

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PABLO RAYFF ARAÚJO FERREIRA

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA: EFEITOS JURÍDICOS DO  
RECONHECIMENTO DE PARENTESCO

SOUSA

2013

PABLO RAYFF ARAÚJO FERREIRA

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA: EFEITOS JURÍDICOS DO  
RECONHECIMENTO DE PARENTESCO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Petrócia Marques Sarmiento Moreira

SOUSA

2013

PABLO RAYFF ARAÚJO FERREIRA

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA: EFEITOS JURÍDICOS DO  
RECONHECIMENTO DE PARENTESCO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Petrócia Marques Sarmiento Moreira

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Petrócia Marques Sarmiento Moreira

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

Ao Príncipe da Paz, nosso Senhor Jesus  
Cristo.

Aos meus Pais, Neto e Socorro.

Aos meus Irmãos, Patrick Ramon e Pedro  
Renan.

A Todos os meus amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Faço reverência, agradeço e homenageio primeiramente ao Maravilho Deus que me ajudou a trilhar o caminho até o presente momento, me livrando do mal, me dando forças para superar as barreiras, me constituindo forte ante as adversidades.

Aos meus pais, Neto e Socorro, que dedicaram sempre muito de si mesmos a mim e aos meus irmãos, demonstrando o imenso e incondicional amor que sentem por nós. O que hoje sou é apenas fruto da forma como eles me cuidaram, me ensinaram, me criaram e me amaram.

Aos meus irmãos, Patrick e Pedro, que justamente por serem mais novos e menores me fizeram grande, porque mesmo com idades distintas crescemos juntos aprendendo uns dos outros. Eles me ajudaram amadurecer e desenvolver a responsabilidade e a consciência de cuidar bem do meu próximo.

Aos meus amigos, que ao meu lado suportaram o peso das batalhas, que por muitas vezes me levantaram da queda, me fizeram sorrir quando só imaginava tristeza e, me acalmaram e incentivaram a ter coragem quando hesitei e necessitei de enfrentar meus medos. Fizeram-me acreditar que eu podia mais do que imaginei poder.

A Raniere Travassos e a Max de Lima, por me aturarem nos anos de moradia e convivência, e, que juntamente com Rodrigo Leal e Jardel Feitosa, têm minha profunda admiração e respeito; tornaram-se amigos que guardarei para o resto da vida.

A todos os outros aqui não nomeados, pois são muitos, e eu poderia pecar pelo esquecimento ou pela falta de espaço para tantas pessoas importantes que contribuíram, indubitavelmente, para que tamanha ventura pudesse advir.

## RESUMO

A pesquisa monográfica objetivou analisar a ação de investigação avoenga, quanto à possibilidade de proposição e os efeitos decorrentes do reconhecimento judicial de parentesco entre as partes, a saber, o neto e o avô. Assim, verificou a legitimidade do neto como interessado a propor a presente ação, com observância nas convergências doutrinárias, legais e jurisprudenciais quanto à ampliação das investigações de parentesco ante as recentes mudanças no Direito de Família, com amparo nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça. Diante da temática posta: Questionou-se, quais seriam os efeitos jurídicos oriundos do reconhecimento judicial da relação de parentesco decorrente da Ação de Investigação Avoenga? Hipótese: Comprovada a legitimidade do neto para propor ação de investigação avoenga e, sendo declarado procedente o mérito da ação, lhes serão reconhecidos todos os direitos inerentes às relações de parentesco segundo descrito na codificação civilista, a exemplo dos direitos da personalidade como conhecimento da origem genética, ancestralidade e direito ao nome. Para alcançar esses objetivos, foram utilizados os métodos bibliográfico, exegético-jurídico e da coleta de dados, que se efetivou por meio de pesquisas em documentos. Assim, estabelecida a relação material de parentesco, sobrevirão tanto ao neto como ao avô, todos os direitos e deveres decorrentes do parentesco, como o nome, a guarda, a herança, a pensão alimentícia dentre outras. Constatou-se a importância do presente trabalho pela necessidade de compreender os novos institutos do Direito de Família, em especial a investigação avoenga como modalidade de investigação de parentesco, capaz de oportunizar a afetividade, solidariedade, dignidade da pessoa humana e convivência familiar na condição de princípios norteadores do Direito de Família. Assim, fazendo cediças as possibilidades e direitos que detém todos que se encontrem em mesma situação.

Palavras-chave: Ação de Investigação Avoenga. Legitimidade. Efeitos Jurídicos.

## ABSTRACT

The monographic work intends to analyze the action of grandparent kinship research regarding the possibility of being taken and the effects of its judicial recognition between the parties, namely, between the grandchild and the grandparent. Thus, it will check the legitimacy of the grandchild as one interested to propose this present action, according to doctrinal, legal and jurisprudential convergences, regarding the expansion of kinship investigation before recent changes in Family Law, supported by the placements of Brazilian Supreme Court. Given the subject, it's questioned: what would be the legal effects arising from the judicial recognition of a grandparent kinship research? Hypothesis: Once proved the legitimacy of the grandchild to propose an action of grandparent kinship research, and, being declared founded the merits of the action, will there be recognized all the rights attached to this kind of kinship, according to the Civil Law and its personality rights, like knowledge of genetic origin, ancestry and right to the name? To achieve these goals it will be used the bibliographic, exegetical-legal and data collection through documents research. Then, once recognized and established the material kinship, will come to both grandparent and grandchild all the rights and obligations from their kinship, like name, custody, inheritance, alimony, among others. Noted the importance of this work by the need to understand the new institutes of Family Law, particularly research avoenga as a mode of relationship research, able to nurture the affection, solidarity, human dignity and family life provided guiding principles of family law. Thus making known possibilities and rights that you hold all who are in the same situation.

**Key-words:** Action of Grandparent Kinship Research. Legitimacy. Judicial Effects.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

art. – artigo

CC – Código Civil

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DNA – Ácido Desoxirribonucleico

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

nº - número

p. - página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	13
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	13
2.2 A FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	16
2.3 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	18
2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	19
2.4.1 Do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana .....	20
2.4.2 Da Solidariedade Familiar .....	21
2.4.3 Da Igualdade Jurídica entre Cônjuges e Companheiros .....	22
2.4.4 Da Igualdade Jurídica entre os Filhos .....	24
2.4.5 Do Pluralismo Familiar .....	25
2.4.6 Da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar .....	26
2.4.7 Da Afetividade .....	28
2.4.8 Da Plena Proteção das Crianças e Adolescentes .....	30
2.4.9 Da Convivência Familiar.....	31
<b>3 DO PARENTESCO</b> .....	33
3.1 DISCIPLINA JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO .....	34
3.2 MODALIDADES DE PARENTESCO .....	35
3.2.1 Efeitos Jurídicos Decorrentes do Parentesco.....	38
3.3 DO ESTADO DE FILIAÇÃO .....	40
3.3.1 Do Reconhecimento de Filhos .....	41
3.3.2 Das Provas de Filiação.....	46
<b>4 AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA</b> .....	48
4.1 AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PARENTESCO .....	51
4.2 LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA .....	53
4.3 PROVAS DA RELAÇÃO AVOENGA.....	56

4.4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA .....	57
4.5 EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO .....	60
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A compreensão a respeito do Direito de Família e seus alcances, vem se alterando com o passar dos últimos anos. Após o advento da Constituição Federal de 1988 e a elevação da instituição familiar à condição de base da sociedade, inúmeras mudanças significativas foram efetivadas, dentre as quais se destacará a compleição de diversos arranjos familiares e o reconhecimento do status da família. Nesse mesmo compasso, à valorização da afetividade como essencial fundamento da estrutura familiar. Além disso, desconstituiu-se a desigualdade existente entre filhos advindos de novas composições familiares.

Dentre essas alterações, observará o surgimento da ação de investigação avoenga como instrumento judicial proposto pelo neto para estabelecer o reconhecimento do parentesco com aquele que julga ser o seu suposto avô. Registre-se, por oportuno, que semelhante à investigação de paternidade, aquela, vale-se da intermediação judicial, para que, com a devida instrução probatória, prove-se em juízo que existe relação material de parentesco entre os envolvidos na demanda judicial, no caso em questão, neto e avô.

A pesquisa, ora proposta, desenvolver-se-á tendo por desígnio a análise da possibilidade da propositura da ação de investigação avoenga, onde tratará das questões históricas que são precursoras, do atual entendimento acerca do parentesco e da filiação no Direito de Família, como também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legitimidade da citada ação e os seus efeitos jurídicos, decorrentes do reconhecimento do parentesco.

Objetiva-se, com o presente estudo, examinar os direitos relativos ao parentesco que decorrem da possibilidade e da legitimidade do neto como interessado, a propor a ação de investigação avoenga, tendo como ponto de partida as mudanças no Direito de Família e posteriormente a ampliação das investigações de parentesco diante dos posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, apresenta-se o problema e a hipótese previamente levantados, quais sejam: Quais seriam os direitos e deveres surgidos quando verificada a relação de parentesco entre neto e avô, caso evidenciada após a ação de investigação avoenga? Hipótese: Comprovada a legitimidade ativa do neto para

propor a ação de investigação avoenga, e, sendo-lhe favorável a decisão judicial, sobrevir-lhe-ão os direitos personalíssimos ao nome, ancestralidade e conhecimento da origem genética, juntamente com todos os outros consagrados na codificação civilista ao tratar dos direitos e deveres que afluem do parentesco.

Primar-se-á na pesquisa pela utilização dos métodos exegético-jurídico e bibliográfico, empregados por meio de técnicas de pesquisa documental, de forma a trazer a baila a compreensão das literaturas publicadas em Códigos, jurisprudências, livros, revistas e *sites*, relativos ao tema trabalhado.

Para uma melhor abordagem do tema proposto, a pesquisa será estruturada em três capítulos, tratando o primeiro capítulo da evolução histórica do Direito de Família em relação às disposições contidas nas legislações romanas e canônicas, quais os resquícios delas advindos chegaram ao ordenamento jurídico brasileiro, as alterações no que se concebe a respeito da entidade familiar antes e depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, e, após o advento do Código Civil de 2002. Além disso, analisará os princípios característicos do Direito de Família, como orientadores do uso e interpretação do que se dispõe em lei para a garantia de direitos e com o intento de evitar o desrespeito aos mesmos.

O capítulo seguinte discorrerá sobre o parentesco descrito no ordenamento jurídico brasileiro, suas especificidades, modalidades e efeitos jurídicos. Será destinada ainda abordagem a conceituação do estado de filiação e de suas pertinências a exemplo do reconhecimento de filiação e das provas que comprovam a existência do parentesco.

Mais adiante, versar-se-á a respeito do fundamental motivo e foco dessa pesquisa, a ação de investigação avoenga como instituto que visa interligar os parentes de segundo grau, doravante, neto e avô, ao trazer considerações da doutrina e principalmente da jurisprudência nacional. Com isso apresentara a possibilidade e a legitimidade do neto para propor a ação em comento, para isso, observará o conjunto probatório capaz de constituir a verdade que prove a existência material do parentesco que busca estabelecer com a procedência da ação. Logo após, verificar-se-á a relativização da coisa julgada em processos de investigação avoenga, no intuito de atender a promoção dos direitos e garantias fundamentais. Por último, serão apreciados os efeitos do reconhecimento de parentesco decorrente da ação, como as posteriores alterações advindas para as partes envolvidas, quais

sejam, os direitos e deveres que lhes são constituídos após a vinculação do parentesco.

Assim, fundamental a relevância da pesquisa, pois, confirmada a relação material de parentesco, sobrevirão tanto ao neto como ao avô todos os direitos e deveres dela decorrentes, como a nome, a guarda, a herança, a pensão alimentícia dentre outras possibilidades tratadas nos vários ramos do Direito. Tornar-se-ão cediças as oportunidades cabíveis àqueles que se encontrem inseridos na mesma situação, gerando à supostos netos e avôs, que agora conhecendo seu direito, a possibilidade de requerer judicialmente a comprovação do parentesco, cumulando a este pedido todos os que dele decorrem.

## 2 DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família moderno está intimamente ligado à realidade social, acompanhando-a, para que os direitos e deveres inerentes às estruturas familiares contemporâneas não sejam desprezados. Há de se ressaltar que, mesmo com as recentes alterações, o Direito de Família ainda guarda traços que remontam a acontecimentos históricos, sendo de suma importância o estudo deste legado para sua melhor compreensão na atualidade.

### 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E ANÁLISE CONCEITUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao analisar a evolução histórica dos primeiros institutos familiares reconhecidos pelo Direito e a situação legal e social da entidade familiar na atualidade, se faz necessário regressar ao Direito Romano e ao Direito Canônico como larga fonte de regulamentações, haja vista terem prestado sua contribuição para a edificação e estruturação do pilar histórico para o Direito de Família na modernidade.

Sabe-se que o Direito Romano possuía um traço marcante de utilização da agnação como critério peculiar a caracterização da estrutura familiar, no qual não adotava o vínculo da consanguinidade, sendo, portanto, pertencentes a uma mesma família aqueles que estivessem sob a égide de um mesmo *pater familias* e não necessariamente os que compartilhavam do mesmo sangue. Assim, o *pater* era o ascendente mais velho e comum a todos, com isso, o chefe da família que consistia em uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, detentor do poder de decisão, e a responsabilidade sobre a vida dos seus dependentes.

A família romana era formada pelo agrupamento das mulheres, filhos, netos, escravos e todos aqueles que estivessem sob o exercício do poder do *pater*. Os filhos mesmo depois de casados continuavam a responder a autoridade do *pater*, e caso o casamento destes fosse *cum manu* a esposa também passaria a ser parte da família do marido. Assim, o *pater* do filho que se casa torna-se também *pater* de sua esposa no casamento *cum manu*. Apenas com a morte do *pater* os filhos (homens),

passariam a exercer legalmente o pátrio poder sobre sua esposa e filhos, tornando-se cada um deles um novo *pater*.

