

RONIE RICARDO HALICK

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
O LIMITE ENTRE O AFETIVO E O FINANCEIRO**

CURITIBA

2002

RONIE RICARDO HALICK

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
O LIMITE ENTRE O AFETIVO E O FINANCEIRO**

**Monografia apresentada como requisito à
obtenção do grau de Especialista em Direito,
Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**CURITIBA
2002**

SUMÁRIO

RESUMO	iii
APRESENTAÇÃO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PATERNIDADE	2
3 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS	3
3.1 DE QUEM É O DIREITO?	3
3.2 ASPECTOS PRELIMINARES AO INGRESSO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	4
3.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA FUNÇÃO DIANTE DA LEI 8.560/92	6
3.4 COMO SE ESTABELECE A RELAÇÃO JURÍDICA	7
4 OS EXAMES PERICIAIS E SUA INFLUÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS	10
4.1 O EXAME PERICIAL	10
4.2 DOS ALIMENTOS - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS	12
4.3 EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS	16
5 AFETIVIDADE x FINANCEIRO	19
5.1 CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA CENTRAL	19
5.2 O CARÁTER MERAMENTE ALIMENTAR	22
5.3 PATERNIDADE AFETIVA x PATERNIDADE BIOLÓGICA x PATERNIDADE FINANCEIRA	23
5.4 DIFICULDADE DE MENSURAÇÃO	26
6 CONCLUSÃO	28
6.1 TENDÊNCIAS E SOLUÇÕES DO DIREITO	28
REFERÊNCIAS	30

RESUMO

A revisão bibliográfica ora proposta relaciona-se à investigação de paternidade e os alimentos, procurando identificar os aspectos afetivo e financeiro envolvidos tanto na averiguação de paternidade como na ação judicial de investigação de paternidade. Observa-se o mero interesse econômico advindo das genitoras do investigante as quais não pretendem o reconhecimento da paternidade com uma efetiva aproximação com o pai, mas tão somente o recebimento de numerário. O Poder judiciário tem função bem maior do que apenas julgar a ação, é também de tentar conciliar as partes, como o próprio Código de Processo Civil determina. Assim, verifica-se também a função de atuação do juiz na instrução processual, que deve demonstrar às partes que este tipo de ação, relativo a estado de pessoa não tem cunho meramente patrimonial mas sim biológico/afetivo. Busca-se verificar se o procedimento tem como escopo só a demonstração do parentesco consangüíneo, o qual reforça os laços familiares bem mais do que um parentesco meramente formal decorrente por exemplo de uma adoção. Tem-se que o investigante é fruto oriundo de uma relação e então há que se demonstrar ao réu-investigado que houve um ser humano gerado e que quer queira ou não este necessita do cuidado material não só decorrente do ordenamento jurídico mas principalmente porque é da natureza humana a proteção e a criação dos filhos. Procura-se também demonstrar a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses públicos, diante da recusa do suposto pai e diante de elementos suficientes que indiquem a paternidade do mesmo. Indica-se a efetividade do Ministério Público no sentido da obrigação legal de propor a ação de investigação de paternidade, na qualidade de substituto processual, qualidade esta em que há a atuação em nome próprio na defesa de direto alheio.

APRESENTAÇÃO

Com o advento da Lei nº 8.560/92, a qual disciplinou a Investigação de Paternidade no Brasil, de maneira específica, adentrou-se num novo tempo relacionado a tal procedimento.

Passada uma década da referida Lei há que se analisar acerca dos bons frutos trazidos por esta assim como os percalços a serem superados pelos operadores do direito.

Neste sentido é que procurou-se fazer a presente, evidentemente que mais como aprendiz do que um elemento informador ou inovador. Talvez como um trabalho preparatório para posterior aperfeiçoamento, agradecendo a todos que de alguma forma ajudaram na conclusão desta singela monografia.

1 INTRODUÇÃO

Ao se falar sobre novas tendências do direito, não há como deixar de falar do momento atual no qual a sociedade vem passando sob o ponto de vista jurídico, sem contudo esquecermos de falar de como era antes, como é, e qual a tendência para determinado assunto de relevância jurídica.

Quando se fala em Investigação de Paternidade, verifica-se que esta, anos atrás tinha uma determinada característica no que concerne a ação propriamente dita bem como em relação a lei. Havia um processo baseado grande parte em depoimentos pessoais, testemunhais, fotos, cartas, enfim meios materiais de prova que nem sempre indicavam a paternidade embora fosse ela existente. Com a evolução legislativa e científica principalmente, ainda que não existam provas materiais concretas, pois não raras vezes de apenas uma relação sexual há a concepção, há a possibilidade de determinar a paternidade com exatidão através dos exames periciais que evoluíram cientificamente e que cada vez mais estão com custos menores, tornando-os mais acessíveis.

Como consequência desta evolução, tem-se o grande número de ações de investigação de paternidade, advindas da possibilidade de obter uma remuneração extra às mães, deixando de lado o aspecto afetivo, para dedicar-se principalmente sob o aspecto financeiro em caso de positivo o exame pericial.

É neste sentido que se procura fazer uma revisão bibliográfica acerca da investigação de paternidade e dos alimentos, procurando verificar dentro das possibilidades os aspectos afetivo e financeiro envolvidos tanto na averiguação de paternidade como na ação judicial de investigação de paternidade. Não raras vezes verifica-se o mero interesse econômico advindo da genitora do investigante a qual não pretende o reconhecimento da paternidade com uma efetiva aproximação com o pai, mas tão somente o recebimento de numerário econômico.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PATERNIDADE

Diante da desenfreada corrida ao Judiciário para obter uma outra fonte de renda que não a própria, através da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, onde o que se busca primordialmente são os alimentos é que o presente tema veio à tona.

Diante da fácil comprovação paterna através de exame pericial, houve uma procura muito grande para a obtenção judicial da declaração de paternidade, para num segundo momento, obter uma remuneração do pai biológico.

O que, porém, o nosso direito pátrio não previu, foi uma maneira de tornar esta relação processual que se estabelece, muito mais afetiva, na qual o autor busca de seu pai, aquele que o gerou, alguém que lhe dê carinho, proteção, amizade; não simplesmente alguém que todo final de mês lhe forneça um dinheiro a ser gerido na maioria das vezes pela genitora e fique tudo bem.

É diante da lacuna existente no direito, no que concerne à relação afetiva e financeira, tendo como foco principal a investigação de paternidade, que este trabalho se propõe a buscar soluções, ou pelo menos maneiras de minimizar as conseqüências de uma investigação de paternidade com foco principal nos alimentos e não o aspecto paterno, de filiação.

Exsurgem vários desdobramentos da relação processual estabelecida, que estão ligados principalmente aos aspectos psicológico e social. Se os genitores tiveram uma única relação sexual da qual resultou o investigante, como estabelecer um vínculo afetivo se o investigante foi fruto de relacionamento meramente carnal. Existirá possibilidade de se estabelecer vínculo entre o genitor e a criança? Talvez haja esta possibilidade. Contudo não há uma forma pré-estabelecida para conseguir tal pretensão. As muitas facetas do ser humano não colaboram no sentido de aproximação investigante e investigado, muito pelo contrário, determinam o efetivo afastamento.

