



Gisele Ferreira Reis

**INVESTIGAÇÃO DE FILIAÇÃO AVOENGA: a legitimidade
processual ativa dos netos face à pré-morte dos pais**

IPATINGA/MG

2020

GISELE FERREIRA REIS

A INVESTIGAÇÃO DE FILIAÇÃO AVOENGA: a legitimidade processual ativa dos netos face à pré-morte dos pais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Jorge Ferreira da Silva Filho

FACULDADE DE IPATINGA

IPATINGA/MG

2020

Dedico esta monografia aos meus pais Antônio e Alzira, por sempre fazerem questão que eu e meus irmãos estudássemos nos mostrando a importância dos estudos para o nosso futuro, em especial minha mãe que sempre acreditou na nossa capacidade nos instigando a ir além. Às minhas filhas, Helena e Antônia, que foram a força motriz para que eu começasse a perseverasse na faculdade apesar das dificuldades em ter tempo para dedicar aos estudos, tendo que dividi-lo entre ser mãe, esposa, estudante de Direito e ainda trabalhar. Aos meus irmãos Cristina e Franklin, por me apoiarem e incentivarem, demonstrando que estarão sempre ao meu lado. Ao meu esposo Alexando que caminha comigo todos esses anos, mesmo quando obstáculos apareceram. E por último, mas não menos importante, a Deus, que proporcionou aos meus pais se encontrarem e formar a nossa família, pois sem isso eu não teria nascido e formado a minha própria família, das quais tenho muito orgulho em fazer parte; por Ele me dotar de inteligência e interesse pelo conhecimento o que sempre me impulsionou a aprender e ampliar minha visão de mundo.

AGRADECIMENTOS

Este é o momento de agradecer àqueles que fizeram parte da minha caminhada até aqui. A Deus, por me conceder as graças da vida, da saúde e da capacidade intelectual, por mostrar-me uma força que eu desconhecia possuir não me permitindo esmorecer perante as adversidades e as contradições. Agradeço a Ele ainda pelos pais maravilhosos, que me proporcionaram uma infância tranquila, sadia e alegre, não permitindo que as dificuldades impostas pela vida atingissem de forma drástica a nossa realidade, minha e dos meus irmãos.

Aos meus pais ainda, me permito deitar em agradecimentos inflados de orgulho e amor, pois, não poderia me ser concedida a graça maior do que ser filha de uma mulher forte, inteligente e resiliente, que mesmo diante de uma infância difícil nunca perdera a esperança na vida, abrindo mão de seus sonhos e aspirações em nome da família, que sempre nos ensinou valores como honestidade, caráter, acreditar em nós mesmos, lealdade, em nunca fazer ao outro o que não gostaríamos que fizessem a nós; ser filha de um homem inteligente, perseverante e trabalhador, que lutou para nos dar a casa própria, que nunca deixou faltar o mínimo em nossa mesa mesmo diante da situação financeiramente complicada e dar a fartura quando a situação se tornou melhor, que mesmo calado, mas sempre presente e amoroso à sua maneira. Hoje é um avô maravilhoso, melhor do que ele só o seu pai Fortunato (*in memoriam*), quantas saudades!

Às minhas filhas que me deram um novo sentido na vida, ascendendo em mim uma razão para mudar minha realidade, para não desistir dos meus sonhos, para aspirar voos mais altos, que sedimentaram em mim a completude do amor formando assim, juntamente com os meus pais, a base da minha vida.

A alguns dos meus colegas de turma que fizeram da vida acadêmica um pouco mais leve, em especial as minhas amigas, Laiz, Mírian e Jhenifer, minhas companheiras nessa jornada de amor e ódio com o Direito.

“O homem não aparece. O homem nasce, o homem tem que ter origem. Não posso conceber que alguém possa ser qualificado com um ente desprovido de origem. Conhecer a sua origem, encontra-se plasmado pelo Estado como um direito fundamental. Aliás, o Estado democrático, o Brasil, como uma República, como Estado democrático de direito, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Não se pode ver, não se pode ter como digna aquela pessoa que nem sequer sabe a sua origem”. (Ex-Ministro do STJ João Otávio de Noronha)

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar até que ponto a possibilidade da investigação de paternidade na filiação avoenga, a partir de pai pré-morto, que não a fizera em vida, é considerada como um direito personalíssimo à origem genética, à identidade e ao nome no Direito Brasileiro; o cabimento da legitimidade processual ativa dos netos para propor tal ação e o reconhecimento do parentesco na linha reta ascendente com o pretense avô através de ação declaratória. Demonstrar que, através de posicionamento convergente da maioria dos ministros do STJ em determinado caso concreto, abriu-se um precedente para o reconhecimento dessa filiação, o que gera reflexos jurídicos tanto na seara das sucessões, e conseqüentemente da patrimonialista, quanto nos aspectos sociais e pessoais, uma vez que acarreta na inserção deste neto em um novo núcleo familiar, ainda que sem estreitamento de laços afetivos.

A pretensão maior com esse estudo é adentrar a celeuma acerca dessa legitimidade processual ativa, se seria ela “*contra legem*” e o STJ praticou o ativismo judicial, se foi resultado de uma interpretação sistemática da legislação infraconstitucional, se ela ainda decorre de interpretação conforme os ditames da Constituição Federal de 1988.

Embasando-se em legislações anteriores do nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional, a fim de descrever a evolução do instituto filiação e suas aplicações fáticas, a necessidade da modernização das normas para acompanhar o avanço dos pensamentos filosófico-sociológicos acerca das novas concepções de família.

Para chegar a uma conclusão que seja aceita perante as normas vigentes, considerando principalmente os princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, será imprescindível debruçar em um estudo sucinto, porém efetivo sobre o assunto filiação no Brasil e no mundo oportunizando a utilização da analogia ao se analisar um caso concreto, que seja compatível com tais disposições normativas, tornando-as passíveis de aplicação gerando um direito material consubstanciado no ato jurídico perfeito.

Palavras-chave: Filiação. Investigação. Avoenga. Legitimidade processual Direito. Família. Princípios constitucionais. Ação declaratória. STJ.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO	11
2.1 O histórico da filiação no mundo	11
2.1.1 A filiação no culto doméstico	12
2.1.2 A filiação no período Justiniano	13
2.1.3 A filiação no Cristianismo.....	14
2.2 O histórico da filiação no Brasil	15
2.3 As espécies de filiação	17
2.4 A investigação da filiação.....	17
3 A FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	19
3.1 No Código Civil Italiano	19
3.2 No Código Civil Alemão	20
3.3 No Código Civil Francês	21
3.4 No Código Civil Português	24
3.5 A influência dos Códigos Europeus no Instituto da Filiação do CCB	27
4 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ACERCA DA FILIAÇÃO	28
4.1 O direito personalíssimo	29
4.2 O Direito à ancestralidade	30
4.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	31
4.4 O Direito à filiação.....	33
5 OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002	34
5.1 Sobre o direito à filiação	34
5.2 Sobre a sucessão e o direito de representação	35
6 A FILIAÇÃO AVOENGA.....	38
6.1 Conceito.....	38
6.2 A ação de investigação avoenga.....	38
6.2.1 A legitimidade dos netos	39
6.2.2 O direito de representação na ação de investigação de paternidade.....	41
6.3 Efeitos da ação de filiação avoenga nos aspectos pessoais e patrimoniais	42

7 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA (LEI Nº 8069/90).....	43
8 O RECURSO ESPECIAL Nº 807.849 - RJ (2006/0003284-7) DO STJ.....	45
8.1 A Ementa.....	45
8.2 Os votos favoráveis ao provimento do Recurso Especial	47
8.2.1 O voto da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora).....	47
8.2.2 O voto do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha.....	50
8.2.3 O voto do Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator).....	51
8.2.4 O voto do Exmo. Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) (Relator)	52
8.3 Os votos contrários ao provimento do Recurso Especial.....	53
8.3.1 O voto do Exmo. Sr. Ministro Sidnei Beneti	53
8.3.2 O voto do Exmo. Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)	59
9 CONCLUSÃO	61
10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da ação investigação de paternidade na filiação avoenga, dos reflexos jurídicos e sociais que essa ação e o reconhecimento do vínculo sanguíneo podem acarretar nas vidas dos pretensos neto e avô. Na busca de um melhor entendimento desse assunto tão complexo e controverso, fez-se necessário a abordagem de considerações pertinentes, bem como elucidativas de juristas e doutrinadores com formações civilistas e constitucionalistas. Antes de adentrar no tema objeto deste, cumpriu a priori enfatizar o caminho jurídico percorrido pelo instituto da filiação coligado ao Direito de Família, desde a formação sociológica dos núcleos familiares na antiguidade, o comportamento adotado por esses perante o novo modelo de relação interpessoal, culminando no positivismo jurídico que reduziu a normas tais comportamentos, baseando-se nos costumes e na adequação social, traduzindo-os em direitos e deveres para os seus membros.

A motivação para a realização da pesquisa surgiu diante de uma questão jurídica importante para a evolução do direito de família, no que pese a possibilidade de uma interpretação extensiva aos artigos que tratam do direito aos filhos não reconhecidos a ter incluso nas suas certidões os nomes de seus pais, que lhe foram negados por motivos distintos, quer seja pela recusa dos supostos pais em registrá-los à época do nascimento, quer seja pelo desconhecimento da gravidez por estes devido à omissão das genitoras; extensão essa que abrangeria os netos no direito de propor a inclusão do nome do suposto avô em sua certidão, ainda que o filho não a tivera proposto antes de seu óbito, ou até mesmo quando ele em vida, não propusera por falta de interesse.

E é nessa tangente que o trabalho visa imergir, nas especificidades trazidas pela Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, o que estes diplomas legais dispõem sobre o tema filiação em especial a legitimidade processual ativa dos netos consubstanciados nos direitos personalíssimos ao nome, à ancestralidade e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os efeitos jurídicos mediatos e imediatos se julgado procedente o reconhecimento da filiação avoenga.

Abordar-se-á os votos dos Excelentíssimos Ministros do STJ em um dado caso concreto e suas invocações jurídicas sobre o tema para proferir seus votos, que culminara num precedente para futuras pretensões nesse sentido.

A conclusão versará, mediante as razões expostas durante o desenvolvimento do trabalho, sobre a legalidade desse reconhecimento a fim de que seja inserido no ordenamento jurídico em verbetes próprios ao tema, para que não seja mais possível a um pretense neto ter negado seu direito de conhecer suas origens genéticas, que não seja esse direito compelido a uma anterior proposição de ação de investigação de paternidade por seus pais. Podendo igualmente por presunção buscar essa investigação, assegurado os mesmo pressupostos legais exigidos ao pretense filho, sendo ele pré-morto ou não.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO

2.1 O histórico da filiação no mundo

A palavra filiação é originária do latim *filiiatio.onis*, ou seja, “ação ou efeito de filiar, de tomar como filho”. Antes de adentrar e esmiuçar sua origem e evolução é necessário que se faça uma breve menção ao estudo do instituto família.

Fredrich Engels¹ em sua obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” (1891, p.12), disserta que a história da família começa a ser estudada em 1861, com o livro *O Direito Materno de J.J. Bachofen*², nesta obra o autor formula as teses de que, na era primitiva, os seres humanos viveram em promiscuidade sexual; estas relações excluíaam toda a possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade pelo que a filiação podia ser contada apenas pela linha feminina, segundo o direito materno, e isso se deu em todos os povos antigos, em consequência desse fato, as mulheres, como mães, como únicos progenitores conhecidos, gozavam de grande apreço e respeito, chegando ao domínio feminino absoluto (ginococracia³). A passagem para a monogamia incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga (do direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher), tal atitude deveria ser castigada, ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período.

Essas asserções embasaram-se nas literaturas clássicas gregas especialmente, que devido às convicções religiosas da época revelaram indícios da existência de uma sociedade onde a diversidade de parceiros sexuais, tanto de homens como de mulheres, incluindo as homossexuais; sem significar atos contra a moralidade, sendo um comportamento aceito proveniente dos costumes. Verdade essa que nos diz a respeito acerca da dificuldade de se estabelecer a filiação por

¹ Friedrich Engels (1820-1895) foi um escritor, jornalista, economista, filósofo e teórico político alemão. Engels escreveu, em parceria com Marx, o *Manifesto comunista*, e desenvolveu o materialismo histórico dialético, também com a **parceria de Karl Marx**. Foi um dos grandes teóricos do comunismo do século XIX.

² Johann Jakob Bachofen (1815 – 1887) foi um jurista e antropólogo suíço, professor de Direito romano na Universidade de Basileia, de 1841 a 1845. Bachofen é mais frequentemente associado às suas teorias sobre o matriarcado na Pré-história, ou Mutterrecht, o título de seu livro publicado em 1861 *Mother Right: an investigation of the religious and juridical character of matriarchy in the Ancient World* (Direito Materno: uma investigação do caráter religioso e jurídico do matriarcado no Mundo Antigo).

³ Do grego *gynaikokratía*: domínio das mulheres.

meio da linha paterna, portanto as mães eram as únicas genitoras que podiam ser a certeza da origem dos filhos. Com a monogamia instituída na sociedade tornou-se possível a descendência pela linha paterna mais verossímil, cabendo a mãe ainda a exclusividade da filiação.

O estudo da história primitiva nos revela um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e suas mulheres a poliandria⁴, e em que, consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É esse estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia.

Historicamente pode-se subdividir a evolução da filiação nas fases do culto doméstico, do período Justiniano e era do Cristianismo.

