

PRINCIPAIS INOVAÇÕES PROCESSUAIS DO NCCB NO DIREITO DE FAMÍLIA

Newton Teixeira Carvalho

Juiz Titular da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral, em Belo Horizonte, Professor Universitário, mestrando em Processo Civil pela PUC/MG e Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. A modificação de regime de bens, permitida pelo atual Código Civil, abrange, também, os casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior.
3. Parte requerida na ação de investigação de paternidade em se tratando de suposto pai falecido e na ação declaratória ou de dissolução de união estável de pretensão companheiro morto.
4. Recusa pelo investigado, na ação de pesquisa de paternidade, de submeter-se ao exame de DNA.
5. Chamamento ao processo dos avós na ação de alimentos.
6. Conclusão.
7. Referência bibliográfica.

1 - INTRODUÇÃO.

Iniciamos estes breves apontamentos lembrando Canotilho (1993), com o seguinte título, auto-explicativo e que retrata bem o Direito Civil atual, principalmente no tocante ao Direito de Família: "Novos paradigmas, novos saberes, novos direitos".

Com efeito, a partir da Carta Republicada de 1988, com a chamada Constitucionalização do Direito de Família (art. 226 e seguintes), urge repensarmos os velhos institutos familiarista, adequando-os ao momento presente e, ainda, necessário é que admitamos os novos (família monoparental, união estável etc.), sem a nefasta e intransigente interferência de terceiros (Estados, Religiões, Grupos Fechados).

Ademais, passados já quatorze anos de vigência da CR/88 e após quase um ano do novo Código Civil, de ver-se que os problemas que hoje se põem ao estudioso do direito de família são idênticos, mas num contexto e espaço discursivo completamente diferente.

Inúmeros desafios deverão ser enfrentados pelos teóricos da era pós-moderna. Em questionamento (para não falar em crise) estão vários dos institutos, a exemplo do casamento e a maneira menos burocrática de desfazê-lo.

De desprezar-se, urgente, a desnecessária, utópica e ditatorial presença do Estado, a exigir discussão de culpa na separação e a criar, ainda, embaraços diversos com o escopo, falso e artificial, de proteção da família, como a necessidade da chancela judicial na separação e no divórcio consensuais. Aliás, a manutenção do instituto da separação, quando basta apenas o divórcio, parece-nos que, se ausente interferência religiosa, está a prevalecer o espírito de corpo, sempre presente junto a algumas corporações, mesmo que o todo, no final, seja prejudicado.

Também não se pode olvidar, de maneira alguma, sob pena de a democratização do direito não passar de mera sugestão teórica, que os dispositivos constitucionais alusivos à família foram considerados pelo legislador constituinte como direitos fundamentais líquidos e certos, eis que, no dizer de Rosemiro Pereira Leal¹, processualista de escol e um dos maiores pensadores do direito contemporâneo, já foram processualmente pré-decididos "em bases constituintes a legitimarem executividade incondicionada".

Assim e ainda seguindo os ensinamentos do Professor Leal, de ressaltar-se que os artigos 226 e seguintes da CR/88 são de aplicação imediata, "porque produzidos no plano da processualidade constituinte e entregues a uma fiscalidade processual ampla (controle irrestrito de constitucionalidade) e asseguradora dos direitos "instituídos".

Portanto, não é correto legisladores, doutrinadores e aplicadores do direito discutirem assuntos já debatidos pelos constituintes e encampados pela Constituição Republicana, sem restrição alguma. Resta-nos, apenas, garanti-los, sem a preocupação de confrontá-los e ainda de,

invadindo a esfera íntima do outro, entendermos, pelo outro, qual o melhor caminho a ser seguido por ele.

Assim, o NCCB não pode ser, a pretexto de regulamentação do texto constitucional, obstáculo à plena aplicação dos direitos líquidos e certos já postos pela CR/88. A discussão acerca dos diversos institutos encampados pela CR/88 torna-se bisonha, estéril, ultrapassada e inconstitucional.