3 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS

3.1 DE QUEM É O DIREITO?

Ao se falar em investigação de paternidade muitas vezes tem-se acoplada a idéia de alimentos, ou seja, pagamento de alimentos por parte do suposto pai. O que se verifica na prática é que não existe uma dissociação da investigação de paternidade com a questão alimentar, o que não é de se recriminar pois o investigante tem o direito de receber sustento alimentar do pai e da mãe.

A principal questão a ser estudada diz respeito ao vínculo a ser estabelecido quando da busca da paternidade. Se o vínculo pretendido diz respeito a efetivamente saber quem é o pai e a partir desta confirmação construir um relacionamento decorrente de uma relação paterno-filial ou se apenas há o interesse financeiro decorrente dos alimentos pleiteados juntamente com o procedimento de investigação, tendo como foco principal o investigante e não a mãe que na imensa maioria dos casos é a responsável legal deste e que por óbvio em caso de pagamento de alimentos é quem administra os valores dedicados ao pleiteante.

A função do poder judiciário é bem maior do que apenas julgar a ação, é, também, de tentar conciliar as partes, como o próprio Código de Processo Civil determina. Logo, o juiz na instrução processual deve demonstrar às partes que este tipo de ação, relativo a estado de pessoa não tem cunho patrimonial mas sim biológico/afetivo. O que se busca neste tipo de procedimento é a demonstração do parentesco consangüíneo, o qual reforça os laços familiares bem mais do que um parentesco meramente formal decorrente por exemplo de uma adoção. O fato do réu saber que o investigante é fruto oriundo de uma relação sua praticada, deveria, pelo menos demonstrar ao réu que houve um ser humano gerado e que quer queira ou não este necessita do cuidado material, não só decorrente do ordenamento jurídico mas, principalmente, porque é da natureza humana a proteção e a criação dos filhos.

Dentro da delimitação de quem detém o direito a investigação de paternidade não é possível deixar de tecer comentários acerca do interesse público

e do direito personalíssimo que envolvem a ação de investigação de paternidade. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o estado de filiação decorre de um direito personalíssimo, imprescritível e indisponível. Dentro desta perspectiva alguns autores entendem que o Ministério Público viola este direito *intuitu personae* ao propor ação de investigação de paternidade o que não se pode concordar ante a legitimação extraordinária que é decorrente do interesse público quando do estabelecimento da relação. Este direito personalíssimo pode ser definido como “aquele direito intrínseco a própria pessoa e determinada pessoa, de tal forma que, a não ser em casos excepcionais, compete a ela exclusivamente o respectivo exercício; é dito também direito absoluto, desprovido de faculdade de transmissão pelo próprio titular”.¹

E a legitimidade dada ao Ministério Público é dada em caráter excepcional justificada pela inexistência de capacidade para exercício direto e concreto do direito, por parte de seu titular, que só poderia fazê-lo através de seu representante legal. Os direitos da personalidade são definidos como aquelas faculdades jurídicas cujo objeto são diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim suas emanções e prolongamentos.

Outro ponto de relevo a ser destacado é que a presença do interesse público não descaracteriza o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo. Os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, destinados a guardar a dignidade humana.

3.2 ASPECTOS PRELIMINARES AO INGRESSO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Antes de efetivamente ocorrer a ação de investigação de paternidade existe a possibilidade do investigador obter o reconhecimento da paternidade sem necessitar de uma demanda judicial. Tal possibilidade advém do reconhecimento

¹ Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 27. p.503

por uma das formas disciplinadas no artigo 1º da Lei nº 8560/92² ou ainda de uma averiguação oficiosa de paternidade, da qual o investigador pode obter o reconhecimento da paternidade sem provocar o judiciário.

Quanto as formas de reconhecimento elencadas no citado artigo são necessários alguns comentários. O reconhecimento no registro de nascimento é o modo mais comum e a forma simples do ato não requer prova rigorosa. Quanto a escritura pública não há inovação pois o artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente já previu. Em relação ao reconhecimento em escrito particular a ser arquivado em cartório demonstra o interesse do legislador em ampliar a possibilidade de reconhecimento. Quanto ao reconhecimento em testamento também já não havia controvérsia haja vista que tal documento é revestido de forma pública. Por fim o reconhecimento perante o juiz independente de existência de processo judicial também há que ser considerada como relevante diante da possibilidade de facilitação do reconhecimento dos laços de filiação.

Em relação a averiguação instituída pela mencionada lei tem-se que é um procedimento de jurisdição voluntária, que nada mais é do que “uma forma particular de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgão jurisdicionais, em parte pelos órgão administrativos, e pertencente à função administrativa, mas também distinta da generalidade dos atos administrativos por certas particularidades.”³ É um procedimento de jurisdição voluntária porque tal reconhecimento é encaminhado ao juiz para que este dê a chancela homologatória do ato, mediadora, para que o interessado tenha seu interesse tutelado pela ordem

² Lei nº 8560/92 - Art. 1º 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 expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém.

³ FACHIN, L. E.. **Averiguação e Investigação de Paternidade Extramatrimonial**. Curitiba: Genesis, 1995. p. 23.

jurídica, produzindo ao final não coisa julgada material. Cabe destacar que como não ocorre a coisa julgada material neste tipo de procedimento há a possibilidade de se intentar ação de investigação de paternidade em caso de haver improcedência na averiguação oficiosa de paternidade.

Destarte a jurisdição voluntária existente neste procedimento, verifica-se também que o mesmo possui um caráter não oficial, mas que não deixa de demonstrar que o interesse público predomina sobre o interesse privado no que concerne a relação de paternidade estabelecida, cabendo ao juiz intervir para assegurar a tutela de um interesse maior.

3.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA FUNÇÃO DIANTE DA LEI 8.560/92

É notória a atuação do Ministério Público na defesa do interesse público. Diante da recusa do suposto pai e diante de elementos suficientes que indiquem a paternidade do mesmo impõe-se ao Ministério Público a obrigação legal de propor a ação de investigação de paternidade, na qualidade de substituto processual. Nesta qualidade há a atuação em nome próprio na defesa de direto alheio. Tal função decorre da legitimação extraordinária que a lei nº 8.560/92 lhe atribuiu, sem contar com legitimação de atuação em ações relativas a estado de pessoa, que é o caso, já prevista no Código de Processo Civil, no artigo nº 82, III⁴.

Como substituto processual o *Parquet* atua como parte no processo e logo deve atuar como tal, ou seja, submetendo-se aos direitos e ônus inerentes, observando-se porém os prazos concedidos em quádruplo para contestar, em dobro para recorrer e a intimação pessoal que sempre deve ser feita.

Diante da obrigação legal não há como o *Parquet* deixar de atuar na causa relativas a investigação de paternidade. Não significa dizer que somente este órgão possa intentar tal ação. Quem tenha legítimo interesse pode propor referida investigação, visando obter o reconhecimento de paternidade.

⁴ Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

No caso específico do Ministério Público, este poderá propor a ação de investigação de paternidade caso o reconhecimento oficioso voluntário não chegar a bom termo.

A própria Constituição da República declara que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, pelo que lhe incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentro regime democrático.