2.1.1 A filiação no culto doméstico

O culto doméstico tinha na *pietas*⁵ um de seus pilares. Lucano (Farsália I, 11) afirmava que as duas virtudes principais dos romanos eram a *virtus*⁶ militar e a *pietas*. Define-se habitualmente *pietas* como um sentimento de obrigação, devoção, lealdade para com aqueles que o homem está ligado por natureza, ou seja, os pais, filhos, parentes. Por conseguinte, ligava entre si membros da comunidade familiar, unidos sob o amparo do *patria potestas*⁷, e projetada no passado pelo culto dos ancestrais. Estabelecendo um vínculo afetivo entre os membros de uma família, a *pietas* alargava-se à divindade e acabava por compreender também às suas relações com o Estado. Então, sua abrangência abarcava tanto as relações com os pais, amigos e concidadãos quanto à atitude correta em relação aos deuses. A piedade funcionava como uma justiça distributiva, regendo as obrigações dos homens para com os deuses. Uma boa parte da literatura dos séculos I a.C. e I d.C. celebrou a profundidade da devoção que era sentida no culto doméstico. O *pater familias*⁸ era responsável pela manutenção dos ritos tradicionais da sua família: a veneração dos Lares e dos Penates e de outros herdados dos seus ancestrais e

⁴ Poliandria: Estado de uma mulher casada simultaneamente com vários homens.

⁵ Pietas (latim): Piedade. Era uma das virtudes da Roma Antiga, junto com "gravitas" (peso da honra, do dever) e dignidade (*dignitas*).

⁶ Virtus: Virtude em latim.

⁷ Patria potestas (latim): Poder do pai.

⁸ Pater famílias (latim): Pai de família. Era o mais elevado estatuto familiar na Roma Antiga, sempre uma posição masculina.

destinados a serem passados aos seus descendentes. Dentro da família, também os estágios da vida eram marcados por ritos de passagem de natureza religiosa: aceitação do bebê dentro da família, admissão na idade adulta, casamento e enterro, todos estavam inseridos na esfera da responsabilidade religiosa familiar mesmo se os pontífices fossem responsáveis por alguns dos aspectos legais da vida e das relações da família. A religião romana teria que conter algumas formas de profunda devoção pessoal, mas, como não há muito ou nenhum sinal disso no culto público, isso seria encontrado na religião “privada” do lar e da família, era um conjunto de instituições relativamente familiares.

O culto romano aos que partiram, seja público ou privado, tinha um propósito duplo: providenciar que os mortos sobrevivessem na memória de seus parentes, descendentes e amigos; e também procurar assegurar, através do meio da atenção devota às suas relíquias mortais nas tumbas, conforto, alimentação, e renovação perene para a vida dos seus espíritos imortais. Entretanto, caso os mortos não possuíssem parentes e/ou fossem negligenciados, tornavam-se *lemures* e *larvae*, isto é, espectros errantes e malfazejos para os vivos. Os *lemures* eram os insepultos (*insepulti*) que não tiveram rituais fúnebres e os mortos prematuros (*immaturus finis*), crianças, mulheres grávidas e parturientes. As *larvae* eram considerados ainda mais sombrios, pois vagavam entre os vivos atormentando-os e, no mundo subterrâneo, torturavam os outros mortos.

Em Roma o pater familias não podia morrer sem deixar sucessor, alguém que desse continuidade ao seu nome, evitasse a extinção da família e mantivesse o culto familiar. A *adoptio* era uma adoção na qual, um alieni juris - aqueles que estivessem sob o pátrio poder, os que tinham renunciado publicamente ao seu culto familiar originário, uma pessoa capaz, um emancipado ou até mesmo um pater familias eram adotados e passavam a integrar a família do adotante na qualidade de filho ou neto. Ela era um instituto do direito privado, pois não necessitava da intervenção nem de pontífices nem do povo, evitando que uma família e seu culto desaparecessem.

2.1.2 A filiação no período Justiniano

Moreira Alves aduz que (2003, p.247):

Em Roma podiam distinguir-se duas espécies de parentesco: o agnaticio, que se transmite apenas pelo homem, e o cognaticio, que se propaga pelo sangue, portanto, por via masculina e feminina. Somente com Justiniano é abolida essa diferença, passando o parentesco a ser apenas o de sangue, o cognaticio, como ocorre na atualidade.

Ainda no período Justiniano (527-565 d.C.), haviam a *adoptio plena*, onde se concedia o pátrio poder a quem não o tinha, mas tinham que pertencer à mesma família natural ou de sangue; e a em que o filho era entregue a um estranho, ou seja, pessoa que não tinha qualquer relação de sangue com o adotado se caracterizava com a permanência dos laços de parentesco do adotivo com sua família natural, ficando sob o pátrio poder de seu pai de sangue, tendo ainda direito à herança do adotante, era conhecida como *adoptio minus plena*. Tais espécies vieram para simplificar e facilitar o procedimento da adoção, que passou a ser feita simplesmente pela manifestação volitiva dos pais, na presença da autoridade competente, acompanhados do adotando.

O matrimônio foi instituído como o instituto principal de formação do núcleo familiar com a publicação do Digesto de Justiniano⁹ e das Institutas de Justiniano¹⁰. Prezava pela monogamia, a exemplo dos pares de animais que eram formados por um espécime feminino e um espécime macho, os casais deveriam ser formados por um homem e uma mulher, e todos aqueles que possuísem laços sanguíneos congêneres seriam membros familiares.

A ascensão do Imperador Justiniano ao trono evidenciou a definição de família fundamentada nos laços consanguíneos, enfatizados em linhas paralelas com a concretização do matrimônio.

2.1.3 A filiação no Cristianismo

Com a difusão do Cristianismo e o advento do Direito Canônico, foram elaborados códigos jurídico-teológicos que discriminavam detalhadamente os atos permissíveis e os censurados. Após o século IX a igreja começou a interferir nos ritos do matrimônio, estabelecendo um padrão matrimonial cujos principais

⁹ *Digesto de Justiniano*: reunião, seleção de decisões e textos célebres de juristas romanos do período clássico em um só local, a fim de guardá-los para a posteridade e preservar-lhes a autenticidade.

¹⁰ Trata-se de um manual para os estudantes da escola de direito de Constantinopla, contendo um resumo das principais leis e jura.

mandamentos eram a indissolubilidade conjugal e a monogamia induzindo assim os cristãos a seguir e ameaçando os transgressores com a excomunhão.

O cristianismo acentuou a autoridade do homem, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família, com poderes sobre a vida e morte de seus integrantes. A mulher devia obediência ao esposo e estava compelida aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido.

Os filhos nascidos na constância do matrimônio eram reconhecidos pela igreja através do sacramento do batismo e assim eram reconhecidos também pela sociedade como filhos legitimados daquele casal. Em contrapartida, os filhos oriundos de relações extraconjugais não faziam jus aos sete sacramentos da Igreja Católica e eram nominados como bastardos, ilegítimos, filhos impuros de uma relação igualmente impura. Estigma que perdurava por todas as gerações seguintes deste indivíduo, pela Igreja e pela sociedade.

2.2 O histórico da filiação no Brasil

Quando as caravelas lusitanas aferraram em solo brasileiro nos idos de 1500, os portugueses trouxeram consigo as legislações vigorantes na época, quais sejam, as Ordenações Afonsinas (1446-1514), Manuelinas (1521-1595), por fim as Filipinas (1603-1916) que passaram a viger também na nova colônia, com observação para a última ordenação que prescreveu a matéria civilista, pois a primeira constituição brasileira de 1824 revogara praticamente toda a Ordenação Filipina.

As Ordenações Filipinas, foram promulgadas pelo Rei Filipe I da Espanha, nelas os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. Os filhos ilegítimos podiam ser espúrios, ou seja, aqueles incestuosos, adulterinos e de danado coito¹¹ ou naturais.

Os filhos ilegítimos espúrios podiam ingressar com ação de investigação de paternidade, apenas para obter o direito aos alimentos, já os filhos ilegítimos naturais era apenas reconhecido o direito a sucessão legítima e por não estarem submetidos ao pátrio poder do pai, lhes eram vedados a investigação de paternidade.

¹¹ **Filho de danado coito:** Filho gerado em relação sexual banida por lei ou por motivos religiosos, tendo um padre ou uma freira como genitores; filho do sacrílego.

Admitia-se ainda nestas ordenações o direito hereditário do filho natural do peão (plebeu), mas não do filho natural do nobre, salvo em virtude de disposições testamentárias.

Em 1847, fora editada a Lei nº 463, em 2 de Setembro, que revogou o título XCII da Ordenação Filipina, extinguindo a diferenciação supracitada, estendendo o direito sucessório igualmente aos filhos ilegítimos naturais dos nobres, desde que reconhecidos por escritura pública ou testamento.

Na Consolidação das Leis Civis publicada em 1858 de autoria de Augusto Teixeira de Freitas¹², estabelecendo assim como nas Ordenações Filipinas, a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, porém admitindo a sucessão legítima para os filhos legítimos e os ilegítimos naturais, se estes últimos obtivessem o reconhecimento pelo pai através de escritura pública ou por testamento.

Posteriormente à Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, promulgou-se o Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 1890 autorizando a investigação de paternidade em casos específicos; nessa tangente dispôs no art. 1º, § 4º e art. 7º, § 1º que, em seu artigo 7º, § 1º¹³:

Art. 1º, § 4º A declaração de duas testemunhas, maiores, parentes ou estranhos, que atestem conhecer ambos os contrahentes, e que não são parentes em gráo prohibido nem teem outro impedimento, conhecido, que os inhiba de casar-se um com o outro.

Art. 7º, § 1º § 1º Os ascendentes com os descendentes, por parentesco legitimo, civil ou natural ou por afinidade, e os parentes collateraes, paternos ou maternos, dentro do segundo gráo civil.

A afinidade illicita só se póde provar por confissão espontanea nos termos do artigo seguinte, e a filiação natural paterna tambem póde provar-se ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho, feito em escriptura de notas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico, offerecido pelo pae.

As referências estabelecidas em legislações dispersadas ficaram efetivadas e corporizadas no Código Civil de 1916. Porém as distinções havidas a filiação legítima e a ilegítima permaneceram. Àquela época, a distinção era substancial, visto que cada “espécie” de filho receberia tratamento jurídico diferente,

¹² **Augusto Teixeira de Freitas** (1816-1883) nasceu na cidade de Cachoeira, na Bahia. Bacharelou-se em Direito com apenas 21 anos de idade. Juntamente com outros juristas, Freitas criou o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, primeira associação da classe no País. Foi autor de grandes obras do Direito Civil como “*Consolidação das Leis Civis*”, “*Código Civil- Esboço*”, “*Prontuário de Leis Civis*”, entre outras.

¹³ **Coleção de Leis do Brasil** – 1890, Página 168 Vol. 1 fasc. 1º (Publicação Original).

acarretando em consequências jurídicas também distintas. No Código Civil de 2002, ocorrem modificações significativas no que tange à filiação legítima e ilegítima, as distinções dantes essenciais deixaram de existir e ter relevância no ordenamento jurídico.

Tais distinções e modificações serão aprofundadas posteriormente em capítulo próprio.

2.3 As espécies de filiação

No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva ou filiação adúltera.¹⁴

Os filhos eram legítimos (havidos sob o casamento civil e dentro dos prazos estabelecidos), legitimados (resultantes do casamento dos pais, após concebidos ou nascidos), ilegítimos (havidos fora do casamento), naturais (havidos de pais solteiros ou equiparados), adotivos (filiação civil, não consanguínea ou socioafetiva) e adúlteros (resultantes de adultério de um dos pais ou de ambos).

Dessa forma, pode-se extrair que a filiação evoluiu da seguinte maneira, da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada, a história moderna trouxe uma espécie que refere-se à questão biológica tornando possível o descobrimento da real maternidade ou paternidade a partir do recolhimento e comparação de material genético dos supostos pais e filhos, surge assim a filiação obtida através do exame de DNA.

2.4 A investigação da filiação

A investigação de vínculo genético de filiação já é uma demanda comum há muitos séculos. A mais antiga referência que podemos lembrar consta da Bíblia, do Livro dos Reis (3:16-27), onde Salomão ameaça dividir uma criança ao meio para reparti-la entre os apelantes. Através dos tempos, quando uma paternidade era questionada, os julgadores, por muitas vezes, depararam-se com o mesmo dilema

¹⁴ Lôbo, Paulo, **Direito Civil**, p. 216, 4ª ed. Editora Saraiva, 2011.

de Salomão. Na antiguidade, procuravam-se semelhanças no tipo de cabelo, na cor da pele, ou alguma marca de nascença que se assemelhava com o suposto pai.

3 A FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

3.1 No Código Civil Italiano

O Código Civil Italiano de 1942 (*Il Codice Civile Italiano*) promulgado durante o regime fascista é marcado por uma visão retrógada do instituto da família, onde ao cônjuge masculino é dado o poder de decidir os assuntos relacionados aos seus membros.

Insta salientar ainda que, no Título VII, capítulo I, seções I, II e III que trata da filiação, do estado da criança legítima e do estatuto de filho legítimo, aduz que o marido é o pai dos filhos concebidos durante o casamento e assim como o Código Civil Brasileiro de 2002, presumem-se serem legítimos os nascidos antes dos 180 dias após a celebração do matrimônio, bem como àqueles nascidos após a dissolução, anulação ou cessação dos efeitos civis do mesmo, e os concebidos na sua constância.

A legitimidade da filiação se consolida com a certidão de nascimento registrada no registro de status civil e na ausência deste a posse contínua do status de filho legítimo é suficiente. A posse do Estado resulta de uma série de fatos que, como um todo, são válidos para demonstrar as relações de afiliação e parentesco entre uma pessoa e a família à qual ele afirma pertencer.

De qualquer forma, os seguintes fatos devem contribuir: que a pessoa sempre carregou o sobrenome do pai que ele afirma ter; que o pai a tratou como filho e providenciou nessa qualidade a manutenção, educação e colocação dela; que tem sido constantemente considerado como tal nas relações sociais; que foi reconhecido nessa qualidade pela família.

