



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ADOÇÃO AFETIVA. DISSENSO DO FILHO REGISTRADO PELO COMPANHEIRO DE SUA MÃE. EFEITOS CONSTITUTIVOS DO RECONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA. RECUSA INJUSTIFICADA DO RÉU À PERÍCIA GENÉTICA ALIADA ÀS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS.

Não-demonstração do vínculo de filiação socioafetiva entre filho e o pai que o registrou, na condição de companheiro de sua mãe. Criança que foi criada pelos avós maternos e sabedora, desde cedo, do fato de que seu pai era outro; providenciando, logo após o advento de sua maioridade civil e o falecimento do pai registral, o ajuizamento da ação investigatória. Dissenso do filho que faz prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico e dos efeitos constitutivos dele decorrentes. Ausência de oposição da sucessão do pai registral ao pedido. A recusa em se submeter ao exame de paternidade gera presunção da paternidade, que só é derrubada mediante prova robusta em contrário, ausente nos autos. Prova oral que aponta para o relacionamento amoroso entre o investigado e a genitora do investigante à época da concepção. Recurso acolhido para ao fim de prevalecer a posição adotada no voto minoritário do acórdão embargado.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.

EMBARGOS INFRINGENTES

QUARTO GRUPO CÍVEL

Nº 70018765628

COMARCA DE PORTO ALEGRE

J. O. F. M.

EMBARGANTE;

Í. B. R. M.

EMBARGADO;

SUCESSÃO DE N. A. X. M.

INTERESSADA.



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, acolher os embargos infringentes, vencido o Desembargador Rui Portanova.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidenta), os eminentes Senhores Desembargadores **LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, RUI PORTANOVA, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, RICARDO RAUPP RUSCHEL E CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA.**

Porto Alegre, 15 de junho de 2007.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS,
Presidenta e Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA) -

Trata-se de embargos infringentes opostos por JULIANO O. F. M. em face do v. acórdão da Oitava Câmara Cível que, por maioria, composta pelo DES. RUI PORTANOVA e DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, restando vencido, como Relator, o DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, deu provimento ao recurso de apelação interposto por ÍNDIO BRASIL R. B. em face da sentença que julgou procedente o pedido em ação



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

de investigação de paternidade cumulada com declaratória de nulidade de registro civil proposta pelo ora embargante, ao efeito de declarar este último filho do ora embargado, bem como determinar a alteração do registro civil para que nele seja substituído o nome do pai registral por ÍNDIO B. R. M. (fls. 304-10).

Alega, em síntese, que embora nos círculos familiar e de amigos todos afirmassem que seu pai biológico era o ora embargado, este jamais se dispôs a reconhecer a paternidade. Daí porque no assento de nascimento, lavrado em 29-07-1981, no qual figura como declarante sua mãe, NINA R. O. F., não constou o nome do pai. Quando tinha aproximadamente dois anos de idade, sua genitora passou então a viver maritalmente com NEY ALCY X. M., o qual, em 04-06-1993, resolveu perfilhar o embargante, o que foi feito por meio de retificação do registro civil. Contudo, jamais conviveu com o seu pai registral, tendo sido criado pelos avós maternos, e o fato aconteceu sem que fosse consultado, mas ainda que o fosse, em razão de sua tenra idade, por óbvio, não teria condições de expressar validamente seu assentimento, nem tampouco saber das conseqüências jurídicas do ato praticado pelo companheiro de sua mãe. Afirma que sabedor, por relato da genitora, que era fruto de relações sexuais entretidas, ao tempo da concepção, entre aquela e o ora embargado, ajuizou a presente ação, na qual pediu fosse declarada a sua filiação e cancelado o registro anteriormente feito. Menciona que nos autos o ora recorrido, nas várias oportunidades que lhe foram asseguradas pelo juízo, negou-se a se submeter ao exame de DNA; após a instrução do processo e substituição do debate oral por memoriais, o pedido foi julgado procedente. Aduz que o voto-condutor do acórdão, a despeito de reconhecer que o pai biológico recusou-se à perícia genética, à míngua de provas, afastou a presunção do art. 232 do Código Civil; todavia, da fundamentação não se poderia inferir caracterizada a paternidade socioafetiva. Isso porque, inconformado com o