No que tange à capacidade jurídica dos membros da família romana, assevera Antônio Filardi (1999, p. 65) que:

A família dos romanos divide-se basicamente em *sui juris* (de direito próprio) e *alieni juris* (de direito alheio, sem direito próprio). *Sui juris* é unicamente o *pater* que exerci por si mesmo seu direito e representa os demais componentes de sua família.

No que se refere ao parentesco no Direito Romano dava-se esse de duas formas: agnação e cognação. Na primeira modalidade havia a reunião das pessoas que estavam ligadas mediante parentesco civil, repousado na identidade do *pátrio* poder exercitado pelo chefe da família, onde eram considerados parentes todos que se encontravam sob o poder de um mesmo *pater*. Já a segunda era o parentesco que advinha dos laços de sangue. O parentesco legal romano era agnático patrilinear, interessando exclusivamente o lado paterno, e embora também reconhecido pelos romanos, o parentesco cognático, ou natural, não gerava consequências jurídicas. Nesses termos disserta Cretella Júnior (1998, p. 67) que:

Não obstante a agnação tenha um caráter inteiramente artificial, de tal modo que a mãe não é parente de seus filhos no casamento *sine manu*, ao passo que são parentes dois irmãos adotivos do mesmo pai, por outro lado o instituto da agnação é o único tipo de parentesco reconhecido pelo direito civil romano, porque somente os agnatos entram na linha sucessória, sendo os únicos a herdar.

É preciso relatar que o ingresso na família romana dava-se ordinariamente pelo nascimento, onde a consanguinidade firmava a relação entre os parentes ou, extraordinariamente com o casamento, legitimação ou adoção. No casamento com *manu* a esposa passava a fazer parte da família do esposo, na legitimação os filhos ilegítimos, nascidos fora do casamento, integrariam a família do *pater* e na adoção caso uma pessoa que estivesse sob a dependência de um *pater* fosse adotada por outro se tornaria sujeita ao *pátrio* poder do adotante.

No ano de 534, o imperador Justiniano extingue a instituto da agnação no Direito de Família, vigendo desta data em diante a comunidade do sangue como fator determinante para caracterização da família romana, perdurando até os dias atuais tal entendimento.

É imperioso destacar ainda a contribuição histórica dada ao Direito de Família pelo Direito Canônico, na qual fora instituído um conjunto de normas e regras referentes à relação dos costumes com as leis divinas, do cargo eclesiástico e, dentre outros assuntos trata, ainda que não especificamente, do Direito de Família.

Devido à miscigenação entre a religião e o direito, o Direito Canônico fundado na vontade de Deus interpretada pela Igreja, proibia a dissolução do matrimônio que uma vez contraído prosseguiria até a morte de um dos nubentes. Assim, segundo Pereira (2003, p. 25) com a sacralização do casamento “o homem e a mulher selam sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se em uma só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”.

Dessa forma, a instituição da família se dava unicamente por meio do casamento, e em sua decorrência se firmavam os laços de parentesco entre as pessoas, ligando-as pela consanguinidade.

Cabe ressaltar a existência do vínculo de parentesco fundado na espiritualidade, onde padrinhos/madrinhas e seus afilhados eram considerados parentes, e assim, impossibilitados de contraírem matrimônio entre si.

No que tange à contagem dos graus de parentesco, o Direito Canônico retratava a linha colateral de parentesco onde se computava apenas o grau diretamente para um dos lados, sendo assim os irmãos considerados parentes em primeiro grau e os primos parentes em segundo. Havendo linhas colaterais desiguais seriam contados apenas os graus da linha mais extensa, não sendo levada em consideração a linha menos extensa. Conforme a fórmula descrita, tios e sobrinhos eram parentes em segundo grau, porque na linha mais extensa até o antepassado comum, existiam duas gerações.

Portanto, o Direito Romano e o Direito Canônico se consagraram na história por trazerem em seus textos o assentimento do *pátrio* poder, da restrição à instituição familiar como sendo formada apenas pelo matrimônio e o parentesco baseado nos laços de consanguinidade, e, apesar de que alguns destes preceitos tenham sido destituídos com a promulgação da Carta Magna de 1988, resquícios de sua força persiste até os presentes dias influenciando o Direito de Família brasileiro.

## 2.2 A FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, iniciava-se a tessitura de uma nova fase no direito brasileiro, visto que apresentou uma concepção de maior proteção aos direitos intrínsecos a cada ser humano, os direitos personalíssimos, e a primazia da dignidade da pessoa humana como princípio basilar de toda sua estrutura.

A necessidade de modificação já era sentida pela sociedade, a conceituação de família já tendia a mudança desde antes de sua ocorrência conforme explica Venosa (2010, p. 16) que:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexó família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família (FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ. IN: TEXEIRA, 1993:77).

Nesse sentido o Direito de Família evoluiu em função dos dispositivos constitucionais que apresentavam um entendimento contemporâneo à família brasileira.

Assim, consagrou-se um capítulo sobre a família, passando a ser tratada como base da sociedade conforme preceitua o art. 226, da CF *in verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, como também, disciplinou no texto constitucional a cerca da isonomia conjugal e da possibilidade de dissolução do casamento.

Do mesmo modo, assegurou a igualdade entre os filhos provenientes de uma relação matrimonial ou extraconjugal, ou fruto de uma união de fato ou de um procedimento adotivo, além disso, conferiu responsabilidade aos pais no que se trata a paternidade responsável, como também o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares, tal qual a união estável e a família monoparental, e, a valorização de cada pessoa em sua unidade subjetiva dentro da relação familiar, demonstrando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, assevera Venosa (2010, p.15) que:

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.

Ante as balizas previstas no texto constitucional, o Direito de Família ganha diferentes feições, no qual outras composições familiares são elevadas ao *status* de família, deixando o casamento de ser o único meio de constituição familiar, na qual os filhos advindos das diversas formas de família passam a adquirir os mesmo direitos e deveres. Além das inovações já comentadas, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, preocupou-se em firmar a solidariedade no âmbito familiar, ao passo que constituiu como dever dos pais, assistir, criar e educar os filhos na infância, bem como o dever dos filhos de amparar os pais no advento da velhice tendo em vista as fragilidades impostas pelo decurso do tempo.

Percebe-se, de tudo isso, que os princípios e direitos fundamentais, aliados aos valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade social, originaram o modelo constitucional de família com o escopo de resguardar a dignidade dos seus membros. Nas palavras de Chaves (2010, p. 38), com a constitucionalização a família tornou-se “uma entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana”.

Portanto, a exemplo da efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 representou a positivação de conquistas sociais e individuais que, quando direcionadas especificamente ao Direito de Família, tornaram necessária a adequação das legislações infraconstitucionais para retratar antigos descasos com as entidades familiares e seus membros.

### 2.3 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes da vigência do Código Civil de 2002, vigorava a codificação civilista de 1916, que era marcada pela caracterização da família como entidade patriarcal instituída pelo matrimônio, e por apresentar um tratamento discriminatório aos filhos nascidos fora do casamento. Nesse diapasão esclarece Venosa (2010, p. 6) que o Código Civil de 1916:

entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum se preocupou com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um código tecnicamente bem feito, mas que nascera socialmente defasado.

Observa-se as alterações no cerne do Direito brasileiro ao passo que reconheceu legalmente as mudanças que a sociedade e a cultura experimentavam no que concerne às estruturas e arranjos familiares. O diploma civilista em vigor amplia o conceito dado à família, regulamenta a união estável como entidade familiar e adota a realidade familiar baseada na afeição entre os membros.

Percebe-se a reafirmação da paridade jurídica dos direitos e as qualificações existentes entre os filhos, a limitação ao parentesco colateral, como também a modificação na disciplina do instituto da adoção e na matéria de invalidade do casamento, além de uma redução na rigidez com a qual era conduzida a prestação alimentícia.

Dentre as alterações elencadas anteriormente, pode-se destacar a família socioafetiva que configurou a valorização da convivência e do afeto entre seus membros para a constituição da família, desvinculando o conceito familiar que anteriormente pautava-se no formalismo. Há de ainda frisar que o diploma em questão teve por objetivo o englobamento dos direitos antes não reconhecidos à sociedade, e sistematiza os princípios e regras constitucionais adequando-se a contemporaneidade.

Assim, o entendimento quanto a sua conceituação era de que o mesmo representava o compêndio de normas que tratava de todos os direitos decorrentes do casamento, da relação de parentesco e o direito assistencial. Segundo Beviláqua *apud* Chaves (2010, p. 12-13) o Direito de Família era:

O complexo de normas e princípios que regulavam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência.

Atualmente, ao conceituar o Direito de Família, Lôbo (2010, p. 33) o descreve como sendo “um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família”. Do mesmo modo Lotufo (2002, p. 19) apresenta-o como “o conjunto de regras ditadas pelo Estado, tendo por finalidade disciplinar as relações entre as pessoas, no que tange ao casamento, parentesco e filiação, protegendo não só o indivíduo, mas o próprio grupo familiar”. Acrescendo a esse entendimento, com uma visão mais contemporânea e pluralista, Chaves (2010, p. 13) afirma ser o Direito de Família responsável por regular as relações decorrentes do vínculo afetivo, tendentes a promoção da personalidade humana, através de efeitos assistenciais, patrimoniais e pessoais.

A introdução do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro reafirmou os preceitos constitucionais, ampliou o rol de direitos inerentes às famílias e seus integrantes, proporcionou verdadeira transformação social e, garantiu juntamente com a orientação dos princípios do Direito de Família uma aplicação e interpretação da lei priorizando a dignidade de cada membro da família.

## 2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Vê-se as constantes mudanças vivenciadas pela sociedade, no que tange aos novos modelos de instituição familiar, a sua base estrutural e efeitos jurídicos advindos dessa constituição.

Nesse prisma, torna-se de grande importância o estudo da matéria principiológica, e, em especial dos princípios que disciplinam o Direito abalizando-o e lhe dando direções em suas interpretações, as quais devem ser ostentadas pelos princípios norteadores do Direito. Cumpre observar os princípios atinentes ao Direito de Família por compatibilizarem as normas, possibilitando sua plena aplicação no plano material como também evitando os desrespeitos ao Direito Familiar.

#### 2.4.1 Do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana decorre diretamente do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 quando afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A consolidação deste princípio representa um dos maiores avanços do ordenamento jurídico nacional, e por tamanha proporção, não se conteve apenas no âmbito constitucional, irradiando por todos os ramos do Direito Brasileiro. Por conseguinte, sob a disciplina de Stolze (2011, p. 74), tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se por ser metaindividual, traduzindo um “valor fundamental de respeito a dignidade humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e a busca da felicidade”.

O princípio em questão exige que seja feita uma releitura dos institutos jurídicos, para que sob o seu prisma, a realização dos atos jurídicos ou sociais volte-se para a garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto é claro o relato de Carvalho (2009, p.13) ao declarar que a dignidade se apoia no “respeito à pessoa e à realização de seus interesses afetivos, em especial, os direitos personalíssimos no seio da comunidade familiar, devem ser efetivados, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros”.

Nesse sentido o princípio em destaque assegura a pessoa humana o respeito as suas ligações de maior valia e, constitui a base da família como comunidade (biológica e socioafetiva) pautada na afetividade, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, primordialmente crianças e adolescentes. Conforme a compreensão de Tepedino *apud* Chaves (2010, p. 38):

milena proteção à família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Com o mesmo desígnio, se faz necessário ressaltar que, o princípio da dignidade da pessoa humana atribui valor e significado ao ser humano simplesmente pela sua existência, estando-o intimamente apenso a noção de

direitos e garantias fundamentais como mínimo necessário para a consecução de uma existência digna. Seguindo esse entendimento declara Teixeira (2005, p. 62) que:

A ideia de dignidade da pessoa humana está intrinsecamente vinculada à noção de direitos fundamentais, nas suas mais amplas dimensões, que se completam mutuamente: individual, política e social. O conjunto desses direitos visa assegurar à pessoa humana a satisfação de suas necessidades, para que se realize enquanto tal, seja no aspecto material ou espiritual.

A disseminação do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares tornou possível o reconhecimento das outras modalidades de agrupamentos de pessoas, dando-lhes o *status* de família, possibilitando o exercício de diversos direitos outrora negados, além de igualar a situação dos consortes, como também a isonomia dos filhos independente da forma pela qual tenham sido gerados e possibilitou ao cônjuge descontente buscar o divórcio para dissolver a relação conjugal.

#### 2.4.2 Da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade consiste num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil preceituado no art. 3º, I que pretende “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Assim, irradia por todo o ordenamento jurídico e em especial, no Direito de Família, atuando este no sentido de orientar a família quanto ao relacionamento pessoal dos seus integrantes, devendo a relação ser fundada na solidariedade, onde todos trabalham em prol do conjunto, visando o bem mútuo do grupo. Segundo Tartuce (2011, p. 988) ser solidário significa:

Responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Observa-se que existe uma responsabilidade social conjunta a todos os familiares, tornando-os responsáveis uns pelos outros. Cabendo a cada um amparar,

prestar assistência material e moral. Um exemplo palpável e comumente encontrado nas jurisprudências quanto à aplicação do princípio da solidariedade é a prestação de alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros. O referido princípio serve de fundamento para o auxílio que os parentes prestam uns aos outros quando algum deles não for capaz de prover a própria subsistência, a compreensão persistente é de que havendo necessidade, a assistência será prestada por algum familiar que tenha possibilidade de fazê-lo.

O Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adotaram o princípio e abarcam direta ou indiretamente artigos que representem a solidariedade, demonstrado no art. 1.618, do CC, que trata da adoção que surgida do sentimento de solidariedade, e o art. 4º, do ECA, que expõe a solidariedade designadamente como princípio aplicável aos Direitos das Crianças e Adolescente.

Inegável a compreensão de que a solidariedade é princípio fundamental no centro da família, atuando como suporte das relações familiares e base para o seu desenvolvimento holístico, tendo por superada a individualidade jurídica e consolidada o mutualismo familiar.

#### 2.4.3 Da Igualdade Jurídica entre Cônjuges e Companheiros

Devido ao acastelamento do princípio constitucional da isonomia entre homens e mulheres, de acordo com o art. 5, I da CF, ambos os sexos possuem iguais direitos e obrigações, passando essa proposição a vigor em todas as esferas do Direito. Assim, foi recepcionada a isonomia entre os sexos transpondo-a para relação conjugal, de forma a abandonar o poder patriarcal e configurar o poder familiar, aonde todas as decisões são tomadas de forma conjunta num regime de colaboração conjugal.

O princípio em questão quebrou a solidificada premissa de que o homem exercia mais poder dentro da relação familiar, trazendo assim a isonomia para as famílias brasileiras, onde ambos os cônjuges possuem os mesmos direitos e deveres quanto à família. O poder familiar é exercido por ambos na mesma proporção em uma cogestão de interesses e o encargo quanto à manutenção da família também é dividido para ambos, cada qual de acordo com suas

possibilidades. Diniz (2010, p. 23) diz que o princípio da consagração do poder familiar atua:

substituindo o marital e o paterno, no seio da família. O poder familiar é considerado como um poder-dever (CC arts. 1.630 e 1.638). Com isso segue os passos da lei francesa de 1970, que preferiu falar em autoridade parental, abandonando a locução pátrio poder, por ser aquela mais consentânea à sociedade conjugal dos tempos modernos, que é paritária, e ao poder-dever por ela exercido.

Nesse aspecto, o art. 226, § 5º da CF reza que “os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esse entendimento é aplicado no instituto da “união estável ou em qualquer outro arranjo familiar, impondo um regime colaborativo” (STOLZE, 2011, p.81).

Com efeito, a igualdade no exercício do poder familiar faz com que ambos o exerçam de forma conjunta. Contudo, na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade conforme o art. 1.631, do CC. Além disso, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, caso haja qualquer divergência entre os cônjuges ou companheiros quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo. Ocorre assim a substituição da autocracia das decisões adotadas pelo chefe de família, passando as decisões a ser discutidas e deliberadas de comum acordo entre o casal.

Ressalte-se que a igualdade e seus consectários não podem desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas. Malgrado homem e mulher sejam diferentes, tal premissa não pode justificar um tratamento jurídico desigual, onde deve ser superada a igualdade formal e empreendida a material para efetivação da dignidade da pessoa humana. Com isso, vislumbra-se que o princípio abordado não apaga as diferenças existentes entre os cônjuges, contudo, as analisa e aplica os direitos e deveres de forma equânime dentro da relação conjugal, proporcionando as mesmas possibilidades de acordo com a individualidade de cada um.

#### 2.4.4 Da Igualdade Jurídica entre os Filhos

O princípio da igualdade entre os filhos encontra amparo no âmbito constitucional no art. 227, § 6º, da CF, que assim dispõe: “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”. A disposição em análise traz a absoluta igualdade entre os filhos, formando um perfeito paradoxo entre a antiga distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, como também impede a distinção entre os filhos gerados pelo próprio casal e o adotado.

A função primordial desse princípio orientador consiste em dignificar a situação dos filhos, que se encontravam a margem do direito, sendo-lhes inegável a condição de filhos e herdeiros. A igualdade estabelecida firmava legalmente a relação de filiação antes inexistente, trazendo assim os benefícios que apenas os filhos matrimoniais possuíam. A saber, o direito ao nome, a herança, de receber alimentos, a possibilidade de guarda e etc., foram resultado da aplicação da isonomia filial.

O diploma civilista em vigor reafirma o princípio descrito constitucionalmente em seu art. 1.596, quando exclui todas as formas discriminatórias. Portanto, reconhece a filiação socioafetiva no art. 1.597, inciso V e a paternidade jurídica dos filhos nascidos mediante reprodução heteróloga. Dessa forma Tartuce (2011, p. 989) descreve que “todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro)”.

Nesse esteio, tanto os filhos de origem biológica, quanto os de origem jurídica, possuem indistintamente os mesmos direitos e devem ser tratados de forma igual. Por conseguinte, a isonomia em análise cessou todo tipo de discriminação legal, não podendo mais ser utilizadas as expressões filho incestuoso, filho adúltero, filho espúrio, filho ilegítimo ou filho bastardo. Permanecendo apenas por questões didáticas o termo filho havido fora do casamento. Sendo assim, mesmo que se enquadre em qualquer das entidades familiares compreendidas atualmente, independente do arranjo familiar, a condição de filho prevalece na qual os mesmos direitos e deveres.

#### 2.4.5 Do Pluralismo Familiar

O princípio do pluralismo familiar vislumbra as diversas estruturas que são reconhecidas como entidades familiares tendo por atribuição o mesmo padrão de igualdade e direitos. Abrange a família matrimonial, a união estável, as monoparentais e, seguindo o lineamento da doutrina que entende o rol constitucional como exemplificativo, pode-se ainda acrescentar a este conjunto as famílias anaparentais, homoafetivas e famílias mosaico ou pluriparentais. Afirma Chaves (2010, p. 42) que:

O legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber a proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira.

Malgrado o Código Civil atual preveja em vários dispositivos a união estável, ainda não descreve nenhum resguardo específicos às famílias monoparentais ainda que muitos brasileiros se enquadrem nessa modalidade. Vê-se que as novas estruturas familiares que vêm surgindo, ainda que não sejam disciplinadas, se encontram amparadas pela compreensão doutrinária e jurisprudencial.

Para tanto se faz necessário especificar as famílias anaparentais são aquelas decorrentes da união dos parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que desenvolva o poder familiar no lar, exemplifica-se com o caso dos irmãos que vivem sós. Há que se observar a intrigante consideração a respeito dos amigos ou amigas que passam a conviver no mesmo ambiente familiar em caráter permanente, ligados pela afetividade e ajuda mútua, sem nenhum fim sexual ou econômico, o que também os declina a consideração de família anaparental. Distinta a simplificação de Carvalho (2009, p. 5) ao dizer que:

A família anaparental é conceituada como a entidade em que convivem parentes sem diversidade de gerações, sem verticalidade dos vínculos

parentais, como duas irmãs, ou entre pessoas não parentais, dentro de uma estruturação com identidade e propósitos.

Além disso, pode-se enfatizar as famílias homoafetivas que são formadas por pessoas do mesmo sexo tendo por base o afeto e recebendo a especial proteção do Estado visto que possuem o *status* de família ainda que não estejam dispostas expressamente no texto constitucional. Ressalte-se a ampliação nos direitos desse modelo familiar, visto que, conquistou o reconhecimento como entidade familiar, realidade esta vivenciada na sociedade moderna.

É preciso ainda destacar as famílias denominadas de Mosaico ou Pluriparentais que são aquelas que se formam na moldura de colchas de retalhos, sendo constituídas a partir de parte de outras famílias que outrora foram dissolvidas. Vê-se que, por muitas vezes, as famílias se reconstroem a partir da união estável com outros familiares, buscando maiores e melhores chances de desenvolver o eudemonismo familiar.

Salutar ainda ressaltar que, são famílias complexas e reconstruídas ou recompostas, aquelas onde um ou ambos os parceiros trazem para nova relação, filhos de uniões anteriores, o que resulta na multiplicidade das relações parentais, pluralidade de vínculos, interdependência dos membros e ambiguidade dos compromissos.

Os filhos de relações anteriores são conduzidos pelos pais para a nova, onde se unem aos filhos comuns, materializando-se a expressão popular: os meus, os teus e os nossos. É certo que surgem vínculos afetivos e solidariedade entre os integrantes da família pluriparental, assim, ainda que se considere a relação monoparental do genitor com o filho da união anterior e para fins legais, esta não excluirá os direitos e deveres do outro (CARVALHO, 2009).

#### 2.4.6 Da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar

O planejamento familiar consiste numa livre decisão do casal conforme reza o art. 226 § 7º, da CF *in verbis* “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício

desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou provadas”.

É inegável o intento do princípio tratado em difundir por meio do planejamento familiar uma cultura de cuidado na formação das famílias, para que geração desenfreada de filhos não torne impossível a manutenção e o sustento familiar. Sabe-se que a responsabilidade de garantir a subsistência do núcleo familiar é compartilhada por ambos os genitores e o princípio ora em análise propõe-se a evitar formação irresponsável de estruturas familiares. O Estado deve conforme a artigo acima descrito e reforçado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1.565, §2º, prover condições educacionais e científicas para a implementação do planejamento familiar. Assevera Carvalho (2009, p. 14) que:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, sem intervenção do Estado, entretanto, é seu dever promover, com absoluta prioridade, a criação, educação, cuidados, dignidade e pleno desenvolvimento dos filhos, preferencialmente no seio de sua família, de forma responsável, cabendo ao poder público proporcionar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse dever da família e garantir os direitos da criança e do adolescente.

Quanto ao princípio da paternidade responsável, é necessário primeiramente registrar que o mesmo possui amparo no art. 226, § 6º, da CF. Com isso, compete ao pai proteger o filho desde a concepção, perdurando tal obrigação enquanto for justificável o acompanhamento do filho pelos pais. Assim de acordo com Sobral (2013) o dever imposto surge com a concepção “a fim de que o pai, seja ele biológico ou afetivo, responsabilize-se pelas obrigações e direitos daí advindos”.

Cumpre ainda tratar do princípio da liberdade de planejamento familiar tendo em vista estar inserido nos princípios aqui abordados, pois, defende a livre escolha das pessoas na formação de suas famílias, podendo optar pelo que lhes for conveniente; respeitados os outros princípios apresentados e direitos legalmente garantidos a família.

Apresenta-se, na codificação civilista vigente, vedação de qualquer forma de imposição ou restrição à formação de uma família (art. 1.513), escolha do modelo educacional, cultural e religiosa dos filhos (art. 1.634), na decisão de livre planejamento familiar (art. 1.565) e etc. Relata Lôbo (2010, p. 62) que o princípio observado de ser entendido como:

O livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental ou moral.

Seja a entidade familiar formada pelo o casamento ou pela união estável, não deve haver nenhuma imposição ou restrição por parte de qualquer entidade pública ou privada no que se relacione ao modo ou forma de como devem se estruturar as famílias. O princípio abordado visa a não intervenção externa na autoridade do poder familiar, descrito no art. 1.513 do Código Civil de 2002 *in verbis* “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

O princípio aqui retratado prega a liberdade de agir do casal nas decisões referentes à família, a livre escolha da formulação dos arranjos familiares. Então, ainda que novas modalidades de família venham a surgir na sociedade, às balizas do princípio juntamente com a doutrina e a jurisprudência, orientarão a não restrição da liberdade das pessoas na formação e no desenvolvimento da família.

Dessa forma, a correlação entre o planejamento familiar, paternidade responsável geram obrigações positivas para os pais como detentores do poder familiar, orientando-lhes a zelar pelo alargamento sustentável do núcleo familiar como também demonstra sua obrigação de sustento e responsabilidade para com os filhos gerados, e obrigações negativas para o Estado, impondo-lhe o dever de não interferir no livre desenvolvimento familiar, salvo na condição de provedor de algumas das necessidades indispensáveis a um bom desenvolvimento das crianças e adolescentes.

#### 2.4.7 Da Afetividade

O princípio da afetividade refere-se ao núcleo de todo o Direito de Família moderno, assim, no momento em que se constituiu a premissa de que as relações familiares são intimamente pautadas e sustentadas pela afetividade dos membros

que a formam, surgiu o conceito da família socioafetiva, como sendo aquela em que o vínculo prevalecente entre as pessoas que a compõe é o afeto existente nas relações familiares. Com isso, vê-se a impossibilidade de prosperar uma família sem o afeto. Do mesmo modo assegura Stolze (2011, p. 88) que:

O próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e encontra a sua raiz ôntica – da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.

Ainda que não se encontre expressamente no texto constitucional, apoia-se o princípio em questão na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, sendo então a afetividade uma aplicação específica destes no Direito de Família. A afetividade encontra-se implícita quando a Constituição Federal de 1988 dedica prioridade absoluta em assegurar às crianças e adolescentes a convivência familiar, ou quando reconhece os filhos como iguais, independente de sua origem.

De acordo com Paulo Lôbo (2010, p. 65) a afetividade é um dever jurídico sendo “oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência”. Tem caráter obrigacional, sendo um dever que persiste ainda que não haja mais amor ou impere a desarmonia entre os parentes.

Na ocorrência de desconsideração do mesmo ou a negação da devida tutela jurídica que lhe é devida, estará configurada direta ou indiretamente uma violação a dignidade humana. A afetividade tomou proporção de ser considerada um bem jurídico de grande valia, carecendo de proteção e considerado como que corolário da dignidade da pessoa humana. O afeto compõe o aparato moral do ser humano e das suas relações interpessoais, sendo considerado um elemento indispensável na busca pela felicidade (RODRIGUES, 2012, p. 42).

#### 2.4.8 Da Plena Proteção das Crianças e Adolescentes

Tendo por foco a necessidade de especial atenção as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento e com caráter em formação, o princípio da plena proteção garante condições para um crescimento sadio e digno dentro da família e da comunidade. São assegurados constitucionalmente desde vestuário e alimentação à profissionalização, além da proteção contra os males que os pudessem afetar ou retirar-lhes quaisquer dos direitos sagrados. Reza o art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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.

Além disso, o princípio da proteção absoluta como também é chamado, permiti um pleno desenvolvimento da personalidade e serve de diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas do divórcio dos pais, relativas à guarda e ao direito de visita, afirma como solução a que traga maiores benefícios à criança ou adolescente envolvida, e que deve sofrer o mínimo possível com os problemas enfrentado pela família. As decisões devem ser tomadas primando pelo interesse dos mesmos, devendo o impacto causado ser o mais ínfimo possível.

Com vistas à citação proteção, foi instituído o ECA com o objetivo de regulamentar direitos relacionados às crianças e adolescentes de forma detalhada tendo em vista a especial atenção que lhes é merecida. Assim preceitua em seu art. 3º que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

De acordo com a transcrição acima, vê-se que não pode ser negado quaisquer dos direitos intrínsecos a pessoa humana, devendo a lei ou qualquer outro meio garantir com absoluta prioridade os direitos que lhes cabem. Deve ainda lhes

ser oportunizado o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual ou social de forma digna.

Carece de ser ressaltado que o princípio analisado se demonstra quando o pai paga a pensão alimentícia ao filho, quando a justiça defere a guarda compartilhada ou quando é retirada a guarda daquele que esteja agindo de forma a prejudicar o filho, ou mesmo quando a guarda é concedida a outro parente a exemplo de tios e avós. Assim, consagrou a jurisprudência do STJ conforme relato do Ministro Aldir Passarinho Junior:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 1147138 / SP. Rel. Aldir Passarinho Junior, j. 11/05/2010. Publicação DJe 27/05/2010).

O que deve se sobressair na observação do seguinte princípio é a necessidade de que sejam respeitados todos os direitos inerentes às crianças e adolescentes como pessoas hipossuficiente com caráter em formação. Portanto, deve haver prioridade, além disso, toda decisão que os relacione deve ser tomada visando tê-los como principais beneficiados ou menos afetados.

#### 2.4.9 Da Convivência Familiar

O princípio da convivência familiar se verifica na máxima de que a família deve permanecer reunida, aplicando o pensamento de que os pais devem conviver e compartilhar momentos com os filhos, prezando pela indissolubilidade familiar, acastelando o direito que os filhos têm de viver junto aos seus pais e vice-versa. Ao conceituar a convivência familiar Paulo Lôbo (2010, p. 68) diz que “a relação afetiva

diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

Imprescindível ainda comentar que o princípio destacado instrui o fortalecimento do elo familiar fixando como regra a plena convivência entre os familiares, sendo que a exceção ao princípio em destaque se dá em decorrência da supressão do ambiente familiar quando for necessário para o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo, portanto, colocada na família substituta, mediante o instituto da adoção. Faz-se necessário ressaltar que tal medida é utilizada em caráter excepcional, por meio de um procedimento judicial e, precedida da destituição do exercício do poder familiar.

Sabe-se que a convivência familiar proporciona a satisfação das necessidades básicas, como orientação moral, cuidado prestado em caso de enfermidade, vestimentas, afeto e etc., como também suprimindo as necessidades biopsíquicas do menor. O desenvolvimento e a formação da personalidade encontram amparo na família. Assim, ainda que faltem recursos patrimoniais e existam problemas de ordem econômica, não configuram motivos suficientes para ensejar a desconstituição da unidade familiar, tanto que o ECA defende em seu art. 23:

Art. 23: A falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder.

Paragrafo único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente incluída em programas oficiais de auxílio.

Destaque-se que, a visão doutrinária atual projeta que o Direito de Família está evoluindo, e se faz necessária uma ampliação do alcance do princípio da convivência familiar que atualmente refere-se apenas a relação entre pais e filhos, devendo, dada a sua importância, se estender a outros integrantes como avós, tios, irmãos, que possuam vínculo de afetividade com a criança ou o adolescente. Assim, reforça-se o presente entendimento na doutrina de Lôbo (2010, p. 69) quando aduz que:

O direito a convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das

comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Consequentemente têm igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões que asseguram aos avós o direito de visita aos netos.

Portanto, é na fundamentação direta ou indireta no princípio da convivência familiar, juntamente com os da solidariedade e afetividade, que os tribunais têm decidido por garantir a avós, tios, madrastas, padrastos e ex-companheiros homossexuais o direito de conviver, visitar ou ter algum tipo de contato com crianças e adolescentes, tendo em vista o melhor interesse destes e o exercício da afetividade daqueles, devem ser preservados os laços de parentesco ou de afeto e evitadas às causas que os dificultem.

Diante do exposto fica demonstrada a essencialidade da convivência familiar, como também dos outros princípios já citados, tornando-se possível um estudo mais esmerado das relações existentes entre os membros da família na condição de parentes uns dos outros.

### **3 DO PARENTESCO**

Ao abordar as relações de parentesco, se faz necessário analisar o seu elemento conceitual, visto que, consiste num liame que relaciona pessoas ligadas por laços sanguíneos, afetivos e jurídicos, vínculo este que interliga os familiares entre si. Com isso, pode-se dizer que, os parentes são aqueles provenientes da ordem de descendência como é o caso dos pais, filhos e avós, como também aqueles que advêm de um ancestral comum como se dá com os irmãos, relação essa constituída pelos laços de consanguinidade.

Assim, a relação de parentesco não se restringe apenas a relacionar os que estão ligados por laços sanguíneos, descendem uns dos outros ou possuem um ascendente comum, pois, faz ainda uso de ficções jurídicas ou da socioafetividade para configurar relações entre pessoas. Dada a sua relevância e, ao fato de que dessa relação decorre obrigações e direitos descritos em lei, e sendo assim, passa-

se a examinar o tratamento jurídico do instituto, como também as suas modalidades e efeitos jurídicos decorrentes da relação de parentesco.

### 3.1 DISCIPLINA JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Ao analisar a disciplina jurídica das relações de parentesco é imperioso frisar que o Código Civil de 1916 reconhecia apenas os parentescos por consanguinidade e civil decorrente da adoção, malgrado este não produzisse todos os efeitos.

O parentesco por consanguinidade era no código revogado discriminado juntamente com a filiação, pois esta poderia ser proveniente de uma relação legítima, quando havida do casamento e, ilegítima quando resultado de uma relação extramatrimonial, além disso, era subdividida em espécies, sendo chamada de natural quando mesmo não sendo casados não havia impedimento para o matrimônio dos pais, adulterina caso um dos pais fosse casado com terceira pessoa; e incestuosa quando por razão de parentesco entre os pais figurava como impedido o casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve o reconhecimento da união estável como entidade familiar, e assim, as crianças nascidas como fruto dessa relação de fato tornaram-se filhos na forma da lei e, dessa forma, as crianças que anteriormente não possuíam nenhuma vinculação jurídica com seus pais, adquiriram a condição jurídica de filhos e todos direitos e encargos que lhe são inerentes. Cabe nesse mesmo esteio ressaltar que também os filhos adotivos tiveram sua condição equiparada a de qualquer outro filho, sendo parente como qualquer outro, com as mesmas prerrogativas e ônus. Explica Carvalho (2009, p. 282) que:

As espécies discriminatórias da legislação anterior não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, restando revogadas por leis esparsas. O Código Civil de 2002 refere-se somente ao parentesco natural ou civil, permitindo-se, em igualdade com o consanguíneo, sua constituição por outra origem.

Sabe-se ainda que o parentesco jurídico pode surgir do casamento ou da união estável, quando com a sua celebração, o cônjuge ou companheiro torna-se

parente dos descendentes, ascendentes ou irmãos de seu consorte conforme o art. 1.595, do CC.

Esse vínculo de afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro segundo se encontra disposto no § 1º do artigo citado, isso para efeitos de impedimentos matrimoniais, há de se frisar que o § 2º do mesmo artigo torna perpetuo o parentesco por afinidade em linha reta, não se extinguindo com o fim do casamento ou da união estável.

Outro laço jurídico que atribui a condição de parentes àqueles que não se relacionam sanguineamente é a adoção conforme art. 1.596, do CC, que juntamente com o casamento e a união estável formam o grupo de ficções jurídicas que aliam pessoas na condição de parentes por força de lei. Essa ficção se perfaz mediante a realização de atos formais que geram efeito no mundo jurídico para só depois consolidar-se o parentesco.

Há que observar que o ordenamento jurídico tem convergido para o alargamento do rol de parentesco no decorrer dos anos, onde sob a vigência do Código Civil de 2002 defendeu a existência do parentesco natural, consanguíneo, civil ou de outra origem. As técnicas modernas de reprodução, e a socioafetividade como marco maior da relação familiar moderna, também contribuíram para ampliar e renovar as modalidades existentes de parentesco.

Dessa feita, imprescindível o reconhecimento legal das relações de parentesco, para que não sejam lesados os direitos decorrentes dessas diversas ligações, sendo ainda necessária uma análise mais detida das modalidades de parentesco existentes, para uma melhor compreensão dos meios e formas de configuração da relação parental.

### 3.2 MODALIDADES DE PARENTESCO

Com a ampliação do conceito e a atual estruturação da família, adotaram-se critérios caracterizadores das relações parentais que passam a privilegiar as relações afetivas, com esse avanço desmembraram-se novos campos referentes à parentalidade. Tais quais: parentalidade biológica, parentalidade socioafetiva e parentalidade registral.

A parentalidade biológica se desenvolve baseada na consanguinidade, ou seja, a ligação genética entre os parentes. Explica a biologia que o surgimento de uma nova vida se dá a partir da união dos gametas masculino com o feminino, contribuindo cada um com metade da carga de genes que formará o embrião de uma nova vida, possuindo uma codificação genética única no mundo. Possível é a identificação da relação genético/sanguínea dos filhos para com os pais, pois aqueles carregam os traços genéticos de seus genitores. Portanto, configura-se a parentalidade biológica pela relação genética havida entre os parentes (CARVALHO, 2009).

No que se refere à parentalidade registral, esta vincula as pessoas por meio de uma ficção jurídica, quando identifica a criança em seu registro de nascimento juntamente com seus parentes, possuindo a presunção de veracidade e publicidade para os fins legais necessários. Essa base de documentos servirá durante a vida do ser humano, comprovando juridicamente sua existência e servindo como principal catalizador de direitos e deveres em função do parentesco existente e registrado.

Ressalte-se que a presunção existente quanto à veracidade da parentalidade registral se encontra disposta no Código Civil de 2002 no art. 1603 dispõe que a “filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Assim não pode ser contestado se não mediante acusação de erro ou falsidade conforme o art. 1.604 do mesmo diploma: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Apresenta Carvalho (2009, p.286) que:

O vínculo, ainda que meramente registral, é o que alicerça os direitos e deveres entre os parentes como, p. ex., alimentos, sucessórios e impeditivos para o casamento, tanto que os pais biológicos ou socioafetivos não podem reconhecer os filhos se no assento de nascimento, constar outro pai registral, sendo necessário o ajuizamento de ação investigatória de paternidade/maternidade c/c retificação de registro civil.

Já em relação à parentalidade socioafetiva, essa consiste num dos grandes avanços do Direito de Família, e, especificamente nas relações de parentalidade. Sendo essa relação resultante do vínculo afetivo existente entre parentes não biológicos, tendo por notável que o afeto foi considerado principal elo de constituição familiar. Observa-se na prática que, havendo conflito entre os pais de determinada criança buscando sua guarda, uns sendo os “pais de criação” (registrais) e outros

sendo os pais biológicos, a parentalidade que prevalecerá é a socioafetiva existente entre a criança e os “pais de criação”. Ocorre assim a retirada do caráter preponderantemente biológico como fator determinante do parentesco que é substituído pela afetividade existente entre os parentes. Assegura Cristiano Chaves (2010, p. 527) que:

Uma vez reconhecida a afetividade como critério determinante do parentesco, inclusive mencionando expressamente o texto codificado, é preciso incorporar, no plano concreto, a afirmação de direitos dos parentes socioafetivos, inclusive no âmbito das sucessões, obstando-se discriminações e preconceitos, inerentes a uma superada primazia do liame biológico.

Uma característica marcante da parentalidade socioafetiva é que muitas vezes a mesma se dá mediante o reconhecimento da filiação pela posse do estado de filho, que se forma com a existência dos elementos tais quais: o nome, a fama, ou seja, o conhecimento social entre pai e filho, como também o *tractum*, ambos se tratando como pai e filho.

A posse do estado de filho é apenas uma subespécie da parentalidade socioafetiva, tendo ainda a adoção, a reprodução medicamente assistida heterologa e a adoção à brasileira, sendo todos estes parentescos originados não biologicamente. Logo, por não haver entre os parentes nenhuma interligação de consanguinidade, nem a utilização de nenhuma espécie de material genético dos pais para a formação do novo ser, as subespécies descritas estão alocadas dentro da parentalidade socioafetiva.

Cabe esclarecer ainda acerca da existência do parentesco espiritual, não reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, que afirma haver um vínculo de parentalidade firmado no momento do batismo, entre padrinho/madrinha e seu afilhado. A Igreja considera o parentesco espiritual, entre padrinho e madrinha e afilhados como fato que constitui impedimento matrimonial, todavia essa relação é irrelevante para o Direito (VENOSA, 2010).

Para que se entenda qual a relação de parentesco existente entre as pessoas de uma mesma família, o parentesco se institui por linhas e graus. São duas as linhas de parentesco existentes: a linha reta e a colateral. A linha reta passa a existir quando surgem os descendentes, a partir do momento em que as pessoas se reproduzem, sendo seus descendentes aqueles que nasceram da procriação.

Assim, a linha reta forma-se com ascendentes e descendentes. Ascendentes são os que originaram as gerações seguintes, os que originam novas pessoas imediata ou mediadamente, os que decorrem daqueles são os descendentes. Já a linha colateral que também é chamada de oblíqua ou transversal relaciona os parentes que não ascendentes, nem descendentes uns dos outros, porém possuem um ancestral comum que os liga.

Conforme preconiza Paulo Lôbo (2010, p. 202) ao falar sobre graus de parentesco diz que “grau é a unidade de parentesco em cada linha, contado a partir de uma pessoa e seu parente imediatamente próximo”. Quanto à contagem de graus de parentesco em linha reta e linha colateral, estes se dão de forma diversa. A contagem em linha reta se estende infinitamente entre ascendentes e descendentes, sendo seus limites impostos apenas pelo máximo tempo de vida a que pode chegar o ser humano. Dessa feita, uma pessoa é parenta em primeiro grau de seu pai, em segundo grau do seu avô, em terceiro de seu bisavô e assim subsequentemente.

