

AS VERDADES PARENTAIS E A AÇÃO VINDICATÓRIA DE FILHO

FLÁVIO TARTUCE

Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da Escola Paulista de Direito. Professor em escolas de magistratura e da ESA-OAB/SP. Advogado em São Paulo.

Sumário: 1. Esboço do tema 2. A solidariedade social e a filiação 3. Formas de parentesco no Código Civil de 2002. As verdades parentais. A parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco civil. O Estado da Arte 4. As ações judiciais relativas à filiação 5. A ação vindicatória de filho. Sua possibilidade, seus fundamentos e seus requisitos 6. Referências bibliográficas.

Esboço do tema

O presente trabalho tem como objeto de estudo o vínculo parental e pretende analisar a viabilidade, material e processual, da ação vindicatória de filho a ser proposta por suposto pai biológico, a fim de proteger o vínculo jurídico da filiação.

A questão emerge pelo novo dimensionamento que é dado ao tema das relações de parentesco, surgindo problemas jurídicos e, sobretudo, sociais de sua atual visualização. Em verdade, o que se percebe é uma insuficiência legislativa para a solução dos inúmeros casos que surgem, muitos deles bem complicados, verdadeiros hard cases. Vale ressaltar que essa insuficiência não atinge somente o Direito de Família, mas outros ramos do Direito Civil, como o Direito Obrigacional.

Pois bem, a idéia de escrever o presente artigo surgiu a partir da notícia vinculada pela imprensa envolvendo figuras da alta sociedade carioca. Uma socialite casada fez uma declaração estrondosa de que o seu filho, então com um ano e meio, não seria filho biológico de seu marido, mas de um terceiro no caso, um famoso empresário, de riquezas e patrimônio invejáveis. O caso relembra, aliás, o notório romance de Machado de Assis, Dom Casmurro. Como se percebe, vários sentimentos foram envolvidos, várias pessoas foram atingidas pela situação. O Código Civil de 2002, ou mesmo a Constituição Federal, seriam normas suficientes para dar solução ao caso exposto?

Recentemente, aliás, a imprensa também noticiou caso muito semelhante, envolvendo um famoso cantor de música popular brasileira. A situação surgida também serviu como reflexão para a elaboração do presente trabalho.

Os casos descritos colocam em colisão duas realidades: a realidade biológica, mote do Direito de Família Brasileiro nos anos 80 e 90, e a realidade socioafetiva, que vive seu apogeu de valorização à entrada do novo século.

Este trabalho não pretende analisar qual o vínculo prevalecente nos dois casos descritos. Na verdade, o artigo pretende demonstrar a viabilidade técnica de uma ação vindicatória a ser proposta pelo pai biológico contra o registro anterior, realizado por um terceiro, e a análise dessa ação frente à realidade socioafetiva. Mais do que isso, será analisada a conduta dessas mães, que fazem declarações falsas aos respectivos maridos, gerando situação degradante e de imensurável infelicidade.

Passamos, então, ao desafio de enfrentar essas complexas situações, muito além dos prosaicos exemplos do Direito Civil de outrora.

A solidariedade social e a filiação

Dentro do subtítulo que trata das relações de parentesco, a filiação está prevista no Código Civil, entre os arts. 1.596 a 1.606. Logo em seguida, a atual codificação trata do reconhecimento de filhos, matéria que também interessa ao estudo da filiação e a este trabalho (arts. 1.607 a 1.617). O reconhecimento de filhos também é disciplinado pela Lei n. 8.560/1992 (denominada como Lei da Investigação da Paternidade), dispositivo legal que ainda continua em vigor e que representou, no passado, verdadeira revolução no estudo das relações de parentalidade.

Quanto à filiação, esta pode ser conceituada como a relação de parentesco existente entre

ascendentes e descendentes em primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos, cujas origens podem ser as mais variadas. Esse reconhecimento está em consonância com o art. 1.593 do Código privado que, ao tratar das relações de parentesco, admite outras origens, que não seja aquela decorrente do vínculo de consangüinidade.

