, é medida que

deve ser aplicada pelo juiz e não pode ser facultativa. Tanto a suspensão como a destituição dependem de decisão judicial, em processo que assegure os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, devendo tomar como procedimento o que estatui os arts. 155 a 163 do estatuto da criança e do adolescente.

O CPC, em seu art. 888, V, inclui entre as medidas cautelares, o depósito de menores e incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores e curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral. Também o Código penal, em seu art. 92, II e parágrafo único, inclui como efeito da condenação, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício do poder familiar. Assim, ficará suspenso do poder familiar o genitor que por der maus exemplos e tratar com maus tratos a sua prole. Por sua vez, o art. 1.638, disciplina as quatro hipóteses pelas quais haverá a destituição judicial do poder familiar

É importante mencionar que se o cônjuge contrair novo matrimônio ou uma relação de união estável, não perde o poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior, é o que garante o art. 1.636 do CC/02. A dissolução da sociedade conjugal, apenas altera a relação entre pais e filhos no que diz respeito a estes terem aqueles em sua companhia. O filho que não for reconhecido pelo pai ficará sob o poder familiar exclusivo da pessoa da mãe. Não sendo a mãe pessoa capaz de exercer o *munus*, será nomeado um tutor a este menor.

Para que o pai ou a mãe possa perder seu poder familiar, tal requerimento deve ser iniciado pelo representante do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (lei nº: 8.069, arts. 24, 155 e 201, III), com competência das Varas da Infância e Juventude. Se o pai ou a mãe perder ou ter suspenso seu poder familiar, a decisão judicial deverá ser averbada às margens do registro de nascimento do menor (art. 163, parágrafo único e 264 da lei nº: 6.015/73), podendo ser tal decisão, objeto de recurso de apelação que deverá ser recebida no efeito devolutivo. A extinção do poder familiar, se dá através da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 1.635 do CC/02.

1.3 Da Filiação

Conforme nos ensina Sílvio Rodrigues, (2006, p. 297).

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa às aquelas que a geraram, ou a receberam como se tivessem gerado. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação.

Por outro lado, Maria Helena Diniz, preleciona que (2010, p. 478-479).

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguínea em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC/02, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e ss.), ser uma relação sócio afetiva entre pai adotivo institucional e filho adotivo ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Para Nicoletti (2006, p. 1162), “por filiação, compreende-se o vínculo ou nexos familiar existente entre pais e filhos. Esse vínculo pode ser oriundo de uma relação sexual, inseminação artificial, fertilização, ou ainda, por adoção.”

O parentesco tem um sentido mais amplo e visa “unir” várias pessoas através de um elo comum, com vários graus diferentes de parentesco entre pessoas da uma mesma família. Já a filiação é instituto mais restrito, com abrangência apenas entre pais e filhos, quer seja pelo elo consanguíneo, quer seja elo afetivo. Na opinião de Farias e Rosenvald (2011, p. 478), “filiação 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.”

Como já frisado anteriormente, antes da vigência da CF/88, havia uma grande distinção entre filhos havidos dentro do casamento, os considerados filhos legítimos e os havidos fora do matrimônio, os considerados como filhos ilegítimos. Atualmente, não há que se falar mais neste distinção. A única diferença que ainda existe entre filhos havidos dentro e fora do casamento é em relação a presunção de paternidade em relação aos filhos concebidos durante a vigência da sociedade conjugal, nos termos do que disciplina o art. 1.597. Com a vigência de nossa Carta Magna, não há mais que se falar na distinção entre filhos (CF/88, art. 227, §6º), a não ser apenas em relação à presunção de paternidade.

O Código Civil, instituiu ainda uma nova temática concernente a fecundação artificial homóloga e heteróloga. Mas este diploma legal, não trouxe grandes avanços e alterações jurídicas no que concerne ao tema procriação.

Com a vigência da Constituição Federal, a filiação ganhou status de direito fundamental, sendo a todo cidadão garantido o direito a busca pela sua real paternidade, seja ela afetiva, biológica ou judicial. É dever do estado, assegurar a todo cidadão a busca pelo direito a paternidade, amparado no direito a dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental e basilar do nosso direito brasileiro.

Após a promulgação de vigente Carta Magna, vieram algumas legislações infraconstitucionais, como por exemplo a lei nº: 8.069/90. O estatuto da criança e do adolescente, o ECA, como é popularmente conhecido, ressalta em seu art. 3º, os direitos inerentes à criança e ao adolescente. O referido artigo disciplina que: “a criança e o adolescente, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” O ECA, visa conceder o direito a busca pela verdadeira identidade genética, exercendo-se plenamente o direito de personalidade, direito personalíssimo do filho.

O reconhecimento dos filhos se da conforme ensina o art. 1.609 do CC/02.

Art. 1609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório.

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objetivo único e principal do ato que o contém.

A presunção de paternidade é regra geral, presumindo-se que os filhos havidos na constância do casamento seja do cônjuge varão. Cabe ao marido, contestar a paternidade do filho havido dentro do matrimônio, conforme assevera o “art. 1601 do CC/02: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

A confissão de adultério da mãe não é prova suficiente para excluir a paternidade do marido, vez que não tem eficácia jurídica de afastar a presunção de

paternidade por parte do varão. Os filhos de pais casados não precisam ser reconhecidos, pois a paternidade decorre do casamento. Por sua vez, o filho havido fora do casamento não é beneficiado pela presunção legal de paternidade. Além da existência do vínculo biológico, há de existir o vínculo jurídico de parentesco entre eles. Noutro giro, a prova da impotência do varão para gerar, ao menos à época da concepção, afasta a presunção de paternidade.

A ação capaz de provar a filiação de um determinado individuo em relação ao outro é a ação de investigação de paternidade, onde para sua propositura devem ser observados todos os pressupostos legais para a admissibilidade da ação. Tal instituto, visa garantir a busca da verdadeira identidade da criança, bem como também o direito daquele filho havido fora dos laços matrimoniais reivindicar a sua verdadeira paternidade, para ter garantidos todos os seus direitos de filho.

A sentença, que após o transito em julgado, reconhecer a procedente a ação de investigação de paternidade produzirá os mesmo efeitos do reconhecimento, criando entre as partes, a relação de filiação.

Para alguns doutrinadores e juristas, são duas as formas de filiação. Entretanto, para a grande maioria são três os tipos de filiação: a) a filiação biológica, que é aquela decorrente de vínculos genéticos, ou seja, onde o filho herda do pai e da mãe características biológicas e laços consanguíneos; b) a filiação jurídica ou judicial, que aquela determinada por lei, como por exemplo nas ações de adoção e de reconhecimento dos filhos; c) e a filiação sócio afetiva, que aquela determinada não por laços biológicos, mas sim pelos laços de amor, carinho e afeto entre pai e filho. Tais tipos de filiação, serão estudados no decorrer deste estudo.

A doutrina coloca ainda, dois princípios centrais em relação à filiação: o de *mater semper certa est* e o do *pater is est quem nuptiae demonstran*. Tais princípios levam a presunção de que é facilmente identificável a mãe, valendo, relativamente ao pai, a regra da demonstração da paternidade pela concepção durante o casamento com a mãe do interessado.

A prova da condição de filho se dá pela certidão de nascimento, devidamente registrada no cartório de registro civil, conforme o art. 1.603 do CC/02, sendo vedado a vindicação de estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro, nos termos do art.

1.604. Isso se dá, devido a presunção *juris tantum*, uma vez que o registro de nascimento goza de fé pública. Desta forma, tal registro só pode ser alterado com a devida prova que demonstre o erro ou falsidade.

O reconhecimento dos filhos pode ser por ato espontâneo, voluntário ou forçado. O reconhecimento espontâneo é aquele feito por ato solene e público, onde o pai vai ao cartório e declara como sendo seu o filho. O reconhecimento forçado é aquele decorrente de uma sentença judicial, fruto de ação de investigação de paternidade. Já o reconhecimento voluntário é em relação ao filho havido fora do casamento, devendo pai e mãe, comparecerem ao cartório, reconhecendo o filho e gerando assim efeitos bilaterais.

Pode ser feito ainda através de testamento, seja ele público, cerrado ou particular. O testamento é ato que pode ser revogável, entretanto, se nele constar o reconhecimento de algum filho, este será irrevogável, posto que, o ato de reconhecimento de filho não pode ser revogado. O reconhecimento pode preceder ou pode ser posterior ao nascimento da criança.

O filho maior não pode ser reconhecido sem seu consentimento. Quanto ao menor, poderá este impugnar o reconhecimento no prazo de até 4 anos após ter alcançado a maioridade ou ser emancipado. Na falta ou defeito do termo de nascimento, pode-se provar a filiação de qualquer modo admissível em direito, como prova por escrito ou aparência de filiação.

A ação de prova de filiação compete ao filho em face do suposto pai, enquanto este esteja vivo. Se qualquer das partes forem falecidos, transmite-se aos herdeiros a legitimidade para figurar tanto no polo ativo como no polo passivo.

Para tal, um dos maiores avanços da tecnologia em prol do direito deve ser utilizado. É a possibilidade de determinação da paternidade, com certeza absoluta, através dos exames de DNA. Se anteriormente, o exame de sangue, com o sistema ABO, era absoluto apenas quanto a exclusão da paternidade, agora é possível afirmar, com certeza absoluta, na proporção de 99,9999%, através do exame de DNA, a filiação de cada indivíduo. Além disso, pode-se dar a filiação através da relação sócio afetiva. Tais critérios para a determinação da filiação de cada pessoa, serão discutidas nos próximos capítulos. Ademais, a filiação pode resultar de casamento declarado nulo, é aquilo que se denomina como “efeitos do nulo”.

2. DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1 Conceito e amparo legal

A ação de investigação de paternidade é o meio legal pelo qual todo cidadão pode buscar, via judiciário, o reconhecimento de seu estado de filiação. Com o surgimento da paternidade sócio afetiva, esta ação não serve mais apenas para se buscar o pai biológico, mais sim para determinar a condição do *status familiae* de cada indivíduo.

Esse meio de averiguação de paternidade, gera o chamado reconhecimento involuntário ou forçado de paternidade, através de uma decisão judicial declaratória e que declara ou não a paternidade do suposto pai em relação ao suposto filho. É a ação que visa garantir o direito ao reconhecimento de filiação, fazendo gerar entre pai e filho, todos os direitos oriundos das relações de parentesco e de filiação.

Pereira (2010, p. 375), ensina que:

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.

No mesmo sentido, Rosenvald e Chaves (2010, p. 535):

No campo da investigação de paternidade, almeja-se o reconhecimento do estado de filiação, não havendo prevalência necessária do laço biológico, podendo se estabelecer a condição paterno filial por força de um vínculo genético ou sócio afetivo.

A ação de investigação de paternidade é inalienável, imprescritível e irrenunciável. Conforme preleciona a súmula 149 do STJ, tal ação é imprescritível, ou seja, poderá ser intentada a qualquer tempo pelo filho. No entanto, o direito patrimonial é prescritível, ou seja, a ação intentada nem sempre poderá vir cumulada com o pedido de petição de herança se este direito já estiver prescrito. A súmula tem

a seguinte redação: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Esta ação pode ainda, vir cumulada com o pedido de alimentos, desde que o filho seja menor ou tenha qualquer enfermidade que o torne incapaz. Sendo o filho maior de idade, raramente o juiz deferirá o pedido de alimentos. Pode vir cumulada ainda com pedidos anulação ou retificação de registro civil para que conste na certidão de nascimento a filiação relativamente ao novo pai e a anulação do antigo vínculo de paternidade.

O escopo de tal instituto é dar a todo indivíduo, que se vê privado de seu, direito de personalidade ou de sua verdadeira identidade genética o direito a investigar judicialmente sua paternidade. Tal instituto esta diretamente ligado e tem o objetivo de resguardar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à cidadania de todos os indivíduos.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar do Direito brasileiro. Por isso, nosso ordenamento jurídico busca proteger o direito a cidadania e a busca pela verdadeira identidade de todos os cidadãos e a filiação é parte do direito de personalidade.

Assim, pode-se concluir que o principal objetivo da ação de investigação de paternidade é dar a pessoa o direito de personalidade, além de proporcionar a todas as pessoas o direito da convivência familiar, amparado pelo art. 227 da CF/88, amparando-se ainda, nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do direito a personalidade e a busca da verdadeira identidade de todo cidadão.

2.2 Rito

A lei não define expressamente qual o rito a ser seguido nas ações de investigatórias. Certo é que ainda que estas venham cumuladas com pedido de pensão alimentícia, estas ações não seguem o rito da lei de alimentos. Assim, a ação de investigação segue, subsidiariamente, o rito comum ordinário do CPC.

Dessa forma, o autor entra com a ação, fazendo todos os pedidos que achar de direito, o juiz, dará o despacho inicial, onde apreciará os pedidos liminares, como por exemplo de gratuidade de justiça e de fixação de alimentos provisórios entre

outros e marcará uma audiência preliminar na tentativa de conciliação, para tanto mandará citar o réu. Desta decisão cabe recurso de agravo de instrumento.

Havendo uma composição na audiência e estando o representante do Ministério Público de acordo, o juiz fará a homologação por sentença. Não havendo acordo, será aberto o prazo de 15 dias para o réu contestar a ação, seguindo-se a impugnação pelo autor. Após, o juiz dará o despacho saneador, colocando-se o feito em ordem, analisando as preliminares por ventura aduzidas pelo suplicado e determinará a audiência para a coleta de provas, sejam elas testemunhal e documental, no caso da paternidade sócio afetiva, ou a pericial do exame de DNA, no caso da paternidade biológica.

Ao final, seguir-se-á o parecer do Ministério Público e o juiz dará sentença com base nas provas produzidas no decorrer do processo. Da sentença caberá recurso de apelação e após o trânsito em julgado da sentença restará definido a situação da filiação ou não em cada caso.

2.3 Competência

Existem basicamente três regras para se determinar o foro competente para processar e julgar as ações de investigação de paternidade, quais sejam:

1 – Foro do domicílio do autor: Conforme inteligência do art. 100, II do CPC e da súmula 01 do STJ, se a ação de investigação de paternidade vier cumulada com o pedido de alimentos, o foro competente será o do domicílio do autor. (redação da súmula 01 do STJ: “O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”).

2 – Foro do domicílio do réu: Não havendo pedido de alimentos, regra geral as ações de investigação de paternidade serão processadas no foro do domicílio do réu, nos termos do art. 94 do CPC, que diz que “a ação fundada em direito pessoal serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”.

3 – Foro do local do inventário: Se a ação vier cumulada com petição de herança, esta será processada e julgada no local onde tiver sido aberto o inventário, seguindo-se as regras de competência para intentar ações desta natureza.

Em relação ao juízo, a competência para processar e julgar as ações de investigação de paternidade é das Varas de Família. Em não havendo uma Vara específica de Família na Comarca, a ação será distribuída em uma das Varas Cíveis. Sendo a Comarca de primeira entrância, ou seja, com vara única, esta será a competência para se ajuizar a ação.

2.4 A legitimidade ativa e passiva

Conforme disciplina o Código de Processo Civil, a legitimidade da parte para a causa é uma das condições da ação, requisito necessário para que haja possibilidade ou não de se obter em um processo a sentença de mérito. A ilegitimidade de qualquer das partes no processo civil, gera carência da ação e o processo é extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

Parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. A *legitimatío ad causam*, na lição de Theodoro Júnior (1998, p. 57) “é a titularidade ativa e passiva da ação. Depois, citando Liebman, “É a pertinência subjetiva da ação”. E remata.

Estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença. Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. (JUNIOR, 1998. p. 60).

2.4.1 Legitimidade Ativa

2.4.1.1 Do suposto filho

Regra geral, a ação de investigação de paternidade será promovida pelo suposto filho, seja este menor (devendo ser representado ou assistido por seu representante legal) ou maior, que tenha interesse em regularizar sua filiação, nos termos do que assevera o art. 1606 do CC/02, “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Tal regra é perfeitamente entendível, uma vez que trata-se de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Assim, nada mais óbvio que tal ação seja promovida pelo filho, independentemente de sua origem, face a isonomia constitucional. No mesmo sentido assevera o art. 27 do ECA.

Importante frisar que ainda que se o filho for menor, este deverá ser representado (se for absolutamente incapaz, conforme art. 3º do CC/02) ou assistido (se for relativamente incapaz, nos termos do art. 4º do CC/02). Se o menor não tiver representante legal, o juiz nomeará curador especial. Deve-se frisar ainda, que ainda que o filho seja menor, a ação deverá ser proposta em nome deste, pois é quem possui a legitimidade para figurar no polo ativo da demanda.

Se a ação for iniciada pelo filho e este vier a falecer ou adquirir incapacidade no decorrer do processo, poderá ser reconhecida a legitimidade dos herdeiros deste para darem continuidade ao processo, salvo se este for julgado extinto, nos termos do que assevera o parágrafo único do citado art. 1.606 do CC/02.

Desta forma, se a ação de investigação de paternidade tiver no polo ativo os netos (herdeiros do filho morto) e no polo passivo o avô, esta ação tem o nome de “investigação de paternidade avoenga”. Farias e Rosenvald (2010, p. 548), afirmam que “o neto detém legitimidade ativa *ad causam* para promover a ação contra seu avô, independentemente de ter o investigador falecido no gozo da plena capacidade, exercitando a investigação avoenga”.

O direito personalíssimo que detém o filho, é o mesmo que detém o neto, o pai, o avô, etc. Assim, ao propor contra seu avô a ação investigatória, o neto esta perseguindo direito próprio, ao buscar pela sua verdadeira identidade genética, além de seu direito de filiação, além de poder reclamar interesse patrimonial, uma vez que pode cumular o pedido com alimentos, herança, etc.

2.4.1. Do marido na ação negatória

Nos termos do que assevera o art. 1.601 do CC/02, “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Por ser a ação personalíssima, cabe também ao marido, que acha que o filho não é seu, contestá-la, haja visto a presunção *juris tantum* de paternidade dos filhos que nascem na vigência do casamento.

Do mesmo modo que os herdeiros do suposto filho podem dar continuidade a ação de investigação de paternidade, se o marido falecer ou tornar-se incapaz no decorrer do processo, podem ser herdeiros darem continuidade a demanda, conforme inteligência do parágrafo único do citado art. 1.601 do CC/02.

2.4.1.3 Do nascituro

O Código Civil de 2002, em seu art. 2º, já assegura os direitos ao nascituro, reconhecendo a ele também seus direitos a personalidade. Assim, é possível que o nascituro, desde que devidamente representado, possa figurar no polo ativo das ações investigatórias. O paragrafo único do art. 26 do ECA assevera que “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”. Neste mesmo sentido, a jurisprudência.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. Apelação Civil. Processo nº: 1.0024.04.377309-2/001. Relator:Duarte de Paula. Belo Horizonte, acórdão 10 de junho de 2005. Disponível em <<http://tjmg.jus.br>>. Acesso em 29 de outubro de 2014.

Assim, o nascituro tem legitimidade para a propositura de tal ação.

2.4.1.4 Do Ministério Público

A legitimidade ativa atribuída ao Ministério Público, é conceituada como legitimidade extraordinária e esta prevista na lei 8.560/92, mais exatamente no art. 2º, § 4º a 6º, é possível quando o pai nega a paternidade ou intimado, o pai não se manifesta em 30 dias. Tal direito esta também insculpido no texto Constitucional, em seu art. 127. Neste caso, o juiz remeterá ao *parquet* para que o mesmo intente a ação de investigação de paternidade, desde que haja, elementos suficientes para a adoção de tal medida.

