

Da ação vindicatória de filho Análise diante da recente decisão do STF sobre a parentalidade socioafetiva[1]

Flávio Tartuce[2]

Como escrevi pela primeira vez no ano de 2007, o art. 1.604 do Código Civil consagra a chamada *ação vindicatória de filho*, estabelecendo que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". O tema foi tratado em artigo científico apresentado quando do *VI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e das Sucessões* do IBDFAM, naquele remoto ano. Como ali conceituo, a ação vindicatória de filho é a demanda proposta por terceiro, suposto pai biológico, que pretende pleitear para si o vínculo de parentalidade, referente a um filho registrado em nome de outrem. Como ali conclui, essa ação judicial deve ser analisada de acordo com *três verdades parentais*: a *registral*, a *biológica* e a *socioafetiva* (As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e das Sucessões*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/107.pdf>).

Em suma, além da *verdade registral*, consubstanciada pelas informações que constam do cartório de registro civil, outras *verdades parentais* também devem ser consideradas para o pleito referido nessa ação, o que pode representar sério entrave para a pretensão de vindicar o filho. No que diz respeito à *verdade biológica*, segunda a ser considerada, é ela demonstrada pelo vínculo de sangue que une as pessoas, na grande maioria das vezes comprovada pelo exame de DNA, que traz certeza quase absoluta quanto a tal ligação.

Porém, como sustento desde esse meu texto, é principalmente a *verdade socioafetiva*, fundada na posse de filhos, que deve ser levada em conta como fator substancial nos casos de propositura de uma ação vindicatória de filiação. Isso deve ser ponderado notadamente nos casos em que o pai registral tenha estabelecido um vínculo socioafetivo com a criança registrada. Em situações tais, há tempos sustento que o vínculo existente entre o filho e o réu deve ser tido como *inquebrável*, inclusive diante do princípio do maior interesse da criança.

Como defendo há mais de uma década, em situações tais, a *ação vindicatória* de filho deverá ser julgada improcedente. Refletindo melhor sobre a questão, penso que é até possível a sua extinção sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa do seu autor, nos termos do que consta do art. 485, inc. VI, do CPC/2015.

O caminho pela improcedência da ação em situações tais vem sendo percorrido há tempos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Como primeiro aresto de destaque, cumpre colacionar acórdão que traz essa correta interpretação do comando civil ora abordado, citando outro precedente importante:

"Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que 'ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro', a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder ao registro da criança. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 'O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil' (REsp. n. 878.941 - DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007). O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral - portanto, jurídica -, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil" (STJ, REsp 709.608/MS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 05/11/2009, DJE 23/11/2009).

Mais recentemente, concluiu o mesmo Tribunal da Cidadania que "a socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. Impossibilidade de retificação do registro de nascimento do menor por ausência dos requisitos para tanto, quais sejam: a configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do código civil). A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. A 'adoção à brasileira', ainda que fundamentada na 'piedade', e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado não consubstancia negócio jurídico sujeito a destrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida à condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora (precedente). Aplicação do princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica" (STJ, REsp. 1.613.641/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJE 29/05/2017).

Da Quarta Turma da Corte, e entre os julgamentos mais recentes, merece destaque o seguinte trecho de aresto, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

"Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode 'vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro', do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculo afetivo próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular" (STJ, REsp 1.352.529/SP, Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 13/04/2015).

Em complemento, e isso também foi apontado naquele meu texto sobre as *verdades parentais*, fica em xeque a viabilidade da ação se ela puder quebrar a harmonia de famílias constituídas e consolidadas. Isso foi reconhecido em acórdão do Superior Tribunal de Justiça do remoto ano de 2002, que analisa a temática sob o prisma da legitimidade ativa:

“Ação de anulação de registro. Legitimação ativa. Precedentes da Corte. 1. Os precedentes da Corte mostram que é necessário, em matéria de direito de família, oferecer temperamento para a admissão da legitimidade ativa de terceiros com o objetivo de anular o assento de nascimento, considerando a realidade dos autos e a necessidade de proteger situações familiares reconhecidas e consolidadas. 2. Recurso especial conhecido, mas, desprovido”. (STJ, REsp 215.249/MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, terceira Turma, julgado em 03/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 305)

Como consta de trecho importante da relatoria do então Ministro Menezes Direito, "a meu sentir, os precedentes da Corte mostram, com muita clareza, que é necessário, em matéria de direito de família, oferecer temperamento para a admissão da legitimidade ativa de terceiros com o objetivo de anular o assento de nascimento, considerando a realidade dos autos e a necessidade de proteger situações familiares reconhecidas e consolidadas" (REsp. 215.249/MG).