O dispositivo inaugural quanto ao tema filiação, art. 1.596 do Código Civil, repetindo o que consta do art. 227, § 6º, do Texto Maior, consagra o princípio da igualdade entre os filhos, ao prever que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Conforme ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, o dispositivo da atual codificação faz emergir um outro princípio fundamental, o princípio jurídico da afetividade, que tem substrato constitucional. Ademais, pode-se também afirmar que a igualdade entre filhos, prevista no art. 1.596 do Código Civil, constitui uma das especializações da isonomia, prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Mais do que isso, pode-se também relacionar a norma civil com o princípio da solidariedade social e familiar, esculpido no art. 3º, inc. I, também do Texto Maior, pelo qual: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I construir uma sociedade livre, justa e solidária”. A igualdade, portanto, ao atingir os filhos havidos fora do casamento, os adotivos, os havidos por técnicas de reprodução assistida ou aqueles decorrentes de parentalidade socioafetiva (fundada na posse de estado de filhos) está sintonizada com a busca de uma sociedade justa e solidária, em que há a plena comunhão de corpos e mentes, do corpóreo e do espiritual. Nesse sentido, há plena responsabilidade dos pais em relação aos filhos, não importando qual a origem desse vínculo de filiação.

O que se percebe, nessa idéia, é que a solidariedade familiar deve servir como orientador interpretativo para os vínculos de filiação. Assim, merece uma leitura social o art. 1.603 do atual Código Civil, dispositivo pelo qual “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Essa leitura conduz à conclusão de que os vínculos de afeto também devem ser considerados para a análise dos vínculos jurídicos. Devido a esse fato, na I Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, aprovou-se o Enunciado n. 108, prevendo que “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva”.

A sociedade mudou. Como não poderia ser diferente, a sua base, a sua celular mater, a família, também se transformou. O modelo tradicional é substituído por outras idéias de vínculo. A solidariedade entre as pessoas serve como guia para o caminho de encarar esses novos vínculos de filiação. Para tanto, deve-se também interpretar de outra forma os vínculos de parentesco, tema a ser abordado a partir de agora.

Formas de parentesco no Código Civil de 2002. AS VERDADES PARENTAIS. A parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco civil. O Estado da Arte

As disposições gerais relativas às relações de parentesco estão tratadas pelo Código Civil de 2002, entre os arts. 1.591 a 1.595. Considerando-se a atual norma codificada, sempre interpretada a partir da Constituição Federal, podem ser apontadas três formas de parentesco.

Primeiramente, há o parentesco consangüíneo ou natural, aquele decorrente de um vínculo biológico ou de sangue. Quanto a essa forma de parentesco, a lei destaca o parentesco em linha reta, aquele existente entre pessoas que descendem umas das outras, em uma relação direta. A norma jurídica prevê ainda o parentesco colateral ou transversal, entre aquelas pessoas que não estão, como parentes, nessa relação direta, mas que descendem do mesmo ascendente comum. O Código Civil de 2002 limita o parentesco colateral ao quarto grau, restringindo, em certa medida, as relações familiares. Por isso, pode-se até discutir se essa restrição fere a solidariedade familiar, já que o grau máximo antes previsto era o de sexto grau. Como se sabe, é comum as pessoas, por certa proximidade, se tratarem como parentes, principalmente em cidades do interior. De qualquer forma, apenas são considerados parentes colaterais os irmãos (segundo grau), os tios (terceiro grau), os sobrinhos (terceiro grau), os primos-irmãos (quarto grau), os tios-avôs (quarto grau) e os sobrinhos-netos (quarto grau). Além desses, não há mais qualquer relação familiar.

Como segunda forma de parentesco, o art. 1.595 do Código Civil trata do parentesco por afinidade aquele existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. A norma é importante, já que não há parentesco entre marido e mulher ou entre conviventes. O parentesco por afinidade, portanto, está presente nas relações entre sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteada (parentesco por afinidade na linha reta) e também entre cunhados (parentesco

por afinidade na linha colateral ou transversal). Na linha reta, o parentesco é perpétuo, permanecendo mesmo nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Assim era com a codificação anterior, assim permanece.

E, por fim, há o parentesco civil, previsto no art. 1.593 do atual Código Civil, cuja redação é a seguinte: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Observa-se, em uma leitura imediata, que o parentesco por afinidade pode-se enquadrar como forma de parentesco civil, já que a sua origem não é a consangüinidade. De qualquer forma, por uma questão metodológica, preferimos tratá-lo como uma forma especial de parentesco, o que não prejudica os seus efeitos jurídicos.

Pois bem, tradicionalmente e em uma visão clássica, a adoção é a situação típica de parentesco civil, estando regulamentada tanto pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.618 a 1.629) quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), normas que dialogam entre si constantemente.