Nesses casos, o Ministério Público intenta a ação em nome próprio para defender direito alheio. Trata-se da substituição processual de que trata o art. 6º do CPC. Atuando como autor de ações desta natureza, o MP busca resguardar a defesa aos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Isso não impede que os interessados na causa a integrem na busca pela obtenção da declaração de paternidade, como assistentes litisconsorciais. Se no decorrer do processo o investigador falecer, não haverá mais interesse do MP e o processo será extinto sem resolução de mérito ante a parda do objeto.

2.4.2 Legitimidade Passiva

Obviamente que quem deve figurar no polo passivo é o pai (investigado) ou seus herdeiros desde que falecido o suposto pai (é o que chamamos de investigação de paternidade *post mortem*), mas nunca o espólio. O espólio só tem legitimidade para figurar no polo passivo em ações que tenham interesses patrimoniais. Neste mesmo sentido, não discrepa a jurisprudência.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM - AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA O ESPÓLIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA – EXTINÇÃO. Na ação de investigação de paternidade post mortem, partes legítimas passivas são os herdeiros e não o espólio. Apelação Civil. Processo nº: 1.0778.05.012269-7/001. Relator: Armando Freire. Belo Horizonte, Acórdão 08 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 23 de maio de 2014.

Os herdeiros não podem reconhecer o filho do extinto por tratar-se de ato personalíssimo. Não existindo herdeiro legítimo, poderá figurar no polo passivo os herdeiros testamentários, inclusive o legatário. Em não havendo qualquer herdeiro, deverá ser realizada a citação por edital em caso de eventuais herdeiros incertos ou não sabidos. Por sua vez, se houverem herdeiros, mas estes renunciarem a herança, ainda assim, eles deverão figurar no polo passivo.

Em não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente será o legitimado a figurar no polo passivo, posto que a eventual sentença de procedência poderá afetar o patrimônio deste. Na ausência do cônjuge, serão chamados a integrarem no polo passivo, os parentes em até 4º grau do falecido. É

possível inclusive, que o Município figure no polo passivo, uma vez que em não havendo herdeiros, os bens são transferidos ao Estado, por força do que assevera o art. 1.844 do CC/02. Qualquer pessoa que tenha justo interesse, pode contestar a ação de investigação de paternidade, conforme preleciona o art. 1615 do CC/02.

2.5 A revelia nas ações de investigação de paternidade

Como se sabe, por força do art. 319 do CPC, o réu que não contestar as ações judicial civis no prazo determinado pela lei, sofre as consequências da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

No entanto, nas ações que versem sobre direito indisponível, como é o caso da ação de investigação de paternidade, conforme o art. 320, II do CPC, a revelia do requerido, não gera a presunção de veracidade. Isso não quer dizer que se o réu deixar transcorrer *in albis* o prazo conferido em lei para apresentar defesa, não haverá a revelia. A revelia acontece, mas os fatos alegados pelo autor não serão imputados como verdadeiro e o réu poderá inclusive ainda fazer provas no decorrer do processo, sobretudo, na audiência de instrução e julgamento.

A única consequência que vai gerar a revelia é a desnecessidade de intimação do réu para os demais atos do processo. Os prazos para recurso continuam sendo os mesmos, mas estes começam a contar mesmo sem a intimação do revel. É o que diz a súmula 7 do STJ: “o prazo recursal para o réu corre independentemente de intimação, a partir da publicação da sentença em audiência ou em cartório.” No entanto, a qualquer tempo, poderá o revel intervir no processo, podendo a partir daí ser intimado, de todos os atos processuais, uma vez que foi revel até o momento em que compareceu ao processo.

2.6 Os meios de provas.

Nos termos do art. 332 do CC/02 e do art. 2º-A da lei nº 8560/92, nas ações de investigação de paternidade são admitidos como provas, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, hábeis a comprovar a verdade dos fatos.

Conforme ensinamento de Farias e Rosenvald (2010. p, 556), “a produção de provas, nas ações de investigatórias, realiza-se durante todo o procedimento, desde a petição inicial até a própria fase recursal, sem limitações indevidas.”

Pode e deve o magistrado determinar de ofício a realização de todas as provas possíveis, para a formação de seu juízo de valor e gerar seu livre convencimento motivado, para que sua decisão apresente a mais eficaz solução, uma vez que o direito a filiação faz parte do direito da dignidade da pessoa humana e é amparado pela nossa Carta Política.

No mesmo sentido diz-se sobre o Ministério Público. Estando este tanto no papel de *custus legis*, ou mesmo como parte no processo, o representante do *parquet* deve requerer sejam realizadas todas as provas possíveis.

2.6.1 A prova documental.

Pode-se ser produzida a qualquer tempo, desde que a outra parte tenha vistas e possa impugná-la, nos termos do que assevera o art. 398 do CPC. Via de regra é produzida na inicial (pelo autor) ou na contestação (pelo réu).

A prova documental tem que ser idônea e autêntica. Em sendo assim, servirá como prova, sendo ela pode ser por instrumento público (registrada em cartório) ou privado. Sendo pública ou particular, a prova documental não são suficientes para determinar a paternidade. No entanto, são grandes aliadas e muito importantes para que o juiz possa formar seu livre convencimento motivado.

É possível este tipo de prova, através de documento estrangeiro, desde que atenda aos requisitos do art. 157 do CPC, quais sejam; que venha devidamente traduzido pelo vernáculo por tradutor juramentado. A prova documental servem para demonstrar tanto os casos de filiação sócio afetiva, quanto para a filiação biológica.

2.6.2 Exame Prosopográfico

Diniz (2010, p. 504), acrescenta a comparação de fotografias entre investigador e investigado como sendo um meio de prova. A autora ensina que:

o exame prosopográfico, consiste na ampliação de fotografias do investigador e do investigado, justapondo-se uma a outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo etc), porém, ainda que prove semelhança não induz relação de parentesco.

É um tipo de prova não muito confiável, mas que pode sim ser utilizada pelo magistrado para ajudar na determinação da filiação.

2.6.3 A prova testemunhal

É aquela admitida como prova indireta. Há casos em que não é possível a realização da prova pericial, assim sendo, a prova testemunhal é válida como prova indireta de filiação, desde que haja coerência nos testemunhos.

É um meio de prova fundamental quando se discute a existência da filiação sócio afetiva, onde se provará através dos testemunhos, a existência do amor e do afeto entre investigante e investigado, o caráter e o comportamento do pai, dentre outros elementos fundamentais para se deferir a paternidade afetiva. É muito importante também, mesmo quando se tem a prova pericial de DNA, em casos em que ação investigatória vier cumulada com outros pedidos (ex: c/c alimentos).

Descendentes e ascendentes em qualquer grau, ou os colaterais em até terceiro grau, bem como o cônjuge podem ser testemunhas. As testemunhas serão inquiridas na audiência de instrução e julgamento, que não será pública, por determinação dos arts. 155, II e 444 do CPC, por dizerem respeito a filiação.

Por tratar-se de direito fundamental, o juiz poderá ouvir a testemunha mesmo que esta tenha sido arrolada fora do prazo legal. Poderá ainda o magistrado, inquirir a testemunha contraditada ou impedida, se entender ser importante para o deslinde do processo. Isso se dá porque as matérias de ordem pública são mais importantes do que as formalidades processuais.

2.6.4 A prova hematológica

Tal tipo de prova serve apenas para excluir a possibilidade do vínculo de filiação. É aquela prova realizada por exames de sangue. Exclui-se a paternidade se investigante e investigado tiverem tipos sanguíneos diferentes. Se ambos tiverem o mesmo fator Rh e o mesmo tipo sanguíneo, não quer dizer que possuem vínculos biológicos, pois estes são encontrados idênticos em milhões de pessoas. Se o tipo sanguíneo entre investigante e investigado for idêntico, não se pode afirmar que sejam pai e filho.

2.6.5 A prova pericial

É considerada como uma prova imprescindível para a averiguação de paternidade. É realizada através do exame de DNA (ácido desoxirribonucleico), onde se compara entre suposto pai e suposto filho, se há compatibilidades genéticas que comprovem o vínculo de filiação entre os dois.

Existem ainda os exames realizados através do sistema ABO (sangue), anteriormente mencionado, o exame realizada através do exame do HLA (antígeno leucocitário humano). Este tipo de exame, o HLA, é muito utilizado para se medir a compatibilidade entre doador e transplantado, nas realizações de transplantes de órgãos. Assim como o exame de sangue, este serve para excluir a possibilidade de filiação e não determina a certeza de vínculo entre pai e filho.

Com os inúmeros avanços da ciência, o exame de DNA é atualmente o mais utilizado, haja visto que hoje, pode determinar com uma certeza quase plena (99,999% de chance), a existência ou não de um vínculo biológico entre as pessoas, uma vez que os demais servem apenas para excluir a possibilidade e não de confirmar com faz o exame de DNA.

A herança genética é passada de pai pra filho. Cada individuo possui uma cadeia genética formada por 46 cromossomos herdados do pai e da mãe (23 de cada um), que formam a cadeia de DNA. É o DNA que da as características de cada individuo, cada um com sua particularidade, de modo que é quase impossível se encontrar alguém que possua a cadeia genética semelhante a de outra pessoa. Por este motivo, o exame de DNA é um meio muito seguro para se utilizar como critério a se determinar a filiação de determinada pessoa.