Passamos, pois, à análise de alguns institutos de Direito de Família, no novo Código Civil, entendendo, de antemão, que, uma vez respeitados os direitos de terceiros, a intervenção estatal, também neste campo, deve ser, sempre, a mínima possível. Aos maiores, a efetiva maioria! Nada de tratá-los como incapazes e com a conseqüente necessidade da assistência do Ministério Público e do Juiz de Direito, em assuntos que não poderiam ultrapassar, até mesmo por mandamento constitucional, a esfera íntima das pessoas diretamente envolvidas.

2 - A MODIFICAÇÃO DE REGIME DE BENS, PERMITIDA PELO ATUAL CÓDIGO CIVIL, ABRANGE, TAMBÉM, OS CASAMENTOS CELEBRADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR.

Existe entendimento no sentido de que a mutabilidade do regime de bens, permissão do atual Código Civil, não pode ser deferida em se tratando de casamento celebrado sob a égide da legislação revogada (Código Civil de 1917), "ex vi" do disposto no art. 2039, do NCCB, a determinar que "o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei. 30.071, de 10 de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido".

Argumentam-se, ainda, os adeptos da tese conservadora, antes aludida, que, caso aplicado o art. 1.639, § 2º, do NCCB (que permitiu a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros), desrespeitado estaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Fala-se, ainda, que sequer ditou o NCCB o procedimento a ser utilizado, para a modificação de regime de bens almejada pelos cônjuges. Portanto, os requerentes deverão utilizar-se do procedimento padrão (ordinário), ditado pelo Código de Processo Civil, e aí haveria dificuldade de se encontrar um réu nesta ação (Estado? Terceiros interessados? Outros?)

Parece-nos, entretanto, que nenhuma é a razão, "data venia", dos que defendem a tese da imutabilidade do regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1917.

Primeiramente, no que se refere ao disposto no artigo 2.039 do NCCB, de ressaltar-se que, tal dispositivo em momento algum impede a modificação do regime de bens. Na verdade, dito está, apenas, que ainda persistem as disposições do Código de 1917, quanto ao regime de bens celebrado sob a égide daquele Código.

É que, como sabido, os regimes de bens no NCCB sofreram várias modificações, em suas estruturas internas. Assim, se compararmos um determinado regime do Código anterior com o mesmo regime de bens no Código vigente, veremos que aconteceram diversas modificações, como, v.g., no regime de separação absoluta de bens não há mais necessidade de outorga conjugal para a prática dos atos ditados no artigo 1.647; no regime da comunhão universal não estão mais excluídos da comunhão os bens antes relacionados nos incisos IV, V, VI, X e XII do artigo 263 do Código Civil revogado; no regime de comunhão parcial não mais se excluem os bens relacionados no inciso III do artigo 269 do Código anterior, mas passam a não mais comunicar os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inciso VI do art. 1.659), expressamente excluídos antes pelo inciso VI do art. 271.

Assim, o artigo 2.039 do NCCB apenas diz o óbvio, sob pena de mácula ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, isto é, que, se o casamento foi celebrado na vigência do Código Civil anterior, sob um determinado regime de bens, as disposições a serem aplicadas continuam sendo as do regime de bens previstas no Código revogado e não as ditadas pelo NCCB.

Também não se pode falar que, deferida a retroatividade da modificação do regime de bens, ferido estará o instituto do direito adquirido, eis que o pedido de mutabilidade deverá ser formulado, sempre, por ambos os cônjuges. Portanto, há renúncia de direito, nesta parte disponível, por ser patrimonial, pela própria parte interessada. Quanto à mácula ao ato jurídico perfeito, que poderia ser alegado por terceiro interessado, de ver-se que o próprio artigo 1.639, §

2ºdo NCCB ressalvou direito de terceiros.

Como Juiz de Vara de Família já deferimos a modificação do regime de bens, em se tratando de casamento celebrado na vigência do Código Civil anterior. E, por concordar o ilustre Representante do Ministério Público com tal decisão, sequer houve recurso. E, também naquela oportunidade, não tivemos dificuldade alguma em entender que tal requerimento, de modificação de regime de bens, tramita na Vara de Família e sob o rito da chamada, e hoje mais do que nunca contestada, jurisdição graciosa ou voluntária.

Com certeza, o NCCB trouxe mais um procedimento de jurisdição voluntária ou graciosa (administração pública de interesses privados), de nada valendo argumentar que se trata de norma jurídica material e, por conseguinte, não poderá a mesma interferir em norma de cunho processual. Ora, como sabido, "a norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de leis"².