Mas a pergunta que surge, quanto ao parentesco civil, é se ele se limita à adoção (ou ao parentesco por afinidade). A resposta, evidentemente, só pode ser negativa.

Com a evolução do ser humano e, sobretudo, da sociedade, são admitidas outras formas de parentesco civil. Assim, deve-se ter em mente que a expressão “outra origem”, constante do art. 1.593, merece interpretação extensiva. Em outras palavras, o termo destacado traduz a idéia de que as relações de parentesco não se encaixam em rol taxativo (*numerus clausus*), mas em rol exemplificativo (*numerus apertus*).

Sendo assim, até o momento, podem ser apontadas duas outras formas de parentesco civil: aquele decorrente da técnica de reprodução assistida heteróloga e o originário da posse de estado de filho, a configurar a parentalidade socioafetiva.

Quanto à inseminação artificial heteróloga, trata-se de técnica de reprodução assistida geradora da presunção de paternidade, nos termos do art. 1.597, inc. V, do atual Código Civil. Por essa técnica é utilizado material genético de um terceiro, que não os cônjuges e companheiros, geralmente o sêmen masculino colhido em empresa especializada. O instituto acaba por criar uma série de problemas éticos e jurídicos que, obviamente, não são objeto do presente trabalho científico.

Em relação à parentalidade socioafetiva, é sobre ela que se pretende discorrer, já que o instituto apresenta conseqüências jurídicas diretas em relação à ação vindicatória de filho. As primeiras discussões sobre o tema remontam ao trabalho escrito por João Baptista Villela, em 1979, intitulado *Desbiologização da paternidade*. Em síntese, o doutrinador propõe que o vínculo jurídico que une pais e filhos é, principalmente, um vínculo afetivo e social, mais do que mero vínculo biológico. É o resumo do trabalho:

“A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a idéia de liberdade”.

O que era tendência transformou-se em realidade dogmática, sendo inúmeras as menções doutrinárias em relação ao conceito socioafetivo. Nas Jornadas de Direito Civil realizadas nos anos de 2004 (III Jornada) e 2006 (IV Jornada), os juristas presentes aprovaram outros enunciados relacionados à posse de estado de filhos e ao vínculo de afetividade. Na doutrina, portanto, inúmeras são as manifestações favoráveis ao reconhecimento do vínculo de afeto como caracterizador do vínculo filial. No tocante à terminologia, a afetividade como requisito ensejador do parentesco civil também atinge a mãe, e não somente o pai. Por isso é melhor utilizar a expressão parentalidade socioafetiva, em sentido amplo, do que paternidade socioafetiva, em sentido estrito. Ora, com a realidade da troca de bebês em maternidade, no presente, já vem ocorrendo discussões quanto à maternidade socioafetiva.

No estado da arte da jurisprudência, várias são as decisões de Tribunais Estaduais, destacando-se aquelas prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Também já há decisões relevantes no Tribunal de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais, sem prejuízo de outros Tribunais locais.

Em sede de Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão do ano de 1998, já havia entendido que o vínculo de afetividade deveria ser considerado para a concretização do vínculo de parentesco ainda não formalizado. Assim, reconheceu-se uma adoção póstuma, pois o filho havia sido criado por dez anos por aquele que faleceu:

“ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca. O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. Recurso conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 457635/PB, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta Turma, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238).

Entretanto, mais recentemente, surgiram naquele Tribunal Superior outras decisões que, na contramão da tendência anterior, reconhecem que o vínculo de parentalidade não pode prevalecer sobre o biológico. Assim, a decisão a seguir é merecedora de críticas:

“Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridades. A 'adoção à brasileira', inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrares, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar 'adotivo' e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 833.712/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, terceira Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347).

Ora, após a análise depurada da decisão, não há como concordar com ela. O elo que une as pessoas, em relação de parentalidade, é mais do que o elo de sangue. É um elo de amor, de companheirismo, de convivência espiritual, de apoio moral, de auxílio patrimonial, de divisão das alegrias e das tristezas do dia-a-dia. É um elo qualitativo e também quantitativo. É um elo de confiança, conquistado com os anos. Nessa realidade, o vínculo biológico se transforma em um detalhe, apesar de que a busca da verdade biológica é um direito fundamental (direito à identidade genética). Sem dúvidas que o aplicador deve fazer o devido sopesamento, conforme menciona o julgado ao final da ementa. Todavia, o que nos parece, com o devido respeito, é que, no caso descrito, a ponderação não foi bem realizada.