O § 4º, do artigo 2º da Lei nº 8.560/92 efetivamente atribui legitimidade extraordinária para propor ação de investigação de paternidade e atuar no âmbito de interesses individuais indisponíveis, que são tão relevantes. É evidente que o *Parquet* deve aferir a possibilidade de propositura de ação de investigação de paternidade com fundamento na análise dos elementos constantes do procedimento de averiguação oficiosa. Não há na lei um esclarecimento quanto a obrigatoriedade de instauração da averiguação, mesmo que haja elementos suficientes bem como das conseqüências de sua inércia.

3.4 COMO SE ESTABELECE A RELAÇÃO JURÍDICA

A ação de investigação de paternidade nos moldes concebidos e decorrentes da Lei nº 8.560/92, é estabelecida após um procedimento denominado de averiguação de paternidade. Tal procedimento de maneira bastante acadêmica, portanto sucinta, pode-se dizer que consiste no chamamento do suposto pai do investigante para que o mesmo esclareça acerca da paternidade que lhe é atribuída.

Esclarece-se. A mãe da criança, após o seu nascimento, no momento do registro civil caso o suposto pai não conste da certidão de nascimento, indicará o nome, profissão, endereço e demais elementos identificadores do suposto pai, o qual será notificado para manifestar-se sobre a paternidade atribuída. Cabe ressaltar que no âmbito da comarca de Curitiba este procedimento é feito pela Promotoria de Investigação de Paternidade, a qual desenvolve todo um trabalho de averiguação oficiosa de paternidade indo desde a notificação ao suposto pai até a lavratura de termo de reconhecimento de paternidade com estipulação de alimentos,

realizando se necessário exame de DNA, para retirada de qualquer dúvida quanto a paternidade atribuída, sendo o reconhecimento caso haja, posteriormente enviado para homologação por juiz de direito da Vara de Família.

Há também os casos em que o investigado não assume a paternidade que lhe é atribuída, ou ainda, não tem certeza de desta, ou também não aceita fazer o exame pericial de DNA. Nestes casos o Ministério Público, quando obtiver elementos suficientes, na qualidade de substituto processual legal propõe a ação de investigação de paternidade, acionando o judiciário para posterior decisão. Ocorre a conhecida pretensão resistida quando o suposto pai recusa-se a reconhecer a paternidade que lhe é proposta.

Ao se falar em pretensão resistida já se está objetivando a tutela judicial. Ao pretender esta tutela faz-se necessária uma pequena visão acerca da legitimação e interesse de agir. O interesse que surge com a lide é de cunho processual e material. Processual porque voltado para solução do litígio e material porque visa a efetividade sobre uma pretensão. Como ao Estado é quem cabe a tutela jurisdicional é o instrumento pelo qual as partes poderão obter o devido interesse protegido. O Interesse na tutela jurisdicional é o interesse processual, enquanto que o interesse sobre o bem litigioso é o interesse material. O interesse processual decorre da necessidade da atuação do poder jurisdicional. Se um filho não é reconhecido espontaneamente pelo pai, evidentemente que há interesse processual em propor este uma ação investigatória; existe a necessidade da tutela jurisdicional.

Ainda em relação à legitimidade tem-se que a mesma é a permissão legal para o exercício de um determinado direito, é a permissão legal para a prática de um ato jurídico necessário à realização de um interesse material. Só haverá porém legitimidade para prática do mencionado ato se e somente se, houver o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela lei. Não havendo legitimidade para o exercício de um direito este então não poderá ser exercido nem com ação judicial. A legitimidade para agir é uma condição para todo e qualquer direito.

No que tange ao investigante cumpre esclarecer que o direito à investigação é deste e portanto este será o titular da ação. Se capaz o investigante poderá propor a ação investigatória sem maiores problemas. No entanto, no caso do investigante ser absolutamente incapaz necessitará estar representado. O que se

verifica é que a mãe pode propor a ação de investigação de paternidade em nome do filho mas nunca em nome próprio, pois se assim o fizer haverá o instituto da substituição processual e não o da representação. O representante atua em juízo em nome do representado e não em nome próprio.

Quanto ao rito da ação, o que já está pacificado é que esta ação segue o rito ordinário ainda que cumulada com ação de alimentos. Não há necessidade da audiência prévia prevista na Lei de Alimentos, o que evidentemente não exclui a tentativa de conciliação. Outro aspecto importante nas ações de investigação de paternidade diz respeito à revelia. Devidamente citado, o réu que deixar de apresentar contestação e portanto revel, não terá contra si a presunção decorrente da revelia. Tal não ocorre porque neste tipo de ação, relativa a estado de pessoa, o investigador terá que provar que o alimentante efetivamente é o seu pai biológico.

4 OS EXAMES PERICIAIS E SUA INFLUÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS

4.1 O EXAME PERICIAL

No âmbito das provas relativas a investigação de paternidade, além das tradicionais já conhecidas como fotos, documentos, cartas, depoimentos testemunhais, vislumbramos uma evolução significativa no campo das perícias técnicas. Vê-se o aperfeiçoamento da ciência, que satisfatoriamente ajuda na produção de provas decisivas para que o juiz decida de maneira correta uma relação processual estabelecida. Desde o exame de sangue outrora realizado para indiciar pretensa paternidade até o exame de DNA realizado hoje em dia, verifica-se que a evolução tecnológica da ciência também demonstrou-se eficaz no auxílio dos conflitos judiciais.

A prova de conjunção carnal é prova apenas indiciária não totalmente eficaz para determinar a paternidade uma vez que a genitora pode ter tido mais de uma relação sexual no seu período fértil, o que dificulta a definição do genitor. Assim faz-se mister um meio de prova direta, qual seja, a pericial.

Decorrente da questão pericial exsurge a controvérsia acerca da exigibilidade de realização do exame pericial de DNA por parte do suposto pai. Efetivamente no ordenamento jurídico pátrio não há lei que obrigue a realização do exame pericial. Ademais, a própria Constituição no artigo 5º, II, especifica que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, logo o juiz não pode coagir o réu a realizar o exame pericial. Quanto a este entendimento de não obrigatoriedade de realização do exame pericial os Tribunais do Brasil tem entendimento pacífico no sentido da não obrigatoriedade. No entanto, a jurisprudência, o que há que se concordar, tem entendido que a recusa na realização do exame pericial por parte do réu é um indício de que o mesmo é o genitor do investigante. Afinal qual exame melhor para provar que o réu não é o pai senão o de DNA? Este exame não deixa dúvidas quanto a paternidade. Assim, se o réu tem certeza de que não é pai deve realizar o exame, que fatalmente dará negativo, acabando por improcedente a ação. Evidentemente, que a recusa ao

exame pode se fundar em motivo relevante, o que fatalmente será observado pelo juiz na hora de mensurar as provas. Um exemplo de motivo relevante é o caso de determinadas religiões que são contra qualquer tipo de exame que tenha que mexer com o sangue.