As técnicas científicas atualmente são tão avançadas que permitem que sejam analisadas as cadeias de DNA através do sangue, fios de cabelo, mucosa bucal, tecidos da pele etc, o que gerou uma grande facilidade, uma vez que pode ser realizado em crianças, bebês e até mesmo no feto, podendo se comparado ao DNA de avós, tios, primos, no caso da ausência do suposto pai. Pode ser coletado ainda o DNA em cadáveres, tal é o grande avanço científico neste tipo de exame.

Em que pese o quase absoluto grau de certeza, o exame de DNA não pode ser considerada como prova absoluta e única nas ações de investigação de paternidade. A prova pericial não é o único meio certo e absoluto para se determinar

o deslinde nas ações investigatórias. Pode haver casos em que o teste de DNA, não aponte a verdade fática do caso em questão. Em determinados casos, o vínculo afetivo poderá ser maior que o vínculo biológico e o afeto deverá se sobrepor a genética. Por isso, não pode o juiz ficar adstrito tão somente a prova pericial, mas deverá usar todos os meios de provas capazes a se determinar com segurança a paternidade de alguém.

No próximo capítulo, serão demonstrados e estudados mais a fundo todos os critérios possíveis para a determinação da filiação de cada indivíduo no direito brasileiro, em especial, o critério sócio afetivo, levando-se sempre em consideração, o melhor deslinde para cada caso.

2.7 A recusa imotivada do suposto pai a se submeter ao exame de DNA

A CF/88 permite que ninguém produza prova contra si mesmo. Desta forma, ninguém está obrigado a se submeter ao exame de DNA. Entretanto, como o direito a filiação é amparado pela Constituição Federal, a legislação brasileira criou a presunção de paternidade para aquele que se recusa a fazer o exame pericial.

Primeiramente o CC/02, inseriu em seu texto dois artigos relacionados ao tema, que disciplinam que. “Art. 231: aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.” Por seu turno, o art. 232, assevera que: “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Posteriormente, em 2004, a súmula 301 do STJ, veio a confirmar a regra insculpida nos referidos artigos, asseverando que: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. Por fim, para assegurar ainda mais a presunção de paternidade em relação ao investigado que se recusa a se submeter ao exame de DNA, a lei nº: 12004/09, alterou o texto do paragrafo único do art. 2º-A da lei nº: 8560/92, dando-lhe a seguinte redação: “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”.

Diniz (2010, p. 510), justifica tais dispositivos legais do seguinte modo:

Isto é assim, porque saber a verdade sobre sua filiação é um superior interesse, que nenhuma lei pode frustrar, por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica.

Na opinião de Nelson e Rosenvald (2010, p. 562):

Sendo a prova pericial do DNA decisiva e fundamental para a afirmação do estado de filho, a recusa na sua realização, sem qualquer justificativa plausível, revela o temor da descoberta da verdade, dela decorrendo a presunção de verdade dos fatos, sob pena de reprimin-se tempos felizmente passados de discriminação entre filhos e dificultar sobremaneira o exercício da vida digna.

Dessa forma, conclui-se que a recusa imotivada do suposto pai leva a presunção do pedido, determinando-se a declaração da filiação. Isso se dá ainda, porque o Estado deve garantir a criança o direito a convivência familiar, conforme regra insculpida no art. 227 da CF/88.

O não comparecimento injustificado do réu para a coleta do material genético pode ser equiparado a recusa em se submeter ao exame de DNA. No mesmo sentido, se o juiz determinar de ofício a produção da prova pericial, nos termos dos arts. 130 e 131 do CPC, a recusa e a ausência para coleta do material genético pode gerar a presunção de paternidade. Em que pese a presunção de que se trata os referidos dispositivos legais, o magistrado deverá sempre analisar o caso em concreto para verificar se poderá aplicar a referida presunção.

Mas tal presunção não é absoluta, conforme ensina Venosa (2006, p. 272).

Nunca a ausência de prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade, da mesma forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório.

Importante mencionar que esta presunção não se aplicará aos casos em que haja a existência da paternidade sócio afetiva, uma vez que o que se eleva em consideração não é o vínculo genético, mas sim o vínculo de amor, afeto, carinho e respeito entre pai e filho. Tal presunção vale apenas em relação a filiação biológica.

2.8 A sentença

A prestação jurisdicional buscada pelo requerente constitui-se em provimento declaratório, ou seja, busca certificar, sob a chancela da jurisdição, a existência de um direito que, *in casu*, constitui-se no reconhecimento da paternidade. Conforme escólio de Miranda (1998. p, 210)

A sentença declarativa é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem querer exigir. No fundo, protege-se o direito ou a pretensão somente, ou o interesse em que alguma relação jurídica não exista, ou em que seja verdadeiro, ou seja falso, algum documento. É o caso típico da pretensão à sentença declarativa, sem outra eficácia relevante que a de coisa julgada material. O que mais a caracteriza é a proteção, sem ser examinada outra proteção que à declaração.

A sentença nas ações de investigação são declaratórias e produzem efeitos retro operantes e *erga omnes*. O art.7º da lei 8560/92, determina que o juiz de primeiro grau ao reconhecer a paternidade, deverá fixar também alimentos ao filho, sendo este obviamente menor ou incapaz e deles necessite.

A decisão deverá ainda, determinar a que o cartório de registro civil averbe a certidão do filho, ratificando o antigo registro se houver ou fazendo constar o nome do pai e dos avós maternos e acrescentando o patronímico paterno ao nome do filho, se este assim o quiser, uma vez que tal fato não pode ser imposto pelo juiz.

2.9 Da coisa julgada

O transito em julgado ocorre quando das decisões não cabem mais recursos por qualquer das partes dentro do prazo legal de interposição. O transito em julgado torna a decisão indiscutível no mesmo ou em outro processo. Por seu turno, a coisa julgada tem efeito apenas entre as partes, não atingindo terceiros (art. 472 do CPC).

Como nas ações de investigatórias busca-se a verdade real, uma decisão errada não poderá ser rediscutida, uma vez que se busca a verdade real objetivando-se a busca pelo amparo aos direitos de filiação e paternidade.

A coisa julgada deve ser interpretada com razoabilidade nas ações investigatórias. O art. 485 do CPC, permite a rediscussão da coisa julgada através da ação rescisória, que visa a desconstituição de sentença transitada em julgado caso esta contenha vício ou erro quanto a decisão de mérito. O enunciado 109 do Conselho de Justiça assevera que: “a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova, não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigado.” Por este motivo, não se pode dar valor absoluto a coisa julgada no âmbito das ações investigatórias.

2.10 Os recursos

Das decisões interlocutórias dadas no processo caberá agravo, tanto na espécie de retido como de instrumento nos termos dos arts. 522 a 529 do CPC. Da sentença caberá apelação, nos termos dos arts. 513 a 521 do CPC, no prazo de 15 dias, contados da data da intimação da sentença. Importante lembrar que se o recurso for interposto pelo Ministério Público ou pela defensoria o prazo será em dobro (arts. 188 e 191) do mesmo diploma processual. Ainda que o *parquet* atue apenas como *custus legis*, tendo as partes aceitado a decisão, este órgão poderá recorrer conforme é assegurado pelo art. 499, §2º do mesmo *códex*.

Se a sentença apenas declarar quanto a paternidade, esta será recebida no duplo efeito, ou seja devolutivo e suspensivo. Entretanto, se a decisão arbitrar ainda alimentos, a apelação será recebida nos duplo efeito em relação a declaração de paternidade e apenas no efeito devolutivo em relação aos alimentos, o que garante o recebimentos destes por parte do alimentado. Sendo a sentença omissa, tiver contradição ou for obscura, caberá embargos de declaração no prazo de 5 dias, nos termos dos arts. 535 a 538 do CPC, bem como se o juiz na sentença deixar de fixar alimentos ou não fundamentar porque não os fixou.

2.11 A importância da ação judicial nas averiguações de paternidade

Como se viu através do estudo da ação de investigação de paternidade, estudando-se desde a sua interposição até o seu trânsito em julgado e a sua fase

recursal, esta é a demanda judicial hábil a se buscar a paternidade daquele que se vê privado de tal direito. É ação que declara a existência do vínculo entre pais e filhos, seja ele pelo meio genético ou afetivo. A importância de tal ação é reconhecida pelos nossos tribunais, como se vê do seguinte julgado.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROCESSUAL CIVIL - AUSÊNCIA DO INVESTIGADO NO EXAME DE DNA MARCADO - INTIMAÇÃO PESSOAL NÃO REALIZADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CALCADA NA SUPOSTA RECUSA IMOTIVADA DO RÉU EM SE SUBMETTER À REALIZAÇÃO DO EXAME - SITUAÇÃO QUE NÃO SE VERIFICA - PRODUÇÃO DA PROVA GENÉTICA - ARTIGO 130 DO CPC - PROCESSO PARCIALMENTE ANULADO PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA, REGULARMENTE INTIMADAS AS PARTES. A ação investigatória de paternidade é ação de estado. Envolve discussão acerca de direito indisponível e personalíssimo do investigante e a pretensão de se alcançar, por meio de provas, a verdade real biológica acerca de sua origem genética. Os importantes e variáveis efeitos que o reconhecimento do estado de filiação projetam às partes litigantes em ação de investigação de paternidade devem ser objeto de intensa preocupação e reflexão por parte do julgador. Sempre que possível, o julgamento deve se pautar em prova confiável e segura, que, atualmente, é representada pelo exame científico de DNA. Se o investigado não foi intimado acerca da realização do exame de DNA, e apresenta justificativa razoável para o seu não comparecimento, não pode recair sobre ele a presunção juris tantum de paternidade (Súmula nº 301 do STJ). Revela-se razoável instruir o processo com o exame de DNA, sempre que possível sua realização, sendo aconselhável advertir o investigado de que a recusa em se submeter ao exame induz a presunção juris tantum de paternidade (Súmula nº 301 do STJ). Processo nº: 1.0183.05.089090-8/001. Relator: Armando Freire. Acórdão 19 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jus.br>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

A ação de investigação de paternidade é o meio legal pelo qual todo cidadão pode buscar, via judiciário, o reconhecimento de seu estado de filiação. Desta forma, necessário se faz o estudo e o entendimento de como se processa a ação que declara a existência da relação paterno filial, para se entender como o vínculo é reconhecido e passa a ser válido.