Pode-se através do princípio da prova por escrito que resulta de documentos de família, registros e documentos particulares do pai ou da mãe, de documentos públicos e privados de uma das partes envolvidas na disputa ou de outra pessoa que, se ele estivesse vivo, teria interesse na disputa.

Os filhos nascidos de pessoas entre as quais existe uma relação de parentesco, mesmo que sejam naturais, em uma linha reta ao infinito ou em uma linha colateral no segundo grau, ou uma relação de afinidade em uma linha reta, não podem ser reconhecidos pelos pais, a menos que no momento da concepção ignorassem o vínculo existente entre eles ou que o casamento do qual a afinidade

deriva fosse declarado nulo. Quando um dos pais goza de boa-fé, o reconhecimento só pode ser feito por ele.

O reconhecimento será autorizado pelo juiz, levando em conta o interesse da criança e a necessidade de evitar qualquer dano à mesma, enfatizando que as crianças que são impedidas de serem reconhecidas também não podem ser legitimadas.

O pai ou a mãe podem fazer o reconhecimento dos filhos naturais, mesmo que já unidos em casamento novamente com outra pessoa no momento da concepção. O reconhecimento pode ocorrer em conjunto ou separadamente. Se este filho ainda não atingira a idade de dezesseis anos não pode ocorrer sem o consentimento do outro pai que já realizou o reconhecimento.

O consentimento não pode ser recusado se o reconhecimento visa o melhor interesse da criança. Se houver oposição, mediante recurso dos pais que desejam fazê-lo, depois da oitiva do menor em contradição com os pais que se opõem e com a intervenção do promotor público, o tribunal decide com uma sentença que, em caso de aceitação do pedido, mantém local de falta de consentimento.

É feito o reconhecimento mediante averbação na certidão de nascimento ou uma declaração especial, após o nascimento ou a concepção diante de um oficial cartorário, um juiz tutelar, um ato público ou em testamento.

O pedido de legitimação de um filho natural apresentado ao juiz ou a declaração de vontade de legitimá-lo é expressa pelos pais em um ato público ou em um testamento são importantes, mesmo que a legitimidade não ocorra. A legitimidade atribui o status de filho legítimo a uma pessoa nascida fora do casamento que ocorre pelo casamento subsequente dos pais da criança natural ou por ordem do juiz.

3.2 No Código Civil Alemão

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*) foi promulgado em 1900 sendo considerado um código inovador para a época. O BGB inspirou vários códigos civis de vários países que se embasavam no direito romano-germânico, incluindo Portugal, Estónia, Letónia, República da China, Japão, Tailândia, Coreia do Sul, Grécia, Ucrânia e Angola.

As modificações trazidas por este código eram bem distintas do Digesto¹⁵ derivado do Direito Romano, já mencionado em capítulo anterior.

Nele expressa que a filiação é a mãe de uma criança é a mulher que deu à luz, o pai de é o homem que é casado com a mãe no momento do nascimento, que reconheceu a paternidade ou cuja paternidade esteja legalmente estabelecida.

Se o casamento for dissolvido pela morte e um filho nascer dentro de 300 dias após a dissolução é certo que o filho foi concebido mais de 300 dias antes do nascimento, esse período é decisivo. Se nasce de uma mulher que teve outro casamento e que seria o filho do ex-marido, este torna-se o filho do novo marido. Se a paternidade é contestada e é legalmente estabelecido que o novo marido não é o pai do filho, o filho é do ex-marido.

Os efeitos legais do reconhecimento só podem ser afirmados a partir do momento em que o reconhecimento se torna efetivos, salvo disposição em contrário. O reconhecimento da paternidade não é eficaz enquanto existir a paternidade de outro homem e é permitido fazê-lo mesmo antes do nascimento da criança.

3.3 No Código Civil Francês

O Código Civil Francês ou Código Napoleônico (*Le Code Civil Français ou Code Napoléonien*) foi outorgado em 1804 pelo Imperador Napoleão Bonaparte (1769–1821). As categorias do Código Napoleônico não foram baseadas nas leis francesas anteriores a ele, mas sim no Código Justiniano, já citado em laudas acima.

O código expressa que todas as crianças cuja paternidade é legalmente estabelecida, incluindo os filhos adulterinos, têm os mesmos direitos e os mesmos deveres em suas relações com o pai e a mãe. Eles ingressam na família de cada um deles e a paternidade é legalmente estabelecida pelos efeitos da lei, pelo reconhecimento voluntário ou pela posse de um estado estabelecido por um ato público.

Se houver entre o pai e a mãe do filho um dos impedimentos ao casamento por causa de parentesco, sendo a filiação já estabelecida em relação a um, é

¹⁵ O *Digesto*: do latim *digerere*, que significa pôr em ordem ou *Pandectas* do grego *pandékoma*, que significa "recolho tudo", é uma compilação de fragmentos de juriconsultos clássicos. Escrito em latim e grego, é a obra mais completa que a Codificação de Justiniano tem.

proibido estabelecer parentesco em relação ao outro por qualquer meio, tornando-se a criança filho ilegítimo de um e legítimo de outro.

A filiação é comprovada pela certidão de nascimento da criança, pelo ato de reconhecimento ou pelo ato público que confirma a posse do status de filho. Se uma ação é intentada, a paternidade é comprovada e contestada por todos os meios, sujeito à admissibilidade da ação podendo também ser por julgamento.

A lei francesa também presume que a criança foi concebida durante o período de 300 a 180 dias, inclusive, antes da data de nascimento. Presume-se ainda que a concepção tenha ocorrido em qualquer momento durante esse período, evidenciando o melhor interesse da criança. As evidências em contrário são admissíveis para combater tais suposições.

A posse do Estado é estabelecida por uma combinação suficiente de fatos que revelam o vínculo de descendência e parentesco entre uma pessoa e a família à qual se diz pertencer. Os principais desses fatos são que: essa pessoa foi tratada pela pessoa ou por quem se diz que ele veio como filho e que ele próprio a tratou como seus pais; que tenham, nessa capacidade, provido sua educação, manutenção ou instalação; que essa pessoa seja reconhecida como filho, na sociedade e na família; que é considerado como tal pela autoridade pública; que leva o nome da pessoa ou daqueles de quem se diz ter vindo. Essa posse deve ser contínua, pacífica, pública e inequívoca.

Se a criança, seu pai e mãe ou um deles tiverem residência habitual, comum ou separada na França, a posse de um Estado produzirá todas as conseqüências dele decorrentes da lei francesa, mesmo quando os outros elementos da paternidade poderiam ter dependido da lei estrangeira.

O reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade é válido se tiver sido feito de acordo com as leis que dispõe acerca do assunto. Quando a filiação de uma criança é estabelecida com relação a ambos os pais, o mais tardar no dia da declaração de seu nascimento, posteriormente ou simultaneamente, esta escolhe o sobrenome que lhe foi atribuído: ou o nome do pai, ou o nome da mãe, ou os dois nomes unidos na ordem escolhida por eles, dentro do limite de um sobrenome para cada um deles.

Quando a paternidade é estabelecida apenas em relação a um pai, o filho leva o nome desse pai. Ao estabelecer o segundo parentesco e, em seguida, durante a menoridade da criança, os pais podem, por declaração conjunta perante o

registrator, optar por substituir o nome de família do parente pelo em relação à qual a filiação foi estabelecida em segundo lugar, ou seja, adicionar seus dois nomes, na ordem escolhida por eles, dentro do limite de um nome de família para cada um deles.

No entanto, se já tiver sido aplicado em relação a outro filho comum, a declaração de mudança de nome pode não ter outro efeito que não seja o nome anteriormente desconcentrado ou escolhido. Se o filho tiver mais de 13 anos, é necessário seu consentimento pessoal.

A filiação é estabelecida, em relação à mãe, pela designação desta na certidão de nascimento da criança. Uma criança concebida ou nascida durante o casamento presume-se ser filho natural do marido.

A presunção de paternidade é descartada quando a certidão de nascimento do filho não designa o marido como pai. Ainda é excluído, no caso de um pedido de divórcio ou separação judicial, quando o filho nascer mais de 300 após a data da homologação do contrato que regula todas as consequências do divórcio ou das medidas provisórias adotadas, isto é, da ordem de não conciliação e menos de 180 desde a rejeição final do pedido ou a reconciliação.

A presunção de paternidade será restaurada automaticamente se a criança possuir o estado em relação ao marido e se não tiver uma paternidade já estabelecida com relação a terceiros. Quando a presunção de paternidade é indeferida seus efeitos podem ser restituídos em juízo. O marido também tem a possibilidade de reconhecer o filho nas condições previstas no artigo 313. Artigos 316 e 320.

Quando a paternidade não é estabelecida nas condições previstas na seção I deste capítulo, pode ser estabelecida pelo reconhecimento da paternidade ou maternidade, feita antes ou depois do nascimento.

O reconhecimento estabelece paternidade apenas em relação ao seu autor.

É feito na certidão de nascimento, por um ato recebido pelo escrivão ou por qualquer outro ato autêntico.

Na ausência de titularidade e posse de estado, a busca pela maternidade é admitida. A ação é reservada para a criança que é obrigada a provar que é a pessoa cuja suposta mãe deu à luz. A paternidade fora do casamento pode ser declarada judicialmente. A ação de pesquisa de paternidade é reservada para a criança.

Os pais, mesmo os menores, em relação aos quais a paternidade é estabelecida, durante a menoridade da criança, têm apenas o direito de exercer a ação em busca da maternidade ou paternidade.

Se nenhuma parentalidade for estabelecida ou se esse pai for falecido ou incapaz de expressar sua vontade, a ação é proposta pelo tutor. A ação é intentada contra o suposto pai ou mãe e seus herdeiros. Na ausência de herdeiros ou se eles renunciaram à sucessão, ela é dirigida contra o Estado. Os herdeiros renunciantes são chamados ao procedimento para reivindicar seus direitos ali. A posse de um estado pode ser estabelecida, a pedido de qualquer pessoa que tenha interesse nele, dentro de dez anos após sua cessação ou a morte do suposto pai.

3.4 No Código Civil Português

O Código Civil, também chamado de o Código de Seabra¹⁶, publicado em 1867, é o primeiro código civil de Portugal. Adotava a classificação germânica dos ramos de direito civil conforme o BGB.

O matrimônio legitima os filhos nascidos antes dele como sendo dos nubentes se nascidos após 180 dias depois da celebração do matrimônio ou dentro dos 300 dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges decretada judicialmente. Se nascido dentro do prazo de 180 dias não podia ter sua legitimidade impugnada se o marido sabia da gravidez da mulher antes do casamento, se houve consentimento dele no momento do registro da criança ou se reconheceria por qualquer outro modo ser este seu filho nascido.

Os nascidos durante o matrimônio passado os 180 dias da celebração ou dentro dos 300 dias mencionados, a legitimidade da filiação se presumia apenas se fosse possível provar que o marido coabitou com a mulher nos primeiros 121 dias após o casamento ou de 300 dias antecedentes ao nascimento da criança.

Era reconhecido o direito imprescritível dos filhos legítimos a vindicar o estado de filiação. A filiação legítima provava-se pelos registros do nascimento e na falta deste de qualquer outro documento autêntico e ainda na falta deste da posse do Estado por escrito por ambos os pais, conjunta ou separadamente ou por testemunhas.

¹⁶ Por ter sido elaborado por António Luís de Seabra e Sousa, 1.º Visconde de Seabra. Aprovado em 1867 e entrou em vigor em 1868.

A legitimidade aproveitava tanto aos filhos, como aos seus descendentes, se os ditos filhos já não existirem; era possível também por meio de ação própria e sentença judicial. Afirmava especificamente que a filiação das crianças incestuosas e adúlteras não podia ser reconhecida por lei.

A ação de investigação de maternidade era permitida diante da prova do filho, que é o próprio que se diz nascido da pretensa mãe, por qualquer meio. Já a ação de investigação de paternidade ou maternidade só podia ser intentada em vida dos pretensos pais, exceto se os pais falecerem durante a menoridade dos filhos ou se estes obtiver documento pelos pais em que revelem a sua paternidade.

No Código de 1966, devido aos direitos individuais dos cidadãos e a verdade biológica, foi permitido o reconhecimento da filiação dos filhos incestuosos e adúlteros, mas em por relação a um dos progenitores. O que na reforma do Código em 1977 levanta este impedimento, permitindo aos pais que decidam da forma que considerar mais satisfatória.

Previa ainda, com detalhes, em seus arts. 1.852 e ss. e no art. 1.869, os diversos modos de reconhecimento judicial da paternidade ilegítima, possibilitando assim o reconhecimento dos filhos incestuosos. Pelo Direito Português, os filhos naturais são reconhecidos a qualquer tempo; os adúlteros, só podem ser depois da dissolução da sociedade conjugal, a não ser na hipótese da putatividade do casamento, decorrente da boa-fé dos cônjuges ou de um deles apenas, o que atua no sentido de apagar o vício de origem.

Há no diploma luso uma disposição sobre o reconhecimento, trazida pelo art. 1.837 que trata da legitimação de filhos pelo casamento, que refere-se aos filhos havidos pelos contraentes antes da celebração do casamento considerado putativo e que ficam considerados legítimos. Acerca da ação de investigação de maternidade ou paternidade, estabelece que ela só pode ser proposta durante a menoridade do suposto filho ou nos dois primeiros anos posteriores à sua emancipação ou maioridade.

Houve uma reforma da lei portuguesa com o advento do Decreto-Lei nº 496 de 25 de Novembro de 1977 nos arts. sobre a filiação, que foi profundamente influenciada pela lei francesa e, particularmente pela reforma de 03 de janeiro de 1972; expressando que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

Como resultado dessa reforma de 1977, diferentes estatutos legais foram concedidos à filiação materna e à filiação paterna. Enquanto a primeira é legalmente feita por meio de uma declaração, a segunda é feita por meio de um reconhecimento, sendo que esta distinção tem implicações jurídicas consideráveis.