De acordo com o Código Civil de 2002 no art. 1.594, “contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente”. Essa contagem em linha colateral estabelece o quarto grau como fim do parentesco em linha colateral. A redução quanto ao grau limite de consideração de existência do parentesco foi feita por acreditar-se que transpassando este limite, o afeto e a solidariedade mesmo que existindo não serviria de apoio às relações de direito (DINIZ, 2007).

### 3.2.1 Efeitos Jurídicos Decorrentes do Parentesco

Vê-se que as relações de parentesco influenciam vários ramos do Direito, repercutindo no Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Penal dentre outros. No qual absorveram para si a importância do parentesco, capaz de alterar situações específicas de cada área, para melhor funcionamento do ordenamento jurídico em sua correlação com a sociedade.

As irradiações do parentesco, que se encrusta em outras vertentes do Direito, servem como forma de autoproteção contra as possíveis injustiças, e

desrespeitos que podem ser praticadas mediante uso do vínculo que rege os parentes para beneficiá-los em proveito próprio.

Em nível constitucional observe-se que se tornam inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até segundo grau ou por adoção, daqueles que estejam exercendo o mandato na função de chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital, Territorial ou Municipal. Essa restrição constitucional ao exercício dos direitos políticos dos parentes, devido a sua relação de parentesco, se encontra no §7º do art. 14, da CF.

No Direito Previdenciário é assegurada uma “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes” (art. 201, V, da CF). A Lei nº 8.213/91 no artigo 16, inciso I, institui como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social na condição de dependentes do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. Observa-se a preocupação com as pessoas que vivem sob a dependência do segurado, concedendo-lhes uma pensão em caso de morte.

No Direito Processual Civil fora insculpido um rol de situações que quando configuradas tonam o juiz impedido ou suspeito para o exercício do seu mister. O Código de Processo Civil descreve no art. 134, IV e V, como impedido atuar no processo o magistrado quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; ou ainda quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau.

No Direito Processual Penal o direito de queixa quando determinada pessoa morre, é atribuído ao cônjuge, aos ascendentes, descendentes e irmão segundo o art. 31, do Código de Processo Penal. Como também os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, incidindo sobre eles no que for possível às mesmas suspeições e impedimentos dos juízes.

No Direito Administrativo existem alguns cargos que não podem ser ocupados por parentes de quem já exerça algum outro, ou a impossibilidade de nomeação de um parente para cargo nos Três Poderes conforme a Súmula

Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal que veda o nepotismo, ou ainda, a prática de restringir nos instrumentos de convocação edilícios a participação dos parentes daqueles que atuem na entidade promotora. Já no Direito Fiscal o parentesco é capaz de definir certas isenções, algumas deduções ou o nível de tributação atribuído.

Além disso, é salutar relatar no campo sucessório como se comportam as relações de parentesco, assim descreve no art. 1.829 sobre a prioridade na ordem sucessória baseada, entre outros fatores, no parentesco. Primeiramente estão descendentes, em seguida figuram na lista respectivamente, ascendentes, cônjuge e colaterais.

Tem-se ainda o vínculo parental como causa impeditiva do casamento ou como motivo gerador do direito recíproco de prestação de alimentos de acordo com os art. 1.696 e 1.697, do diploma civilista.

Ao analisar as diversas áreas do Direito diretamente influenciadas pelo parentesco, pode-se observar o vasto alastramento do Direito de Família no ordenamento jurídico e a sua importância, de forma que as alterações sofridas modificam outros ramos jurídicos.

Dentro das relações de parentesco, impreterível ressaltar a relação de filiação como proporcionadora de grande número de demandas judiciais, intentando prosperar direitos dos pais e dos filhos como a guarda, o reconhecimento do parentesco, a pensão alimentícia, a participação na herança dentre outros.

### 3.3 DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Cabe verificar as peculiaridades da filiação como vínculo parental entre pais e filhos. Seguindo as palavras de Rodrigues (2006, p. 297) “essa relação de parentesco, devido à proximidade de grau, cria efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação”. Nesse aspecto vê-se que a filiação é a relação que vincula pais e filhos por serem parentes em linha reta na condição de ascendentes e descendentes respectivamente. Não importando qual a fonte do vínculo que une pai e filho, seja ele jurídico ou socioafetivo. Confirma Paulo Lôbo (2010, p. 213) que:

A filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse do estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.

Ressalte-se que, com a Constituição Federal de 1988 fora instituído o princípio da igualdade jurídica entre filhos e, independente da forma que o filho ingressa na família, a partir do momento que lhe é atribuída essa condição, todos os direitos e deveres lhes são assegurados. Portanto, esclarecedoras são as palavras de Cristiano Chaves (2010, p. 538) quando diz que:

Essa nova concepção de filiação impõe uma nova arquitetura ao instituto, que passa a ser compreendido como instrumento garantidor do desenvolvimento da personalidade humana. Os filhos não podem sofrer diferentes efeitos em razão de terem nascido de uma relação matrimonial ou não. Promoveu-se dessa maneira, uma total desvinculação, um desatrelamento completo, entre a filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores (ou mesmo não mantida por eles).

Com isso, torna-se impossível não verificar uma conquista referente aos direitos relacionados à filiação, a concretização da igualdade jurídica entre filhos provenientes de diferentes arranjos familiares, onde, tanto os que tinham presunção de filiação, como aqueles que tiveram essa condição reconhecida pelo pai, equiparam-se em direitos e deveres. Assim, indispensável analisar os meios possíveis de firmar o vínculo entre pais e filhos caso este tenha sido fragilizado por questões pregressas, tendo por base a relevância da relação familiar, do parentesco existente, a possível necessidade da criança na condição de dependente dos pais, os direitos de ambos os casos negados pelo desconhecimento da existência da relação de parentesco.

### 3.3.1 Do Reconhecimento de Filhos

Observa-se que o reconhecimento da relação paterno/materno-filial dá-se tanto voluntariamente como forçadamente, formas estas que consolidam a relação de parentesco em primeiro grau na linha reta. Pode acontecer por meio da livre e espontânea vontade dos genitores, ou através do poder impositivo da decisão

judicial proferida pelo Poder Judiciário em sede de ação investigatória de parentalidade.

Historicamente, o reconhecimento de filhos é um instituto existente desde o Código Civil de 1916, porém, este diploma pautava a família exclusivamente advinda do casamento e o reconhecimento de filhos era uma possibilidade ofertada apenas aos filhos ilegítimos. Preconiza Coelho (2006, p. 145) que:

Sob a égide do Código de Beviláqua, o pai, enquanto estivesse casado não podia reconhecer filhos ilegítimos. Mesmo que quisesse, estava proibido. Como o vínculo do casamento era indissolúvel, só enviuvando ele podia ver o ato de perfilhação produzir efeitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram equalizados os direitos dos filhos, independente da forma como haviam sido gerados, ou a relação jurídico-social existente entre seus pais. Dessa feita, expurgadas foram às formas discriminatórias de tratá-los, e as restrições de direitos que lhes eram inerentes sendo baseado no princípio constitucional da igualdade jurídica entre os filhos, oportunizava-se de forma mais ampla a investigação de parentalidade, podendo, independente da situação familiar entre os pais, buscar as vias judiciais para verem reconhecidos seus direitos de filho.

Com a introdução do diploma civilista em 2002, além de reafirmar a isonomia entre os filhos, desfigurou do ordenamento os termos discriminatórios que continham em seu antecessor, tratando todos os filhos por igual, deixando de existir para o mundo jurídico os filhos espúrios, ilegítimos e adulterinos.

Contudo, os filhos havidos durante a constância do casamento gozam da presunção de paternidade, por outro lado, os filhos advindos de relações não matrimoniais precisam ser reconhecidos. Dessa maneira pode-se dizer que o reconhecimento de filhos consiste num instituto supressor das lacunas deixadas pela presunção *pater it est*, portanto, os filhos podem ser reconhecidos voluntariamente pelos pais, ou involuntariamente após imposição do poder coercitivo do Estado na estampa do Poder Judiciário.

Sabe-se que, o direito ao reconhecimento do estado de filiação é imprescritível e indisponível, podendo ser exercitado contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição. O reconhecimento voluntário se consubstancia na livre

vontade paterna/materna, adquirindo o filho o *status familiae* e lhes sendo conferidos todos os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Isto posto, o ato de reconhecimento do filho pode ser praticado em lapsos temporais diferentes pelo pai ou pela mãe, que também o podem fazê-lo simultaneamente, nesses mesmos termos o dispositivo do art. 26, do (ECA) ao dizer que:

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.

Além disso, são tuteladas juridicamente as possibilidades de reconhecimento de filiação antes do nascimento da criança ou posteriormente ao óbito do filho, sendo aquele denominado de reconhecimento de filiação prévia ao nascimento, ou seja, o reconhecimento de nascituro que se apresenta como um ato assecuratório dos direitos da criança, na qual o pai incerto por sua morte antes do nascimento de seu filho ou outro motivo que lhe impeça de fazê-lo resguarda os direitos deste antecipadamente. Já no que tange ao reconhecimento póstumo, ocorre este após a morte do filho, sendo possível apenas se este deixou descendente.

A presente possibilidade liga gerações, unindo os avós com o seu neto pelo vínculo parental, sendo o neto a partir de então reconhecidamente parte da família e detentor de todos os direitos atribuídos ao seu pai falecido que teve reconhecida postumamente a condição de filho daquele outro.

Segundo o entendimento de Chaves (2010, p. 599), o reconhecimento voluntário de filiação, “trata-se de ato livre, irrevogável e irretratável, não podendo estar submetido à condição, termo ou mesmo a qualquer outra modalidade que tenha por objetivo restringir o reconhecimento filiatório”. De acordo com Venosa *apud* Dias (2006, p. 311) o instituto proclamado possui eficácia declaratória, confessando uma situação previamente existente.

Importante ter em foco que o reconhecimento voluntário de filho é um ato que se aprimora na verticalidade da linha reta na relação de ascendência. O ascendente de livre e espontânea vontade reconhece a existência de determinada pessoa como sendo seu descendente.

Não havendo o reconhecimento de forma voluntária e espontâneo da parentalidade, poderão os filhos buscar seus direitos mediante auxílio do Poder Judiciário. Caso seja provada a condição de filho, confirmada a existência do vínculo parental, a imposição judicial sobre o ascendente o fará reconhecer judicialmente seu descendente. Corroborada a ligação parental entre as partes integrantes do processo, sentença judicial obrigará o reconhecimento jurídico do filho, passando este a igualar-se em direitos e obrigações a qualquer outro filho existente e reconhecido.

Medida capaz de restringir o direito dos ascendentes que são subjugados ante os dos descendentes é apenas conceptível por estar o ordenamento jurídico brasileiro orientado pelo princípio constitucional da prioridade do interesse do menor como parte hiposuficiente, garantindo com prioridade absoluta a satisfação das suas necessidades.

Vê-se que na maioria dos processos de reconhecimento de parentalidade, figuram como interessados, menores que tiveram seus direitos ceifados antes mesmo do nascimento, salientando-se que não há nenhum óbice ao reconhecimento de filhos maiores de idade, sendo estes também habilitados a propor a ação investigatória de parentalidade. Assevera Cristiano Chaves (2010, p.609):

Designar as ações relativas ao estado parental de investigação de paternidade é, por certo, enxergar apenas a ponta de um iceberg. Note-se que, na contemporaneidade, por conta dos avanços biotecnológicos e das técnicas de reprodução assistida, é possível investigar não somente a paternidade, mas, identicamente, a maternidade e, até mesmo, outros vínculos de parentesco, como no caso dos avós.

A ação de investigação de parentalidade é uma ação relativa ao estado da pessoa, autenticando o estado familiar. Proposta a ação em questão, se pleiteará nas vias judiciais que provada à filiação, seja declarado mediante sentença judicial o reconhecimento de um fato já existente desde o nascimento, ou seja, a relação de parentesco entre as partes do processo proposto. A sentença terá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos a data de nascimento da pessoa, declarando para todos os fins legais que desde a época havia uma vinculação filiatória.

Sabe-se que as ações investigatórias de paternidade ou maternidade possuem caráter imprescritível, e a imprescritibilidade da ação em monitoramento não acoberta os direitos passíveis de prescrição como o direito a herança e, a

alimentos, que mesmo decorrentes do reconhecimento da vinculação filiatória, por serem esses efeitos patrimoniais, estão sujeitos a prazo de extinção. Legitimando a presente afirmação está a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal que diz ser “imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Já em relação a legitimidade ativa, via de regra, firma-se na posição de legitimado a propositura da ação de investigação de parentalidade, o filho, maior ou menor de idade, por ser a pessoa mais interessada obter o reconhecimento dos seus direitos. Todavia figuram como exceção a regra: os herdeiros que podem além de propor a ação caso o pai faleça menor ou incapaz, dar continuidade caso o pai já a tenha intentado conforme o art. 1.606 do Código Civil de 2002. Explica Cristiano Chaves (2010, p. 635):

Exercendo a titularidade para defender determinados interesses (atuando, pois, como órgão agente), o Ministério Público funciona como parte autora, invocando a tutela jurisdicional defendendo interesse social ou individual indisponível. Nessa trilha, veja-se que o Ministério Público também possui legitimidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, na defesa dos interesses individuais indisponíveis, cuja defesa lhe foi entregue pelo Texto Constitucional.

Embasando a propriedade concedida ao Parquet para propor a ação de investigação de paternidade, tem-se que a Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92) em seu art. 2º, § 4º expressa que:

Art. 2º...  
§ 4º se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Em oposição, a legitimidade passiva em face da ação proposta, será daquele que se supõe que seja o pai ou, caso este se encontre falecido a época, sobre seus herdeiros. Necessário ainda trazer a baila que de acordo com o art. 1.615, do CC “qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”. São interessados conforme preconiza Lôbo (2010, p. 262):

Todos aqueles que possam ser afetados pela decisão judicial, a saber, o genitor biológico, o genitor registrado, se houver, o genitor socioafetivo

(hipótese comum do cônjuge ou companheiro da mãe), o cônjuge ou companheiro do suposto genitor e os herdeiros deste.

Vislumbra-se que o reconhecimento de filiação, seja ele voluntário ou obrigatório, é o instrumento que compõe vínculos familiares, propiciando a existência de uma relação de parentesco entre os pretensos pais e filhos que outrora se dava por inexistente, sendo assim marca indelével da importância da convivência familiar. Tamanha é a seriedade do instituto em questão, que torna inafastável a necessidade de haverem provas cabais de corroborar a plena verdade, para que, não hajam cerceamentos de direitos devido a qualquer possível descaso na apuração da verdade quanto a relação de filiação.

### 3.3.2 Das Provas de Filiação

Para efeito probatório quanto à existência ou não da relação de filiação entre duas pessoas, o Código Civil de 2002 disciplina em seu art. 1.603 que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Por sua vez a Lei que regulamenta a forma dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) diz que o assento de nascimento deve conter várias condições como os nomes e prenomes dos genitores e dos avós maternos e paternos, o fato de ser gêmeo quando ocorrer, a data, o lugar e a hora do nascimento etc.

Todos os requisitos são apresentados como forma de trazer maior segurança social e, em específico, segurança para a criança que terá em assento público, todas as informações referentes à sua parentalidade. Fica, portanto, o conhecimento real do vínculo familiar, da proveniência de sua origem, visto que se trata de direito personalíssimo.

Podem ainda ser considerados meios comprobatórios da existência da relação de filiação, qualquer dos meios admissíveis em direito, se faltar o registro, caso os pais não o tenham realizado ou na hipótese de ter sido o livro perdido ou se o termo de nascimento for defeituoso, como quando o filho é dado com nome diverso ou se lhe atribui paternidade incógnita, desde que haja começo de prova por escrito e existam veemente presunções resultantes de fatos já certos (DINIZ, 2010).

Cumprir acrescentar que não somente quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos, provar-se-á a filiação. Comum que com os avanços das ciências tornem-se cada vez mais seguros os métodos, perícias e exames médicos para a comprovação da filiação. A prova de existência de compatibilidade genética mediante exame de DNA também serve como demonstração a existência da ligação paterno-filial tendo em vista o procedimento citado trazer uma certeza científica quase absoluta (99,999%).

A quase absoluta certeza do exame de DNA causou impacto no critério de determinação filiatória, acarretando no Superior Tribunal de Justiça um efeito de concretização quanto ao entendimento de que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” conforme a consagrada Súmula nº 301, do Egrégio Tribunal.

Nesse sentido, apresentadas provas suficientes por quaisquer dos meios descritos, a saber, exame de DNA, documentos, testemunhas, dentre outras e, comprovada a existência da relação de filiação, reconhecida será a paternidade implicando na consolidação em todos os direitos decorrentes de sua existência, consolidando num âmbito maior a dignidade da pessoa humana.

Visto que em decorrência da consolidação do parentesco evidenciam-se direitos e deveres para os familiares, e que o reconhecimento dessa relação, quando não estabelecida com o nascimento, pode dar-se mediante determinação legal em ação de investigação.

Assim, imperioso analisar outras relações de parentesco, decorrentes da consanguinidade e da afetividade, compreendidas no ordenamento jurídico mediante a evolução do Direito de Família e dos recentes entendimentos dos tribunais, para garantir a dignidade da pessoa humana nas suas diversas expressões dentro do direito familiar.

#### **4 AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA**

A possibilidade do presente intendo surge a partir de um fato natural, a morte, quando determinada pessoa falece desconhecendo seu progenitor e sem buscar sob a égide do poder judiciário, investigar sua paternidade. Assim, seus descendentes na condição de netos do possível avô, possuem legitimidade para propor a presente ação de investigação avoenga.

A ação de declaração avoenga ou ação de investigação avoenga é uma ação de estado, que busca pelos meios judiciais vincular determinados parentes que possuam uma relação biológica pré-existente, caso comprovada esta relação pelos meios e provas cabíveis. Direciona-se a interligar o neto querelante e o avô querelado.

Em consequência das inúmeras demandas propostas nos Tribunais nacionais, a jurisprudência tem por solidificado o entendimento que possibilita ao neto propor ação de investigação avoenga. Esta ação, mediante uso de todas as provas permitidas em direito, torna reconhecida no mundo jurídico a relação biológica pré-existente entre o neto e o avô, configurando a partir de então todos os direitos e deveres que dela decorrem.

Primando pela vinculação familiar, pelo direito da personalidade, pela afetividade e solidariedade nas relações familiares e pela consagração da dignidade da pessoa humana que se concede aos netos o reconhecimento do elo familiar de parentesco caso existente, por meio da ação avoenga que afirma judicialmente a ligação de parentesco.

A ação de investigação avoenga surge em exceção ao que se prevê na letra do Código Civil Brasileiro de 2002 quando em seu art. 1.606 diz que “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Um filho torna-se competente para propor a ação de investigação de paternidade não demandada por seu pai, em sua substituição, quando este falece menor ou incapaz.

Pode ainda, conforme estipula o paragrafo único do mesmo artigo, dar continuidade a ação na condição de herdeiro de seu pai, caso este faleça sem ver

julgado seu mérito, salvo se julgado extinto o processo. Nesse sentido Gonçalves (2011, p. 340-341) aduz que:

Em virtude do caráter personalíssimo da ação, em principio nem aos netos se reconhece o direito de promovê-la, em caso de os pais falecerem sem ter tomado a iniciativa de investigar a sua ascendência biológica. Já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, no entanto, válida a pretensão dos filhos, substituindo o pai, em investigar a filiação deste, junto ao avô (relação avoenga), dirigindo a lide contra os referidos herdeiros, especialmente em face da Constituição Federal e da inexistência de qualquer limitação no Código Civil.

Em conformidade ao entendimento destacado, a respeito do não trato e a ausência de vedação por parte da codificação civilista vigente quanto ao assunto abordado, não impedindo sua aceitação, destaca-se o entendimento do STJ, na Ação Rescisória nº 336 – RS:

[...] a conclusão pelo mesmo adotada, no sentido de conferir aos então recorrentes legitimidade para buscarem declaração judicial de existência de relação avoenga, encontra-se em consonância com os ditames da nova legislação civil pátria, na medida em que, embora não tenha o CC/2002 explicitamente adotado quanto ao tema orientação liberalizante, também não manteve posição restritiva [...] (Ação Rescisória 1992/0013989-2. Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 24/08/2005, Publicação DJ 24 abr. 2006).

Dessa feita, ainda que o pai tenha falecido capaz, tendo possibilidade de buscar o reconhecimento de sua paternidade em vida, mas vem a óbito sem o fazer, será proposta a ação de investigação avoenga. A presente possibilidade fecha uma brecha deixada pela codificação brasileira, suprimindo a lacuna com uma ação que garanta ao neto seu direito de ver reconhecido o vínculo de parentesco existente ele e seu pretense avô.

O direito ora demandado não se esgota na possibilidade descrita pelo código, persistindo como direito próprio do neto e não como continuação do direito a investigação de paternidade de seu pai. No estágio atual do Direito de Família não seria viável recusar aos netos o direito de terem a origem reconhecida. O fato de o pai não ter proposto ação investigatória não justificaria afastar o legítimo direito dos jovens (Superior Tribunal de Justiça. REsp. 603885/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, j. 03/03/2005. Publicação no DJ: 11 abr. 2005).

Necessário ressaltar que o presente instituto é uma ação de estado, capaz de alterar condições personalíssimas do promovente, e, apesar da sua relevância,

não possui respaldo legal por não estar descrito no corpo do texto civil. Sendo assim, a presente pretensão ampara-se indiretamente no que se tem descrito em artigos como o art. 226 da Constituição Federal de 1988 que elenca a família como base da sociedade, demonstrando quão tamanha é a importância social da instituição, não devendo pessoa alguma ser privada do convívio familiar. Outro artigo da Carta Magna a consolidar a necessidade da ligação familiar é o art. 227 que considera um 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.

Note-se que, a Constituição Federal resguardou em seu âmago o direito a convivência familiar, colocando-o a salvo de toda forma de negligência e impondo como dever da Família, da Sociedade e do Estado assegurá-lo às crianças e adolescentes. Entendeu o poder constituinte, na condição de legislador constitucional, a ímnia relevância da família na formação e no desenvolvimento do caráter das crianças e adolescentes, promovendo o bem social ao garantir-lhes um desenvolvimento mais saudável e pleno com a participação familiar.

Somando forças o texto constitucional, ao art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) diz que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e a dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. Esse direito a respeito está designado no art. 17 do mesmo estatuto consistindo “na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade [...]”. A preservação da identidade abraça também o direito de tê-la por completo, a oportunidade de compreender em uma maior e mais abrangente dimensão a origem e a ancestralidade familiar.

Cumpra ainda destacar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz em seu 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...”. A busca pela relação avoenga cinge-se dos

mesmos direitos alocados à filiação no artigo relatado devido ao elevado valor do direito a relação familiar ainda que esta relação seja entre parentes um grau mais distante como o segundo (2º) grau na linha reta.

Necessário observar que, o Código Civil de 2002 ao tratar das relações de parentesco existente entre pessoas, em seu artigo 1.591, ao descrever a linha reta de parentesco, diz sê-la ilimitada e, devido a sua infinitude, caracteriza todas as pessoas que se originam de um ancestral comum, considerando-as parentes entre si, ainda que bastante afastadas as gerações. “Uma vez declarada à existência de relações de parentesco ascendente na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer”. (STJ. REsp. 807849/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2010, Publicação no DJ: 6 ago. 2010)

Caso o pai não tenha proposto a ação investigatória de paternidade quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; serão necessárias provas cabais de trazer à verdade a tona durante a instrução processual, mas não é concebível que se despoje de uma semente com probabilidade de germinar ao negar-se o acesso à justiça, deve prevalecer o direito constitucional do acesso ao Poder Judiciário e o princípio da inafastabilidade da jurisdição onde nenhuma lesão ou ameaça de direitos será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Salutar a evidenciação de que, a presente possibilidade faz parte de um moderno entendimento do ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que alargando, ainda mais, o rol de investigações ligadas ao parentesco, surtirão efeitos mais contundentes na consagração da convivência familiar e do parentesco conforme descritos na legislação pátria.

#### 4.1 AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PARENTESCO

Primeiramente, cumpre diferenciar a investigação de paternidade e a investigação de parentesco, sendo esta mais abrangente que aquela, ao ponto de abarca-la, onde a investigação de paternidade é apenas uma espécie do gênero investigação de parentesco. Assim, se posiciona Chaves (2010, p. 609):

Designar as ações relativas ao estado parental de investigação de paternidade é, por certo, enxergar apenas a ponta do iceberg. Note-se que, na contemporaneidade, por conta dos avanços biotecnológicos e das técnicas de reprodução assistida, é possível investigar não somente a paternidade, mas, identicamente, a maternidade e, até mesmo, outros vínculos de parentesco, como no caso dos avós.

A presente ação em foco destina-se a reconhecer o parentesco existente entre as partes nela relacionadas, trazendo em sua decorrência efeitos na ordem pessoal como direito ao sobrenome, e na ordem patrimonial como direito a herança e alimentos. Observando assim que, a demanda se perfaz por consequência do Direito de Família, objetivando a consagração do parentesco pré-existente ante as vias judiciais.

Ampliando a trajetória da ação avoenga, que apenas intenta investigar a relação entre netos e avós, a ação de investigação de parentalidade objetiva relacionar as pessoas por meio do parentesco no geral, estando assim a presente ação disposta a investigar o parentesco entre pessoas como tios e sobrinhos, primos etc., inquirindo a relação de todos que se considerem parentes, seja na linha reta ou na linha colateral. Com esse mesmo fundamento a Ministra Nancy Andrighi declara que:

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 o seu objetivo é uma declaração de estado. (Superior Tribunal de Justiça. REsp. 807849/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2010, Publicação no DJ: 6 ago. 2010).

Dessa feita, conclui-se que, ante as novas interpretações do Direito de Família, devem ser afastados todos os óbices a convivência familiar, possibilitando que os parentes se descubram nessa condição, caso não o saibam, e, assim, passem a se relacionar gerando além da construção um fortalecimento da família.

Cabe nesse interim, frisar a existência do Projeto de Lei nº 2.285/2007, onde dispõe no seu art. 100 que “o direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou adolescente mantenha vínculo de afetividade”. E apesar do Código Civil de 2002 não trazer expressamente a possibilidade relatada no projeto de lei acima tratado, elas podem ser concretizadas com fundamento na extensão do princípio ora comentado de acordo com o posicionamento compartilhado por Stolze (2011, p. 103).

Fundamenta-se a presente pretensão no princípio da convivência familiar, no direito ao parentesco como direito da personalidade, nas possibilidades vinculadas ao direito sucessório, alimentar etc. Assim, necessário é que não se obstruam os meios de estruturar a família, apoiando a convivência familiar como condição de bem estar social e desenvolvimento da sociedade a partir do direito das crianças e adolescentes de construírem seu futuro amparando-se na família. Frise-se que, a oportunidade destacada só é concebível quando a parte que busca tal demanda possui legitimidade para exercer seu direito de ação e demandar a ação de investigação.

#### 4.2 LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA

Imprescindível é, antes de adentrar a análise quanto à legitimidade em sua essência, verificar a sua relação holística com o direito de ação, integrando-o e possuindo especial importância na sua sustentação. Ao abordar o direito de ação é inafastável a discussão quanto a sua estrutura, onde o presente direito torna-se apenas consistente e apto a deslocar o poder judiciário de sua inércia inicial se estiverem sólidas a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, sendo estes considerados as condições e motivos de sua existência legal.