3. DA PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA.

Como já frisado anteriormente, a família, que anteriormente era patriarcal, deixou de ter muitos membros para se tornar nuclear. Com essa nova estrutura, a família passou a se manter mais pelos elos afetivos, em detrimento até mesmo dos elos biológicos. Isso se deve ainda, pelo fato de que a figura da mulher deixou de depender exclusivamente do marido, e agora pode viver e se manter às custas do próprio trabalho, fato que não existia na época da família patriarcal, uma vez que a mulher se dedicava apenas ao cuidado do lar e aos afazeres domésticos.

O afeto é elemento essencial e deve estar presente em todo e qualquer núcleo familiar, mas não somente ele. Embora a presença do afeto seja de fundamental importância para a criação de um elo familiar, ele deve coexistir com outros como o respeito, a ostensibilidade e a estabilidade.

Desta forma, com a despatrimonialização do Direito Civil, aliado aos princípios constitucionais que visam a proteção da pessoa humana e da família, a paternidade sócio afetiva se tornou um dos critérios a serem aceitos e adotados na formação da família.

3.1. Dos critérios para se determinar a paternidade

São 3 os critérios adotados para se determinar a filiação de determinada pessoa, quais sejam.

3.1.1. O critério Judicial.

Determina-se a paternidade judicial, obviamente, através de uma decisão judicial, onde se determina a paternidade de alguém em relação a outra pessoa. É o que acontece por exemplo nos processos de adoção, onde uma decisão judicial, permite a criação de um vínculo familiar entre adotante e adotado. Pode ocorrer também de forma secundária nos casos da paternidade afetiva e biológica, apenas

para se determinar a existência destas. É fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal.

3.1.2. O critério biológico.

É a filiação oriunda de um vínculo consanguíneo e biológico, que se da pela concepção, seja através de uma relação sexual ou através de inseminação artificial. Esse elo é provado, como já demonstrado no capítulo anterior, através do exame de DNA, que tem um grau quase que absoluto de certeza quanto a paternidade ou não em relação a existência ou não do vínculo biológico, graças a evolução da biogenética.

Conforme breve histórico feito pelos autores Farias e Rosenvald (2011, p. 510), desde que o monge Gregor Mendel em 1865, iniciou seus experimentos com ervilhas coloridas, com pesquisas hereditárias, complementadas por Alec Jeffreys, que descobriu que as sequências eram únicas e exclusivas de cada pessoa, a técnica da prova biológica se tornou a mais usada e a mais importante nas ações investigatórias.

O teste de DNA tem uma importância indiscutível, uma vez que aponta com uma precisão de 99,999% determinar a paternidade biológica. A possibilidade de se encontrar uma pessoa com as mesmas características genéticas é de 1 em 30 bilhões, chega a ser quase que impossível que haja coincidência.

Tal critério é tão importante que a lei e jurisprudência, consolidaram entendimento de que a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA gera a presunção de paternidade. No mesmo sentido, a recusa da mãe em se submeter ao exame quando das ações negatórias, presume-se que o homem não é o pai, levando-se em conta sempre o caso em concreto.

Define-se a paternidade através do critério biológico, com base na carga genética do indivíduo. É um critério puramente técnico, quase que absolutamente preciso, mas que, no entanto, não é e não deve ser o único fator determinante para o vínculo paterno. O juiz deverá analisar caso a caso, juntamente com outros meios para que se possa definir seguramente a paternidade de cada indivíduo, havendo sempre uma ponderação entre o critério biológico e o sócio afetivo.

Uma vez comprovada a filiação biológica, mesmo que o pai não queira assumir o filho e por mais que não exista afeto entre eles, o juiz deverá determinar a filiação, visando a proteção do princípio da cidadania e da paternidade.

A prova de DNA não deve ser divinizada conforme opinião de Farias e Rosenvald (2010, p. 514 e 515), “o DNA é e continuará a ser de grande valia para a determinação de filiação, mas não pode ser divinizado, pois outros fatores são, igualmente, relevantes na determinação da condição de filho.”

O critério biológico deve prevalecer quando não houver a existência do vínculo afetivo, até mesmo porque, o vínculo afetivo só será usado para determinar a paternidade e nunca para negá-la.

No entanto, o vínculo biológico por si só, não é suficiente para vincular o exercício efetivo da paternidade, uma vez que pode haver no caso concreto a existência da paternidade afetiva, que deverá se sobrepor a biológica. Ademais, não há mais que se falar na distinção entre filhos, conforme disciplina a CF/88.

Na opinião de Rosenvald e Farias (2010, p. 516).

O ideal, sempre, é a coincidência entre a filiação biológica e afetiva. Todavia, havendo um desencontro entre elas, quando o genitor, por exemplo, repudia o filho, não pode ser apresentada aprioristicamente, dependendo da análise dos elementos.

É notório que o critério biológico determinado através do exame de DNA, constitui o meio de prova mais eficaz, pois traz a certeza quase absoluta quanto à existência do vínculo genético. O exame de DNA veio pra substituir a frágil prova testemunhal que antes era a mais utilizada, baseada principalmente nas relações sexuais da mãe do investigante com o investigado, o que para muitos, era considerado como vexatório, principalmente para a dignidade da mãe.

A respeito da obrigatoriedade na realização do exame de DNA, o STF, por maioria de votos, acabou por entender por sua impossibilidade. A decisão concluiu que o direito à intimidade biológica do suposto pai prevalece sobre a busca da verdade biológica. Esse foi o entendimento da Corte Suprema, no julgamento do recurso número 71.373 em 10/11/1994.

No entanto, como se sabe, surgiu o entendimento de que a recusa ao exame gera a presunção de paternidade, conforme os já analisados arts. 231 e 232 do CC/02 e a súmula 301 do STJ.

Conforme entendimento consolidado da jurisprudência, temos que:

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – PROVA TESTEMUNHAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – o exame de DNA não pode ser admitido como prova absoluta, quando mormente há outras provas nos autos favoráveis à investigante. O juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, não estando obrigado a acatar o resultado de prova técnica de DNA. Apelação Civil. Processo nº 1.0000.00.247433-6/000. Relator: José Francisco Bueno. Belo Horizonte, 02 de agosto de 2002. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 de junho de 2014.

Ocorre que é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais requisitos do que apenas uma semelhança entre genes. Assim, é de se ressaltar que, no âmbito das ações de investigatórias a prova pericial não deve ser apontada como absoluta ou auto suficiente. Cabe ao magistrado, através do princípio de seu livre convencimento, impor um adequado juízo de valor, ponderando todos os elementos de provas colhidas, de modo a verificar, com profundidade, a determinação do estado de filiação.

3.1.3. O critério sócio afetivo e quando este deve se sobrepor ao critério biológico.

O tema ainda não é pacífico e divide a opinião da doutrina e da jurisprudência em todo o país. Através do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 69218, a questão chegou ao STF, onde em um processo foi pedida a anulação de nascimento feita por avós paternos como se fossem os verdadeiros pais e por consequência o reconhecimento da filiação biológica. O STF em votação através de seu plenário virtual, reconheceu o tema de prevalência da paternidade sócio afetiva sobre a biológica como tema de Repercussão Geral.

O STJ confirmou a procedência do pedido, decisão que já havia sido dada em primeira e segunda instância. No STF, os demais herdeiros alegaram que a decisão afronta ao art. 226 da CF/88, que assevera que a família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado.

Por entender ser o tema importante no que tange os aspectos sociais, jurídicos e econômicos, o Ministro Luiz Fux levou a questão a plenário e os demais ministros, por maioria de votos, reconheceram a existência de repercussão geral no tema relacionado a paternidade sócio afetiva. Assim, a partir dessas considerações é que se explicitará quando o critério afetivo deve se sobrepor ao biológico.

A muito, e a partir da unificação da filiação, já vem se aceitando que a figura do pai não é somente aquele que transmite a herança genética, mas sim, aquele que transmite ao filho, amor, carinho e afeto. O verdadeiro pai é aquele que exerce tal função e não somente aquele que faz gerar um vínculo biológico. A filiação sócio afetiva, ganhou grande importância na determinação da filiação por gerar um reconhecimento da insuficiência do critério biológico.

Tornou-se comum, discutir a filiação sócio afetiva, fundada na posse de estado de filhos, em sede das ações investigatórias. Uma vez reconhecida a paternidade pelo critério afetivo, não é mais possível desconstituir o vínculo de filiação já estabelecido. Nada impede, porém, que o uma ação investigatória poderá ser intentada, declarando-se a existência do vínculo biológico, uma vez que se trata de direito personalíssimo da parte. Porém, o vínculo sócio afetivo permanecerá, caso já reconhecida.

O pai afetivo é aquele que exerce a função de pai, sem, no entanto, ter qualquer vínculo biológico com o filho. Filiação sócio afetiva, é aquela que não está lastreada no vínculo genético, mais sim no respeito recíproco entre pai e filho. O surgimento da filiação sócio afetiva, trouxe uma verdadeira desbiologização da filiação, não sendo mais a paternidade apenas uma transmissão de genes.

Dada toda importância a paternidade sócio afetiva, não se quer dizer que esta deverá sempre se sobrepor a biológica, devendo ser sempre analisado o caso em concreto antes de ser proferida uma decisão definitiva. É o que ocorre muito na chamada “adoção a brasileira”, onde o pai cuida, educa e dá amor aquele filho que sabe não ser seu. Serão analisados mais a frente, alguns casos em que a paternidade sócio afetiva, prevaleceu em relação a biológica.