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

ato de reconhecimento ocorrido quando tinha doze anos de idade, logo após sua emancipação, em 23-07-2002, o ora embargante outorgou mandato conferindo poderes ao seu advogado para promover a ação investigatória. Lembra que enquanto relativamente capaz para estar em juízo necessitava da assistência de sua genitora, sendo que esta jamais esteve disposta a tanto, tendo se limita a tentar obter amigavelmente o reconhecimento, de modo que ao embargante não poderia ser atribuída culpa pela inércia, durante tanto tempo. Sustenta que não há se falar em “seqüência temporal” que atuaria em prol do investigado, acrescentando que o voto majoritário está calcado em meras inferências a respeito das decorrências do registro feito pelo companheiro de sua mãe e do decurso do tempo, sem respaldo na prova dos autos. Em relação à referência de que com o falecimento do pai registral apareceu como herdeiro incontestado, afirma que à época ainda possuía 16 anos de idade, e no inventário aberto em março de 2000 foi assistido por sua mãe e constituiu advogada da confiança dela, de modo que não se poderia exigir que adotasse posicionamento contrário a sua mãe. No atinente à herança de seu pai registral, valorada pela decisão majoritária como um dos fatos que estariam a evidenciar a relação socioafetiva, alega que a prova testemunha corroborou a informação de nada recebeu e que seu quinhão ficou com sua mãe, em que pese a escritura pública de cessão e transferência de direitos hereditários que fez às irmãs; e que tal fato não constituiria impedimento para investigar a filiação biológica, muito menos seria prova da paternidade afetiva. Menciona que no tocante à convivência entre pai e filho registral a prova dos autos não ensejaria qualquer dúvida, como se depreende dos depoimentos colhidos, e que os arestos a que faz remissão o voto vencedor examinam hipóteses fáticas diversas, porque (a) praticamente desde que nasceu soube que seu pai era o embargado e não seu pai registral e (b) não conviveu no seio da família como se filho fosse do pai registral. Diz que filiação socioafetiva não se presume, mas se prova,



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

além de se construir pelo afeto, dedicação e esforço, surgindo o pai psicológico dos cuidados cotidianos da criança. Alega que o direito de reconhecimento do estado de filiação, além de personalíssimo, indisponível e imprescritível, não fica inibido simplesmente pela ocorrência da chamada “adoção à brasileira”, sem o imprescindível vínculo socioafetivo. Cita precedentes jurisprudenciais. Requer o provimento do recurso para restaurar a sentença, declarando-se, ainda, o embargado litigante de má-fé, ao efeito de condená-lo nas sanções do art. 18 do CPC (fls. 502-19).

Devidamente intimado (fl. 521), o embargado apresenta contra-razões, pelas quais aduz, em suma, que as afirmações do embargante divergem da prova testemunhal produzida. Refere que a convivência não pode ser confundida com a coabitação, estando a primeira confirmada nos autos, e que a paternidade socioafetiva se caracteriza pela reunião de três elementos clássicos: o nome, ou seja, a utilização do nome daquele que considera pai; o tratamento, que significa os atos que demonstrem a vontade de tratar como faria um pai; e a fama, que pode ser definida como a imagem social, a pessoa aparenta à sociedade ser filho do pretendido pai. Acrescenta que essas circunstâncias, surgidas da convivência, constituem os elementos da chamada posse de estado de filho. Refere que o argumento de que a recusa na submissão ao exame de DNA leva à presunção da paternidade biológica já foi inúmeras vezes rechaçado pela jurisprudência, mormente em casos onde se verifique a inexistência de outras provas, e que consoante explanado no voto-condutor do aresto embargado operou-se na situação dos autos a conhecida adoção à brasileira. Complementa dizendo que adoção é irrevogável, e a presente demanda não tem outra finalidade que não a financeira ao embargante, o qual efetivamente foi herdeiro de seu pai registral. Argumenta não ser litigante de má-fé. Cita precedentes jurisprudenciais. Requer o não-acolhimento do recurso (fls. 522-39).