A lei concedia ao pai todos os poderes ativos, determinando o que chama os poderes especiais do pai e os poderes especiais da mãe, de tal forma que o pai tinha a autoridade para representar ambos os progenitores, enquanto a mãe só podia preencher essas funções quando o pai estivesse ausente em lugar remoto, quando estivesse desaparecido ou quando estivesse impedido por deficiência.

Em resumo ao código reformado em 1977 a respeito da filiação, pode-se fazer a análise que inicia com o princípio de que em relação à mãe, a filiação estabelece-se no fato do nascimento e da declaração feita no registro pelo declarante indicando a maternidade da criança. A presunção da paternidade é estabelecida como sendo do marido da mãe, se refere à filiação fora do casamento, é presumida pelo ato de reconhecimento.

Quanto a este reconhecimento da paternidade, a lei afirma que a criança não pode iniciar um processo de investigação da paternidade sem que, anteriormente, ou pelo menos concomitantemente, se tenha estabelecido a maternidade, e se esta por sua vez não constar no registro, pode o filho intentar uma ação específica para esse efeito, podendo somente ser proposta durante a sua menoridade ou após 2 anos da sua maioridade ou emancipação.

Da mesma forma, nos casos em que a criança foi registada pelo pai com indicação de mãe desconhecida, se a mãe for casada e decidir mais tarde declarar a maternidade, o princípio do *pater is est*¹⁷ entra automaticamente em ação e o seu marido passa a ser o pai da criança. Caso queira recuperar a sua paternidade, o pai anterior ver-se-á obrigado a instituir um processo judicial; se considerar o estatuto legal da filiação, tanto nos seus efeitos como nos processos do seu estabelecimento (ou reconhecimento), é forçoso concluir que a lei portuguesa não institui um tipo de filiação, nem mesmo dois. Pelo contrário, três tipos de filiação são claramente estabelecidos: a filiação legítima paterna, a filiação materna e a filiação ilegítima paterna.

¹⁷ Trata-se da presunção *pater is est* (é o pai) quem *justae nuptiae demonstrant* (demonstrou viver em justas núpcias), ou simplesmente *pater is est*, expressão oriunda do Direito Romano, que atribui ao marido a paternidade do filho concebido durante o casamento. Tal presunção possui natureza *juris tantum* (relativa).

3.5 A influência dos Códigos Europeus no Instituto da Filiação do CCB

Inspirado no Direito Civil Português, o Direito Civil Brasileiro obteve sua base, estando mais próximo a essas origens do que o próprio direito civil lusitano nos tempos de hoje. Como dito anteriormente, as Ordenações Filipinas vigoraram mesmo após a independência de Portugal, elas não se desligaram do nosso ordenamento de imediato, foi um conjunto de leis que regeu a sociedade brasileira por mais de três séculos, permanecendo até o início do século XX perpassando a monarquia até a república.

Em que pese, é necessário salientar que embora possuindo imensa importância na formulação do Código Civil Brasileiro, a evolução da sistemática jurídica da codificação demonstrara que as ordenações possuíam uma codificação confusa onde as matérias não tinham uma separação de matérias normativas de direito de família e obrigacionais, por exemplo; eram inclusas no mesmo livro dentro do código.

O Código Civil Alemão trouxe, além dessa evolução na codificação, diversos institutos e normas que foram recepcionados primeiro pelo Direito Português e posteriormente pelo nosso ordenamento, através deste último. Os juristas Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues beberam da fonte da Escola Pandectista¹⁸ e foram os responsáveis para que tais institutos fossem recepcionados.

Dentre esses institutos recepcionados está o da filiação, que inspirado pelo *pater familias* oriundo do Direito Romano, sedimentou a figura paterna como sendo o maior status dentro de uma família criando uma cultura de patriarcado, onde aos pais é dado o poder decisório acerca do presente e do futuro sobre os seus membros, bem como dos bens que ela possuísse, mesmo daqueles adquiridos pelo cônjuge por meio de herança. Cultura positivada nos diversos países – incluindo França, Itália e Alemanha – que tiveram o direito romanístico como base, especialmente na seara civil ditando as normas do direito de família e das sucessões.

¹⁸ Nascida de um movimento de adeptos estudantes principalmente da Segunda Parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano (as *Pandectas* – normas de direito civil com respostas de jurisconsultos.) que promoveram a reconstrução histórica do Direito Romano e criaram um sistema dogmático de normas tendo os seus institutos como modelo.

4 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ACERCA DA FILIAÇÃO

As primeiras constituições brasileiras de 1824 e 1891 conferiram bases para a organização político-institucional e marcaram a transição da monarquia para a república, porém não dispunham de normas sobre direitos de família e das sucessões ou algum outro direito privado, sendo ainda regidas pelas Ordenações Filipinas.

Já a Constituição que fora promulgada pelos constituintes em Assembleia no ano de 1934, fazia alusão aos filhos naturais e aos legítimos no que tange ao registro do nascimento e a herança, quando aduziu:

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Sendo a primeira constituição que trouxe distinção entre as espécies de filiação expressamente em um dispositivo.

A Constituição de 1937 (conhecida como Polaca) foi a primeira constituição a inserir em seus dispositivos um capítulo sobre a família e a igualar o status da filiação natural e legítima garantindo-lhes os mesmos direitos e deveres.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

As Constituições seguintes de 1946 e 1967 não trouxeram inovação acerca do tema filiação e não recepcionaram os artigos supracitados das suas antecessoras.

A "Constituição Cidadã", como ficou conhecida a Constituição de 1988 por ter sido concebida no processo de redemocratização, inovou os direitos individuais e fundamentais dos cidadãos, dividindo-os em graus ou dimensões; porém ater-nos-emos à 1ª dimensão que é a de relevância para o estudo.

A Carta Magna na sua essência de modernização legislativa e no intuito de adequar as leis à evolução sociológica das relações interpessoais familiares e afetivas concedera atenção especial à família, sua formação, estruturação, proteção, direitos e deveres entre seus membros.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

4.1 O direito personalíssimo

Em linhas gerais os direitos personalíssimos são assim chamados devido à busca de preservar a integralidade física, moral e intelectual dos indivíduos. A nossa Constituição Federal de 1988 dispõe logo em seu art. 1º, dentre outros fundamentos da República Federativa do Brasil, acerca da dignidade da pessoa humana, que está em consonância de forma direta a personalidade, haja vista se tratar de atributo essencial do ser humano.

São direitos definidos como irrenunciáveis, intransmissíveis e indisponíveis ou negociáveis, salvo previsão legal e que todo indivíduo detém o controle sobre eles, tais como: o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade. Desse modo, os direitos personalíssimos são extrapatrimoniais, por não se tratar do patrimônio, de uma “*res*” da pessoa e sim de aspectos essenciais ao ser humano. São ainda oponíveis *erga omnes*.

Embora disciplinados pelo Código Civil em seu art. 11, os direitos personalíssimos estão intimamente coligados ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana sendo conferidos a todos os nascidos com vida e se exaurindo com a morte.

O art. 5º da Carta Magna prevê no caput a inviolabilidade desses direitos, que podem ser objetos de reparação e cessação por requerimento caso sejam violação destes. Todavia, a garantia de inviolabilidade não basta para proteger um direito ao conhecimento das origens genéticas, uma vez que se trata de uma prestação positiva, demandando que o Estado aja em benefício da parte desejosa de conhecer sua origem.

No que tange o direito ao nome como direito personalíssimo, Pontes de Miranda já aduziu que o nome trata-se de direito de personalidade de singular relevância. Muito do nosso percurso existencial, familiar, afetivo, histórico está ligado

ao nome. Nosso passado e nossas heranças culturais estão, também, conectados ao nome.¹⁹

4.2 O Direito à ancestralidade

Toda pessoa tem o direito fundamental, direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de estar inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).²⁰

O direito à busca pela ancestralidade, como direito personalíssimo é dotado de proteção jurídica integral e especial, seguindo os dizeres dos arts. 5º e 226 da CRFB/88 e em sendo declarada a existência da relação de parentesco com os avós, a mesma produzirá todos os efeitos gerados pelo parentesco de primeiro grau, limitados à lei. Pontes de Miranda nominou esse fato de relação avoenga.

É imperioso salientar a desnecessidade de imediata reverberação na seara jurídica dos envolvidos no conhecimento genético limitando-se ao castiço conhecimento da ancestralidade do indivíduo decorrente da própria noção de sua identidade biológica; tão logo, a origem genética presume uma não constituição do estado de filiação, muito embora seja comprovada a existência de convivência familiar.

É de conhecimento que a investigação da origem genética é essencial para que se atribua a paternidade ou a maternidade do indivíduo e, de modo mais preciso estabeleça-se o estado de filiação que não fora constituído, porém no intuito de salvaguardar a tutela ao direito da personalidade, a investigação da paternidade não é regra absoluta. A tutela ao direito a ancestralidade recai sobre a garantia do direito da personalidade, uma vez que apontamentos fáticos da ciência contemporânea

¹⁹ FARIAS. Cristiano Chaves de; NETTO. Felipe Braga; ROSENVALD. Nelson. Manual de Direito Civil Vol. Único, 5ª ed. p. 173. Editora Juspodivm, 2020.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. V.8 nº 27 out/dez. 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813%3E>. Acesso em: 21 de mai. De 2020.

demonstram a necessidade de cada indivíduo conhecer o histórico médico de seus parentes biológicos mais próximos, objetivando precaver-se de possíveis doenças protegendo assim a sua vida e de seus descendentes. Assim sendo, não é impositivo irrogar paternidade no exercício do direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos.

Nesse contexto, no REsp. nº 1.401.719/MG o voto da Exma. Ministra Nancy Andrighi compõe-se de um trecho onde ela expressa que o direito ao nome traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, e que ocorre violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito ao conhecimento da origem genética, para se respeitar a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.²¹ Voto este que posteriormente, em momento oportuno, será objeto de maior amplitude de estudo.

A jurisprudência alemã abordara o tema abraçando a resolução defendida por Nancy Andrighi que, em seu voto citou um julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (*Neue Juristische Woche*)²² de 1989, 891, onde o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) salientou que os direitos da personalidade contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.

Ainda é possível ponderar a impetração de *habeas data*, um dos remédios constitucionais, aduzido no art. 5º, LXXII, 'a' da CRFB/88, a fim de garantir o acesso ao conhecimento da origem genética com base nas informações atinentes ao impetrante compreendida em bases de dados de domínio público ou governamental, bem como para resguardar uma futura ação em rito ordinário de mesma finalidade.

4.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Disposto no art. 1º, III da CRFB/88 e fundamento essencial do EDD (Estado Democrático de Direito), tal princípio é imanente à República Federativa do Brasil e visa tutelar os direitos mínimos do cidadão, devendo a sociedade e o Estado através

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.401.719/MG. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de out. de 2013. DJ de 15 de out. de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274948/recurso-especial-resp-1401719-mg-2012-0022035-1-stj/inteiro-teor-24274949?ref=juris-tabs> Acesso em: 18 de mar de 2020.

²² Novo semanário legal revista jurídica alemã

do Poder Público respeitá-los, valorando o ser humano preservando sua liberdade individual e a sua personalidade.

Segundo o Exmo. Ministro do STF Edson Facchin (1996), “a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, correspondendo tal princípio a um núcleo máximo, a um superprincípio, símbolo do movimento de despatrimonialização ou repersonalização do Direito Privado.”

Sobre a Dignidade da Pessoa Humana, José Afonso da Silva expõe tratar-se de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”²³

Constitucionalmente observada, a dignidade humana é inerente à pessoa humana nascida com vida, garantindo-lhe uma colocação elevada sobre os outros princípios preestabelecidos pelo Estado, uma condição superior do homem.

Trata-se de um princípio nominado de cláusula geral, por não conter objetivamente um conceito único, ficando a cargo da livre interpretação e adequação do conceito de dignidade a cada caso concreto, após submetida a análise do operador dentro dos ditames legais.

Inserido nesse princípio está o direito ao nome, expresso no Código Civil, que indica a origem da ancestralidade, e assim a colocação de um indivíduo em um grupo familiar determinado que é reconhecido especificamente pelo seu patronímico, onde a este se liga todo o parentesco de linha reta e colateral. A isonomia é um dos pressupostos da dignidade da pessoa humana, que objetiva dirimir tratamento discriminatório entre os cidadãos, que porventura possa ocorrer; nessa toada expressa a Carta Magna em seu art. 227, § 6º, já mencionado anteriormente, que seja dado tratamento isonômico entre os filhos legítimos e ilegítimos, o que não existia nas Constituições anteriores.

A dignidade da pessoa humana abarca no Direito de Família, o direito ao reconhecimento da filiação, estando consubstanciado um no outro, pois este cede ao indivíduo uma identidade perante a sociedade e liberdade para exercê-la plenamente, que pode ser assegurada tanto por ação proposta judicialmente, quanto por vias extrajudiciais. Extrai-se o entendimento de que esse princípio é basilar na constituição de uma entidade familiar, onde é resguardado o desenvolvimento e a afetividade entre os seus membros, em especial as crianças e os adolescentes.

²³ SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109.

Diante do exposto, é razoável aduzir que a relação familiar, de suma importância na formação social e emocional de uma pessoa, significa o conhecimento de suas origens e o reconhecimento social de sua relação antecessora, de seus pais e, principalmente, dos pais de seus pais; o que seria indigno restringir juridicamente sob quaisquer pretextos o reconhecimento dessa relação parental e ancestral entre avós e netos.

4.4 O Direito à filiação

Como oportunamente mencionado acima, a CRFB/88 alterou o Direito de Família extinguindo as diferenças entre os filhos nascidos dentro e fora do matrimônio no mundo jurídico, propiciando entre estes a igualdade de filiação por instrumentos normativos garantidores.

