RECURSO ESPECIAL Nº 603.885 - RS (2003/0198099-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**
RECORRENTE	:	G B C E OUTRO
ADVOGADO	:	FÁBIO ADRIANO STURMER KINSEL E OUTRO
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	OS MESMOS
RECORRIDO	:	C C M E OUTROS

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos recursos especiais e dar-lhes provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 3 de março de 2005 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 603.885 - RS (2003/0198099-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Gilmar Brum Carabajal e outro e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõem recursos especiais, sendo o primeiro com fundamento nas alíneas "a" e "c" e o segundo na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> *"APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE PARENTESCO EM LINHA RETA E PETIÇÃO DE HERANÇA. CARÊNCIA DE AÇÃO. Se a investigatória de paternidade, que é ação personalíssima e por isso só compete às partes diretamente envolvidas na relação paterno-filial, não foi proposta em vida pelo filho, não podem, após morto este, seus herdeiros ingressarem com a ação. A relação avoenga é uma relação derivada da paternidade, de tal sorte que sem a definição desta, aquela não pode ser declarada.*
> *DESPROVERAM O APELO"* (fl. 151).

Sustentam os primeiros recorrentes violação dos artigos 4º e 126 do Código de Processo Civil; 175 e 363 do Código Civil de 1916; 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e 5º, inciso XXX, e 227, § 6º, da Constituição Federal, sob o argumento de que os netos possuem legitimidade para, no lugar do pai pré-morto, ajuizarem ação de investigação de paternidade em face do avô, com a conseqüente petição de herança, uma vez que lhes assiste o direito personalíssimo ao nome.

Acrescentam que o art. 363 do Código Civil de 1916 foi revogado pela Constituição Federal e que, mesmo em se considerando a validade do referido dispositivo legal, *"sua leitura dá direito de ação aos Recorrentes"* (fl. 177).

Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando julgado desta Corte.

O segundo recorrente alega contrariedade ao art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura, também, o direito personalíssimo relativo ao nome e à declaração de relação parental, motivo pelo qual os recorrentes possuem legitimidade para o ajuizamento da presente ação.

Sem contra-razões (fl. 197), os recursos especiais (fls. 166 a 181 e 189 a

196) foram admitidos (fls. 202 a 204).

Opina o Dr. **Durval Tadeu Guimarães**, Subprocurador-Geral da República, pelo provimento de ambos os recursos (fls. 210 a 212).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 603.885 - RS (2003/0198099-9)

EMENTA

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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Os primeiros recorrentes ajuizaram ação ordinária alegando que são filhos de Elzo Midon Carabajal, já falecido, e Atanazia Brum Carabajal; que seu pai é filho de Luiz Midon, embora não seja reconhecido, irmão das três últimas rés; que em razão de ser pré-morto, herdam seus direitos de representação na forma do art. 1.615 do Código Civil de 1916; que quando morreu Luiz Midon, as rés partilharam os bens, preterindo os direitos que possuíam; que em razão disso, impõe-se a anulação da partilha. Ademais, afirmam que há bens que não foram levados ao inventário. Cumulam com a ação de anulação o reconhecimento do parentesco em linha direta com o falecido Luiz Midon, cabendo-lhes parte da herança devida ao seu falecido pai.

A sentença indeferiu a inicial por carência de ação. Segundo a Juíza, os autores não têm legitimidade para investigar a paternidade de seu pai já falecido, *"em razão do estado de filiação ser um direito personalíssimo"* (fl. 89). Afirma a sentença que o pai dos autores faleceu aos 65 anos de idade, *"sem nunca ter iniciado procedimento judicial para investigar a sua paternidade. O pretenso pai faleceu em data posterior com 88 anos de idade sem que tenha manifestado vontade no sentido de reconhecer a filiação que ora os autores o imputam"* (fl. 89). Finalmente, conclui a Juíza que os netos não podem *"única e exclusivamente com o intuito econômico desrespeitar direito*

personalíssimo de seu pai e intentarem investigatória de seu estado de filiação contra os herdeiros do indigitado pai" (fl. 89).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, desproveu a apelação. Entendeu o acórdão que a ação de investigação de paternidade é *"personalíssima e por isso só compete às partes diretamente envolvidas na relação paterno-filial. Se o reconhecimento da paternidade não foi perseguido pelo filho enquanto vivo, embora capaz, não podem fazê-lo seus herdeiros, ainda que sob o argumento de ver declarada sua relação parenteral em linha reta com o suposto avô. E assim penso, porque a relação avoenga é uma relação que não subsiste independente da paternidade. Se a investigação de paternidade não foi proposta em vida pelo filho contra o suposto pai, a relação avoenga, porque derivada daquela, não poderá ser declarada"* (fls. 154/155).

Examino os dois recursos conjuntamente.

Desde logo, afasto a questão da inconstitucionalidade do art. 36 do antigo Código Civil, porque sem cabimento no especial.

O que se vai examinar aqui é a legitimidade ativa dos netos de buscar as suas origens avoengas. Creio possível examinar o tema sob o ângulo do art. 4º do Código de Processo Civil, que tenho por prequestionado, tal e qual o art. 27 do ECA. Está, ainda, presente o dissídio.

Não creio que mereça prestígio a interpretação restritiva imposta pelas instâncias ordinárias.

Já esta Corte no julgamento do REsp nº 269/RS, Relator o Ministro **Waldemar Zveiter** (DJ de 7/5/90), admitiu a possibilidade da ação declaratória *"para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô"*, examinando as circunstâncias do caso, assim, o de que público o fato. O voto do ilustre Relator destacou que dúvida não há sobre a natureza personalíssima da ação de investigação de paternidade posta no art. 363 do Código Civil de 1916. Todavia, assinalou que *"vedar aos recorrentes o exercício do direito à ação seria negar-lhes a prestação jurisdicional, o que se não afigura nem jurídico nem justo"*.

É certo que a matéria é controvertida diante dos rigorosos termos do art. 363 do Código Civil de 1916. Mas não creio que no estágio atual da doutrina em matéria de direito de família, particularmente com a disciplina positiva do Estatuto da Criança e

do Adolescente - ECA, seja viável recusar o interesse do neto em ver reconhecida a sua origem. Penso que o fato de o pai não ter intentado a ação investigatória, não justifica afastar-se o legítimo interesse dos netos em buscar o reconhecimento de sua ascendência. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada tem aberto sendas em matéria de direito de família para oferecer temperamento presente o objetivo de proteger a relação familial.

Conheço dos recursos e lhes dou provimento para afastar a carência de ação.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0198099-9 **RESP 603885 / RS**

Números Origem: 66622 70004684106 70005245188

PAUTA: 03/03/2005 JULGADO: 03/03/2005

Relator
Exmo. Sr. Ministro **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidenta da Sessão
Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Secretária
Bela. SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	G B C E OUTRO
ADVOGADO	:	FÁBIO ADRIANO STURMER KINSEL E OUTRO
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	OS MESMOS
RECORRIDO	:	C C M E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Família - Investigação de Paternidade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos especiais e deu-lhes provimento." Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 03 de março de 2005

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária