

**Reconhecimento de relação de parentesco
avoenga - Busca da ancestralidade - Direito
personalíssimo - Dignidade da pessoa humana -
Legitimidade ativa dos netos - Cabimento**

Ementa: Direito de família. Declaração de relação avoenga. Ação proposta pelos herdeiros do falecido pai, diretamente contra os herdeiros do suposto avô, também já falecido. Investigação da ancestralidade. Direito da personalidade. Dignidade da pessoa humana. Possibilidade. Legitimidade ativa. Reconhecimento. Sentença cassada.

- Em que pese à aparente limitação oferecida pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.606, à proposição, pelos netos, de ação declaratória de relação de parentesco em face do avô, mesmo quando já falecido o seu genitor, a interpretação mais adequada e atenta ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é no sentido de que a investigação da ancestralidade é direito da personalidade, decorrente da cláusula maior da dignidade da pessoa humana, não podendo seu exercício ser restrito apenas às relações de filiação, daí por que não se pode negar aos netos - não tendo o seu pai, em vida, vindicado a sua paternidade - o direito próprio e personalíssimo de pleitear o reconhecimento da relação avoenga, em face do avô (ou de seus herdeiros, quando já falecido).

- Precedentes do STJ.

Legitimidade ativa reconhecida. Recurso provido. Sentença cassada.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.744299-0/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: W.R.B. e outros
- Apelados: A.M.S.C., D.R.R., D.R.R. - Relator: DES.
EDUARDO ANDRADE**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2010. -
Eduardo Andrade - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de ação declaratória ajuizada por W.R.B., P.S.B. e W.S.B. em face

de A.M.S.C., D.R.R.1 e D.R.R.2, herdeiros de O.R.R., falecido em 10.10.2008, objetivando a declaração da relação de parentesco avoenga havida com o investigando, por ser este pai do genitor dos autores, D.R.B., com a consequente averbação no Cartório de Registro Civil.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o feito foi extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, tendo em vista a ilegitimidade ativa dos autores da demanda, ao fundamento de que a ação de investigação de paternidade é de natureza personalíssima, não se podendo, assim, atribuir ao filho paternidade que nunca teve interesse de requerer. Os autores foram condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (f. 59/61).

Inconformados, os autores interpuseram o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob a alegação de que os tribunais superiores pátrios já consolidaram entendimento no sentido de ser possível a investigação de paternidade avoenga, proposta pelo neto a fim de obter o reconhecimento da paternidade de seu pai e, por via de consequência, da sua relação de parentesco com seu avô, sob o fundamento principal de que se trata de direito relacionado à dignidade da pessoa humana. Sustentam, portanto, serem parte legítima a figurar no polo ativo da presente demanda, porquanto, já falecido o seu pai, possuem direito próprio e personalíssimo de buscar o reconhecimento da sua ancestralidade. Destacam recente julgado do colendo STJ, nesse sentido (f. 73/76).

Subiram-me os autos.

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Darcy de Souza Filho, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 85/88).

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inferi-se dos autos que W.R.B., P.S.B. e W.S.B. propuseram a presente ação declaratória em face de A.M.S.C., D.R.R.1 e D.R.R.2, herdeiros de O.R.R., falecido em 10.10.2008, objetivando a declaração da relação de parentesco avoenga havida com o investigando, por ser este pai do genitor dos autores, D.R.B., com a consequente averbação no Cartório de Registro Civil.

Narram os autores que são filhos de D.R.B. - já falecido - que, por sua vez, era filho de M.L.G.B. e do ora investigando, O.R.R.

Em razão de o investigando também já haver falecido, a sua viúva, A.M.S.C., e seus herdeiros, D.R.R.1 e D.R.R.2, foram indicados no polo passivo da demanda.

Acrescentam que, por um equívoco do cartório registral, o nome do investigando, O.R.R., não constou

do registro de nascimento de seu filho, D.R.B. - pai dos autores.

Com isso, malgrado a posse de estado de filho ostentada por toda a vida de seu genitor, não puderam os autores - afirmam - exercer seus direitos sucessórios quando do falecimento do investigando, em razão do lapso ocorrido no registro civil.

Pretendem, assim, com a presente demanda, o reconhecimento da relação de parentesco avoenga havida com investigando, com a consequente averbação no Cartório de Registro Civil.

O il. Sentenciante, todavia, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade ativa dos ora apelantes, considerando ser de natureza personalíssima a ação investigatória de paternidade.

Com a mais respeitosa vênua, tenho que razão assiste aos apelantes.

O presente debate perpassa, fundamentalmente, pela verificação da possibilidade de os netos pleitearem, judicialmente, a declaração da relação de parentesco em face do avô - ou de seus herdeiros, quando já falecido -, na hipótese em que seu pai, quando em vida, não vindicou a sua paternidade.

A hipótese parece encontrar obstáculo no art. 1.606 do Código Civil, que dispõe:

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

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

Doutrina e jurisprudência, por muito tempo, curvaram-se no sentido do descabimento da chamada "ação avoenga", com fundamento na natureza personalíssima da ação investigatória de paternidade, acessível apenas aos filhos em face de seus pais e limitada, portanto, às hipóteses de filiação.