O interesse de agir é formado pelo binômio necessidade-adequação, sem o qual não existe interesse de agir parte. A necessidade resta comprovada quando não há outro meio para solução do conflito se não a intervenção estatal. Já a adequação, trata da forma, do meio que procede a parte perante a justiça na busca da solução ao seu problema, carecendo o interesse de agir caso não seja feito uso do meio adequado.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, esta é a condição que liga o pedido do autor a realidade jurídica do ordenamento, impondo que a solicitação feita perante a égide judicial seja prevista na legislação pátria ou ao menos não proibida. Já a legitimidade das partes é a qualidade que liga a parte ao direito pretendido. Sendo assim, será apenas considerado apto a pleitear perante a face da justiça a

solução da lide, aquele que estiver intrinsecamente manietado ao direito material posto em discussão, como bem descreve Didier (2012, p. 217) que:

A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*.

Para fortalecer tal entendimento, observam-se os dizeres de Figueiredo (2011, p.48 e 49) quando diz que “parte legítima para a causa (que exercerá o direito de ação), é aquela que se afirma titular de determinado direito que necessita da tutela jurisdicional, sendo legitimado para atuar em juízo somente o titular do interesse levado a juízo”.

Salutar é observar que o Código de Processo Civil em seu art. 6º diz que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A nítida disposição legal “determina que a pretensão seja exercitada por e contra as pessoas que se encontram atadas ao direito material, evitando que pessoas estranhas a esse direito possam pleitear o seu reconhecimento em nome e em favor dos seus titulares” (MONTENEGRO, 2010, p. 115).

Mediante a compreensão a cerca da legitimidade ativa como condição de existência e continuidade da ação, os motivos que fundamentam o desígnio do pretense neto para a propositura da ação de investigação avoenga estão enraizados nos direitos indissociáveis de todo ser humano, e em específico, os direitos a personalidade que são intrínsecos a todas as pessoas como bem relata em seu voto no Recurso Especial 807.849 RJ do STJ a Min. Nancy Andrichi:

Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear ação declaratória de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. (BRASIL. STJ. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE **RELAÇÃO AVOENGA**. BUSCA DA 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. ( STJ - REsp 807849 / RJ. RECURSO ESPECIAL 2006/0003284-7. Min. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. J. 24/03/2010. Publicação DJe: 06 ago. 2010)

Por muitos anos a pretensão aqui declarada fora negada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo tido o neto por ilegítimo para a propositura da ação, tendo em vista o fato de que esta era considerada decorrente do direito de investigação de paternidade. Acreditava-se que o intento dos netos era uma tentativa de substituição do pai em seu direito de buscar a paternidade de seu avô, e esta possibilidade por ser direito personalíssimo de seus pais, não os cabiam.

Em sentido contrário, segundo Birchal *apud* Carvalho (2009), os netos possuem direito de agir (art. 4º, CPC), onde, por meio da ação de investigação de ancestralidade, exercem direito próprio e personalíssimo, alheio dos pais. Assim, o direito ao nome e a origem genética inserem-se no conceito de dignidade da pessoa humana, na qualidade de direitos da personalidade, indisponível e imprescritível, conferindo-o, portanto, o direito de conhecer sua origem biológica ou ancestral.

Ainda, para maior fortalecimento do alegado e, com escopo no entendimento de Birchal *apud* Carvalho (2006, p. 325), a mesma cita a decisão de Dias (TJRS, AC 70004114617/02, j. 29.05.2002.) para ressaltar que:

O neto tem o direito personalíssimo ao nome, portanto, em ação declaratória em face do avô, não está buscando o direito próprio e exclusivo dos pais, mas sim o próprio direito de personalidade, identidade e ancestralidade. Não há como negar aos netos, se o pai quando vivo não quis buscar sua identidade biológica, o seu próprio direito de ver, no seu assento de nascimento, o nome do avô e resguardar seus direitos sucessórios, pois, neste caso, não estão reclamando direito personalíssimo de seu genitor.

Inexorável à legitimidade do neto para a propositura do presente feito, que conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial exerce seu direito personalíssimo, ao buscar a via judicial para ver reconhecida a relação de parentesco avoenga. Constatada a legitimidade, não há mais que se falar na impossibilidade do desenvolvimento da ação na justiça, sendo necessária durante sua tramitação, para que a sentença de mérito seja favorável, que existam provas cabais de demonstrar em juízo a verdade dos fatos, seja ela a existência ou inexistência da relação material de parentesco havida entre neto e avô.

### 4.3 PROVAS DA RELAÇÃO AVOENGA

As provas capazes de demonstrar em juízo a real existência de um vínculo biológico entre neto e avô, são as mesmas com que se comprova a existência da filiação entre duas partes. O Código de Processo Civil Brasileiro aponta em seu art. 332 que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no próprio código, são hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda uma ação.

Sobre tal aspecto, as provas periciais são peças mestras para solução da lide, e, tratando de ações investigatórias, apesar do variado conjunto probatório a exemplo do exame prosopográfico, do pavilhão auricular, das proporções físicas ou até dos redemoinhos dos cabelos, figura como mastro principal das provas periciais o exame de DNA.

Importante frisar ainda, que o exame de DNA é capaz de alcançar praticamente sem margem de erro a determinação da relação de parentesco entre o neto e o avô, já que possui uma certeza científica de 99,999%. O percentual tão aproximado da certeza científica absoluta corrobora que há uma probabilidade exorbitantemente alta de que o resultado apresentado pelo exame seja certo, e apenas 00,001% de probabilidade dele estar errado. Esta prova se sobressaiu as demais as levando a uma posição secundarista por não apresentarem tamanho grau de verossimilhança.

Necessário comentar que as provas documentais também integram o rol das capazes de acrescer o índice de certeza da parentalidade. Os documentos utilizados como provas no processo de investigação instaurado podem ser tanto públicos a exemplo dos registros cartorários, como privados a exemplo de certidão de batismo, declarações, cartas, bilhetes de amor, certidões de nascimento e etc. Sendo imposto apenas que haja autenticidade e idoneidade na documentação apresentada. Saliente-se que a certidão de nascimento do neto estará com espaços em branco no campo correspondente ao avô, sendo o preenchimento dessa lacuna um dos motivos ensejadores da ação de declaração avoenga.

Ainda, admite-se o uso da prova testemunhal para comprovação do vínculo parental, de forma indireta, esta, supre as lacunas que possam ser deixadas por

outras provas. Nas investigações de paternidade há o seguinte precedente jurisprudencial, de que:

A prova testemunhal, quando clara e coerente, sem contradições significativas entre os diversos depoimentos apresentados, é suficiente para embasar uma decisão que declare a procedência da investigação de paternidade e condene o réu a prestação de alimentos. A ausência de exame de hematológico ou do exame de DNA, por si só, não invalida a decisão tomada a partir de um conjunto probatório consistente. (TJ/MG, Ap. Cív. 80.435, rel. Des. Aluizio Quinto, j. 5.12.95, Publicação DJ/MG 27 jun. 97).

Malgrado a declaração do acórdão acima defenda especificamente o uso da prova testemunhal referente à investigação de paternidade, não há óbice para que a mesma possibilidade seja ofertada a investigação avoenga tendo em vista que ambas representam direitos de mesma espécie e tomam por fundamento bases deveras semelhantes.

Cabe acrescentar que, a investigação avoenga toma posse dos mesmos campos probatórios existentes na ação de investigação de paternidade, sendo oportuno ressaltar, que seja mediante realização do exame de DNA ou por meio de um robusto conjunto de provas, havendo força probante suficiente para declarar a material existência da relação de parentesco, desse fato surtirão efeitos para ambos, gerando para ambos direitos e obrigações.

#### 4.4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Vista a relevância do presente instituto para o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre então destacar a possibilidade de sua relativização nas ações que versam sobre Direito de Família, onde a coisa julgada pode ser revista para que prevaleçam e se sobreponham direitos e garantias fundamentais.

A coisa julgada é o estágio que alcança o processo após o julgamento, não lhe cabendo mais recursos. Ao estender seu manto sobre o processo, a coisa julgada torna-o indiscutível, salvo nos casos descritos no art. 485, do CPC, que

quando presentes podem rescindi-la. É fundamental a configuração do princípio da segurança jurídica e à estabilidade do ordenamento jurídico.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que, ante a efetividade probatória do exame de DNA, torna-se possível que se desconsidere a coisa julgada já alcançada para efetivar a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, podendo ser revistas as decisões anteriormente tomadas que declararam seu mérito com base em outros meios probantes mais frágeis, dotados de relevante percentual de incerteza que hoje corroboram nímia insegurança às decisões passadas. Assim, afirma o Ministro do STJ Raul Araújo no Recurso Especial 876.434 SP que:

A paternidade anteriormente julgada improcedente em ação investigatória, com base em insuficiência em elementos probatórios (testemunha ou exame sanguíneo inconclusivo), em período em que não era acessível a investigação de paternidade por exame genético preciso e hoje de fácil realização, deve ser possibilitada a rediscussão da relação de parentesco que, rigorosamente, nem chegou a ser negada antes, apenas não foi reconhecida. Agora, em nova ação investigatória, a relação avoenga poderá ser questionada por pessoa diretamente interessada, fundada em técnica científica precisa (REsp 876434 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0183940-0. Ministro RAUL ARAÚJO. T4 - QUARTA TURMA. J. 01/12/2011. Publicação DJe 01 fev. 2012.).

Entre as possibilidades de revisão da coisa julgada em processos de Direito de Família, estão às ações que investigam o parentesco, sendo para estas o DNA peça essencial à comprovação da relação existente entre as partes, e, com essa revista, oportuniza-se a veiculação dos direitos da personalidade como o nome e a origem genética. Como conjectura Dias (2006, p. 329) que:

São situações como estas que levam a questionar qual o interesse prevalente. De um lado, há o interesse público na composição dos conflitos, que leva à consagração da coisa julgada. De outro, o direito fundamental à identidade, um dos atributos da personalidade. No conflito entre esses dois princípios, o instituto da coisa julgada não pode se sobrepor ao direito de livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação.

Mesmo que a citada doutrinadora descreva a submissão da coisa julgada restritivamente ao reconhecimento de filiação, não se constituem impedimentos a que a mesma oferta se dê a outras composições judiciais de parentesco que se esquadrihem em semelhante situação, haja vista as investigações não se resumirem apenas as relações paterna ou materna-filial.

Cabe destacar o posicionamento do Min. Dias Toffoli quando diz que “não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito da personalidade de um ser”. (STF, Recurso Extraordinário 363.889 DF. Min. Rel. Dias Toffoli. Publicação DJe 16 dez. 2011)

Dessa feita, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial ao afirmar que a segurança advinda da coisa julgada pode ser relativizada, fazendo o uso do princípio da proporcionalidade, para que não se desprezem os direitos e garantias fundamentais, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Brasileira.

No que tange a ação de investigação avoenga, a interferência da coisa julgada como óbice a sua propositura, não deve prevalecer ante a demanda que envolver diferentes partes, pedidos e causa de pedir, tendo em vista o direito fundamental ao conhecimento da identidade genética e da ancestralidade são relativos à personalidade e decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a neta que tenha seu pai ainda vivo, pode propor ação de investigação avoenga mesmo que, a demanda de investigação de paternidade anteriormente proposta por seu pai em face de seu pretenso avô, tenha alcançado o *status* de coisa julgada. Avalie-se, que a coisa julgada não alcança o direito da neta de ver reconhecida sua origem genética, ancestralidade, não podendo servir de barreira ao ajuizamento da ação da pretensa neta em face de seu suposto avô.

Nesse passo, garante-se o direito da demandante à busca da ancestralidade, tendo em vista que nas lides anteriormente ajuizadas por seu pai, não se esgotaram todos os meios possíveis à investigação eficaz da relação de parentesco existente entre o pai da demandante e seu suposto avô. Imagine-se que a lide de seu pai não contou com a feitura do exame de DNA para acostar-se aos outros meios probantes, surge então, para ela, doravante a neta, a possibilidade de realização de exame de DNA para aferir-se a sua relação de ancestralidade, sendo este outro motivo que enseja o fortalecimento do seu intento.

Conforme o voto do Ministro do STJ Raul Araújo no julgado de que trata do caso em questão:

O pedido deve ser considerado juridicamente possível e a parte deve ser tida como legítima para o ajuizamento da ação cautelar de antecipação de prova, bem como deve ser afastado o óbice da coisa julgada, viabilizando-se o curso da ação consubstanciada na realização do exame de DNA, para a instrução de ação declaratória de relação avoenga. (BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL DE CAUTELAR PARA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA VOLTADA À REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA PARA INSTRUÇÃO DE FUTURA DEMANDA INVESTIGATÓRIA DE RELAÇÃO AVOENGA. 1. NÃO CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO POR DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, DADA A AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ARESTO IMPUGNADO E OS PRECEDENTES DA CORTE INDICADOS COMO PARADIGMAS, EVIDENCIANDO O INEDITISMO DO TEMA NO ÂMBITO DESTA CORTE (RISTJ, art. 255, §2º). (REsp 876434 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0183940-0. Ministro RAUL ARAÚJO. T4 - QUARTA TURMA. J. 01/12/2011. Publicação DJe 01 fev. 2012.)

Há de se observar que, no exemplo citado, o pai da neta demandante se encontra vivo, sendo dele a obrigação de buscar a investigação da própria paternidade, porém, a coisa julgada que afeta sua pretensão não subordina a de sua filha, não alcançando o direito desta, que na condição de neta possui direito próprio e personalíssimo para investigar sua relação com o suposto avô. Assim, o direito ora demandado não implica nenhuma subsidiariedade ao direito a investigação de paternidade, estando a neta desvinculada de seu pai e em legítimas condições de buscar judicialmente seus direitos. Ante o exposto, compreende-se que a abrangência da coisa julgada tem sido relativizada para a consecução de direitos fundamentais, vendo que estes devem se sobrepor a segurança jurídica quando for possível de serem garantidos.

#### 4.5 EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO

Com a procedência da ação e, declarada à existência da relação material de parentesco existente entre neto e avô, são efetivados para ambas as partes os direitos pré-existentes que se encontravam latentes antes de configurada a vinculação. Nessa conjuntura, serão ofertados a neto e avô direitos ainda não decadentes pelo decurso do tempo, como também os deveres que lhes impõe a lei em detrimento do vínculo constatado.