Ademais e como ensina o Professor DINAMARCO, "sabe-se que o Código separa os procedimentos especiais em duas categorias: de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária. Também, nem todos os procedimentos especiais existentes no direito brasileiro (e são muitos, não tenho notícia de algum país que tenha tantos como o nosso) estão no Código. Fora do Código, há um exemplo de jurisdição contenciosa: o mandado de segurança. Na jurisdição voluntária também há vários exemplos de procedimentos fora do Código. O Prof. José Olympio de Castro Filho escreveu Comentários para a Editora Forense referentes a essa parte do Código, com pelo menos quatro ou cinco exemplos. Posso citar o procedimento destinado a levantar impedimento para o casamento entre parentes. Refiro-me à lei. 3.200, Estatuto da Família, e também à outorga de consentimento. Portanto, são vários casos fora do Código de Processo Civil."³

Com efeito, o Professor José Olympio de Castro Filho, na obra antes citada por DINAMARCO, deixou expresso que, "sem embargo, mesmo os procedimentos não mencionados expressamente no Código, desde que caracterizadamente da denominada jurisdição voluntária, terão de se regular pelas normas constantes do Capítulo I, do Título II, para assim serem atendidos os princípios gerais que dominam essa denominada Administração Pública de interesses privados."⁴

Portanto e em conclusão, o rol do artigo 1.113 do Código de Processo Civil, que trata de alguns requerimentos que tramitam sob a chamada jurisdição voluntária ou graciosa, não é taxativo. Outros requerimentos existem, fora do Código, que se processam sob àquela rubrica, como o pedido de suprimento de consentimento para fins matrimoniais e o pedido de suprimento de outorga uxória ou autorização marital, dentre outros, e, agora, o pedido de modificação de regime de bens, celebrado antes ou depois do NCCB, conforme acima demonstrado.

Aliás e estancando, de vez, qualquer dúvida acerca de ser meramente exemplificativo o rol dos requerimentos que podem tramitar pelo procedimento de jurisdição voluntária, ditados pelo artigo 1.113 do CPC, o Professor JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA, tranqüilizou-nos sobre a correção deste entendimento e, com a didática que lhe é peculiar, advindo de vários anos de Cátedra, demonstrou a todos nós, alunos dele no Curso de Mestrado da PUC/MG, que tal entendimento vem, como não poderia deixar de ser, do direito romano, na "ordo iudiciorum privatorum" e que também o art. 1.109 do CPC (inobservância do critério de legalidade estrita) reforça tal entendimento.

Ainda acerca do tema em comento, a egrégia Corregedoria de Justiça do Rio Grande do Sul publicou, em data de 10/09/03, o provimento nº 024/03, estabelecendo diretrizes para a modificação do regime de bens do casamento, nos termos da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil).

Do art. 1º daquele provimento consta: "A modificação do regime de bens do casamento decorrerá de pedido manifestado por ambos os cônjuges, em procedimento de jurisdição voluntária, devendo o Juízo competente publicar edital com prazo de trinta (30) dias, a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando resguardar direitos de terceiros;"

No que tange ao procedimento de jurisdição voluntária, como visto, perfeito o entendimento. Porém, ousamos discordar da necessidade de publicação de edital, "a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando resguardar direito de terceiros.

Ora, "data venia" de total desnecessidade a publicação de edital, a atrasar e encarecer, sobremaneira, a decisão final a ser lançada em simples pedido a tramitar sob o procedimento de jurisdição voluntária, eis que o próprio artigo 1.639, § 2º, do NCCB ressalva os direitos de terceiros.

Depois, o artigo 1.657 do NCCB determina, para fins de produção de efeitos com relação a terceiros, que a modificação seja levada, a exemplo das convenções antenupciais, no registro do Ofício de Imóveis do domicílio dos cônjuges, somente passando a produzir tais efeitos a partir da data desse assento, como bem lembra o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, na apelação Cível nº 70.006.423.891, da 7ª Câmara Cível do RJ, em acórdão pioneiro e recente acerca do tema e cuja ementa é a que se segue:

"PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA LAVRAR ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DE REGIME. DESNECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. 1. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é o da comunhão parcial sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública, e constitui mero erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 NCCB. 2. A pretensão deduzida pelos recorrentes que pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, § 2º, do Novo Código Civil e as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que foi formulado pelo casal. Assim, cabe ao julgador a quem apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública. O pacto antenupcial é ato notarial; a alteração do regime matrimonial é ato judicial. 3. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra como efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros. Inteligência do artigo 2.039 do NCCB. 4. É possível alterar regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido".