Contextualizando o presente estudo dentro deste tópico, o assunto restringir-se-á ao aspecto da filiação à luz do direito constitucional daqueles desejosos de serem reconhecidos como filhos, sendo-lhes assegurado o direito de portar o patronímico e gozar amplamente dos direitos e deveres provenientes deste. Sobretudo repassá-lo aos seus descendentes.

Ao ser gerado, o ser humano necessariamente tem um pai e uma mãe e aos filhos advindos de uma relação sexual é dada plenitude de exercerem seus direitos e deveres, perante a sociedade e a família que representa a perpetuação do indivíduo. Hodiernamente, a genética, por meio do exame de DNA, busca a descoberta de particularidades que são transmitidas de pai para filho e tornou-se um instrumento importante para o estabelecimento da filiação.

Maria Helena Diniz já dizia nos idos de 2011 que “a filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, vindo a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”.

O juriconsulto Paulo Lôbo assevera que:²⁴

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.

²⁴ Lôbo, Paulo. Direito Civil Famílias p. 217, 4º ed. Editora Saraiva, 2010.

5 OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002

Neste capítulo, o objetivo é trazer à baila as modificações ocorridas nos dois últimos códigos civis que regiram o Direito de Família e suas implicações jurídicas na vida daqueles que estiveram e estão sob a sua égide. Os aspectos acerca do direito à filiação, à sucessão testamentária e à representação.

5.1 Sobre o direito à filiação

Vigorando por mais de 80 anos, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), sucessor das Ordenações Filipinas e predecessor do Código de 2002, idealizado por Clóvis Beviláqua trazia classificava as diferentes formas de filiação estabelecendo as particularidades jurídicas.

Os artigos 332, 337 e 347 respectivamente, classificava o parentesco em legítimo e ilegítimo, dizia quem era o filho legítimo e preconizava acerca das provas da filiação legítima.

Há que se destacar que essas particularidades baseavam-se na origem dos filhos, se advinham do matrimônio ou de relações extrapatrimoniais, o que fora detalhado anteriormente.

Aos filhos legitimados eram vedados não só a convivência no lar conjugal sem a concordância da outra parte, como também o direito sucessório se o reconhecimento ocorresse *a posteriori* ao nascimento de um filho legítimo do genitor, mesmo sendo equiparados após o reconhecimento.

Diante desta situação, o filho reconhecido só receberia o correspondente a 50% da parte que caberia ao filho legítimo; porém se fora reconhecido antes do nascimento desse, ambos receberiam o mesmo quinhão.

Já aos incestuosos e adulterinos, era vedado que investigassem a sua origem, ou seja, não podiam ser reconhecidos nem possuíam quaisquer direitos sucessórios, salvo por determinação testamental.

Esse reconhecimento seja de forma voluntária através de assentamento na certidão de nascimento, de testamento e escritura pública ou por via judicial, através de ação tinham a mesma eficácia e efeitos, embora a comprovação de algumas das provas trazidas pelo art. 363 não eram sempre possíveis de sê-lo e quando o eram

dependia de uma sensata interpretação do juiz, o que nem sempre favorecia os autores, prejudicando de sobremaneira a verdade dos fatos.

O Decreto-Lei nº 4.737/42 tornou o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio realidade após o desquite do casal; já a Lei nº 883/49 deu permissão a ambos os cônjuges reconhecer um filho ilegítimo.

Sancionada a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que vige até os dias de hoje, aduz no art. 14, § único que ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns, o que os legitimava independentemente do intuito ilegal de seus pais.

Alteração significativa e relevante do novo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) foi a comutação do título que nominava o Capítulo II, que suprimiu o termo “legítima” e permaneceu somente a locução “da filiação”, seguindo o disposto na CRFB/88, o art. 1596 também previu a proibição de designação discriminatória relativas à origem da filiação dando-lhes os mesmo direitos e qualificações.

No título do Capítulo IV no Código de 1916 e III no de 2002, “Do Reconhecimento dos Filhos Ilegítimos” também ocorrera a supressão do termo discriminatório “ilegítimos”.

O Código estabelece ser o registro da certidão do termo de nascimento como prova da filiação e ainda a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, salvo nos casos de vício material e de manifestação de vontade; sendo que o art. 1.609 faz alusão ao reconhecimento feito de forma voluntária feita não só no registro, mas também por escritura pública ou particular, por testamento e manifestação direta e expressa prestada diante de um juiz, como igualmente previsto no art. 1º da Lei nº 8.560/92, que oportunamente será tratada adiante. O § único deste mesmo artigo inova ao aduzir que o reconhecimento pode preceder ao nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento.

O reconhecimento tem efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, constitui em um ato jurídico puro, onde não cabe subordinação a termo ou condição. As modificações do novo Código visaram o melhor interesse da criança que com o advento da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) se enraizaram de vez no ordenamento do Direito de Família.

5.2 Sobre a sucessão e o direito de representação

Fundamenta na CRFB art. 5º, XXX, a sucessão e suas particularidades dispostas nos arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil trazem os conceitos acerca dos direitos de herança, e em se tratando de um direito fundamental assegurado não pode nem deve ser negado por qualquer legislação infraconstitucional.

O fim da personalidade da pessoa humana se dá com a morte, esse fato desencadeia a abertura da sucessão transmitindo de imediato o patrimônio aos herdeiros, fazendo com que a relação do “*de cujus*” e bens sejam rompida, iniciando-se assim o princípio de *saisine*.

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Atinente a isso, saliente-se que a legítima ocorre por força de lei e chama a suceder àqueles que fazem parte da vocação hereditária ou testamentária, que ocorre por disposição de última vontade onde o testador só pode dispor da metade de seu patrimônio, sendo que a outra metade deverá ser dividida entre os herdeiros da legítima.

Na ausência de disposição de última vontade permanece apenas a sucessão legítima de forma universal. O art. 1.829 do Código Civil traz o rol da vocação hereditária, que compreende os nascidos com vida e os concebidos no instante da abertura da sucessão, na seguinte ordem:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais Em todos os casos em que o de cujus tiver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), aplicar-se-á a sucessão legítima, hipótese em que a lei proíbe dispor da integralidade, protegendo a legítima, que corresponde a metade do patrimônio.

No que tange ao reconhecimento da filiação, é devido dizer que as relações de parentesco são tratadas de forma isonômica sejam de origem biológica ou não biológica, porém somente aos descendentes, vedada diferenciações quanto à origem destes, ascendentes e cônjuges são herdeiros necessários.

O instituto jurídico da representação no Código Civil disposto no art. 1.852 aduz que só é possível quando um descendente do falecido não pode tomar posse da herança por ser pré-morto “*de cujus*” ou por serem impedidos e excluídos da sucessão, então os descendentes desse pré-morto são chamados a substituí-lo mesmo grau ao qual pertencera.

A representação só abrange os descendentes, excetua os ascendentes e os cônjuges; ocorre com a partilha da quota parte inerente ao representado por estirpe a qual representa, em havendo mais de um representante essa quota se subdivide entre eles. Se porventura o falecido não tiver filhos vivos o instituto da representação não se manifesta, pois cada neto receberá a quota que lhe cabe por direito próprio, ou seja, sucessão “*per capita*”, Carlos Roberto Gonçalves definia essa transmissão direta de avós para netos de quotas avoengas.

De acordo com o art. 1.834 os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes, o que importa salientar a vedação a discriminação entre as espécies de filiação abarcando a igualdade também no direito de suceder, estendendo sobremaneira aos descendentes.

6 A FILIAÇÃO AVOENGA

6.1 Conceito

Sem um conceito próprio na doutrina, a filiação avoenga pode ser definida como o vínculo a se estabelecer entre avós e netos no intuito de assentar a consanguinidade e a conseqüente filiação do pai.

6.2 A ação de investigação avoenga

Há provimentos do Superior Tribunal de Justiça a favor da ação de investigação avoenga:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. – É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros destes, visando o reconhecimento judicial da relação. – Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo. (STJ – REsp: 604154 RS 2003/0198071-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 16/06/2005, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 01/07/2005 p. 518 RDR vol. 41 p. 297).

Destarte, caso o filho sendo maior, capaz e com condições de promover ação de investigação de paternidade em face do seu suposto pai, mas não o faz e vem a morrer logo em seguida, deve se entender que o direito de ação morre com ele. A dúvida que surge a partir dessa situação é se os supostos netos, interessados em conhecer a sua linhagem ancestral e também interessados economicamente numa possível pensão alimentícia ou direito sucessório, poderiam ajuizar ação de investigação contra o suposto avô?

A ação a ser proposta para a investigação da filiação avoenga ou também chamada de paternidade avoenga é feita pelo neto para ter o conhecimento de seu avô e por corolário de suas origens genéticas.

Nos casos onde o pai permanece inerte na busca de investigar a sua própria paternidade, ao neto cabe o poder de acionar o judiciário propondo uma ação de investigação avoenga de natureza jurídica declaratória, obtendo assim o estabelecimento do vínculo entre o neto e o suposto avô.

Como já dito anteriormente, a ação de investigação de paternidade tem caráter personalíssimo, a legitimidade de ingressá-la cabe ao filho contra o seu suposto pai e feito isto, caso o autor desta faleça antes de obter o seu desfecho, ela poderá ser conduzida por seus descendentes.

O art. 1.606 do Código Civil de 2002 e art. 350 do código revogado de 1916 não coíbe o direito dos netos de ter reconhecido suas origens familiares em absoluto quando dispôs respectivamente:

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Art. 350. A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz.

Hodiernamente, a genética assegura recursos disponíveis para o reconhecimento dos ascendentes através do exame de DNA, tornando a prova de filiação ainda mais legítima para a propositura da ação garantindo dessa forma os pressupostos processuais do interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam*, bem como o princípio processual da inafastabilidade do Estado para reconhecer a filiação avoenga.

É mister salientar que a sentença declaratória da ação de investigação avoenga deve mandar averbar no registro civil de nascimento do autor o nome do investigado e permitir que seja acrescentado o nome patronímico do ascendente ao seu, como é feito com o autor da ação de investigação de paternidade.

Cristiano Chaves de Farias conceitua de forma bem sucinta acerca do tema: (2020, p. 1302):

É o que se apelidou de investigatória avoenga. Cuida-se de ação promovida em nome próprio pelo neto, defendendo um interesse jurídico próprio, que é a formação do vínculo de parentalidade com o seu avô. A Jurisprudência do STJ, inclusive, admite a investigação avoenga, afirmando ser juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, visando ao reconhecimento judicial da relação avoenga. (STJ, REsp. 604.154)

6.2.1 A legitimidade dos netos

Há que se ressaltar a legitimação dos netos, haja vista que o objeto dessa pretensão relaciona-se intimamente com a natureza humana, pois discorre sobre valores familiares, a identidade genética, a dignidade e a castidade familiar. Negando o direito dessa ação a eles desrespeita-se os princípios contidos na Constituição, bem como o disposto no art. 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) que aduz que “toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

Os netos exercendo seus direitos fundamentais devem poder buscar o reconhecimento da sua origem genética ajuizando a ação, independente de outra proposta anteriormente por seu pai contra o suposto avô, uma vez que também possuem laços com o mesmo e que não devem ser impedidos de solidificar por uma falha legislativa quando deixara de estender a legitimação ativa para a ação de investigação de paternidade aos netos, na inércia dos pais.

Seguindo o pensamento de alguns juristas, o ingresso unicamente pelos netos seria inconcebível, diante do caráter personalíssimo da ação implicando na ilegitimidade dos descendentes desconsiderando a relação de ancestralidade. Urge admitir que tal posição demonstra uma incoerência questionável com os princípios constitucionais do ponto de vista da dignidade humana, não devendo se submeter à interpretação infraconstitucional restritiva.

Cumprido salientar que, a legitimidade *ad causam* dos netos na ação de investigação movida diretamente contra os avós abrange uma dimensão significativa no âmbito jurídico e social, pois objetiva dirimir não apenas a falta de um nome na certidão de nascimento deste indivíduo, como também a ausência afetiva na vida do mesmo.

Neste contexto, a V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal realizada nos dias 09 e 11 de Outubro de 2011, deu origem ao enunciado 521 que veio a ratificar o art. 1606 ao dizer o seguinte:

Enunciado 521. Art. 1606: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação própria de filiação em vida.

O professor Cristiano Chaves de Farias vem esclarecer sobre o tema quando aduz que (2020, p. 1302):

Com base no tratamento constitucional da filiação – impossibilitando a limitação do estado de filiação – é preciso ir mais longe, não se restringindo à hipótese aventada pelo citado dispositivo legal. Assim, afirmamos, com tranquilidade, que o neto detém legitimidade ativa *ad causam* para promover a investigação contra o seu avô ou avó, independentemente de estar o filho falecido, ou não.

6.2.2 O direito de representação na ação de investigação de paternidade

Na situação do filho que, em vida preferiu por não acionar o Estado para tutelar o seu direito á filiação, contanto deixara filhos, supostos netos deste pai que seria investigado numa provável ação de paternidade. Nessa hipótese, caberia o direito de representação vista no art. 1.606 supracitado para que os netos pudessem propor tal ação, indo de encontro ao que preconiza a legislação vigente sem prejuízo dos preceitos fundamentais da CRFB/88.

Alvo de discussões e sem suporte jurídico pacificado na doutrina e na jurisprudência, é um ponto controverso e geram divergências nos Tribunais Brasil afora que deve ser discutido mais profundamente para que os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e suas garantias sejam reconhecidos e não possam ser afetados por tais inconsistências jurídicas prejudicando o pleno direito daqueles que busquem esse reconhecimento.