O exame de DNA, como prova científica tem na verdade, uma função de ajudar o juiz na verificação da existência ou não de um relacionamento sexual donde derivou o nascimento do investigante. Convém salientar que antes do DNA existiram outras provas científicas que ajudaram ao Judiciário na resolução de demandas de investigação de paternidade. Outrora, os exames de sangue, pelo sistema tipo ABO tinham a função exclusiva de excludentes de paternidade, ajudando principalmente quando a paternidade era excluída. Posteriormente houve o sistema HLA, o qual trouxe ao processo a probabilidade do suposto pai não excluído ser o verdadeiro pai, podendo a provável paternidade ser calculada, baseada na freqüência dos marcadores genéticos na população geral. Este método trouxe certa dose de segurança nos resultados dos testes científicos, de sorte a obter uma probabilidade de acerto. Estes dois tipos de exame evidenciavam que com segurança a exclusão de paternidade, no entanto não eram suficientes para aferição da verdade biológica no processo investigatório, pela justificativa de que estes métodos não eram providos de certeza científica para este fim, apresentando uma segurança relativa.

Em relação ao exame de DNA, tem-se hoje, que o mesmo pode ser considerado como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade para os integrantes das lides relacionadas a investigação de paternidade, desde as partes até os agente políticos como juízes e promotores. O DNA liga-se a idéia de individualidade, no sentido de que os sinais e características variáveis de pessoa para pessoa são únicos em cada uma e indicados por seus genes, constantes do genoma, material genético presente nas células da pessoa. O DNA fica situado no núcleo de todas as células do corpo humano, apresentando semelhanças típicas entre pessoas biologicamente relacionadas. Parte do DNA é oriundo do pai biológico e parte é oriundo da mãe biológica. Nessa linha de raciocínio pode-se dizer que o DNA é uma marca da herança genética das pessoas e, por isso, é a melhor alternativa para esclarecimento de paternidades nebulosas.

Inevitável portanto, que a técnica de DNA assumira valor diferenciado das outras provas técnicas e periciais. Ao se analisar o DNA dos conflitantes, questões ligadas à lide podem ser solucionadas com uma certeza muito maior do que com os antigos testes, que não continham graus acentuados de segurança, à exceção da exclusão.

No tocante ao aspecto prático da efetividade do exame de DNA tem-se que em princípio o mesmo é realizado com o trio mãe, filho e suposto pai. Isto não impede que o exame possa ser realizado com o investigante e qualquer dos pais, mesmo que o outro esteja ausente. Este tipo de caso é considerado como deficiente o que não afasta de a probabilidade de paternidade ser atingida em 99,99%. Em geral o DNA é extraído do sangue, no entanto pode-se extraí-lo da raiz dos cabelos, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, da urina. Porém, o sangue é preferido porque sua coleta é relativamente simples.

É claro que a prova pericial é por demais importante, no entanto não há como o juiz deixar de analisar o conjunto das provas indiretas tais como as testemunhais e documentais. Outro aspecto a ser salientado é o da multidisciplinariedade no sentido de que há a busca em outras disciplinas e ciências para o a entrega de um direito correto, devendo o juiz utilizar-se da conexão de sistemas probatórios das provas processuais e científicas. O exame pericial é de suma importância portanto, pois dá segurança o julgador, tem peso e significância o exame pericial para o conjunto probatório. A jurisprudência tem destacado grande relevância para o exame pericial tanto que concluem pela prevalência da autoridade desta prova.

4.2 DOS ALIMENTOS - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Não raras vezes ao se falar em ação de investigação de paternidade verifica-se que esta vem cumulada com ação de alimentos. Diante na norma estabelecida pela Lei nº 8.560/92 indaga-se da possibilidade de cumulação de tais pedidos. Antes porém de entrar neste mérito é necessário estabelecer a importância dos alimentos no contexto do alimentando principalmente.

Numa definição simples acerca dos alimentos tem-se que os mesmos são prestações devidas dadas a quem as recebe para que possa subsistir e manter sua relação de existência, realizar seu direito a vida física, intelectual e moral. É uma modalidade de assistência imposta por lei.

Analisando o aspecto legal dos alimentos tem-se que o direito decorrente dos mesmos é um direito personalíssimo, logo tende a subsistência e integridade do alimentando, devida pelo alimentante ao alimentando em função do parentesco que os une. A titularidade pessoal assim o é considerada em virtude de que a titularidade não passa para outrem seja por negócio ou fato jurídico.

Convém destacar que o direito a alimentos é irrenunciável. Esta irrenunciabilidade deve-se ao fato de predominar na relação um interesse público, o qual exige que a pessoa indigente seja sustentada. Pode-se dizer também que o direito de pedir alimentos é irrenunciável também, porque representa uma conseqüência do direito natural na modalidade de direito a vida.

Outra questão que não pode deixar de ser mencionada é a de que se os alimentos são irrenunciáveis devido o seu caráter personalíssimo também são intransmissíveis em virtude de seu caráter personalíssimo, se extinguem com a morte do alimentário ou alimentante. Assim, se o credor de alimentos morrer, não podem os seus sucessores intentarem ação contra o primitivo devedor. Porém, o crédito decorrente de alimentos pretéritos, atrasados, constituídos em soma determinada fará parte ativa da parte hereditária e passará aos herdeiros, pois se trata de direito adquirido. No caso de morte do devedor os seus herdeiros não estariam obrigados a continuar a cumprir a obrigação alimentar já que esta tem caráter personalíssimo, como regra geral.

A cedibilidade dos alimentos também não é possível devido a sua natureza. Uma vez outorgado, como é, a quem necessita de meios de subsistir, logo destinado para assegurar o sustento de quem caiu em estado de necessidade. Esse direito é por definição e substância, intransferível, o seu titular não pode sequer ceder o seu crédito que obteve em razão de ter reunido pressupostos da obrigação alimentar.

Aspecto de relevância também, é o relativo ao fato de que os créditos decorrentes de alimentos são impenhoráveis como regra geral na medida em que

em são destinados a sobrevivência do alimentando. Também são incompensáveis estes créditos na medida em que o crédito alimentar não é compensável. Não menos importante é o fato de que os créditos decorrentes dos alimentos são imprescritíveis. Na delimitação da imprescritibilidade é necessário observar três aspectos: a) o aspecto de que ainda não se juntaram os pressupostos mínimos objetivos para o estabelecimento da relação, b) o aspecto em tais pressupostos existem mas o titular do direito não os quer exercer, c) o aspecto em que o alimentando interrompe o recebimento das obrigações deixando de exigir do alimentante o dever de pagar as obrigações.

Adentrando especificamente no assunto investigação de paternidade x alimentos tem-se que é imposto aos genitores o dever de sustento para com a prole independentemente de vontade, decorre de fato objetivo, a paternidade e de um direito subjetivo do filho. O filho natural ou ilegítimo, reconhecido ou não, tem o direito de ser sustentado pelos responsáveis por sua geração. Ainda que não se pudesse reconhecer os filhos espúrios, isto não constitui elemento exonerador da obrigatoriedade de sustento, ou seja, de prestar alimentos. O vínculo de sangue pai/filho fala mais alto. O dever de alimentos está relacionado ao vínculo genético estabelecido, de sangue e não ao *status familiae*.

Outrora havia a discussão de que primeiro haveria a necessidade de investigação de paternidade para confirmação da paternidade para depois o alimentante adentrar com ação de alimentos. Com o passar dos tempos a doutrina e a jurisprudência verificaram que a relação legal pai/filho independe da necessidade que este tem para sobreviver e que seu genitor tem responsabilidade direta.