Com vista, o Procurador de Justiça opina pelo acolhimento dos



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

embargos infringentes, devendo prevalecer o posicionamento minoritário do acórdão embargado (fls. 543-6).

Este Colegiado faz uso de sistema informatizado, estando, pois, atendido o disposto no §2º do art. 551 do Código de Processo Civil.

É o relatório, que foi submetido à douta revisão.

VOTOS

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA) -

Presentes os pressupostos de admissibilidade, é de ser conhecido o recurso.

No mérito, merece acolhimento.

O caso sob exame envolve questão jurídica complexa e polêmica, embora já conhecida deste Colegiado.

Narra o embargante que sua mãe veio conhecer o seu pai, ÍNDIO B. R. M., e que ambos mantiveram público relacionamento amoroso, o qual perdurou até a gravidez dela. Diz que seu genitor não assumiu a paternidade do filho, e que após o nascimento (do ora embargante, em 24-06-1981), sua mãe biológica, NINA R. O. F., veio a conviver maritalmente com NEY ALCY X. M. Decorreu daí que teria sido, em 04-06-1993 (fl. 09), registrado como filho deste, mas sem o ser de fato.

NEY ALCY faleceu em 14-05-1998 (fl. 10), e a presente demanda foi proposta em face da Sucessão e do suposto pai biológico, ora embargado, sendo que apenas este último apresentou contestação.

Após a instrução probatória, com a realização de audiência e oitiva das partes e testemunhas, bem assim a recusa injustificada do investigado em se submeter ao exame de DNA, o juízo *a quo* acabou por julgar a lide, dando pela procedência do pedido, sob o argumento da



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

presunção da paternidade contemplada no art. 232 do Código Civil em vigor e da existência de prova oral que demonstrava a existência do relacionamento entre a mãe do autor e o investigado à época da concepção.

Ora, conforme venho sustentando em sede doutrinária¹, *sempre que o autor tiver pai registral ou houver indícios de uma filiação consolidada por em um vínculo afetivo, dilata-se o objeto da demanda. Além da identificação da verdade biológica, é necessário que fique comprovada a não-existência de vínculo de filiação gerador da posse do estado de filho. Precisa o autor provar não só que o réu é seu pai. Também, é necessário demonstrar que não possui vínculo de filiação com outra pessoa, que não surgiu entre eles elo de filiação afetiva.*

Com efeito, se o pai registral não passou de um pai *no papel*, se não surgiu entre ambos um vínculo de afetividade, se não se está na presença de uma filiação socioafetiva, imperativo será desconstituir o vínculo registral, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registro, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede.

E esse é o caso dos autos. Vejamos.

Inquestionável que não existe vínculo biológico entre o embargante e seu pai registral. Mas não é só isso. Ainda que havendo o companheiro registrado, como seu, o filho de sua mulher em decorrência do vínculo afetivo que mantinham, no caso, tal fato não constituiu um vínculo de filiação socioafetiva, não gozando o autor da posse do estado de filho.

Em outras palavras, o autor, ora embargante, não tem apenas a favor a presunção legal de que o ora embargado é seu pai, pois demonstrou, suficientemente, que não possui vínculo de filiação com seu pai registral, nem com qualquer outra pessoa.

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006, p. 321-2.



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

Nesse ponto, a magistrada em primeiro grau foi precisa ao adotar como fundamentos da sentença a prova oral colhida em audiência (fl. 307):

Afirma o autor, em seu depoimento, que conviveu pouco com seu pai registral, pois 'praticamente' foi criado na casa dos avós maternos. Diz que, durante toda a sua existência, buscou a verdade sobre sua paternidade biológica, embora não negue sua afeição por Ney (fls. 208-214).

Essa afirmação foi ratificada por Nina R., mãe do autor, que, de forma bastante confusa, narra seu relacionamento com Índio, mantido quando este era casado, sendo Nina pessoa das relações do casal. Inclusive diz Nina que, até o ingresso desta ação, mantida relação de amizade com Índio, que, no entanto, nunca quis se aproximar do filho (fls. 220/227).