Não se pode negar o fato incontestável de que um neto só pode sê-lo se houver um pai que seja filho do avô, concomitantemente o avô só pode sê-lo se o pai tiver um filho. Destarte, a relação avoenga depende de uma relação preexistente de paternidade, embora seja juridicamente a primeira relação derivada da segunda, obviamente tece uma linha reta entre avós e netos; o aspecto personalíssimo dos netos ao direito a conhecer sua origem genética não pode ser subjugado em detrimento do direito dos pais, por advirem da mesma origem genética tornando o direito alheio por direito próprio, possibilitando a representação dos netos face à investigação dos avôs independente de prévia ação do pai pré-morto ou não.

Lembrando que o direito a filiação é personalíssimo sendo vedada imposição de condição ou termo e que o nome é resultado da filiação; não há que se falar em

substituição processual, pois o neto não está vindicando um direito que pertenceria ao seu pai, mas a ele mesmo.

6.3 Efeitos da ação de filiação avoenga nos aspectos pessoais e patrimoniais

O art. 1.604 do Código Civil nos diz que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, exceto se provar erro ou falsidade do mesmo. No entanto, se uma pessoa tendo descendentes faleceu sem investigar a sua paternidade, em sua certidão de nascimento obviamente não irá constar os nomes do casal de avós ou de um deles, o que sem hesitar motivaria e justificaria a vindicação da filiação avoenga e, concomitantemente, conhecer toda a sua linha ancestral, repercutindo sobremaneira no direito à herança, protegido pelo art. 5º, XXX da CRFB/88.

Os efeitos mais relevantes da ação de filiação avoenga estão na seara patrimonialista, uma vez que os aspectos pessoais se restringem mais ao aspecto subjetivo, ao estreitamento ou não do vínculo recém-estabelecido entre netos e avós. Acerca do patrimônio, cria-se um debate no que tange aos direitos sucessórios, pois os netos reconhecidos concorreriam em igualdade com os demais netos ainda que o pai não propusesse a investigação de paternidade, embasando-se no art. 1816 do Código Civil fazendo analogia ao resultado da exclusão do pai herdeiro por indignidade.

Considerando o reconhecimento de direitos e a preservação dos mesmos, não se deve permitir que, assim com a personalidade nos casos dessa natureza, a herança que conjuntamente com este é assegurado em nossa Constituição seja posta de lado em virtude da ausência de normatização que a estabeleça.

Não se pode, nem se deve negar que o aspecto pessoal e social é relevante, porém como já adiantado, mais subjetivamente; os netos que são reconhecidos, apesar de obterem autorização para anexar o patronímico dos avós ao seu nome não se veem compelidos a estabelecer laços afetivos com os mesmos ou com os familiares desse lado da família.

Todavia, gera a íntima satisfação em ser reconhecido como membro de um núcleo familiar, de ter uma origem, de conhecer a história dessa família da qual também faz parte e que muitas vezes, para o reconhecido é mais importante do que qualquer consequência econômica que possa advir dessa inclusão.

7 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA (LEI Nº 8069/90)

O ECA como é conhecida a Lei nº 8069/90 e que comemora 30 anos de vigência neste ano de 2020, foi de suma importância para assegurar os direitos das crianças e adolescentes não tratando especificamente acerca das filiações em capítulo próprio como o Código Civil, mas também preconiza em seus arts. 20, 26 e 27, além da vedação as designações discriminatórias entre filiações de origens diversas, o caráter personalíssimo da criança no direito ao reconhecimento à origem genética.

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O Estatuto prioriza um ambiente salutar, envolto em núcleos familiares com convivência harmônica o que garante a esses menores a observação dos seus direitos, protegendo-os de quaisquer abusos ou vedação dos mesmos.

Sabe-se o quão importante é para uma criança o vínculo com os seus genitores contribuindo para uma formação psicológica, social e afetiva mais firmemente constituída ao longo de sua vida. Não apenas o vínculo com os pais, mas também com o núcleo familiar desses é relevante para exercer o senso de coletividade dessa criança, refletindo nas suas relações com os outros núcleos que vierem a formar posteriormente.

Regula ainda sobre a adoção dos menores, desde os devidos requisitos e pressupostos para a habilitação dos pretensos adotantes até os efeitos da procedência do pedido da ação de adoção. Implicando dessa forma nos mesmos direitos aos adotados dado aos legítimos, incluindo os vínculos descritos acima.

Concretizando ainda que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Contando ainda com irrenunciabilidade e indisponibilidade, com presunção de paternidade inconcebível. Cabe lembrar que feito o reconhecimento, ele é irrevogável, incondicional, tem efeito *ex tunc*, retroagindo ao dia do nascimento do filho.

A filiação avoenga pode ser introduzida nesse contexto a partir da vedação imposta a esse reconhecimento como uma forma de impedir a uma criança o estabelecimento do vínculo familiar com os avós, que faz parte da construção da sua personalidade como indivíduo, da capacidade de acolher e sentir-se acolhida como um membro dessa família.

8 O RECURSO ESPECIAL Nº 807.849 - RJ (2006/0003284-7) DO STJ

O julgado, motivador desse estudo, veio para dar mais concretude a um direito que já poderia ter sido apreciado pelo legislador desde a criação do novo Código Civil de 2002. Afirmou a legitimidade ativa dos netos através de uma interpretação legislativa extensiva embasada em princípios constitucionais, abrindo precedentes para que outras pessoas possam acionar o judiciário na busca desse reconhecimento da origem genética promovendo mais segurança jurídica para tal ação.

Alicerçada em valores familiares e afetivos, bem como econômicos, os votos favoráveis dos Exmos. Ministros do STJ descrevem a inovação do Direito de Família nas demandas que acompanham as mudanças sociológicas das últimas décadas.

Demonstrar-se-á nos tópicos seguintes reproduções das mais relevantes considerações, a favor e contrária ao provimento da ação, que acarretaram no desfecho favorável aos autores reconhecendo a legitimidade ativa e consequente direito dos netos, por meio de ação declaratória, à filiação avoenga mesmo diante da inércia do pai pré-morto.

8.1 A Ementa

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA. BUSCADA ANCESTRALIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS NETOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LEGITIMIDADE ATIVA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PECULIARIDADE. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque os direitos ao nome à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que esteja mas gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do

segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par.1º e Art. 1º Par.1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.”- Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.- Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): “§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.”- Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo.- Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.- A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutelados direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a

possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de serem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em *reformatio in pejus*. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010)

8.2 Os votos favoráveis ao provimento do Recurso Especial

8.2.1 O voto da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora)

Da violação aos arts. 363, do CC/16; 1.609 do CC/02; 27 do ECA; e do dissídio jurisprudencial concernente à temática contida nos dispositivos legais. Sustentam os recorrentes que o TJ/RJ, ao julgar extinto o processo por carência da ação, ignorou a orientação do STJ, no sentido de considerar juridicamente possível e legítima a ação ajuizada pelos netos, em face do suposto avô, ou seus sucessores, com a pretensão de que seja declarada relação avoenga c.c. petição de herança, se já então falecido o pai, que em vida não pleiteou a investigação de sua origem paterna.

Predominou, no acórdão impugnado, a tese que deu pela impossibilidade jurídica do pedido de investigação de paternidade contra avô não investigado, faltando aos netos, legitimidade para agir, pois não poderiam pleitear direito alheio em nome próprio, conduzindo à carência da ação. Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.

Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque os direitos ao nome à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

O direito à busca da ancestralidade, tal como denominado por Alice de Souza Birchall (in *A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 43) é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. O parentesco em linha reta é infinito, tal como estruturado pelo CC/02 nos arts. 1.591 e 1.594, não se esgotando sequer com a morte, o que impõe a sua tutela pelo Direito.

Assim sendo, a pretensão dos recorrentes no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. A questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória que o processo impõe.

Sob a ótica da moderna concepção do Direito de Família, não se mostra adequado recusar aos netos o direito de buscarem, por meio de ação declaratória, a origem desconhecida. Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação de parentesco pleiteada. Exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

Negar aos netos o exercício de ação declaratória de sua respectiva linhagem significa, acima de tudo, negar-lhes a prestação jurisdicional. Se o filho não quis ou foi impedido de exercer o seu direito de filiação, não se há que proibir que seu descendente o exerça, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de direito personalíssimo, ao nome, à ancestralidade.

Considere-se, sobretudo, que a preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

Neste contexto, qualquer investigação sobre o parentesco na linha reta, que é infinita, e, também, na linha colateral, limitada ao quarto grau, é possível, porque o direito ao parentesco (natural ou civil) é direito da personalidade, e,

conseqüentemente, sua pretensão é imprescritível, porque seu objetivo é uma declaração de estado. Ressalte-se que não o são os direitos patrimoniais e notadamente os sucessórios que derivam desses direitos personalíssimos. A obtenção dos efeitos patrimoniais dessa declaração de estado será, portanto, limitada às hipóteses em que não prescrita a pretensão sucessória. Deve, portanto, ser assegurado aos netos o direito de ver declarada a relação de parentesco com o avô, a ser buscada pelos meios processuais postos ao alcance de todos, sobrepondo-se a qualquer cláusula restritiva ao direito de personalidade.

Por tudo isso, muito embora seja a investigação de paternidade personalíssima, nos termos do art. 363 do CC/16 (correspondência: art. 1.606 do CC/02), é perfeitamente admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário se existe ou não relação material de parentesco com o suposto avô, ou ainda, outro parente, na linha reta, sem limitações, ou na colateral, limitada ao 4º grau. Ressalte-se que o art. 1.609, parágrafo único, do CC/02, ao dispor que o reconhecimento do filho pode ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendente, é expresso ao permitir que o avô reconheça a relação de parentesco em primeiro grau na linha reta com o filho que faleceu e, conseqüentemente, a relação de parentesco em segundo grau na linha reta com os netos. O art. 27 do ECA assegura o exercício do direito de filiação contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, o que vem a ampliar sobremaneira a possibilidade do reconhecimento de relações de parentesco. Os arts. 1.845 e 1.846, do CC/02, outorgam aos netos a qualidade de herdeiros necessários dos avós, resguardando-lhes o direito à legítima. É o direito de herança, além do mais, tutelado pelo art. 5º, XXX, da CF/88.

Por fim, dentre outros no mesmo sentido, colacione-se precedentes desta Corte que asseveram ser *“legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna”* (AR 336/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, DJ de 24/4/2006). Da mesma forma, *“é juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga”* (REsp 604.154/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 1º/7/2005).

Desse modo, considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade

jurídica do pleito deduzido pelos recorrentes, no sentido de serem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, e, portanto, definitivamente, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas exaustivamente pelos recorridos.

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para cassar o acórdão impugnado e determinar o prosseguimento da ação, nos moldes do devido processo legal.

8.2.2 O voto do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha

O novel Código Civil tem um artigo que apresento para reflexão. Refiro-me ao art. 1.696, que diz:

"O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes (extensivo, repito, a todos os ascendentes), recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros."

Vamos interpretar o art. 1.696, que garante um direito fundamental a esse menor, de modo a negá-lo? Penso que os dispositivos das normas infraconstitucionais não de se subsumir aos princípios das normas e regras estabelecidas na lei fundamental. E, quando examinamos o texto constitucional, verificamos que a Constituição Federal, no art. 227, § 6º, bem diz:

"Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Assegura-se aos filhos, e não aos descendentes dos filhos? Iríamos encurtar a abrangência do texto constitucional? Estaríamos aqui interpretando em harmonia com os princípios que plasmam a Constituição, ou seja, de fazer prevalecer os direitos fundamentais, sobretudo os direitos materiais e econômicos? Diga-se: pode haver - talvez haja - uma pretensão patrimonial na investigação ou na declaração ora pleiteada? De outro modo, há também uma pretensão patrimonial que move a resistência de quem reluta em não conhecer ou não permitir o conhecimento sobre a verdade da origem de outro ser?

O ECA teve uma preocupação com a busca da filiação. O Código Civil de 2002, que tramitou por tantos anos no Congresso Nacional, ainda contém os influxos

do Código Civil de 1916. Inegavelmente, não podemos ver ainda, no Direito de Família, como não podemos ver no Direito Sucessório, grandes avanços no Código Civil. Os avanços estão na legislação extravagante, que subsiste à própria entrada em vigor do Código.

Considero que decorre de uma lacuna do sistema e que há de ser preenchida por uma interpretação integrativa. Quando V. Exa. aprecia o § 6º do art. 227 da Constituição Federal, quando lê o Código Civil, que diz que se asseguram alimentos inclusive aos ascendentes, os mais próximos, e, na ausência, os posteriores, o sistema jurídico deixa um espaço a ser preenchido pelo intérprete, e por que não dizer por aquele que aplica diuturnamente a legislação, o Poder Judiciário? Eu diria que o Brasil não está isolado, eu diria que o Brasil está na frente, como sempre esteve. Acompanho outro eminente e brilhante voto, o da Sra. Ministra Nancy Andriahi, mas esse é o meu entender sobre a questão.

Dou provimento ao recurso especial, cassando o acórdão impugnado e determinando o prosseguimento da ação nos moldes do devido processo legal. É como voto.

8.2.3 O voto do Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator)

No meu modo de ver, a questão diz respeito única e exclusivamente à possibilidade jurídica do pedido e a adequação, examinados pelo ângulo das condições da ação. Nesse passo, trago a posição do Professor Humberto Theodoro, invocando Allorio:

“Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondente a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo. Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, prima facie, se revele temerária ou absurda. Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido no aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição da ação como requisito prévio da admissibilidade do exame da questão de mérito.” (Curso de Direito Processual Civil, vol.I, 47ª edição, 2007, p.64/65).

Também Nelson Nery Júnior é preciso:

“O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo “pedido” não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir.” (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2007, p.504).