A Lei nº 8.560/92, em seu artigo 7º, regula o procedimento da ação de investigação de paternidade, destacando previsão de fixação de alimentos provisionais ou definitivos com dois requisitos, quais sejam: a) sentença de primeiro grau reconhecendo a paternidade e b) a necessidade do investigante.

Ora se a própria lei já prevê a fixação de alimentos após a sentença confirmatória de paternidade, parece razoável que na formulação inicial da ação de investigação de paternidade a mesma seja intentada cumulada com pedido de alimentos.

Depreende-se também que pode haver certa divergência quanto às expressões provisionais ou definitivos, divergência esta esclarecida nos seguintes termos⁵ “Levando-se em consideração tais fatores, poder-se-ia interpretar a expressão “alimentos provisórios ou definitivos” como espécies sinônimas de alimentos e, portanto, integralmente contrária à conceituação comum dos alimentos provisionais. É que os “alimentos provisórios” do artigo 7º podem representar o sentido de provisão, constituindo-se nos alimentos que, a partir da sentença de primeiro grau reconhecedora da paternidade, garanta a manutenção e sustento do filho demandante da investigação.”

Assim, tem-se que não resta dúvida quanto a pertinência de propositura de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos na medida em que ambas decorrem de direitos personalíssimos e portanto compatíveis para serem processadas conjuntamente. É evidente que não apenas o fato de decorrerem de direitos personalíssimos que as autoriza serem propostas conjuntamente, mas sim outros fatores também tais como o direito de ter uma filiação, o direito de ter um pai responsável que contribua para o sustento efetivo do filho.

No decorrer da ação as vezes pode surgir o pedido de fixação de alimentos provisórios por parte do investigante. Antigamente ao magistrado era mais difícil de fixá-los na medida em que os processos não continham em seu bojo elementos suficientes para sequer indiciar o investigado com pai do investigante ainda mais opor-lhe a obrigação alimentar sob pena de na sentença improcedente verificar que houve um equívoco. Muitas vezes o investigante sequer trazia fotos, cartas, ou qualquer elemento indiciário da paternidade que pleiteava.

Atualmente com as provas periciais pode-se por exemplo após a realização de um exame pericial de DNA, o investigante requer ao juiz a fixação dos alimentos uma vez positivo o exame realizado. Não é a única prova no entanto é forte suficiente para que tais alimentos sejam fixados enquanto termina a instrução. Para uma prestação jurisdicional efetiva o que se exige é que é que pelo menos haja indício forte da filiação, de maneira que ao juízo fique confortável para referida fixação. Evidentemente que não só o exame de DNA autoriza tal fixação, até porque

⁵ FACHIN, L. E. **Averiguação e Investigação de Paternidade Extramatrimonial**. Curitiba.

muitas vezes as partes não tem condições de arcar com os custos de tal exame e muito menos o Estado. Outras provas periciais não excludentes de paternidade ou ainda fotos, cartas dependendo da maneira como são apresentadas ao juízo acabam por corroborarem para delimitação dos alimentos provisórios. A segurança jurídica deve ser preservada de maneira inquestionável sob pena de o Estado, na função Judiciária, estabelecer insegurança jurídica à sociedade. Nos casos em que falta o indício da paternidade tem-se como prudente a não fixação dos alimentos, deixando para fixá-los na sentença, em caso de procedente a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

4.3 EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS

Os alimentos têm função de prover o devido sustento do alimentando, logo devem ser suficientes para tal. Ocorre porém, que nem sempre há a possibilidade de adequar corretamente o binômio necessidade x possibilidade. Assim, surgem vários conflitos decorrentes deste binômio. O alimentando alegando que não recebe o suficiente para sua manutenção e o alimentante alegando que não tem condições de pagar além do que paga e requerendo se possível, a diminuição do valor que é pago.

No que tange a necessidade do alimentando tem-se que fora a existência do vínculo de família, a exigibilidade da prestação alimentar pressupõe que o titular do direito não possa manter-se por si mesmo, ou com seu patrimônio. Logo só serão devidos aos alimentos se aquele que os reclama não tem bens ou o seu trabalho são insuficientes para sua manutenção. Como regra tem-se que cada pessoa há que sustentar-se por suas próprias forças, logo a obrigação de prestar alimentos é subsidiária, no sentido de que só nasce quando o próprio indivíduo não pode cumprir sozinho esse evidente dever com sua pessoa, que é o de manter-se e alimentar-se por si próprio. Há que se destacar que a impossibilidade do alimentando as vezes decorre de problemas de ordem física ou mental para o

trabalho, ou ainda por doença, imaturidade para realização de qualquer trabalho, etc.

Relevância tem também as possibilidades do alimentante. O alimentante necessita ter condições de fornecê-los sem a privação ao seu sustento próprio. Obrigá-lo à manutenção do alimentando sendo que para isto o alimentante não tenha condições de sustentar-se, passando por privações parece injusto. A lei não quer o perecimento do alimentado, mas também não deseja o sacrifício do alimentante. Não há direito alimentar contra quem possui estritamente o necessário à sua própria sobrevivência.

Algumas vezes na valoração das possibilidades do alimentante o magistrado observa mais os rendimentos do que o valor dos bens, o que parece correto na medida que os bens podem ter sido objeto de herança ou algo semelhante ao passo que os rendimentos efetivamente determinam com mais precisão as possibilidades do alimentante. Noutro lado a capacidade econômica do investigado não subsiste senão em relação ao patrimônio líquido do obrigado, quer dizer, o patrimônio depurado dos débitos, pois somente depois de satisfeitos estes, é que pode ser compelido a ministrar os alimentos. A justiça se compeliu alguém que não possui sobras para sobreviver a pagar alimentos a outro que está na miséria ter-se-á partilha de misérias.

Assim, verificadas algumas particularidades pode-se dizer que a efetividade dos alimentos pode ser relativa. Explica-se. O alimentando que obteve a decretação de recebimento de alimentos muito aquém das suas necessidades básicas. Neste caso embora esteja a receber alimentos, tais são de uma razão tão pequena para como a alimentando que não são capazes de lhe proporcionar a sobrevivência básica. Tal fixação pode ocorrer de um juízo equivocado do magistrado tanto em relação as condições do alimentando como do alimentado. O fato é que neste caso a efetividade dos alimentos não se faz presente. Outra situação que pode ocorrer é aquela em que alimentante tem que passar necessidades em virtude dos alimentos a que está obrigado. Neste sentido verifica-se também, que não há a efetividade dos alimentos tendo em vista que muito provavelmente o alimentante não cumprirá com seu dever sob pena de ele próprio passar necessidades.

Portanto conclui-se que há uma linha muito tênue entre a efetividade e a não efetividade dos alimentos pois o que visa a lei é que haja a perfeita coadunação entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Qualquer variação poderá implicar num ônus para uma das partes.