Também em socorro à tese ora defendida e por nós encampada desde o estudo acerca do projeto do NCCB, Antônio Jeová Santos⁵ afirma que, se a mudança de regime de bens somente pode ser concretizada mediante sentença judicial, não dependendo apenas da autonomia da vontade do casal, de notar-se que, por consequência, estamos diante de uma regra de natureza processual e, como tal, de aplicação imediata, a abarcar todos os casamentos, celebrados antes da vigência do NCCB, inclusive.

Antes do NCCB, afirma Antônio Jeová Santos, não era possível a alteração do regime. Havia impossibilidade jurídica do pedido. Agora, tal obstáculo foi superado.

3- PARTE REQUERIDA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE EM SE TRATANDO DE SUPOSTO PAI FALECIDO E NA AÇÃO DECLARATÓRIA OU DISSOLUTÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL DE PRETENSO COMPANHEIRO MORTO.

A ação de investigatória de paternidade para pesquisa da paternidade de suposto pai falecido, como sabido, deve ser proposta contra os herdeiros, únicos que poderão ser atingidos pela decisão, e não, como ainda é erro comum, contra o espólio.

Assim, doravante há que se observar o disposto no art. 1.829 do NCCB, que trouxe a figura, até então desconhecida, da "concorrência" e através do qual se nota que, dependendo do regime de bens do casamento, o cônjuge também passa a ser herdeiro.

Acerca do tema, Ricardo Augusto de O. de Xavier Araújo ensina que, "a concorrência na vocação hereditária poderá se dar entre cônjuge e descendentes ou entre cônjuge e ascendentes. Não há outras possibilidades de concorrência. O concorrente em tais casos será sempre o cônjuge."⁶

Observando-se, ainda, o artigo 1.829, do NCCB, verifica-se que, se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime de comunhão universal ou sob o regime da separação obrigatória de bens, não haverá concorrência. Também não haverá concorrência quando, casado no regime da comunhão parcial, o cônjuge falecido não deixou bens particulares.

Portanto, havendo concorrência (regime de separação convencional e comunhão parcial de bens, estes desde que haja bens particulares), necessariamente o cônjuge deverá, também, figurar, como requerido, na ação de investigação de paternidade "post mortem", sob pena de nulidade, por ausência de litisconsórcio passivo necessário e unitário.

O mesmo raciocínio vale, outrossim, para a ação declaratória ou de dissolução de união estável contra herdeiros de possível companheiro morto, quando ainda não dissolvido, em vida, o vínculo matrimonial do falecido (separação de fato, apenas) ou, se separado ou divorciado, ainda não tenha havido partilha de bens.

Assim e numa conclusão simplificada: se o cônjuge, face ao disposto no art. 1.829 do NCCB é

também herdeiro, necessariamente deverá integrar a lide, como requerido, eis que o quinhão dele também poderá ser atingido, se procedente o pedido.

4 - RECUSA PELO INVESTIGADO, NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PESQUISA DE PATERNIDADE, DE SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA.

Antes do atual Código Civil a jurisprudência, majoritária, era no sentido de que a recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA servia para auxiliar o juiz na sua convicção. Porém, não podia, por si só, arrimar a declaratória de paternidade, por presunção⁷. Considerava-se direito processual do réu, na investigação de paternidade, fugir ao exame, já que, pelo princípio da ampla defesa, a parte não está obrigada a produzir prova em seu desfavor.