Ora, se assim é, ouvindo com atenção a eminente Ministra Nancy Andrighi, fiquei aqui me perguntando onde, na legislação, no Código Civil, na lei processual, há impossibilidade de se ingressar com a demanda para se reconhecer a relação avoenga? Não há, em nenhuma letra dos dispositivos invocados, vedação.

Por outro lado - ainda que assim não fosse, mas esse é o meu entendimento pessoal -, foi aqui mencionado a existência de um precedente da Corte, e isso não pode ser colocado de lado. E eu verifiquei o precedente, REsp nº 604.154, Relator o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que diz que *“é juridicamente possível o pedido dos netos formulados contra o avô aos seus herdeiros, desde que visando o reconhecimento judicial da relação avoenga”*.

Mas não é suficiente esse precedente, porque ainda houve uma Ação Rescisória, de nº 336, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, em que S. Exa., em acórdão de 2005, disse:

“Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já é então falecido seu pai, que, em vida, não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna”.

Com a devida vênia, ainda que meu entendimento fosse outro, já que a Seção se manifestou em ação rescisória, em julgado recente, de 2005, vigente o novo Código Civil, não vejo outra possibilidade de não seguirmos os precedentes, sob pena de criarmos uma grande instabilidade da jurisprudência.

Com base nesses dois fundamentos, somado aos argumentos relevantíssimos trazidos, com tanta sensibilidade pela eminente Relatora, acompanhar integralmente o voto de S. Exa., dando provimento ao recurso especial.

8.2.4 O voto do Exmo. Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) (Relator)

Toda a fundamentação trazida a este julgamento fala em termos de ancestralidade, de direito personalíssimo da origem. Vejo que estender esse direito também à mãe dos supostos netos seria uma extensão muito ampla, que foge a toda fundamentação discutida nesta Seção.

Pedindo vênia a eminente Ministra Nancy Andrighi, apenas com referência a esse tópico, com o qual manifesto a minha discordância, acompanho o voto, no que diz respeito aos demais fundamentos. Dou provimento ao recurso especial em menor extensão.

8.3 Os votos contrários ao provimento do Recurso Especial

8.3.1 O voto do Exmo. Sr. Ministro Sidnei Beneti

Sustentei, na Sessão de julgamento, entretanto, entendimento divergente, pelos motivos que passo a consignar. Assinalei haver precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido da admissibilidade do ajuizamento de Ação Declaratória da denominada relação jurídica avoenga.

1º Precedente.- REsp 296-RS, 3ª T., 2.3.1990, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER - "PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - AÇÃO DECLARATÓRIA - RELAÇÃO AVOENGA Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha , firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração de que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram. II - Recurso conhecido e provido" (Transcrição fls. 229/230) (Rel. Min. WALDEMAR ZWEITER, acompanhado pelos Mins. GUEIROS LEITE e NILSON NAVES, vencidos os Mins. CLÁUDIO DOS SANTOS e EDUARDO RIBEIRO).

2º precedente.- 3ª T. - REsp 603885-RS, 3ª T., 3.2005, Rel. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO -"AÇÃO DOS NETOS PARA IDENTIFICAR A RELAÇÃO AVOENGA. PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA. I - Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória "para que diga o judiciário existir ou não a relação material de parentesco com suposto avô" (RESP n. 269/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 07/05/1990). 2. Recursos especiais conhecidos e providos." (Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, acompanhado pelos Min. NANCY ANDRIGHI e CASTRO FILHO, ausentes,

ocasionalmente, os Min. Antonio de Pádua ribeiro e Humberto Gomes de Barros)..

3º Precedente.- REsp 604154-RS, Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª T., j. 16.6.2005 - "RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. - É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, ou seus herdeiros deste, visando ao reconhecimento judicial da relação avoenga. - Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo (Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, acompanhado pelos Mins. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, NANCY ANDRIGHI e CASTRO FILHO).

4º Precedente.- AR 336/RS, 2ª Seção, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 24.4.2006."Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna" (Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, acompanhado pelos Mins. JORGE SCARTEZZINI, CASTRO FILHO, BARROS MONTEIRO, HUMBERTO GOMES DE BARROS e CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, vencidos os Mins. CÉSAR ASFOR ROCHA e ARI PARGENDLER).

Ao sustentar a questão de ordem, na 3ª Turma, como acima assinalado, sugeri a afetação à C. 2ª Seção para reabrir a discussão sobre a matéria, sustentando divergência, data vênua, do cuidadoso voto da E. Ministra Relatora.

A ação foi ajuizada em 1999, sob a vigência, portanto, do Código Civil de 1916, estando em causa os arts. 227, § 6º, da Constituição Federal, 363 do Cód. Civil de 1916 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8069, de 13.7.1990), dispositivos que dispõem da forma seguinte:

CF, art. 227, § 6º - "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

CC/1916, art. 363 - "O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento dentro nos 4 (quatro anos que se seguirem a maioridade ou emancipação)".

ECA, art. 27 - "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça"

Não via como amparar essa tese, no estágio atual da legislação brasileira, salientando que, se essa mesma sociedade a quisesse, poderia, com facilidade, pelos seus órgãos legiferantes, instituí-la por lei ordinária, fazendo desaparecer

possíveis controvérsias interpretativas sobre a matéria. Repita-se: a matéria é apropriada à legislação ordinária, por intermédio do debate social e legislativo, não para a criação jurisprudencial, que invade, no caso, a atividade legislativa. A sociedade deve debater se é possível ao pretense neto acionar diretamente ao avô, quando o falecido genitor não o tenha feito para reconhecimento da paternidade.

Com efeito, data vênua dos argumentos em contrário, sob todos os ângulos que se examine, a tese revela-se inviável, em que pese o natural pendor pelo amparo à veracidade nas relações familiares, destacando-se as seguintes objeções a ela:

a) Nunca houve válida discrepância na doutrina a respeito do caráter personalíssimo do alcance do art. 363 do Código Civil, o que, aliás, vem reafirmado pelo art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, ao contrário da abertura que tantas vezes traz relativamente à lei civil comum, no caso novamente proclama, com todas as letras, o caráter personalíssimo da investigatória.

No âmbito doutrinário, não há dúvida a respeito do amparo ao prosseguimento, pelo filho, da ação de investigação de paternidade iniciada pelo genitor, que, venha a falecer durante o processo: "O novo ordenamento jurídico a Lei 10406/2002, em seu artigo 1609, parágrafo único, legitimou expressamente os herdeiros a prosseguirem o direito à filiação de ascendente não reconhecido em vida" (Parecer do Promotor de Justiça JOSÉ MÁRIO P. MARANDINO, apoiado pela Procuradora de Justiça ARILDA SANDRA DA SILVA NUNES, no Proc. 2004.002.165470 - TJRJ, 16.2.2005, fls. 201), mas não há informação de vertente doutrinária de peso a dar suporte à investigação avoenga do neto, quando não intentada a ação de investigação de paternidade por seu genitor em vida.

Vejam-se as exposições uníssonas dos mais acatados doutrinadores de Direito Civil: CARVALHO SANTOS ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. V, 7a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, p. 490); CLÓVIS BEVILÁQUA ("Cód. Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Livraria Francisco Alves, 1950, p. 339); MÁRIO AGUIAR MOURA ("Tratado Prático de filiação - Efeitos do Reconhecimento, 3º Vol., Rio de Janeiro, AIDE, 1987, p. 708); WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ("Curso de Direito Civil, Direito de Família" - São Paulo, Ed. Saraiva, 29ª ed., 1992, p. 256).

Na jurisprudência, até os julgados já lembrados deste Tribunal, sempre prevaleceu a impossibilidade, à interpretação de legislação absolutamente igual à

ora vigente (RF 31/169, Trib. Relação de Minas Gerais, 9.1.1919; Supremo Tribunal Federal, 61/63; TJRJ, 1923 APEL 1987.005.04272: "A ação foi julgada procedente no 1º grau apenas em relação aos filhos, reconhecida a impossibilidade de ser intentada pelos netos. Embargos desprovidos"); "Sustentam os agravados que o novo Código Civil teria passado a admitir tal ação, no parágrafo único do seu art. 1609, o que, data vênia, não é fato". A redação do dispositivo é a seguinte: 'Art. 1609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes'. Claramente se vê que regula o artigo o reconhecimento de filho, por seus pais, permitindo que o façam antes do seu nascimento ou posterior à sua morte. Morte de quem? É evidente, pela redação, que a do próprio filho, e não a do pai. Como trata o dispositivo, repita-se, pelo reconhecimento feito pelos próprios pais, ele apenas permite que o pai (ou a mãe) o faça mesmo após seu filho ter falecido. Não há como interpretar-se de outra forma o dispositivo, para estender-se aos netos o direito à propositura de ação de reconhecimento, uma vez que a lei não o concede. / Aliás, autorizar a lei a propositura da ação pelos netos seria absoluto desrespeito à memória daquele que, em vida, jamais quis propô-la, porque certamente, tinha razões para tanto. O simples interesse patrimonial dos netos não pode sobrepor-se à sua memória" (Apel. 2004.002.16547 - TJRJ, 15ª Câm, m.v., Rel. Des. SÉRGIO LÚCIO DE OLIVEIRA E CRUZ, vencido o Des. GALDINO SIQUEIRA NETTO - fls. 203/202, mantido em Ed. Fls. 217/218).

Não procede, à luz da doutrina e da jurisprudência, a enfática e alargada afirmação do Recorrente de que "Como mostra o teor do primeiro julgado, não há e nunca houve uma restrição adverbial de impedimento que impossibilitasse a propositura de ações do gênero, tal qual ocorria nos artigos 315 parágrafo único; 317; 340; 344; 356; 388; 405; 428 e 429 do revogado Código Civil, ou seja, "só, somente, apenas, tão somente...". Ainda que ação de investigação de paternidade só seja permitida ao filho, não há qualquer ressalva de que só ele; somente ele; apenas ele; tão somente ele, possa fazê-lo" (fls. 231).

b) Impossível investigar a ancestralidade do suposto avô sem investigar a paternidade deste no tocante ao pré-morto pai, que, no caso, veio a falecer já em idade mais que suficiente madura para ponderar se devia, ou não, mover ação de investigação de paternidade, havendo, pela omissão, efetivamente concluído em sentido contrário. A investigação, no caso, viria contra a própria intimidade do genitor, que não quis jamais a investigação da própria paternidade;

c) Nos termos da letra anterior, a investigação significaria verdadeira "investigação de paternidade póstuma", relativamente ao genitor, quando este não utilizou da faculdade personalíssima em vida;

d) Não consta de preceito legal nenhum, em matéria de Direito de Família, regido pelo caráter estrito da legalidade, que ao intérprete cumpre resguardar, pena de abrir, por interpretação extensiva não prescrita pela Lei, a cizânia em relações familiares que sempre se mostraram tranquilas na sociedade brasileira;

e) Atente-se a que, firmada a tese, que a lei não escreveu, estava aberta a porta para a investigação ilimitada de relações ancestrais, não apenas as porventura existentes entre pretensos netos e supostos avós, mas também de outros antepassados -- porque, afinal de contas, não haveria razão para negar toda a consequentialidade do princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*²⁵ -- podendo a investigação chegar, por mera conjectura, às lindes da bisbilhotice sobre a ancestralidade até mesmo histórica.

f) A lei, ademais, tem a sua razão de ser, ao assegurar a investigação de paternidade e ao não amparar a investigação de ancestralidade, nem mesmo avoenga, bastando, para compreender a restrição, atentar a que, quando investigada a paternidade, o suposto genitor sabe muito bem com quem tenha mantido relações genésicas, de modo que habilitado a responder em Juízo, arcando com os ônus processuais, como as consequências, ainda que relativizadas, da revelia (CPC, art. 330), do dever de impugnação especificada de fatos (CPC, art. 302) e de produção de provas (CPC, art. 333) e confissão à ausência ao interrogatório na audiência (CPC, art. 343, § 1º). O avô, a exemplo de outros ancestrais, em regra desconhece as relações de intimidade mantidas pelo seu filho, de maneira que, em primeiro lugar, não pode recolher consequências, espargindo a cizânia e a busca hereditária, muitas vezes aventureira, a intranquilizar-lhe a família,

²⁵ Onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo dispositivo.

salvo se voluntariamente as deseje, quando possui instrumentos legais para o reconhecimento, e, em segundo não pode arcar com as consequências processuais acima salientadas -- ainda que mitigadas, repita-se, ante a natureza da lide atinente a família.

g) Nenhuma outra legislação ou jurisprudência estrangeira próxima foi lembrada nestes autos, até o momento da vista do processo, nem foi possível encontrar sistema estrangeiro que ampare a tese do direito de pretense neto, filho de genitor não reconhecido, ao reconhecimento de suposto avô, limitando-se o reconhecimento ao pai ou à mãe (pesquisas: Portugal, Cód. Civil, art. 1869; Espanha, Cód. Civil, art. 132; Itália, Cód. Civil, art. 286; Alemanha, BGB, par. 1598a; França, Código Civil, art.344; Suíça, Cód. Civil, art. 261; esclarecimentos informais: Inglaterra, Estados Unidos, Noruega e Canadá). Não se registrou nenhum sistema, nem mesmo os de notória maior liberalidade nas relações familiares, que autorize a investigação além de pai e mãe, de modo a atingir o reconhecimento da ancestralidade avoenga. A admissibilidade da pretensão ao reconhecimento de relação avoenga, como se vê, coloca o Brasil, em princípio até prova em contrário, isolado, com a pretensão a único passo certo no bloco cultural a que se filia, mesmo entre os sistemas mais liberais do mundo em matéria de Direito parental.

h) Com todo o avanço na modernização e liberalidade de relações familiares e afetivas experimentado por essas legislações, a tanto não chegaram elas, não sendo difícil atinar-se com as razões pelas quais, a exemplo do recente Código Civil Brasileiro de 1002, não o fizeram.

i) Se a tese fosse um reclamo da sociedade moderna, de modo a busca da ancestralidade prevalecer como direito da personalidade, sob suposto apoio nos arts. 5º e 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13.7.1990), certamente teria ela sido amparada, expressamente, pelo novo Código Civil Brasileiro de 2002, posterior tanto à Constituição Federal como ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, se não o foi, é porque a sociedade brasileira, por intermédio do legislador, não a quis, não sendo, portanto, razoável que se crie a tese por intermédio de tênue construção doutrinária, pinçando dispositivos esparsos, que não dizem o que se quer concluir.

j) Não há como aceitar o desvio do objeto da ação, de investigatória para o eufemismo de meramente declaratória, com o fito de contornar a restrição, que recai

sobre a primeira, às relações entre genitores e filhos. Em verdade, tal desvio de enfoque sabe mais a mero rodeio terminológico do que a realidade, seja pela natureza da pretensão, porque a relação de direito material é sempre a mesma, não autorizada pelo ordenamento jurídico, porque, sob o aparentemente ingênuo termo declaração, o que se atinge é a própria substância do parentesco, seja porque jamais se conseguirá mascarar o objetivo patrimonial que se esconde por trás da declaração -- o que, no caso, é, com sinceridade, apontado pelo autor na inicial.