Em verdade, o magistrado, ao analisar a questão do vínculo jurídico de parentesco, deve conceber três critérios ou verdades parentais.

Primeiramente, deve-se considerar a verdade registral, ou seja, os nomes das pessoas que constam do registro civil, como pai e mãe de alguém. Na realidade, esse critério ainda tem ordem prioritária para muitos dos aplicadores do direito. De qualquer forma, a questão formal vem cedendo espaço para as outras verdades, o que é salutar.

A verdade biológica é o segundo critério que entra em cena para a determinação da parentalidade, consubstanciada no vínculo de sangue que une as pessoas. Por muito tempo, em nosso País, principalmente nas décadas de 80 e 90, houve uma busca desenfreada pela verdade biológica, o que foi possível graças à evolução científica, particularmente pela prova construída pelo exame de DNA. Na jurisprudência nacional, a verdade biológica já assumiu papel tão importante que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a coisa julgada pode ser relativizada em prol da busca da paternidade.

Por fim, entra em cena a verdade socioafetiva, baseada na posse de estado de filhos, conforme já exposto. Esse vínculo de afeto, além de envolver questões jurídicas, está relacionada com questões psicológicas, particularmente com o direito da pessoa a ter uma personalidade.

Assim, nos casos concretos, o aplicador do direito, o juiz da causa, deverá fazer o devido sopesamento entre esses três critérios ou verdades, a fim de que, em situações de dúvidas ou de difícil solução (*hard cases*), seja determinado o vínculo de parentalidade. É o que deve ser feito nos casos de adoção à brasileira, em que se formou um vínculo de afeto; em que alguém registra o filho de sua mulher e depois de muitos anos vem a descobrir que não há vínculo biológico; naquelas hipóteses em que crianças são trocadas em maternidades; e também nos casos mencionados no início do presente artigo. Quanto aos últimos, entrará em cena, também, a ação vindicatória de filho, como se pretende defender.

Porém, antes de um aprofundamento definitivo no tema, é preciso discorrer sobre as ações judiciais fundadas na filiação, tema do próximo capítulo.

AS AÇÕES JUDICIAIS RELATIVAS À FILIAÇÃO

As ações relativas à filiação constituem tema de fundamental importância para a perpetuação dos vínculos familiares, tenha a família qualquer origem.

Como é notório, em muitas situações cotidianas, não há o registro espontâneo, a perfilhação, havendo a necessidade de uma medida coercitiva para a constituição do vínculo jurídico parental. Mas, além dessas situações, pode ser também necessária uma ação para desconstituição da parentalidade. Nesse contexto, Luiz Edson Fachin apresenta duas ações básicas relativas à filiação. A primeira delas é a ação de investigação, principalmente de paternidade, em que se procura a constituição do estado de filho. Ademais, há a ação de impugnação ou de contestação de paternidade, em que se busca afastar a presunção de paternidade.

No Direito Italiano, Massimo Bianca apresenta a existência de cinco ações fundadas na filiação. A primeira delas é a ação de reclamação de legitimidade, que equivale à nossa ação investigatória. A segunda é a ação de contestação do estado de filho, equivalente à ação de impugnação, já que cabe aos genitores que constam do registro. A terceira é a ação de desconhecimento da paternidade, para os casos de presunção do vínculo, demanda que cabe ao pai, à mãe ou ao filho. A quarta é a ação de declaração judicial de paternidade ou maternidade, naqueles casos em que os pais não reconheceram o filho natural, não constando qualquer nome no registro, cabendo a ação ao filho. Por fim, há a ação de impugnação ao reconhecimento, nos casos envolvendo a procriação assistida.

No caso brasileiro, é certo que as duas ações básicas são, realmente, a ação investigatória e a ação de impugnação, mas outros vértices surgem quanto ao tema, inclusive a necessidade de novos dimensionamentos dessas tradicionais demandas.

No tocante à ação investigatória, muito mais comum é aquela relativa à paternidade. Todavia, é de se reconhecer o crescente número de ações também relativas à maternidade, pela possibilidade de trocas de bebês. A ação investigatória cabe ao filho ou, eventualmente, aos seus descendentes.

Nas duas ações básicas, sem dúvidas o aplicador do direito também deve considerar os vínculos socioafetivos. Como já se exemplificou, pensemos em uma situação que já se tornou comum.