De todo modo, é preciso revisitar essa posição anterior tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a parentalidade socioafetiva, do ano de 2016, julgada em repercussão geral. Conforme a tese ali firmada, “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/09/2016, publicado no seu *Informativo* n. 840). Não se pode negar que uma das grandes contribuições do aresto foi consolidar a posição jurídica de que a socioafetividade é forma de parentesco civil, em posição igualitária perante o parentesco consanguíneo. Nesse sentido, destaque-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux:

“A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais; (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)” (STF, Recurso Extraordinário 898.060/SC).

Como se pode perceber, o julgado aponta que a parentalidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho, tem como parâmetros os critérios do nome, do tratamento e da reputação, a tríade *nominatio*, *tractatio* e *reputatio*. Sempre destaco três aspectos fulcrais e impactantes desse *decisum*, o que deve ser retomado neste texto.

O primeiro deles é o reconhecimento expresso, o que foi feito por vários Ministros, de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira, na linha do que defendo e sigo (por todos, ver: CALDERÓN, Ricardo. *O princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 217).

O segundo aspecto diz respeito ao fato de estar a parentalidade socioafetiva – cujo fundamento legal é o art. 1.593 do CC/2002 – em situação de igualdade com a paternidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável e desejável equilíbrio sobre o assunto.

O terceiro e último aspecto do *decisum* superior é a vitória da *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade*, que passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Como tenho sustentado, emergem grandes desafios dessa afirmação, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com

os casos concretos colocados a julgamento pelo Poder Judiciário.

Um desses problemas diz respeito justamente à *ação vindicatória de filho*, pois, em uma análise superficial do panorama jurídico que emergiu com a decisão do STF, poder-se-ia afirmar que deve ser reconhecido o duplo vínculo de paternidade, tanto em relação ao pai registral e socioafetivo quanto em relação ao pai supostamente biológico, que o pleiteia com base no art. 1.604 do Código Civil. Porém, penso que essa não é a melhor solução, até porque o caso analisado pelo STF dizia respeito à ação proposta pela própria filha, em situação oposta ao que se ventila.

Com o devido respeito, essa forma de julgar representaria um retrocesso, uma volta ao passado, desprezando a posse de estado de filho fundada na reputação social (*reputatio*) e no tratamento dos envolvidos (*tractatus*). Ademais, abre-se a possibilidade de um filho “escolher” o seu pai não pelo ato continuado de afeto, mas por meros interesses patrimoniais, em uma clara *demanda frívola* – como denomina Anderson Schreiber – ou demanda argentária – como define José Fernando Simão. O mesmo pensamento deve ser aplicado na situação inversa, quanto à demanda do art. 1.604 do Código Civil proposta pelo suposto pai biológico, movida apenas por interesses patrimoniais.

Na hipótese de um pai biológico que pleiteia a paternidade para si de filho já registrado em nome de pai socioafetivo, com fins puramente econômicos, não me parece haver a possibilidade de demanda, ou mesmo legitimidade, para a ação. Em casos tais, interpreto a decisão do STF no sentido de apenas se reconhecer o direito do filho em buscar a verdade biológica, após atingir a maioridade.

Em complemento, continuo a entender que a *ação vindicatória de filho* pode até ser admitida para que o pai biológico obste o estabelecimento do vínculo socioafetivo, pleiteando a posse de estado de filho para si. Porém, não é medida legítima para as situações em que essa realidade filial esteja consolidada. A demanda até pode ser admitida, por exemplo, na hipótese em que a criança é recém-nascida, em que ainda não há qualquer vínculo afetivo constituído (*verdade socioafetiva*). Nessas situações, não se pode afastar o direito do pai biológico ou de sangue pleitear o vínculo a que tem direito: a *ação vindicatória de filho* deve ser julgada procedente nessa situação fática.

Entretanto, como palavras finais, pelos argumentos aduzidos no decorrer deste texto – e que estão mantidos mesmo com a decisão do STF antes comentada –, não pode um suposto pai biológico ingressar com a ação vindicatória de filho a fim de pleitear o vínculo parental – mesmo que seja duplo –, nas hipóteses fáticas em que há um vínculo reconhecido com outro pai, registral e socioafetivo.

[1] Coluna do Migalhas de agosto de 2018.

[2] Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.