5 AFETIVIDADE X FINANCEIRO

5.1 CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA CENTRAL

As demandas judiciais oriundas das investigações de paternidade cumuladas com pedido de alimentos desde a tempos são admitidas no sistema jurídico pátrio. Tal é perfeitamente possível uma vez que o investigador pretende comprovar o vínculo biológico que existe com o investigado e também obter deste alimentos necessários a sua manutenção. Até este ponto nada de anormal ocorre. No entanto a prática e a convivência com este tipo de ação acabam por demonstrar que por trás das demandas está única e exclusivamente o interesse da mãe em obter uma fonte de renda ou ampliar a já existente recebendo os alimentos devidos pelo pai biológico. Diante desta constatação advinda da prática exsurtem algumas facetas que podem ser exploradas.

Uma desta facetas decorre dos relacionamentos onde os genitores se encontraram casualmente e por um desejo apenas e tão somente carnal acabaram por praticar relações sexuais donde acabaram gerando uma criança. Desta situação bastante comum nos dias de hoje advém por óbvio as necessidades inerentes à própria criança que foi gerada. Esta não pode sofrer pelo ato praticado por seus genitores. A maioria absoluta destes casos a mãe até mesmo por uma questão fisiológica acaba por permanecer com a criança e começa a sustentá-la.

Eventualmente tentam um contato com o pai da criança e estes raramente se dispõem a colaborar na criação. Muito mais raro ainda é assumirem a paternidade. Alegam na maioria das vezes que tiveram um único relacionamento, com preservativo e que se a genitora praticou ato sexual com um pode ter praticado com outros homens. Diante dessa situação o investigador representado por sua genitora propõe ação de investigação de paternidade com intuito de obter em juízo o reconhecimento judicial da paternidade bem como receber os alimentos que lhe são efetivamente devidos. Em sede de demanda judicial geralmente o genitor alega fora o já citado, que nunca se relacionou com a genitora do investigante. Nos dias atuais existe o exame pericial de DNA com um custo relativamente reduzido e com

facilidade de pagamento. Este exame geralmente é proposto em sede de audiência de conciliação.

Alguns investigados aceitam fazer o exame e outros não. Aos que aceitam geralmente divide-se o valor do exame entre o suposto pai e a genitora devendo a parte perdedora reembolsar a outra parte. Realizado o exame se positivo em sede de audiência de instrução e julgamento pode haver o reconhecimento por parte do investigado e não raras vezes já há o acordo em relação aos alimentos. Se não houver acordo em relação aos alimentos pode o juiz fixar os alimentos provisórios e a instrução continuar para que se possa aferir o citado binômio necessidade x possibilidade. Finda a instrução e fixados os alimentos dentro das provas coligidas aos autos verifica-se então o problema maior. É o da afetividade.

Indaga-se se a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos tem o caráter de verificar a paternidade e atribuí-la a alguém, impondo também o dever de alimentos. Quer nos parecer que tal procedimento vai além. O substrato psicológico é bem maior do que aparentemente parece ser. A grande questão é saber se os genitores envolvidos estão dispostos a colocar o investigante em primeiro lugar. Para o exemplo dado será que a mãe do investigante sentir-se-ia a vontade em permitir que o filho seja visitado pelo pai, pessoa com a qual simplesmente conheceu, relacionou-se sexualmente e nunca mais viu? Haverá disposição em tentar uma aproximação para permitir ao investigante um crescimento senão junto, pelo menos perto dos pais? E o investigado estará disposto a visitar um filho originado de em mero deleite carnal? Retirar de sua vida tempo para acompanhar o crescimento infantil, escolar de seu filho? São questionamentos perfeitamente possíveis e que efetivamente acontecem.

Infelizmente o que se verifica para um caso destes é que na maioria das vezes o investigado contenta-se em pagar os alimentos e a mãe do investigante contenta-se em receber os alimentos de pai para que possa criar melhor o filho, não se importando e muitas vezes até querendo que o genitor não visite para que não haja constrangimento.

Outra situação fática que se verifica nos fóruns são as ações de investigação de paternidade onde um casal se relacionou por determinado tempo e de maneira não planejada ocorreu a gravidez. Casamento forçado parece coisa

ultrapassada mas ainda ocorre muito embora a prática revele que há um acentuado índice de separação em matrimônios decorrente da citada situação. Ocorre porém, na maioria das vezes a situação em que o homem diz que vai assumir a criança sem problema nenhum e quando esta nasce não se nega a reconhecê-la mas também não toma a iniciativa de sorte que não resta outra alternativa senão o ingresso via ação judicial, com os desdobramentos acima citados no que tange ao rito processual.

Sob o aspecto relativo a paternidade forçada a que é submetido ocorre do genitor acabar reconhecendo a paternidade e fornecendo alimentos ao filho, tendo muitas vezes a fixação dos dias corretos para visitá-lo. Em boa parte destes casos ocorre um acompanhamento do genitor em relação ao filho haja vista ter aquele um bom relacionamento com a genitora do investigante em função do relacionamento que outrora houve. Para este caso torna-se mais fácil a ação conjunta dos pais na relação paterno-filial.

Tem-se ainda como exemplo comum os filhos decorrentes de relação adúltera. Nestes casos verifica-se uma grande celeuma processual. Costumam ser os processos mais vagarosos até mesmo porque envolvem a família do investigado. Nestes procedimentos verifica-se que o investigado inevitavelmente opta pela negatória geral, alegando inclusive que sequer conhece a genitora do investigante. Se a produção das provas for realizada sem a realização do exame pericial até porque não é obrigatória a realização do mesmo no sistema legal ora vigente há uma pequena chance de ser improcedente a demanda. No entanto só o fato da negativa pelo exame pericial já induz a presunção de paternidade até porque a lógica indica que se o investigado sequer conhece a genitora o exame pericial há que ser negativo. No entanto na maioria dos casos isto não ocorre e o processo estende-se por longos anos como manifesta protelação do réu, que muitas vezes já teve seu casamento desfeito e aí então é que quer se vingar pela derrocada de sua vida pessoal sem se dar conta de que é o próprio causador do constrangimento. Neste caso ainda que haja o reconhecimento da paternidade e a fixação dos alimentos torna-se difícil do investigado querer ter qualquer aproximação com o investigante em virtude da própria disputa judicial que houve.

Pode-se citar ainda casos em que o filho foi gerado e posteriormente o investigado constituiu família. As repercussões são semelhantes como as acima citadas, muito embora a situação seja um pouco diferente. Um eventual reconhecimento judicial e uma fixação de alimentos na maioria dos casos não são capazes na maioria das vezes de causar aproximação entre pai e filho.

Situações fáticas existem inúmeras e cada qual com as suas características próprias. O que não existe diferença é em relação ao tratamento dispensado ao investigante na maioria das vezes, o qual não pediu para nascer e sofre para ter sua paternidade reconhecida, receber alimentos e principalmente carinho e afeto.

5.2 O CARÁTER MERAMENTE ALIMENTAR

Incluindo os casos acima mencionados quando a genitora propositadamente planeja a gravidez existem situações judiciais onde claramente se vê a intenção da representante da genitora do investigante, qual seja, obter um bom valor de alimentos para poder ficar bem tranqüila financeiramente. São também os famosos casos de investigação de paternidade contra pessoas famosas.