Um casal tem um filho devidamente registrado pelo marido, que pensa ser o pai da criança. Trinta anos depois, após a morte do marido, a mulher conta ao filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas uma outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro.

Realizado o exame de DNA no curso da ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu, e não aquele que o criou durante trinta anos. Há como desconstituir o vínculo de paternidade em relação àquele para que um novo vínculo parental seja constituído com o réu? Diante da parentalidade socioafetiva, mais especificamente da paternidade socioafetiva, a resposta deve ser negativa. No caso em questão, assim, deve-se entender que, a partir da idéia de sopesamento dos critérios ou

verdades, a ação somente declarará a existência do vínculo biológico, o que é reconhecido como um direito personalíssimo da parte. Mas, quanto ao vínculo de paternidade com todas as suas conseqüências, esse permanece em relação ao falecido. Ora, em relação ao réu, somente há uma verdade: a biológica. Em relação ao falecido, duas verdades: a registral e a socioafetiva.

Essa ponderação entre as três verdades, ou critérios (registral, biológico e socioafetivo), também deve ocorrer na ação de impugnação ou contestação de paternidade, ação que cabe, pelo menos inicialmente, ao marido. Sendo assim, merecem ainda mais críticas o art. 1.601 do Código Civil em vigor, pelo qual “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”.

De imediato, deve-se deixar claro que o art. 1.601 não deve ser aplicado aos casos de inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido, até porque não há o vínculo biológico entre o pai que registrou e o filho. Por razões óbvias, no caso em questão, a presunção deve ser tida como absoluta (*iure et de iure*), havendo a mencionada autorização.

E, obviamente, o dispositivo não pode e não deve ser aplicado aos casos de parentalidade socioafetiva, havendo necessidade de se fazer o devido sopesamento entre os critérios. Analisando um exemplo prático, se o marido, depois de quinze anos de convivência, descobre que o filho de sua mulher não é seu filho, diante de exame de DNA feito em laboratório extrajudicial, não poderá mais quebrar esse vínculo, pois a afetividade deve prevalecer sobre a verdade biológica. Ademais, no caso descrito, há também uma outra verdade, a registral, que deve ser considerada.

Pois bem, ainda quanto à importância dos vínculos afetivos, e conseqüentemente do referido sopesamento, já se verifica uma outra ação, visando declarar a paternidade decorrente de vínculo socioafetivo. Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já entendeu pela possibilidade de ingresso de uma ação de reconhecimento de paternidade, mesmo não havendo o vínculo registral. A decisão é revolucionária, merecendo transcrição a sua ementa:

“AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desprezo à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a 'posse de estado de filho', que é a exteriorização da condição filia, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o 'estado de filho afetivo', que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação provida por maioria. Apelação cível n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 23/06/2004).

Trata-se, portanto, de uma ação declaratória de paternidade socioafetiva, sendo legitimado o filho criado, para que seja estabelecido também o vínculo registral. É interessante perceber, assim, que o vínculo biológico é deixado, definitivamente, em segundo plano.

A tendência, portanto, é que se reconheçam outras ações judiciais à medida que ficam mais complexas as relações humanas. E é justamente nessa realidade que surge a possibilidade da ação vindicatória de filho, em que o devido sopesamento será fundamental.

Vejamos, pois, a viabilidade dessa demanda, seus fundamentos e seus requisitos.

Ação vindicatória de filho. Sua possibilidade, seuS fundamentoS e seus requisitos

A ação vindicatória do filho, como se pretende defender, é aquela demanda que cabe ao pai biológico (ou até eventualmente à mãe biológica) em face de um terceiro que acabou por registrar um filho que é seu. Trata-se de uma ação essencialmente declaratória, e de estado, o que justifica a

sua imprescritibilidade. Essa ação deve correr na Vara da Família, já que foi fundada na filiação. Quanto à legitimidade passiva, figurará com réu da demanda não somente aquele terceiro que registrou o filho de autor, mas também o suposto filho, devidamente registrado geralmente pela mãe.

Ilustrativamente, trataremos de um caso concreto. Uma mulher, solteira, tem dois relacionamentos rápidos com dois homens, ao mesmo tempo. Meses depois, essa mulher vem a descobrir que está grávida e, espertamente, diz ao homem mais rico que ele é o pai. Nascida a criança, a paternidade é reconhecida por esse último, sem o exame de DNA. Todavia, o outro homem, pobre, tem certeza de que o filho é seu e, sendo assim, pode propor a ação vindicatória de filho para desconstituir aquele vínculo.