O vínculo afetivo é lastreado por um conjunto de atos. Não se pode determinar a filiação por apenas simples atos de afetividade. Devem estar presentes atos de afetividade filial capaz de estabelecer um vínculo paterno. Nos casos em

que se busca a determinação da filiação sócio afetiva é importante provar a existência do afeto durante toda a convivência entre pai e filho.

Em determinados casos é possível observar a presença da filiação sócio afetiva, como nos casos da adoção, na relação dos chamados “filhos de criação”, na “adoção a brasileira”, através do reconhecimento voluntário do filho e através da presunção de paternidade para o filho decorrente de fertilização heteróloga (art. 1597, V do CC/02). Importante mencionar que não somente nestes casos esta presente a filiação afetiva, como já dito, o juiz deve analisar o caso em concreto de modo a averiguar a existência do vínculo afetivo.

O critério sócio afetivo pode ser alegado, comprovada e utilizado em qualquer ação que verse sobre paternidade, mas como já frisado anteriormente, tal critério só pode ser utilizado para determinar a filiação e nunca para negá-la.

Uma vez reconhecido o critério sócio afetivo, não há mais que se falar no vínculo biológico, não sendo possível, via de regra, cobrar alimentos ou ter parte na herança do genitor, tendo no entanto, esses direitos em relação ao pai afetivo.

O filho que tenha reconhecida sua paternidade afetiva, pode a qualquer tempo, ajuizar ação investigatória, apenas para ter reconhecida sua ancestralidade, sem qualquer efeito patrimonial, em virtude do direito de personalidade.

A presença da afetividade é atualmente tão importante no que tange as relações familiares, que tal fato afasta inclusive o dolo do crime do art. 242 do CPB, que consiste no delito de registrar filho de outrem como sendo seu.

O art. 1601 do CC/02, que assevera que cabe ao marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, é um dos dispositivos mais criticados do código, porque ao garantir a imprescritibilidade da ação negatória neste caso, despreza a paternidade sócio afetiva que pode haver no caso em concreto.

O STJ editou o Enunciado 339, aprovado na IV jornada de Direito Civil, que assegura que deve ser vedado o rompimento da paternidade sócio afetiva em detrimento do melhor interesse do filho. Assim, no entendimento do STJ, se um marido reconhece como sendo seu o filho havido de sua mulher, criando-o por mais de 10 anos, não poderá desfazer o vínculo. Poderá, no máximo, obter judicialmente, declaração de que não é o pai biológico, mas terá o vínculo paterno filial, mantido.

No que tange ao prazo para a caracterização da paternidade afetiva, existe uma lei francesa (a Ordonnance 2005-759), que disciplina que o prazo é de 5 anos contados do nascimento ou do reconhecimento do filho, para que se impugne a paternidade. Essa lei serviu de parâmetro no direito brasileiro, cabendo ressalva no que tange a caracterização da paternidade sócio afetiva, sem, no entanto, se levar em conta apenas fatos quantitativos, mas também, qualitativos.

O art. 1603 do CC/02, assevera que a filiação deve ser provada pela certidão de termo de nascimento, registrada no cartório de Registro Civil. Neste sentido, o Enunciado nº 108 do STJ, assevera que: “No fato jurídico do nascimento, menciona o art. 1603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1593, a filiação consanguínea e também a sócio afetiva.”

No que tange a ação vindicatória de filho por terceiro, de que trata o art. 1604 do CC/02, em suma, pode ser analisado da seguinte forma; via de regra, não cabe contestar o que consta do registro de nascimento, salvo nos casos de erro e falsidade de registro. No entanto, o mesmo não se pode falar nos casos da paternidade sócio afetiva.

Como prova supletiva de filiação, a existência de presunções relativas resultantes de fatos já certos, pelo fato do filho já conviver a tempos com os supostos pais, pode ser invocado também, na paternidade afetiva, como prova conforme inteligência do art. 1605 do CC/02.

Uma das maiores “conquistas” do princípio da afetividade é o surgimento da paternidade sócio afetiva, uma vez que não é tão somente a similitude consanguínea e genética que garante o cumprimento das funções paterno filiais, mas sim o cuidado e o amor dedicados entre pai e filho.

Esse modelo de paternidade é muito mais relevante que apenas vínculos biológicos, pois também é capaz de contribuir de forma efetiva para a formação do sujeito, uma vez que reside muito mais no amor do que na simples reprodução.

É o cumprimento das funções materna e paterna, sejam eles, biológicas ou afetivas, é que podem garantir uma estruturação psíquica saudável de cada cidadão, por isto, diga-se que a família não se forma apenas por um vínculo, genético, biológico e natural, mas também cultural.

A paternidade sócio afetiva esta vinculada a posse do estado de filho, sendo necessário que o filho tenha o nome da família, seja tratado como filho e tenha socialmente reconhecida sua condição de filiação, tripé fundamental para caracterização do afeto.

Não há mais como se negar a existência do lastro afetivo familiar, mesmo que tal critério ainda não esteja expressamente regulamentado pela lei. Assim, vê-se a importância da interpretação através de princípios como o da afetividade, que é o principal para a determinação deste critério.

O princípio da afetividade, esta amparado no macro princípio da dignidade da pessoa humana e tal direito inerente a pessoa do filho esta amparado no art. 227 da CF/88, que assevera como sendo dever da família, assegurar com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-la à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, o que demonstra que a responsabilidade da família é garantir a dignidade a pessoa do filho.

Grande exemplo disso é a reprodução artificial heteróloga, disciplinada no art. 1597, V do CC/02, onde o material genético é originário de terceira pessoa, onde despreza-se o vínculo biológico, privilegiando-se o critério afetivo, pois é a autorização do pai que gera o vínculo paterno filial e produz todas as responsabilidades a ele inerentes. A reprodução humana heteróloga gera presunção absoluta, pois o marido não pode impugnar a paternidade da criança concebida uma vez que foi por ele previamente consentida.

O pai afetivo tem os mesmos direitos e deveres que tem o pai biológico, podendo ser responsabilizado pelo abandono afetivo, ser condenado a prestar alimentos, participar da herança etc, uma vez que a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, mas sim como uma relação afetiva, pois os laços de amor entre pai e filho derivam da convivência respeitosa e não do sangue.

Importante mencionar como nos ensina Pereira (2010, p. 140 e 141):

Não se trata, aqui, de imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe

seriam inerentes. Afinal, no âmbito da família eudemonista, que visa a liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto.

Inobstante a prova pericial afastar a probabilidade de vínculo genético entre as partes, se configurado através das demais provas produzidas no processo, a presença do instituto da filiação sócio afetiva, deverá ser esta declarada uma vez que não deve o magistrado ficar adstrito somente ao exame biológico. Se o filho for menor e havendo indícios da paternidade biológica e afetiva, a segunda deverá prevalecer inicialmente para que a criança possa ter um bom desenvolvimento, com uma família que lhe traga amor e carinho, até que esta atinja a maioridade e possa escolher depois. Neste sentido, não discrepa a jurisprudência.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Ação de investigação de paternidade. Preponderância da paternidade sócio afetiva sobre a biológica. Recurso provido. 1. É direito de todos buscar sua origem genética. 2. Entretanto, se a pessoa for menor, deve prevalecer à paternidade sócio afetiva sobre a biológica, até que, atingida a maioridade, o filho decida qual das duas preferirá. 3. Apelação cível conhecida e provida. Apelação Civil, nº: 1.0024.02.826960-3/001, Rel. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2006. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2014.

O elo que une pais e filhos, não deve ser apenas um consanguíneo, mas deve ser principalmente, afetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico. Neste mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 509), asseveram que:

Em verdade, não se pode admitir que a simples comprovação de inexistência de vínculo biológico seja suficiente para quebrar o vínculo paterno filial. Com efeito, mesmo evidenciada a falta de elo genético, é possível que se evidencie a existência de liame sócio afetivo, trazendo como consequência natural e impositiva a procedência da investigação da paternidade.

Restando evidenciada a relação afetiva existente entre o autor, o requerido e a família deste, não se mostra justo retirar do menor essa condição de amor e respeito pelo simples fato de o elo genético não estar presente. Desta forma, para que haja preponderância da paternidade sócio afetiva sobre a biológica, necessário

que esteja devidamente comprovada nos autos, havendo assim, indício sólido da relação afetivo filial entre pai e filho. Neste sentido, ensina Donizetti (2011, p. 36):

Não é razoável, que o critério biológico seja suficiente para determinar a paternidade. A certeza dos dados genéticos não se equipara à identidade de filiação na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre liberdade e o desejo.

Deve-se levar em conta ainda, o princípio do melhor interesse da criança, que surgiu com a primazia da dignidade da pessoa humana nos mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. De acordo com tal princípio, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

Como se sabe, a paternidade sócio afetiva, é uma criação doutrinária e jurisprudencial empreendida nas últimas décadas que tem por objetivo, a valorização do afeto que possa existir entre pais e filhos que não tenham entre si laços biológicos que os unam, além de levar em conta, os aspectos psicológicos e sociológicos da paternidade. Nesse mister, são averiguados os laços de amor e dedicação estabelecidos entre pai e filho, tal qual a posse do estado de filiação.

Para a caracterização da paternidade sócio afetiva, é preciso que estejam presentes laços de amor e solidariedade entre pai e filho. A filiação sócio afetiva, é aquela que se constrói através de um respeito recíproco, como um efeito de mão dupla, gerando a certeza de que aquelas pessoas são realmente pai e filho. Conforme lição de Farias e Rosenvald (2008, p. 517/518):

Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar de pai (...). A filiação sócio afetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação sócio afetiva não decorre da prática de um único ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. É preciso que o afeto seja representado, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender

concomitantemente. E remata: “O laço afetivo depende, por óbvio, da comprovação da convivência respeitosa, pública, e firmemente estabelecida. Realmente, não faz sentido que se determine a paternidade ou maternidade com base em interesses econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o ser e a proteção da personalidade.