Neida [R. M.], filha de Ney Alcy, deixa claro que o autor, embora registrado como filho por seu pai, sempre viveu na casa dos avós maternos, não tendo ela vínculo de irmã com ele, com quem pouco conviveu (fls. 235/236).

Importante ressaltar que a sucessão de Ney Alcy teve ciência do feito e não se opôs ao pleito do autor.

Não há, portanto, nada nos autos que comprove qualquer apoio financeiro ou afetivo do pai registral em relação ao autor. E, por óbvio, relação sócio-afetiva não se resume, se prova. [...]

Demais disso, deve-se dizer que o contexto dos autos revela-se favorável ao acolhimento da pretensão do embargante no sentido de retificar o seu registro de nascimento, porquanto, a par de externar constantemente à mãe o desejo de conhecer seu verdadeiro pai, isso durante sua infância e adolescência, tão logo completou a maioridade, consoante as normas do Código Civil de 1916, providenciou no imediato ajuizamento da presente demanda, em 23-08-2002 (fl. 02).

Verifica-se, pois, que por mais afeto que NEY ALCY tenha procurado dedicar ao embargante antes e após registrá-lo como filho, não houve condições para o estabelecimento de uma verdadeira relação social



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

de pai e filho, porque o segundo, ante a honestidade da mãe, cresceu sabendo que seu pai era outro.

Por outro lado, o recorrente, ainda que tenha reconhecido válida e até usufruído durante certo tempo – a despeito da ausência de provas concretas nos autos nesse sentido – dessa vontade fraternal e do louvável sentimento de afeição sempre externados em vida por NEY ALCY, em verdade nunca se conformou com a situação assentada em seu registro civil, em relação a qual nada podia fazer até que alcançasse as condições para, por si mesmo, modificá-la.

Não se pode esquecer que o embargante foi criado na casa dos avós maternos, e é perfeitamente dedutível, outrossim, dos fatos e demais circunstâncias descritos nos autos, que nada fez antes para investigar a sua origem genética e buscar os efeitos constitutivos dela decorrentes, porque em muitas oportunidades o demoveu da idéia sua mãe, que agia, ora para proteger o filho, ora para evitar magoar NEY ALCY, quem naturalmente ambos – embargante e sua genitora – respeitavam e admiravam.

Por isso é que vem agora reconhecendo a jurisprudência (v.g. STJ, REsp nº 833.712-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17-05-2007) que quando presente o dissenso do filho registrado por outrem que não seus pais biológicos, inclusive nos casos em que haja sido instituída uma filiação socioafetiva, deve prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

Aliás, nesse sentido, mesmo que após o óbito de NEY ALCY o embargante tenha sido aquinhado como seu herdeiro, não bastasse não ser esse fato, por si só, impeditivo da declaração da verdade biológica ou dos seus respectivos efeitos constitutivos, resta comprovado que os direitos sucessórios foram cedidos integralmente à mãe e a título gratuito (fls. 401-1v., 419-21 e 435-40).



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

Quanto à demonstração do vínculo biológico em relação ao embargado, extrai-se que este nunca se mostrou cooperativo à produção da prova genética nestes autos, uma vez que deixou de comparecer por mais de uma vez aos atos em que se faria o exame de DNA designado. Patente foi sempre sua recusa injustificada em se submeter ao exame – confessada em suas manifestações nos autos (fl. 166) e também em audiência (fls. 215-9) –, motivo que resulta na forte convicção da sua paternidade em relação ao embargante.

Esta Corte já tem entendimento solidificado nesse sentido, sintetizado na 24ª Conclusão de seu Centro de Estudos: *em ação investigatória de paternidade, a recusa injustificada do investigado em submeter-se ao exame pericial constitui conduta processual que leva a forte convicção acerca da paternidade, uma vez que é dever de todos colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339, CPC)*. E o Superior Tribunal de Justiça já sumulou essa posição pelo enunciado nº 301: *em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*.