Quanto aos seus fundamentos jurídicos, a ação está baseada, principalmente, no art. 1.604 do Código Civil, pelo qual “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Na Constituição Federal, a ação vindicatória, diante do reconhecimento de que o direito ao vínculo genético é um direito fundamental, está fundada na máxima proteção da dignidade humana (art. 1º, inc. III) e também na solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I). Assim, diante de uma falsidade registral, já que aquele que registrou o filho não é o genitor de fato, está plenamente justificado o pedido. A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu esse direito.

Como reforço, também pode ser mencionado o art. 1.615 do Código Civil, que possibilita a contestação de paternidade nos seguintes termos: “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”. Assim, a vindicação do filho também pode ser discutida de forma incidental.

No mérito da demanda surge, em um primeiro plano, a discussão quanto à verdade biológica, que é perseguida pelo autor da ação vindicatória. Sendo assim, a prova via exame de DNA será fundamental. Entretanto, como já ficou claro pelo presente artigo, as outras verdades também devem ser consideradas.

Inicialmente, quanto à verdade registral, ela deve ser concebida no sentido de que foi o réu aquele que reconheceu o filho de outrem, no caso o autor da ação, como seu. Justamente por esse motivo é que o objeto da ação também será o reconhecimento da falsidade ou erro no registro.

Mas é principalmente a verdade socioafetiva, fundada na posse de filhos, a que deve ser ponderada ou ajustada nos casos da ação vindicatória.

Isso porque, muitas vezes, como naqueles expostos no início do trabalho, o pai registral já estabeleceu um vínculo socioafetivo com a criança registrada. Nesses casos, portanto, o vínculo existente entre o filho e o réu pode ser tido como inquebrável. A ação vindicatória de filho deverá ser julgada improcedente.

A ação vindicatória de filho surge para que o pai biológico obste o estabelecimento desse vínculo socioafetivo, pleiteando a posse de estado de filhos para si. Imagine-se o caso em que a criança é recém-nascida. O réu da ação a registrou (verdade registral) e o autor da ação é o pai biológico (verdade biológica). Não há qualquer vínculo afetivo constituído (verdade socioafetiva). Nessas situações, não se pode afastar o direito do último, o pai de sangue. A ação vindicatória de filho deve ser julgada procedente.

Portanto, o fator tempo é fundamental para a procedência ou não da demanda. No primeiro caso descrito, como há duas verdades estabelecidas (registral e socioafetiva), a ação vindicatória deve ser reputada improcedente, pois o seu autor está envolto em apenas uma verdade (biológica). O juiz da causa deve se atentar quanto à prova a ser construída, uma vez que afetividade também está fundada na dignidade humana e na solidariedade social.

Também é discutível a procedência da ação nos casos de casamento entre a mãe da criança e o pai registral, seu marido. Fica em dúvida a viabilidade da ação, pois ela pode desmoronar a harmonia de famílias já constituídas e consolidadas. Como se sabe, nos casos em que o marido é enganado, podem surgir outras conseqüências jurídicas.

Em suma, deve-se reconhecer a plena possibilidade jurídica da ação vindicatória de filhos. Todavia, nessa ação, devem ser ponderadas todas as verdades possíveis relativas ao vínculo parental. Capitu, Bentinho e Escobar não são personagens apenas do imaginário de Machado de Assis. Eles surgem na atualidade. Para eles, o Direito Civil Contemporâneo deve trazer uma solução possível. E justa.

Referências Bibliográficas

áficBIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria geral do direito*. Tradução de Daniela Ceccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

Diez-Picazo, Luis; GullÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Derecho de família. Derecho de sucesiones*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2004. v. IV.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (Coord.). *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito constitucional à família ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. Direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Groeninga, Giselle. *Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade*. In: Tartuce; Flávio; Castilho; Ricardo (Coord.). *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 ago. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Família e solidariedade*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 43, ano 7, p. 5, mar./abr. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

MADALENO, Rolf. *Paternidade alimentar*. In: *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Oliveira, Euclides de. *A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé no direito de família*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 39, 2006.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 5.

VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separada da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

Villela, João Baptista. *Art. 1.601 (peça teatral em que o autor demonstra como o dispositivo pode destruir vínculos de afeto já consolidados)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=23>>. Acesso em: 2 ago. 2007.