A relação de parentesco, quando consolidada por meio da ação de investigação avoenga, faz com que ocorram diversas alterações na situação fática dos envolvidos. As mudanças ocasionadas interferem na personalidade, em questões íntimas das partes, ao passo que se consagram os direitos da personalidade que outrora estavam em estado de inação. Cumpre primeiramente destacar o que são direitos da personalidade, e a partir de que momento estão dispostos para as pessoas por lhes serem inerentes.

Imprescindível ao tratar dos Direitos da Personalidade é previamente descrever de que forma e a partir de que momento se inicia a personalidade natural. Assim, farpeando qualquer dúvida, o Código Civil de 2002 afirma em seu art. 2º que o começo da personalidade civil é concomitante ao nascimento com vida, onde a partir desse fato são reconhecidos às pessoas recém-nascidas todos os direitos inerentes a um ser humano, estando desde o período intrauterino, resguardados os direitos do nascituro.

Neste contexto, os direitos da personalidade, são os que se encontram mais intimamente ligados à pessoa como ser humano, são os direitos inerentes e assim considerados quanto à subjetividade de cada pessoa. Distingue-se do direito de família, pois este é relativo aos direitos e deveres que as pessoas possuem ligadas a conjuntura familiar e, os direitos da personalidade voltam-se aos direitos e deveres que a pessoa tem de per si, sem relação originária com qualquer outra pessoa ou com grupo. Sua consideração, segundo Diniz (2010, p. 119) deve ser feita em duas dimensões:

A axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social.

Naturalmente, por serem direitos que cada pessoa possui sobre si mesmo, a exemplo do controle do seu corpo, nome, aparência, imagem dentre outros aspectos constitutivos de sua identidade, os direitos da personalidade são os que individualizam uma pessoa, demonstrando sua identidade e individualidade, protegendo os bens jurídicos que lhe são indispensáveis à integridade e dignidade.

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem: intransmissíveis, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, vitalícios, extrapatrimoniais e oponíveis erga omnes. Essas marcas que o descrevem, demonstram sua importância como garantidor e protetor da imagem, da honra, corpo, nome e dignidade da pessoa. Como bem descreve Miguel Reale (2013) acerca dos direitos em questão:

Não há, pois, como confundir *direitos da personalidade*, que todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência, com os atribuídos genérica ou especificamente aos indivíduos, *sendo possível a sua aquisição*.

Quando trata dos direitos comentados, Ehrhardt Jr. (2009, p. 68) afirma que “toda pessoa tem direito fundamental, na espécie de 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”. Não somente a necessidade de prevenção da vida, de uma maior segurança à saúde, figura como motivo hábil a propositura de ação intentando conhecer a ancestralidade. Cabe também a necessidade de ser reconhecido um nome (sobrenome) que fora negado pelas circunstâncias, a necessidade de solicitar alimentos, a possibilidade de resguardar o quinhão que lhe cabe em herança etc.

Em suma, a necessidade de consolidação do quadro de direitos que compõe a personalidade toma vieses distintos quando se trata do Direito de Família. A ação de investigação avoenga fundamenta-se na necessidade de preenchimento do espaço abandonado pela ordem paterna a qual deixou incompleta a linha ascendente por não ter intentado a ação de investigação de paternidade, negando aos descendentes a convivência familiar, o conhecimento da origem, o nome e etc., que oportunamente viriam da relação de ancestralidade.

Com esse entendimento, o direito ao nome é consectário direto do reconhecimento de parentesco por meio da investigação avoenga, passando agora a ser possível ao neto realizar a alteração do seu registro de nascimento para bem compor os campos referentes aos avós que antes se encontravam lacunosos. A bem dizer, Dias (2006, p. 110) afirma que:

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também a identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. Os membros de

uma família têm um nome que os identifica como seus integrantes e mostra a ascendência familiar.

Ainda, entre direitos da personalidade decorrentes da ação avoenga, se faz necessário observar o conhecimento da origem genética por agregar elementos históricos capazes da melhor formação da personalidade do indivíduo e por auxiliar o desenvolvimento psíquico e emocional das pessoas. Indiscutível, como aponta Albuquerque (2010, p. 275), a relevância do:

Pleno direito à informação inerente a qualquer ser humano, aliado ao direito à historicidade que é parte integrante do direito da personalidade do homem, cujo conceito compreende o conhecimento do "eu" enquanto ser destacado do corpo familiar.

Sendo assim, reconhecida a relação avoenga, estará efetivado o direito ao conhecimento da origem genética, preenchendo a lacuna da ancestralidade outrora existente e, introduzindo na consciência tanto do demandante como do demandado, o conhecimento da existência da relação entre ambos, tendo em vista que a ciência e comprovação do parentesco é o fundamento principal que constitui o determinado direito.

Cumpra também observar, que depois de solidificada a ligação entre os parentes por meio da ação de investigação avoenga, decorrer-se-ão direitos e obrigações para o configurado avô que a partir desta premissa poderá buscar judicialmente a guarda de seu neto caso este seja menor de idade. Incessante a positivação dos tribunais ao declarar a possibilidade de que a guarda seja concedida aos avós tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ - CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. In casu, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de "guarda previdenciária", é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários. 2. A finalidade meramente "previdenciária" não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações. 3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado. 4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (artigo 31, § 1º, primeira parte c/c § 2º, do ECA) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta

medida, desfrutam de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e efetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie. 5. Recurso especial provido.

Constata-se, além disso, que o avô também está inserido no rol de herdeiros de seus netos, estando em condição subsidiária e conseqüente a inexistência de outro herdeiro mais próximo na ordem de vocação hereditária para que se efetive o seu direito a herança, como afirma o art. 1.829, II, do CC ao figurar os ascendentes logo após os descendentes na sucessão legítima.

Tratando, portanto, dos direitos sucessórios decorrentes do reconhecimento do parentesco, os netos, caso seus pais sejam pré-mortos ao tempo da abertura sucessão, serão os herdeiros juntamente com os tios, se estes existirem. Preconiza Diniz (2010, p. 111) que:

[...] se à herança concorrerem descendentes de graus diversos, a sucessão processar-se-á por cabeça ou por estirpe (CC, art. 1.835). Nesse último caso os quinhões dos herdeiros se calculam dividindo-se o monte-mor pelo número de linhagens do *de cuius*. P. ex., se o finado tinha dois filhos vivos e três netos, filhos do filho premorto, a herança dividir-se-á em três partes. As duas primeiras partes cabem aos filhos vivos do *de cuius*, e a terceira parte pertence aos três netos, que dividem o quinhão entre si e sucedem representando o pai falecido, dado que os filhos são parentes em primeiro grau e os netos, em segundo.

Acrescente-se ao rol de direitos dos netos a possibilidade de solicitarem judicialmente pensão alimentícia aos avós quando o pai ou a mãe não tiverem condições de fazê-lo. Assim, decide o STJ:

CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS.

Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. (REsp 366837 / RJ. RECURSO ESPECIAL 2001/0121216-0. Min. Rel. RUY ROSADO DE AGUIAR. T4 - QUARTA TURMA. j. 19/12/2002. Publicação DJ 22 set. 2003)

Consubstanciados os direitos do neto ao nome, a origem genética, a herdar os bens na condição de legítimos na sucessão, a pensão alimentícia, e os direitos

dos avós a guarda e a herança quando conformada a relação de parentesco entre eles, são possíveis, além destes, todos os outros efeitos gerados pela existência do parentesco entre duas pessoas.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito de Família brasileiro passou por diversas modificações ao longo dos anos, sendo mais efetivamente alterado, a modo de reconhecer e ampliar os direitos ofertados à família, após o advento da Constituição Federal de 1988, a exemplo de ter reconhecido o *status* de família às novas composições familiares, consagrado à afetividade como cerne da estrutura familiar, dentre outros.

O Poder Judiciário mediante as decisões de seus órgãos julgadores delinea entendimentos que visam compor o bem estar social. Assim, nas lides referentes ao Direito de Família, priorizará em seus julgamentos a proteção da família como base da sociedade e em especial as crianças e adolescentes. Deve ainda, acompanhar as transformações sociais havidas nas famílias brasileiras, de modo a não desprezar, em suas decisões, os direitos que acompanham aqueles que estiverem inseridos nos mais diversos compostos familiares.

A pesquisa objetivou analisar os efeitos jurídicos provenientes da ação de investigação avoenga, quando após sua tramitação, for declarada judicialmente a existência da relação material de parentesco entre as partes envolvidas na querela, a saber, neto e avô. Assim, observou a pesquisa, quais os direitos e deveres atinentes às partes quando comprovado o parentesco entre elas existente.

Desse modo, como fundamentação teórica mostrou-se inicialmente uma abordagem do Direito de Família, trazendo as suas bases históricas, e relatos das principais alterações propostas pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, e o norteamento apresentado pelos princípios atinentes a este ramo do Direito.

Posteriormente tratou-se da relação de parentesco, sua caracterização conforme a doutrina e as codificações brasileiras, e os efeitos que essa relação faz ressoar nos diversos ramos do ordenamento jurídico. No cerne do presente assunto destacou-se acerca da filiação, dos meios de reconhecimento dessa relação e as provas que comprovam a verossimilhança da relação filial.

Numa última análise examinou-se a ação de investigação de parentesco como meio judicial para reconhecer a relação material de parentesco pré-existente, demonstrando a legitimidade que possui o neto para solicitar ao Estado que exerça seu Poder Jurisdicional para decidir o feito. Caracterizou-se ainda que, reconhecida

a relação de parentesco, dela decorrerão os direitos de pensão alimentícia, guarda, nome, origem genética além de outros efeitos que reverberam no diversos ramos influenciados pela relação de parentesco.

Registre-se por oportuno que os objetivos a que se propunha a pesquisa foram alcançados, uma vez que se desenvolveu numa estrutura lógica, tendo adotado os métodos bibliográficos, fazendo uso das contribuições de diversos autores, o exegético-jurídico para interpretação do que consta nas legislações e decisões do Poder Judiciário como também a pesquisa documental que se valeu de matérias que ainda não haviam recebido um tratamento analítico.

Assim, confirmadas as possibilidades declaradas na formulação do problema e da hipótese, ou seja, ante o questionamento quanto à possibilidade jurídica da existência da presente ação, da legitimidade do neto para propô-la e dos efeitos decorrentes do parentesco estabelecido, comprovou-se que é possível a ação de investigação avoenga ser proposta em juízo para buscar a verdade quanto ao reconhecimento do parentesco, sendo, portanto, o neto legitimado, por seus próprios e personalíssimos direitos, a dar início a citada ação para alcançar por meio da decisão judicial os direitos que lhe cabem na condição de neto.

Outrossim, configurou-se como inafastável a prevalência do direito de acionar o Poder Judiciário intentando investigar o parentesco avoengo, tendo em vista os direitos da personalidade e os direitos e garantias fundamentais nela inerentes, ao passo que, no estágio atual do Direito de Família, seria uma afronta a dignidade da pessoa humana e a própria Constituição Federal de 1988 negar essa possibilidade.

Diante da análise e dos argumentos suscitados, demonstrou-se a possibilidade da proposição da ação de investigação avoenga, na qual o neto se apresenta como detentor de legitimidade para propô-la e, além disso, os direitos e deveres que dela resultarão para as partes caso comprovado o parentesco.

Sendo esse, o ponto fulcral que determina a importância da presente pesquisa, onde, a partir dela, conhecer-se-ão os direitos que cabem aos supostos parentes, a saber, neto e avô, quando ainda não confirmada à relação material entre eles, de forma a evidenciar que o neto possui o direito de buscar sob a égide do Poder Judiciário, mediante ação de investigação avoenga, seus direitos na condição parente do seu avô.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudo em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPODIVM, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória 1992/0013989-2**. Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 24/08/2005, Publicação DJ 24 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/80260/STJ-AR-336-RS-ACAO-RESCISORIA-1992-0013989-2>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1147138 / SP**. Rel. Aldir Passarinho Junior, j. 11/05/2010. Publicação DJe 27/05/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1186086/RO**. Rel. Min. Massami Uyeda, j. 03/02/2011, Publicação no DJe 14 fev. 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18323447/recurso-especial-resp-1186086-ro-2010-0049255-6-stj/relatorio-e-voto>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 366837/RJ**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22/09/2003. Publicação no DJ 22 set. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+366837+RJ&s=jurisprudencia&o=data>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 603885/RS**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, j. 03/03/2005. Publicação no DJ: 11 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?s=jurisprudencia&q=titulo:REsp%20603885%20RS>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 807849/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2010, Publicação no DJ: 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.2:acordao;resp:2010-03-24;807849-1037046>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 876434/RS**. Rel. Min. Raul Araújo, j. 01/12/2011, Publicação no DJ 1 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613108/recurso-especial-resp-876434-rs-2006-0183940-0-stj>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RExt. 363.889/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011, Publicação no DJe 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 149**: é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200)>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Projeto de Lei da Câmara nº 2.285**, de 2007. Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988. (Dispõe sobre o Estatuto das Famílias). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 5.v.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento**. 14.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 5.v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 6.v.

EHRHARDT JR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil: Direito das Famílias**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Rideel, 2011.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1.v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Saraiva: São Paulo, 2011. 6.v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 6.v.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5.v.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de Direito Romano**. São Paulo: Atlas, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AC 80.435/MG**. Des. Aluizio Quinhão, j. 05/12/1995, Publicação no DJ: 27 jun. 1997. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/184605-investigacao-de-paternidade-e-exame-de-dna.html>>. Acesso em 25 fev. 2013.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no Direito de Família. Consulex**. Ano XI – Nº129 – 31 dez. 2012.

Rodrigues, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 6.v.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2006. 6.v.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios Constitucionais e as Relações Jurídicas Familiares. In.: **Âmbito Jurídico**. Em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigo\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 1 mar. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.