No mesmo sentido, ensina Madaleno que, a filiação sócio afetiva é: *“iluminar com a chamada do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos afetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração.”*

O magistrado nunca deve se esquecer a preservação e a busca da aplicação do melhor interesse da criança, posto que, o bem estar do menor, bem como sua segurança econômica e emocional devem sempre ser preservados. Conforme lição de Strenger (1998, p. 64)

O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor pode dizer-se sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise. Seja qual for a orientação legal, a verdade é que o maior bem do menor que deve guiar o juiz, é o de buscar o que é mais vantajoso, quando ao seu modo de vista, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e seu equilíbrio.

No mesmo sentido, não discrepa a jurisprudência.

Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça. Regulamentação de visitas. Direito do pai. Interesse da filha. Restrição. A visitação é forma de aproximação entre pai e filho, visando a um desenvolvimento saudável. As dificuldades pessoais devem ser ponderadas, pois não deve a visitação aumentar o abismo já existente. A vontade do adolescente deve ser considerada sempre na regulamentação das visitas, mormente quando o filho guarda apenas as recordações de infância, que lhe provocam choro e pânico. Recurso provido em parte. Apelação Cível nº 70000307165, 7ª Câmara Cível TJRS, Porto Alegre, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. j. 15.12.1999. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 18 de julho de 2014.

Por seu turno, o estatuto da criança e do adolescente, obediente aos preceitos insculpidos na Carta Política, consagrou o princípio da afetividade, devendo prevalecer a situação que melhor atenda aos interesses da criança.

As relações familiares somente se sustentam quando baseadas em princípios morais e éticos, calcados na sinceridade e na verdade de propósitos, valores estes também, indispensáveis à afetividade entre seus entes. Farias e Rosenvald (2010, p. 590) asseveram que:

A filiação sócio afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade. Sócio afetividade é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato são pai e filho.

Conforme adverte Pereira (2001, p. 87), deve-se atentar para a posição simbólica e a função desempenhada por cada pessoa enquanto membro da família:

O que determina a constituição da 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. 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 capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe.

A afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, uma vez que o atual modelo de família, esta alicerçada no afeto, razão pela qual não há mais que se falar nas antigas características da família, quais sejam, a matrimonialização, a hierarquização e a família patriarcal, pois a verdadeira família só se justifica no respeito, no amor, no carinho e no afeto entre seus membros.

3.2 Princípios norteadores da filiação sócio afetiva

A constituição Federal, ao vedar a distinção entre filhos e ao dar um amparo bem maior as relações familiares, trouxe a possibilidade do reconhecimento de um

tipo de paternidade que esta lastreada no amor, carinho e afeto entre pais e filhos e não apenas nos laços biológicos e consanguíneos, ainda que este tipo de paternidade não esteja previsto na lei.

Tal paternidade, tem como fundamento básico, quatro princípios constitucionais que o juiz deve sempre buscar e preservar antes de uma decisão final de reconhecimento da paternidade afetiva. Tais princípios já foram mencionados no decorrer do presente trabalho e são eles: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da igualdade entre os filhos, o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais e esta consagrado na nossa Carta Maior logo em seu art. 1º, III e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É o macro princípio onde se irradia todos os outros.

Por óbvio que tal princípio esta também inserido no âmbito das relações familiares e garante que todo cidadão exerça o seu direito a busca de sua paternidade. Assim, deve o juiz sempre atender a este princípio também nas ações investigatórias, uma vez que é inerente a todo cidadão.

Quanto ao princípio da igualdade entre os filhos, como já visto e citado anteriormente, ele esta previsto no § 6º do art. 227 da CF/88, bem como no art. 1596 do CC/02. É este princípio que veda a discriminação dos filhos havidos dentro e fora do casamento, que até o código Civil de 1916 eram considerados legítimos e ilegítimos.

Este princípio garante ao filho, seja ele biológico ou afetivo, todos os direitos e deveres inerentes a relação paterno filial sem qualquer tipo de distinção. Este princípio foi de vital importância para o surgimento da filiação sócio afetiva, uma vez que passou-se a aceitar outras formas de paternidade que não fossem somente aquelas oriundas de elos consanguíneos.

No mesmo sentido, princípio do melhor interesse da criança é um garantidor da vedação a distinção entre os filhos, posto que o direito dos menores é protegido pelo art. 227 da CF/88, sem fazer qualquer distinção a quem seja. Através desse amparo estatal a pessoa dos filhos, principalmente visando garantir o bom desenvolvimento dos menores de 18 anos, que surgiu a lei 8.069 de 13 de Julho de

1990, popularmente conhecido como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que reforça sempre o princípio da dignidade, da não distinção e da busca do melhor interesse da criança.

Por fim, o principal fundamento para o reconhecimento da paternidade sócio afetiva é o princípio da afetividade, amplamente citado e discutido no decorrer do presente trabalho. Busca-se atualmente nas relações familiares uma existência maior de afeto entre seus membros do que até mesmo simples elos consanguíneos.

Helena Diniz (2010, p. 244) assevera que:

O princípio da afetividade é um dos mais importantes princípios consagrados na CF, tendo em vista que foi por meio deste que se operaram as principais mudanças no âmbito do direito de família, sendo uma dessas modificações a do conceito de paternidade.

Tal princípio é o norteador da filiação sócio afetiva e deve estar sempre presente na relação entre pai e filho para que esse tipo de paternidade possa ser reconhecido em cada caso.

3.3 Alguns casos em que a paternidade sócio afetiva deve se sobrepor a biológica

Como analisado anteriormente, para ser declarada a paternidade sócio afetiva, é necessário que o juiz analise caso a caso, levando em consideração todos os meios de provas produzidos nos autos, de modo que o magistrado possa fazer o seu adequado juízo de valor até momento da decisão definitiva.

Agora serão analisados alguns casos (julgados), onde a paternidade sócio afetiva se sobrepõe a paternidade biológica na decisão de diversos tribunais.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. DISPUTA DA PATERNIDADE ENTRE O AUTOR E O PAI REGISTRAL. NEGATIVA DE SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA. PREVALENCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRELIMINAR. A impressão manifestada pelo magistrado na sentença, sobre a semelhança física entre autor - pretense pai biológico - e o menor demandado, reforçada por outras

provas, firmando convicção de procedência da ação, não constitui nulidade do julgado ao fundamento de se basear em "impressões pessoais". Preliminar rejeitada. MÉRITO. A recusa dos demandados - pai registral e criança investigada - em se submeter a exame de DNA, pleiteado pelo autor para ver declarada sua paternidade sobre o infante, pode constituir presunção da paternidade, mas não o suficiente para ensejar sua declaração se a manifesta relação sócio afetiva existente entre o pai registral e a criança está demonstrada na prova dos autos - estudo social e prova testemunhal -. Posse de estado de filho caracterizada, independente da presumida paternidade biológica. Recurso acolhido para ensejar a improcedência da ação. Rejeitaram preliminar e proveram apelação. Apelação Cível Nº 70043391887, Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/12/2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 18 de outubro de 2014.

No presente julgado, vemos que a presença da paternidade sócio afetiva, pode afastar até a mesmo a presunção de paternidade quando o suposto pai biológico se recusa a submeter ao exame de DNA, não aplicando-se desta forma, o que prelecionam os já estudados arts. 232 do CC/02 e o art. 2-A da lei nº: 8560/92, bem como a sumula 301 do STJ.

A paternidade sócio afetiva, pode ainda prevalecer nas relações paterno filiais em casos onde o pai registra o filho mesmo sabendo não ser seu (a considerada adoção a brasileira), mais no decorrer da vida, garante a este filho todo suporte afetivo, de amor, carinho e respeito. Assim, o pai registral que exerce durante bom tempo a função social de pai, poderá ter reconhecida a paternidade em relação aquele filho, mesmo que não tenha entre eles os laços biológicos. No entanto, para isso deve ser demonstrado extreme de dúvidas, a relação afetiva presente no caso concreto.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. EMBARGOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS. A própria investigante reconhece que somente com 19 anos de idade é que começou a desconfiar que o pai registral - "a quem conheceu como pai desde a infância" - não era seu pai biológico. Consequentemente, mesmo que o pai registral não tenha resistido à pretensão da autora, o tempo de convivência entre o pai registral e filha, somada à declaração da filha, permitem considerar provada, e não presumida, a filiação socioafetiva entre autora e pai registral. Assim, a afetividade que prevalece é aquela entre a parte autora e seu pai, este entendido como aquele que sempre o foi, o pai registral. Caso em que deve ser julgado improcedente o pedido formulado na

ação de investigação de paternidade. DESACOLHERAM. POR MAIORIA. Embargos Infringentes Nº 70030704449, Câmaras Cíveis, Porto Alegre, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 10/07/2009. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM ALIMENTOS. 1. Não pode a parte autora, com 23 anos de idade, pretender "alterar o seu registro de nascimento" para nele incluir um "novo pai", na medida em que o registro de nascimento só admite alteração quando efetivado com vício de consentimento, situação que em nenhum momento restou evidenciada. 2. A afetividade que prevalece é aquela entre a parte autora e seu pai, este entendido como aquele que sempre o foi, o pai registral. 3. A parte autora, durante toda a sua vida, teve apenas um pai, o registral, não podendo a verdade biológica, certamente fundada em benefício patrimonial, até com a convivência do pai registral, sobrepor-se à verdade real. Recurso provido, por maioria. Apelação Cível Nº 70028543247, Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/04/2009. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. O direito de conhecer a descendência genética é imprescritível. Caso em que, ao registrarem a investigante os pais registrais fizeram uma "adoção à brasileira". Ao depois, os pais registrais foram os pais sócio afetivos da investigante. Verdade sócio afetiva que prevalece sobre a verdade genética. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. Apelação Cível Nº 70010973402, Oitava Câmara Cível, Porto Alegre, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/08/2005. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23 de Outubro de 2014.