Grupos de artistas, cantores, jogadores, empresários, enfim, pessoas com uma boa estrutura financeira não raras vezes estão envolvidos em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Tentam ao máximo procrastinar a ação uma vez que na imensa maioria dos casos o investigante nasceu de uma mera relação sexual sem maiores compromissos, ou seja, o investigante advém como fruto de fruto de relacionamento não pensado e não planejado. Evidentemente que nestes casos após a comprovada paternidade os alimentos serão fixados de acordo com as possibilidades do alimentante, que nestes casos costuma ser boa. Não significa dizer que determinadas relações não sejam duradouras e venham a ter no seu meio o nascimento de uma criança. É que nestes casos costuma o investigante reconhecer a paternidade e ainda fornecer alimentos.

Mas o ponto nevrálgico deste tópico é o relacionado ao fato de que inúmeras ações de investigação de paternidade cumuladas como alimentos são frutos de caso pensado e tem caráter meramente alimentar, buscam a satisfação

financeira da genitora, que geralmente é quem cuida do alimentando e que as vezes sequer trabalha dependendo exclusivamente do valor a ser fixado pelo juiz. Nestes casos é difícil que a relação entre alimentante e alimentado passe do financeiro pois a genitora deste sabe que premeditou a fecundação e portanto sabe que o investigado não fará questão de qualquer aproximação tanto dela como do alimentando. Sempre para regra há a exceção e há casos em que o alimentante procura aproximar-se da alimentado. Todavia a regra é apenas a "afetividade" financeira que interessa. Desta forma não há como ocorrer um correto crescimento do alimentado, que cresce fora do contexto de uma estrutura familiar, ficando a própria sorte.

5.3 PATERNIDADE AFETIVA X PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE FINANCEIRA

Decorrente da relação paterna exsurtem alguns elementos que merecem ser analisados e discutidos, principalmente quando envolvem a relação paterno-filial. A paternidade afetiva muitas vezes encontra barreiras relacionadas à paternidade biológica.

Um dos casos não raros é aquele em que a mulher teve um relacionamento afetivo e sexual do qual decorreu o nascimento de uma pessoa. A genitora então começa a relacionar-se com outro homem e este acaba por reconhecer o filho de outro como se seu fosse. Ocorre, que tempos mais tarde este que assumiu a paternidade acaba por brigar ou separar-se e ingressa com ação negatória de paternidade alegando que o filho não é seu. Terminada a ação se procedente a negatória a genitora ingressa com a ação de investigação de paternidade contra o verdadeiro pai. Desta situação podem decorrer algumas considerações. A primeira diz respeito ao pai que efetuou a chamada adoção à brasileira, reconhecendo como seu, um filho que sabia não ser. Fora a hipótese do crime de declaração falsa que não está sob análise convém comentarmos sobre o engodo estabelecido. Embora não sendo pai biológico por ato de amor acabou por reconhecer um filho que não era seu.

Após o reconhecimento criou-o como sendo filho e este por consequência sempre achando que tinha um pai, quando por circunstâncias, o que criou como filho de repente não o reconhece mais como tal. E o que foi criado de repente recebe a notícia de que aquele por quem nutriu afeto como pai na realidade não é seu pai biológico. Há uma situação bastante angustiante para ambas as partes. Por outro lado há o pai biológico que após anos tem contra si demanda para reconhecer filho que não viu nascer e nem criar e tem a obrigação legal de reconhecê-lo tendo inclusive que ajudar na manutenção do mesmo. Agora tem que estabelecer com o investigante uma relação da qual está totalmente desvirtuado. Em relação ao investigante também há uma situação angustiante pois de uma hora para outra precisa tirar da sua mente a figura de um pai para substituí-la por outro.

Em outro aspecto tem-se o caso de um pai que vem a descobrir a existência de um filho seu e ingressa com ação declaratória de paternidade contra este. Ocorre que muitas vezes este vive com sua genitora e com esposo ou concubino desta o qual muitas vezes o tem como filho seu, sem saber que é fruto de outro relacionamento ou ainda mesmo sabendo criou-o como sendo filho. Repentinamente a família toda é acertada de surpresa tendo em vista a ação declaratória. O filho contra qual foi proposta a ação descobre que seu pai na realidade não é seu pai biológico mas sim afetivo. Por sua vez o pai afetivo vê seu filho afetivo e até então legítimo ter declarado como pai outra pessoa a qual sequer conhece ou viu. A mãe nestas horas não sabe o que fazer ou dizer. Denota-se que há uma ruptura total do sistema vigente naquele núcleo familiar. O que fazer? Considera-se a paternidade afetiva ou biológica? Como serão as relações daí por diante?

É importante salientar que o aspecto afetivo tem uma importância ímpar na relação paterno-filial. Uma nova relação não se pode prever quais são as consequências em termos de relacionamento. É certo que o pai biológico poderá tentar uma aproximação, no entanto o filho biológico por certo terá dificuldades para administrar esta nova situação na qual está inserido.

A evolução científica e tecnológica trouxe gradativamente uma redução na presunção da paternidade legítima que junto com a verdade tida como natural perderam lugar. Há muitos porém, que pregam a desconsideração de verdade

biológica como regra de única de delimitação da paternidade, ou seja, alegam que a paternidade biológica deve ser desconsiderada em favor da paternidade afetiva. A filiação verdadeira somente deve prosperar na área da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos.

Ao deixar a verdade genética como sendo uma verdade relativa tem-se que admitir que existe uma ordem fundada sobre a filiação afetiva. Ao chegar neste ponto indaga-se sobre qual ponto a ordem jurídica se assenta, ou ainda, qual é a verdade que o direito positivo permite estabelecer, a biológica ou dos laços de sangue ou ainda a afetiva, dos laços do coração, dos sentimentos. A filiação no dizer de HAUSER e HUET-WEILLER não se assenta meramente no caráter biológico mas também numa filiação querida, vivida.⁶ “O direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida”.

O que se verifica de uma forma mais eficaz é que certas indagações doutrinárias estão indo no sentido de que a filiação não se resume em laços de sangue; o vínculo genético determina para a maioria dos pais um laço como fundamento para aceitação dos filhos.

Às vezes o vínculo biológico acaba por ser deixado de lado para que o vínculo afetivo tome conta, como é o caso das inseminações artificiais em geral. No aspecto de filiação pode-se dizer que existem dois elementos, quais sejam, objetivo e subjetivo. O objetivo está relacionado à idéia biológica. O elemento subjetivo está relacionado ao papel da vontade, da intenção. A ciência permitiu uma grande evolução no campo da investigação de paternidade, mas será que a área jurídica acompanhou esta evolução? Até que ponto as grandes evoluções científicas foram acompanhadas pelo direito? Como ficou a ordem jurídica familiar estabelecida? Suas presunções até então tidas como eficientes?

A filiação pode resultar de um ato de vontade pura. No caso de uma adoção “a brasileira” o pai adotante exerce uma vontade soberana no sentido de admitir para si que o filho adotado é para ele tal qual biológico fosse embora não o seja.

⁶ HAUSER, J. e HUET-WEILLER, D. *Traité de Droit Civil. La famille*, p.186., citado por LEITE, E. de O. L. *Procriações artificiais e o direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.203

Não há só a lei amparando esta adoção haja vista que no registro de nascimento pode o pai ainda que não biológico registrar a criança com simples declaração. A posse de estado de filho será que não é mais do os laços de sangue? A posse de estado de filho envolve o uso do nome do pai, o pai tratando-o como filho tratando de sua educação e manutenção, tendo o reconhecimento desta situação de fato perante a sociedade.