É o que observa Maria Berenice Dias:

Partindo da expressão legal [CC 1.606], a tendência da jurisprudência sempre foi vedar a ação do herdeiro do falecido diretamente contra os avós, buscando identificar a ancestralidade para fins patrimoniais e sucessórios. O fundamento seria a falta de legitimidade dos netos para dirigir esse tipo de ação na busca da identificação da verdade biológica do genitor do falecido (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 428).

Todavia, no âmbito da jurisprudência do colendo STJ, já há alguns anos vem se firmando orientação em sentido contrário, para admitir, à luz dos preceitos constitucionais, a propositura de ação declaratória de parentesco pelos netos em face de seus avós.

Tal reorientação - consagrada em recentíssimo acórdão de relatoria da culta Ministra Nancy Andrighi

(publicado em 06.08.10), destacado pelos recorrentes - norteia-se, em especial, pelo reconhecimento da busca à ancestralidade como um direito da personalidade, corolário da cláusula maior da dignidade da pessoa humana, notadamente no que se refere ao direito ao nome, à identidade e à origem genética.

Trata-se, pois, como se vê, de entendimento atento e sensível ao processo de constitucionalização do Direito Civil, e, mais precisamente, à redefinição do Direito de Família, à luz dos preceitos constitucionais.

Com isso, considerando - como dito - que o direito ao conhecimento das próprias origens familiares, dos vínculos de parentesco deve ser encarado como direito ínsito à pessoa humana, bem como que, no Direito brasileiro, não há limitação à configuração de relações de parentesco na linha reta, tenho que não se pode negar aos netos - não tendo o seu pai, em vida, vindicado a sua paternidade - o direito próprio e personalíssimo de pleitear o reconhecimento da relação avoenga, em face do avô (ou de seus herdeiros, quando já falecido).

É precisamente o que decidiu o colendo STJ, no acórdão acima referido, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi:

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.

- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.

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

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226 da CF/88.

- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.

- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.

- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em

31.01.1989 e publicado no periódico jurídico *NJW (Neue Juristische Woche)* 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfG*) afirmou que 'os direitos da personalidade (art. 2º, § 1º e art. 1º, § 1º, da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética'.

- Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (*OLG Dresden*) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos nº 22 WF 359/98), restou decidido que 'em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido ser compelidos à colheita de sangue'.

- Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (*ZPO*), em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): '§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada'.

- Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque, ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo.

- Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.

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

- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente, movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.

- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de

carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.
- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em *reformatio in pejus*.
Recurso especial provido. (REsp 807849/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Órgão Julgador S2, Segunda Seção, data do julgamento 24.03.2010, data da publicação/Fonte DJe de 06.08.2010.)

Nesse sentido já vinha caminhando a jurisprudência do STJ. Confira-se:

Civil e processual. Ação rescisória. Carência afastada. Direito de família. Ação declaratória de reconhecimento de relação avoenga e petição de herança. Possibilidade jurídica. CC de 1916, art. 363.

I. Preliminar de carência da ação afastada (por maioria).

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

III. Inexistência, por conseguinte, de literal ofensa ao art. 363 do Código Civil anterior (por maioria).

IV. Ação rescisória improcedente (AR 336/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Revisor Ministro Jorge Scartezini. Órgão Julgador S2 - Segunda Seção. Data do julgamento: 24.08.2005. Data da publicação/fonte: DJ de 24.04.2006, p. 343).

Recurso especial. Família. Relação avoenga. Reconhecimento judicial. Possibilidade jurídica do pedido.

- É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.

- Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo. (REsp 604154/RS - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Órgão Julgador T3, Terceira Turma. Data do julgamento: 16.06.2005. Data da publicação/fonte: DJ 01.07.2005, p. 518 - RDR vol. 41, p. 297).

Ação dos netos para identificar a relação avoenga. Precedente da Terceira Turma.

1. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória 'para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô' (REsp nº 269/RS, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 7/5/90).

2. Recursos especiais conhecidos e providos. (REsp 603885/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador T3, Terceira Turma. Data do julgamento: 03.03.2005. Data da publicação/fonte: DJ de 11.04.2005, p. 291.)

Diante do exposto, demonstrada a pertinência subjetiva dos autores em relação à presente demanda, porque titulares do direito à declaração da relação de parentesco avoenga, é inarredável a sua legitimação ativa, sendo irrelevante, para esse fim, a identificação correta do *nomen iuris* da ação - aqui chamada de "ação de investigação de paternidade *post mortem*".

A esse respeito, novamente Maria Benice Dias:

A prerrogativa de ver reconhecida a relação de parentesco constitui direito próprio, personalíssimo com relação ao nome e à ancestralidade. Não se cuida de exercício do direito de ação em nome de outrem, ou seja, do neto, em nome do pai, para investigar a paternidade deste frente ao seu genitor. A ação é investigatória de ancestralidade em nome próprio, do neto contra o avô, não se tratando de legitimação extraordinária. Nem mesmo o equívoco na identificação da ação pode obstaculizar a pretensão (DIAS, Maria Benice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 429).

Citando Belmiro Pedro Welter, conclui a doutrinadora, com a ressalva de que a legitimidade do neto está condicionada ao falecimento do pai: "Se o filho não quer exercer seu direito contra o genitor, não se pode negar ao neto o exercício de direito nativo de personalidade".

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença recorrida e determinar seja dado regular prosseguimento ao feito.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.