Ademais, a paternidade sócio afetiva, deverá prevalecer ainda, quando a relação paterno filial é construída ao longo dos anos e sempre que a aplicação do melhor interesse da criança seja a solução mais justa para o caso.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO - ANSEIO DOS AVÓS REGISTRAIS EM VER REVISTA A QUALIFICAÇÃO PATERNA NO REGISTRO DA CRIANÇA - DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL ENTRE O PAI SÓCIO-AFETIVO E A CRIANÇA - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR - PROVIMENTO NEGADO. A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da

dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. Não se encontra um verdadeiro vício do consentimento em razão de erro, na medida em que o pai registral tinha conhecimento de que poderia não ser o pai biológico da criança. Apelação Cível nº: 1.0362.09.099740-8/001. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte. Julgado em 03/09/2013. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - ANSEIO DO PAI REGISTRAL EM VER REVISTA A QUALIFICAÇÃO PATERNA NO REGISTRO DA CRIANÇA - ESTUDO SOCIAL - DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL ENTRE O PAI SÓCIO-AFETIVO E A CRIANÇA - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR - PROVIMENTO NEGADO. A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. O interesse da criança deve estar em primeiro lugar, uma vez que é inegável que em casos de convivência habitual e duradoura com pessoas estranhas ao parentesco, o menor adquire vínculos de confiança, amor e afetividade em relação a estas pessoas. Esse vínculo não pode ser destruído, mesmo que com base na ausência laços biológicos, se afronta os interesses da criança, colocando-a em situação de instabilidade e insegurança jurídica e emocional. Apelação nº: 1.0024.09.643339-6/001. Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte. Julgado em 17/10/2012. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 27 de outubro de 2014.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. REGISTRO. MANIFESTAÇÃO VOLITIVA. ERRO. INEXISTÊNCIA. PATERNIDADE AFETIVA. PREPONDERÂNCIA. Àquele que, por ato voluntário, registra alguém como filho, mesmo sabendo não ser o seu pai biológico, não assiste o direito de infirmar a paternidade, após o transcurso de vários anos e o estabelecimento de fortes laços sócio-afetivos entre as partes. Em tal hipótese deve prevalecer a paternidade sócio-afetiva sobre a biológica, em atenção à primazia dos interesses do menor. Apelação nº: 1.0481.04.040675-5/001. Relator Maurício Barros. Julgado em 16/12/2008. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

No entanto, todo cidadão tem o direito de buscar sua verdadeira paternidade e deve ser analisado caso a caso sempre com toda a ponderação. Neste mesmo sentido é o entendimento da corte do STJ.

Distrito Federal. STJ. DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. (...). RESP nº: 1167993/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Julado em 18/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 de Outubro de 2014.

Assim, conforme restou demonstrado, a paternidade sócio afetiva, deverá prevalecer a biológica quando no caso em concreto esta criar laços muito maiores que apenas os laços de sangue. É claro que o juiz deverá sempre analisar caso a caso na busca pela melhor solução para o caso. Desta forma, entende-se que a havendo confrontação entre os dois tipos de paternidade e se o laço afetivo estiver mais presente e amparado aos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, a paternidade sócio afetiva, deverá prevalecer em relação a biológica, pois pai é aquele que transmite a pessoa do filho amor, afeto e respeito e não apenas vínculos biológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a paternidade e a personalidade é inerente a todo cidadão, uma vez que são amparados pela Constituição Federal. Na antiguidade os filhos chamados adulterinos não tinham os mesmos direitos dos chamados filhos legítimos. Atualmente não há mais que falar nesta distinção.

No presente trabalho restou demonstrado a evolução da família e da relação paterno filial desde a Roma antiga até os tempos atuais, através da análise do conceito de família. Foi estudado ainda as questões inerentes ao poder familiar, bem como a filiação, sobretudo no direito brasileiro. Foi ainda estudado todos os aspectos inerentes a ação de investigação de paternidade, desde a sua propositura, legitimidades, ritos, até o momento da prolação da sentença, do transito em julgado e o cabimentos dos recursos específicos.

Por fim, foi demonstrado os aspectos dos tipos de filiação, quais sejam, a biológica, a judicial e a sócio afetiva, com o objetivo principal de se demonstrar quando esta última deve prevalecer em face da paternidade biológica.

Quando em um determinado caso a paternidade sócio afetiva estiver em conflito com a biológica, analisado todos os elementos constituídos nos autos, a paternidade afetiva poderá prevalecer a primeira, uma vez que esta esta lastreada no amor e no afeto nas relações paterno filiais e não apenas vinculados na herança genética e consanguínea. Herança esta que nem sempre vem acompanhada do necessário amor, carinho, afeto e respeito entre pai e filho, tendo tal vínculo papel de extrema importância nas relações familiares, mais no entanto, secundário no direito de paternidade.

A paternidade sócio afetiva não esta regulamentada na lei. Este novo tipo de filiação foi criada pela doutrina e pela jurisprudência, e em que pese ainda gerar algumas discussões, o tema vem a cada dia mais ganhando campo e importância no direito brasileiro. É uma filiação pautada no afeto e visa garantir o bom desenvolvimento da criança.

Todos os cidadãos têm o direito de buscar judicialmente o reconhecimento de sua paternidade. Privar o cidadão deste direito é ferir de morte o princípio da

dignidade da pessoa humana. O ideal seria que em todas as relações entre pais e filhos estivessem presentes o vínculo genético juntamente com o vínculo afetivo, mais o grande objetivo é reconhecer quem realmente exerce a função de pai, nem que para isso o vínculo biológico tenha que ser suprimido. Para tanto, o juiz deve esgotar todos os meios possíveis para poder dar uma decisão justa e acertada, pensando sempre no melhor interesse da criança, visando sempre o bem estar da mesma no seio familiar.

É importante mencionar que a qualquer tempo, o cidadão pode pleitear o reconhecimento de sua paternidade, seja ela afetiva ou biológica, e isso da em função ao princípio da personalidade. Ademais, o simples registro da filiação não é garantia para o exercício do poder familiar, que pode ser mudado a qualquer tempo.

A prova da filiação biológica se dá com o exame pericial de DNA, técnica quase que infalível que aponta com grau de certeza de 99,999% a probabilidade da existência ou não da paternidade. O exame tem um grau de confiabilidade tão grande, que o STJ editou a súmula 301, confirmando o que já dispunha o art. 232 do CC/02 e o art. 2-A da lei nº: 8560/92, garantindo que em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade, tal é o valor probatório de tal exame nestas ações.

A paternidade sócio afetiva ganhou tanta força no cenário das relações familiares, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº: 69218, considerou o tema como sendo de repercussão geral por entender ser o tema importante no que tange os aspectos sociais, jurídicos e econômicos.

É claro que o presente tema é atual e ainda gera divergências na doutrina e na jurisprudência, ainda mais pelo fato de não haver previsão legal o reconhecimento de tal modalidade paterno filial. Existem inclusive correntes que admitem a possibilidade da dupla filiação, tanto a biológica como a afetiva; existe ainda a corrente que admite que apenas a filiação biológica é amparada pelo art. 227 da CF/88. E existe a corrente, mais atual e que vem ganhando cada vez mais campo, que admite a prevalência da paternidade sócio afetiva, que gera todos os direitos inerentes a paternidade biológica, uma vez que não há mais que se falar na distinção entre filhos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de Família e Sucessões*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1998*. Brasília: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de fev. de 2014.

_____. Código Civil (2002). *Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Brasília. Senado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 07 de mar de 2014.

_____. Código de Processo Civil (1973). *Lei n° 5869 de 11 de janeiro de 1973*. Brasília. Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 13 de mar de 2014.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990). *Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990*. Brasília. Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20 de maio de 2014.

_____. *Lei n° 8.560 de 29 de dezembro de 1992*. Brasília. Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em 20 de maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 69218. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 de ago de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 301 de 18 de abril de 2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sumula+301&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 de abr de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº: 1167993/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Julado em 18/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 de Out de 2014.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo. RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª.ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro*. V. 5. 25ª ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

IBDFAN: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/1359>>. Acesso em: 07 maio. 2014.

JUNIOR, Humberto Teodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1998.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil. Processo nº: 1.0024.04.377309-2/001. Relator:Duarte de Paula. Belo Horizonte, acórdão 10 de jun de 2005. Disponível em <<http://tjmg.jus.br>>. Acesso em 29 de outubro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Processo nº: 1.0183.05.089090-8/001. Relator: Armando Freire. Acórdão 19 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jus.br>>. Acesso em 28 de out de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil. Processo nº: 1.0778.05.012269-7/001. Relator: Armando Freire. Belo Horizonte, Acórdão 08 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 23 de maio de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil. Processo nº 1.0000.00.247433-6/000. Relator: José Francisco Bueno. Belo Horizonte, 02 de agosto de 2002. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 de jun de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil, nº: 1.0024.02.826960-3/001, Rel. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2006. Disponível em <www.tjmg.ju.br>. Acesso em 18 de jun de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 1.0362.09.099740-8/001. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte. Julgado em 03/09/2013. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 de out de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº: 1.0481.04.040675-5/001. Relator Maurício Barros. Julgado em 16/12/2008. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 de out de 2014.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas. Bookseller, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70043391887, Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/12/2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 18 de out de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000307165, 7ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. j. 15.12.1999. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 18 de jul de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes Nº 70030704449, Câmaras Cíveis, Porto Alegre, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 10/07/2009. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20 de out de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70028543247, Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/04/2009. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 19 de out de 2014.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. 6. São Paulo. Saraiva, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo. Método, 2011.

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