O que não é difícil ver são as ações voltadas exclusivamente para o lado financeiro, onde o filho biológico toma conhecimento de que seu pai na realidade é apenas afetivo e não biológico intentando então ação de investigação de paternidade contra o pai biológico com fim único de obter alimentos decorrentes da obrigação alimentar.

Não há como dissociar a afetividade da paternidade sob pena de se estar indo contra a própria essência da natureza humana. Neste sentido convém tecer alguns comentários acerca da afetividade. A filiação afetiva própria quando é estabelecida sobre os princípios da igualdade, verdade é percebida desde o nascimento da criança. A família bem longe da tida como patriarcal é caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, solidariedade e compreensão. Há uma valorização das relações afetivas dos membros, com a comunhão de sentimentos e afetos.

5.4 DIFICULDADE DE MENSURAÇÃO

Diante da imensa realidade fática e das muitas possibilidades a que está submetido o direito e especificamente a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, ou seja, as muitas facetas e desdobramentos de difícil mensuração. Até que ponto o alimentando está buscando do procedimento de ação de investigação de paternidade cumulado com alimentos a declaração de paternidade e o recebimento dos alimentos decorrentes da obrigação paterna, mas muito além, disto a derradeira aproximação com o verdadeiro pai? Será que *mens legis* preocupou-se somente com o aspecto material do investigador?

Quer nos parecer que não. Explica-se. Ao nosso ver foi o círculo vicioso a que está agregada a sociedade e o judiciário que tornaram esta ação um mero meio

de reconhecimento da paternidade e recebimento financeiro, como se tais elementos fossem capazes de substituir a figura paterna cuja função ímpar deve ser realizada em conjunto com a mãe.

O aspecto afetivo deve ter uma dimensão bem maior do que lhe é dado no ordenamento jurídico. O que se vê é a busca desenfreada por um meio financeiro capaz de melhorar as condições de vida do alimentando quando não de sua genitora, que na administração acaba por utilizar o valor recebido para fins outros que não os decorrentes da relação paterno filial. Se para efetivação da afetividade entre pai e filho é necessário que a lei determine os procedimentos então que sejam elaboradas leis desta natureza. O que não pode haver é um Judiciário alinhavado sobre a estrutura legal determinativa de um procedimento não preocupado com o afetivo mas somente com o aspecto financeiro.

Ao fazer a exegese da lei nº 8.560/92 e do sistema jurídico tem-se que levar em consideração não apenas o seu aspecto formal, mas sim também o seu aspecto intencional. Disse intencional porque é preciso questionar se a intenção do legislador ao elaborar a lei. Cabe sim a busca incessante para averiguar se este realmente tem intenção de apenas ofertar um pai aos investigantes de paternidade, ou se a este que dar alimentos, ou ainda se deve ou não haver a busca incessante de um relacionamento afetivo resultante da confirmação da paternidade.

6 CONCLUSÃO

6.1 TENDÊNCIAS E SOLUÇÕES DO DIREITO

O Direito como ciência está em constante transformação, acompanhando o ciclo evolutivo da humanidade. E sendo assim, não há como este deixar de transformar os padrões sociais. Neste sentido parece certo que no caso específico das lides o judiciário como aplicador da lei deve estar atento às variantes que podem decorrer dos casos concretos.

Diz-se isto porque a lei é uma só para ser aplicada para todos os casos concretos que porventura possam surgir. Assim, a lei às vezes diz menos do que queria dizer e então há que aplicá-la de forma mais extensiva. Isto não significa que se deva contrariá-la. Às vezes a lei diz mais do que deveria dizer e portanto cabe ao magistrado aplicá-la restritivamente.

No caso específico da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos há que dar estrutura mais adequada para que o Judiciário e o Ministério Público possam atuar de forma mais eficaz, determinando assim um aperfeiçoamento na prestação jurisdicional. Com psicólogos, assistentes sociais é possível realizar um trabalho de aproximação entre investigador e investigado para fins de demonstrar que por trás de qualquer eventual desencontro, desacerto possa ser superado a fim de que a relação paterno-filial seja estabelecida de maneira mais adequada.

É bem verdade que em certos casos não haverá meios de aproximar pai e filho tendo em vista as diferentes situações sociais a que ambos são submetidos. É bom salientar que não se está pregando o casamento entre os genitores do alimentando mas sim tentando demonstrar que existem coisas tão importantes quanto a determinação da paternidade e ainda os alimentos recebidos em decorrência desta.

O homem de há muito tempo tem no núcleo pai, mãe e filho o vetor da humanidade. É da natureza do homem a convivência em grupo. Não há como dissociar isto da natureza humana de forma que nos procedimentos judiciais além

da determinação da paternidade biológica e dos alimentos há que se tentar conduzir ao máximo a prestação jurisdicional no sentido de aproximar pai e filho.

Demonstrar ao investigando e alimentando que a relação afetiva também é importante, muito mais do que o fato de ter o nome do pai em uma certidão de nascimento ou ainda receber todo mês uma quantia monetária, sem ao menos ver quem a está dando.

O pai é muito mais importante como elemento funcional do que como elemento genitor. A relação socio-afetiva prescinde da biológica. A paternidade biológica embora importante tem um caráter relativo, cuja descoberta por vezes poderá causar transtornos maiores caso não houvesse sido descoberta. Isto importa num prejuízo em relação ao investigante.

O elo que deve unir filhos aos pais deve ser mais afetivo do que biológico com laços de carinho e amos que não desmerecem o perfil biológico mas o superam e muito. Não como evitar portanto a caminhada da humanidade mas há como tentar manter a caminhada de maneira regular mantendo o núcleo familiar o mais possível unido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. C. de. **Investigação de paternidade e DNA - aspectos polêmicos.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo : Saraiva, 1993. v.7.

FACHIN, L. E. **Da paternidade - relação biológica e afetiva.** Editora Del Rey, 1996.

_____. **Comentários à Lei 8.560/92 - averiguação e investigação de paternidade extramatrimonial.** Genesis, 1995.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Sérgio Antonio Fabris, 1992.

FELIPE, J. F. A. **Adoção: guarda, investigação de paternidade e concubinato.** 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

FRANCESCHINELLI, E. V. **Direito da paternidade.** São Paulo : LTr., 1997.

LEITE, E. de O. L. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento.** Paraná: Juruá. 1991. v.1.

MOURA, M. A.. **Tratado prático da filiação.** 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1984. v. 4: investigação de paternidade.

_____. **Tratado prático da filiação.** 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1984. v.3: efeitos do reconhecimento de paternidade.

OLIVEIRA, G. de. **Estabelecimento da filiação.** 4. reimp. Coimbra : Livraria Almedina, 1997.

PEREIRA, C. M. da S. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

PRUNE, L. M. **Investigação de paternidade.** 2. ed. Sugestões Literárias, 1978.

SIMAS FILHO, F. **A prova na investigação de paternidade.** 6. ed. Paraná : Juruá, 1998.