Por fim, o Código Civil de 2002 acabou por regular expressamente a hipótese em seus arts. 231 e 232².

De outra banda, é preciso logo que se diga que essa presunção legal da paternidade não está, *in casu*, desamparada das demais provas produzidas, em especial aquela colhida pelos depoimentos das partes e testemunhas.

Mais uma vez, para evitar tautologia, bem decidi a sentença no ponto (307-9):

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

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



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

O relacionamento amoroso entre a mãe do autor e o investigado foi comprovado pela prova testemunhal.

A testemunha Solange [N. M.] afirma que, em 1980, viu algumas vezes Índio Brasil acompanhando Nina Rosa na saída da escola onde ela trabalhava e pareciam namorados (fls. 228/229).

Também a testemunha Maria Elizabeth [V. S. M.] afirma que, em 1980, se encontrava em festas com Nina Rosa e que ela tinha um namorado, o Sr. Índio. Ainda, que Nina teria lhe comentado que Índio Brasil era o pai de seu filho Juliano (fls. 203/232).

Paralelamente à prova oral, tentou-se a feitura de exame de DNA, com a marcação de data para coleta de material, renovada em outra oportunidade, não tendo o investigado comparecido em nenhuma das oportunidades, sem apresentar nenhuma justificativa. Simplesmente negou-se a realizar o exame, ainda que devidamente advertido, alegando que não existem provas que confirmem a alegação de paternidade.

Sabe-se que a jurisprudência, já há algum tempo, e agora a lei substantiva, erige uma presunção em desfavor daquele que se recusa a fornecer material para exame pericial.

[...]

Para derrubar essa presunção, é necessária a existência de prova robusta em contrário, o que não se encontra nos autos, porquanto o investigado em sua contestação apenas alegou que não manteve relação sexual com a genitora do autor na época da concepção, o que, ao contrário, restou demonstrado nos autos através da prova oral produzida.

Vê-se que abriu mão o réu de prova de grande importância para corroborar suas alegações e com tal atitude se deixou à sorte das seqüelas legais, porque a ninguém é dado se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade (art. 339 do CPC).

Desse modo, a prova oral que demonstrou a existência do relacionamento entre a mãe do autor e o investigado à época da concepção, aliada à exclusão da paternidade socioafetiva do pai registral, bem como à presunção de paternidade pela recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA, concluiu pela declaração de paternidade.[...]



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

Por tais fundamentos, o voto é no sentido de acolher os presentes embargos infringentes, para o fim de fazer prevalecer a posição adotada no voto minoritário do acórdão recorrido.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (REVISOR) - Acompanho a em. Relatora.

DES. RUI PORTANOVA -

Não sem algum constringimento, estou mantendo meu voto na Câmara.

Digo isso, porque a eminente Relatora, recolheu dos autos uma dose bastante relevante de humanidade no pedido do embargante. Por lástima, eu não tive tal sentimento quando do julgamento do apelo. E pior, ainda não estou plenamente convencido.

Enfim, quero deixar meu voto vencido, torcendo que o futuro me desminta.

Para além desta razões, não quero deixar passar a oportunidade para, concordar com as ponderações jurídicas que serviram de premissa no voto da eminente Relatora. Guardo o mesmo entendimento no que diz com a cautela que devemos tratar a paternidade sócio-afetiva e a chamada “adoção à brasileira”.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS -

Reiterando os fundamentos do voto que proferi na Câmara, que restou minoritário, estou acompanhando a e. Relatora, ao efeito de acolher os embargos.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - De acordo com a Relatora.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - Com a Relatora.

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA - Acompanho o voto da eminente Relatora.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70018765628
2007/CÍVEL

SR.ª PRESIDENTA (DES.ª MARIA BERENICE DIAS) - Embargos Infringentes nº 70018765628, de Porto Alegre – “POR MAIORIA ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O DESEMBARGADOR RUI PORTANOVA.”

Julgador(a) de 1º Grau: DR HELENO TREGNAGO SARAIVA.