Mantida a orientação anteriormente firmada, no sentido da admissibilidade da ação e, portanto, no caso, dando provimento ao Recurso Especial, passarei a seguir essa orientação em casos futuros, atento à prevalência da segurança jurídica na interpretação do Direito de regência, vencido, embora, no julgamento presente, em que negava provimento ao Recurso Especial.

8.3.2 O voto do Exmo. Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)

Quando o processo esteve na Turma, eu já havia bosquejado um projeto de voto, que faz eco às posições do Sr. Ministro Sidnei Beneti:

"d) Nos termos da letra anterior, a investigação significaria verdadeira "investigação de paternidade póstuma", relativamente ao genitor, quando este não utilizou da faculdade personalíssima em vida;

e) A pretensão consta de preceito legal nenhum, em matéria de Direito de Família, regido pelo caráter estrito da legalidade, que ao intérprete cumpre resguardar, pena de abrir, por interpretação extensiva não prescrita pela Lei, a cizânia em relações familiares que sempre se mostraram tranquilas na sociedade brasileira.

f) Atente-se que, firmada a tese, que a lei não escreveu, estaria aberta a porta para a investigação ilimitada de relações ancestrais, não apenas as porventura existentes entre pretensos netos e supostos avós, mas também de outros antepassados -- porque, afinal de contas, não haveria razão para negar toda a consequencialidade do princípio ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio -- podendo a investigação chegar, por mera conjectura, às lindes da bisbilhotice sobre a ancestralidade até mesmo histórica".

Também me valho de uma posição, que me parece interessante, do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, quando de julgamento anterior:

"Com a devida vênia, penso que não poderia ser de outra forma. Na verdade, a Lei, ao estabelecer que a ação é personalíssima, pelo art. 363 do antigo Código Civil, que está de alguma sorte, reproduzido no art. 1.614

do Código Civil de 2002, pretende, com isso, pacificar as relações familiares.

Vejam V. Exas, admitamos que o neto possa contestar a filiação do seu pai; então, o bisneto poderá, também, contestar a filiação do seu avô, e o tataraneto poderá contestar a filiação do seu tataravô. Imaginem as posições contraditórias: alguns quererão ser netos de B, outros de A.

A Lei, quando diz que a relação é personalíssima, quer, na verdade que somente a pessoa possa dizer quem seja o seu pai; ninguém pode questionar isso e, se puder contestar depois de sua morte, também poderia ainda em vida. Se os netos pudessem contestar, outros familiares também poderiam". (AR 336/RS).

Para concluir, trago mais dois tópicos, importantes, dos vários que o Sr. Ministro Presidente trouxe à colação, à consideração dos Colegas. Um deles, que é o problema legalista do Direito de Família. Parece-me fundamental esse aspecto. O Direito de Família, mais do que qualquer outro, está regido pelo caráter estrito da legalidade, que, ao intérprete cumpre resguardar, sob pena de abrir, por interpretação extensiva não prescrita pela lei, a cizânia em relações familiares, que sempre se mostraram tranquilas na sociedade brasileira.

É lógico que, como disseram os Colegas, não estamos proibidos de interpretar a lei; porém, entendo que essa interpretação, em matéria de Família, deve ser muito restrita. O que não seria, como a que está sendo vitoriosa neste momento, neste douto plenário.

Finalmente, entendo que é procedente a colocação, não obstante esse elemento trazido há pouco pela eminente Relatora, de que, no Direito Comparado, não vemos legislações que amparem uma pretensão semelhante à nossa. Não que os outros sejam mais capazes ou nós menos capazes, Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Mas, afinal, o Direito Comparado europeu, o Direito Comparado do exterior sempre é um precioso subsídio.

Seja como for, o Direito Comparado também não ostenta essa visão, pelo menos nos dados trazidos há pouco e, por isso, é mais um subsídio para o posicionamento que ora pretendo ostentar, votar e defender, acompanhando, então, com a devida vênua, o eminente Ministro Sidnei Beneti, negando provimento ao recurso especial.

Sr. Presidente, esse é, portanto, o meu voto.

9 CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foi possível verificar a importância do assunto tratado nas relações familiares contemporâneas e que apesar das controvérsias doutrinárias e jurisprudências não se pode negar a necessidade de modificações nas legislações vigentes a fim de sanar as lacunas e omissões existentes acerca da filiação avoenga no Direito de Família.

O direito ao nome, constante na CRFB/88 no art. 1º, III está conectado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, deixando claro que todos têm o direito ao nome e ao conhecimento de suas origens genéticas. É uma forma de inserção a um determinado grupo familiar, o nome é, sobretudo, a identificação dessa entidade familiar, que se estende pela linha reta e colateral determinando as relações de parentesco entre os indivíduos.

Nesse sentido, os arts. 1591 a 1595 do Código Civil de 2002 nos trazem as definições das relações de parentesco, e onde se pode conferir que o parentesco resulta de consanguinidade ou outra origem.

Se a consanguinidade é definida em lei como um fator determinante para consolidar a relação de parentesco, como é possível negar a um indivíduo que esse vínculo biológico seja reconhecido legalmente, face a ausência de observação prática do legislador em relação ao direito à ancestralidade?

Não seria justo compelir um neto, cujo pai tenha em seu registro a falta da filiação paterna, compartilhar dessa falta em seu próprio registro. Poderia se ponderar que, a relação de parentesco entre pais e filhos só é possível havendo uma ancestralidade, no caso, pais e avós.

O Direito comparado mediante o avanço legislativo e sociológico influenciou as inovações do ordenamento brasileiro no que tange ao instituto da filiação, fornecendo instrumentos aos operadores para dar maior segurança jurídica àqueles que buscam a tutela do Estado para ter reconhecido o vínculo avoengo, independente de anterior investigação de paternidade proposta pelo pai. Ações independentes entre si que possibilitam o estreitamento dos laços familiares dantes desconhecidos e que resultam em identidade pessoal e social aos pretensos netos.

Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito, ao nome, à identidade e à

origem genética está intimamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, uma vez que são direitos personalíssimos e subjetivos não há que se admitir a negativa para propor a ação.

A legitimidade ativa dos netos nas ações de filiação avoenga se faz relevante e necessária visando à justa aplicação do Direito, primando pelos princípios constitucionais mencionados; também o fortalecimento dos núcleos familiares não deve ser privado aos seus membros em detrimento de ausência de disposição legal, posto que há a possibilidade da hermenêutica extensiva, permitindo a adequação das normas reguladoras da filiação inerentes aos filhos serem aplicadas aos netos.

Nota-se que a ação de investigação avoenga é possível em nosso ordenamento jurídico, frisado os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética que são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.

Aliás, em razão da sua natureza eminentemente declaratória, a ação investigatória de linhagem genética é dita imprescritível. Em entendimento que corrobora a posição hoje em dia pacificada na doutrina quanto a esta característica da ação, conclui José Orlando Rocha de Carvalho que as ações declaratórias são imprescritíveis porque ao julgá-la o juiz não vai além de um juízo de realidade, não perpassando o domínio do ser ou não ser, afastando-se qualquer juízo valorativo. Essa lógica pode embasar os demais direitos da personalidade, evitando que qualquer lesão a estes seja facilitada.

Seria possível, nessa situação, exercendo o direito de representação do artigo 1.606 do Código Civil de 2002, que os netos ingressassem em juízo, diferentemente do que é assegurado expressamente pela legislação, se nunca houve pedido do filho-investigante antes de sua morte?

O art. 27 do ECA assegura o exercício do direito de filiação contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, o que vem a ampliar consideravelmente a possibilidade do reconhecimento de relações de parentesco.

Para alguns, seria impossível o ingresso exclusivamente pelos netos, tendo em vista que a ação é personalíssima, havendo a ilegitimidade destes herdeiros. Este posicionamento pode ser considerado frágil e questionável se levarmos em conta princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade genética e à filiação, dentre outros que são assegurados pela

Constituição e devem, antes de qualquer análise infraconstitucional, ser considerados. O que temos aqui é um conflito entre uma característica que por vezes é mitigada – qual seja o caráter personalíssimo nos casos de representação – e princípios constitucionais que devem, acima de qualquer norma, ser respeitados e garantidos para assegurar o pleno direito dos cidadãos.

Os arts. 1.845 e 1.846, do Código Civil de 2002, outorgam aos netos a qualidade de herdeiros necessários dos avós, resguardando-lhes o direito à legítima. É o direito de herança, além do mais, tutelado pelo art. 5º, XXX, da CRFB/88. Assevera Cristiano Chaves de Faria e Thiago Felipe Vargas Simões que (2010, p. 98): “No caso de pré-morte do suposto pai, quem é legítimo a compor aquele que seria sua posição no processo são os herdeiros, e não o espólio, devido ao caráter personalíssimo da ação”.

Além da negatória de uma ação baseada na relação avoenga desrespeitar de maneira inquestionável a Carta Magna, limitando que a pessoa exerça seus direitos pessoais, ainda fere o Pacto de San José da Costa Rica, tendo em vista o seu artigo 18 que diz que “toda pessoa tem direito a um nome próprio e aos sobrenomes de seus pais ou um deles”.

Incumbiu demonstrar que, no julgamento do REsp. 807849 do STJ, ocorrido em 05/04/2010, tiveram seus votos vencidos os seguintes Ministros: Ministro Sidnei Beneti e Ministro Vasco Della Giustina. E vencedores os votos de; Ministra Nancy Andrighi, que fora a relatora, Ministro João Otávio de Noronha, Ministro Luis Felipe Salomão e Ministro Honildo Amaral de Mello Castro.

Foi possível alegar, a partir da análise do julgado, que corroborou a fundamentação apresentada no desenvolvimento da pesquisa, que o Direito de Família tem evoluído do âmbito puramente legalista e positivista, para o prisma social e afetivo.

. Para mesclar todas as ideias apresentadas ao longo dos dois capítulos, o capítulo final buscou analisar o REsp 807.849 – RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstrando posicionamentos contrários, em minoria, e favoráveis do que foi enfatizado ao longo da pesquisa, demonstrando a aplicabilidade das hipóteses que surgiram ao caso concreto, que garantiu, então, a tutela integral da família como expressamente assegura a Constituição Federal.

Assim, a pesquisa pretendeu demonstrar, antes de tudo, que o Direito não pode ser analisado e estruturado distante da sua aplicabilidade, mas sim visando

dirimir conflitos concretos. O Direito de Família como percebemos, atualmente, é constantemente mutável e cuida de um instituto essencial à sociedade, devendo ter amparo estatal máximo. Acima de tudo, a proteção da família e de seus membros em suas relações deve prevalecer, garantindo a paz individual e social.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Código Civil** (1900).

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. 2, 6ª. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2003.

BIRCHAL, Alice de Souza. **A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos**. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 43.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 2002. Promulgada em 10 de Janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002.

_____. Decreto-Lei nº 4.737/42. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos naturais. **Diário Oficial da União**. Promulgada em 24 de Setembro de 1942. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4737.htm> Acesso em 13 mar 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 807.894, 05 de abril de 2010, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.gov.br>> Acesso em 20 de mar de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 604.157, 16 de junho de 2005, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.gov.br>> Acesso em 20 de mar de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.401.719/MG. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de out. de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico** de 15 de out. de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274948/recurso-especial-resp-1401719-mg-2012-0022035-1-stj/inteiro-teor-24274949?ref=juris-tabs>> Acesso em: 18 de mar de 2020.

_____. Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.) **Vade mecum acadêmico de direito**. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 1057-1059 (Coleção de leis Rideel).

_____. Lei nº 8.069/90 – O Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.) **Vade mecum acadêmico de direito**. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 222-233 (Coleção de leis Rideel).

_____. Enunciado 521 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. In: ANGER, Anne Joyce (Org.) **Vade mecum acadêmico de direito**. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 2409 (Coleção de leis Rideel).

Coleção de Leis do Brasil – 1890. p. 168 vol. 1 fasc. 1º (Publicação Original).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 5: direito de família. 26ª. ed. ref. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil Vol. Único**, 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

_____. **Direito Civil Vol. Único**, 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil**: volume 6: famílias. 5ª. ed. ref. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FRANÇA. **Código Civil** (1804).

ITÁLIA. **Código Civil** (1942).

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Famílias**. 4º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. V.8 nº 27 out/dez. 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813%3E>. Acesso em: 21 de mai. De 2020.

O Digesto de Justiniano. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/158400/digesto-de-justiniano>> Acesso em: 16 de jun de 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **"Friedrich Engels"**; *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/friedrich-engels.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

PORTUGAL. **Código Civil** (1966)

ZPO. **Código de Processo Civil alemão** (1877)