Porém, antes mesmo do NCCB o Desembargador e Professor, FRANCISCO FIGUEIREDO, na obra citada no rodapé, nº7, em dezembro de 2002, assim se manifestou, com voto infelizmente vencido na apelação cível nº 173.580-2/00 - Comarca de Patrocínio: "O direito à VERDADE REAL da filha, na busca do direito personalíssimo da filiação, não pode ficar adstrito ao fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante. A Constituição Federal Brasileira, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, assegura a criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 226, § 7º, CF). Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da pessoa, um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte podem frustrar. Assim sendo, deve ser afastada a alegação de plurium concubentium da mãe da autora, ao tempo da concepção se o réu se recusa a submeter-se a exame de DNA, impedindo o juiz de apurar a VERDADE REAL, mormente quando somada à prova indiciária indicativa da paternidade."(grifamos).

De nossa parte, entendíamos que, frente ao princípio da paternidade responsável, aludido acima pelo ilustre Desembargador, FRANCISCO FIGUEIREDO, a recusa, imotivada ou oca do suposto pai em submeter-se ao exame do DNA era por si só, prova bastante para declarar a paternidade. Por qual razão o réu em uma ação de paternidade fugia do exame de DNA? Medo de agulha, economia de sangue, de saliva? Na verdade, a recusa do investigado não passava de pura e odiosa estratégia para não ser ele declarado pai do investigante e de poder o mesmo continuar, irresponsavelmente, sem pagar pensão alimentícia, excluindo, também, para sempre (ressalvando a relatividade da coisa julgada), o "filho" da participação em possível herança e, pior, do direito de saber quem é o "pai" de 1e e, por conseguinte, averbar a ascendência paterna no seu registro de nascimento.

A respeito do tema, esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Paniplona Filho, que há pouco tempo o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à presunção, embora deferindo "habeas corpus", ao argumento de que: "não se pode obrigar o réu à coleta de material para exame de DNA, sob pena de violação da intangibilidade do corpo humano - a Turma deferiu habeas corpus contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que mantivera a decisão, tomada em ação ordinária de reconhecimento de paternidade, de submeter o paciente ao exame de DNA."⁸

Ainda os autores, citados no parágrafo anterior, arrematam a questão em discussão da seguinte maneira: "Completando tal linha de intelecção, concluiu, em artigo publicado no site do Conselho da Justiça Federal, o Ministro MOREIRA ALVES: "No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em habeas corpus, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5 (verificar, acrescentamos, o placar apertado), considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai."⁹

Entretanto, com o advento do atual Código Civil, quer nos parecer que o entendimento da excelsa Corte restou sobremaneira fortalecido, agora em nível legal, principalmente face ao disposto no art. 230 a 232 daquele Estatuto, com destaque ao artigo 232, soante: "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."

Portanto, pelo NCCB a presunção (conclusão que se extrai de fato conhecido para provar-se a existência de outro desconhecido) também é meio de prova do fato jurídico. Pode-se a parte esquivar-se da realização do exame. Porém, suportará a presunção de veracidade que a prova

pretendia reconhecer ou afastar. A partir daí há inversão de ônus de prova (art. 333, II, do CPC), eis que se transfere à parte interessada o ônus de provar em contrário o que ficou estabelecido na presunção.

5 - CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS AVÓS NA AÇÃO DE ALIMENTOS.

Continuamos entendendo, agora e com a vigência do NCCB com mais convicção, conforme demonstraremos abaixo, que a ação de alimentos pode ser ajuizada apenas contra os avós paternos, quando o pai não pagar a verba alimentícia de que necessita a criança (alimentos sucessivos) ou, então, quando o genitor do alimentado pagar quantia inferior ao que realmente carece a criança (alimentos complementares).

A demonstração da necessidade, no caso de alimentos complementares, ou de impossibilidade de o pai pagar alimentos ao filho pode ser concretizada nos próprios autos em que os alimentos são pleiteados contra os avós. Porém, se a execução ofertada contra o pai do alimentado restar frustrada, a ação proposta contra os avós terá mais chance de êxito.

Também nada impede que a ação de alimentos seja, de ofício, ofertada contra o pai e em desfavor do avô, em litisconsórcio passivo não necessário. Nesta hipótese, cada um dos requeridos será condenado a pagar alimentos em consonância com suas reais possibilidades.

De aplicar-se, na espécie, os seguintes ensinamentos:

"ALIMENTOS - INCAPACIDADE DO PAI DE SUPORTAR A TOTALIDADE DA PENSÃO - AÇÃO PROPOSTA CONTRA O AVÔ - POSSIBILIDADE

- Havendo prova pré-constituída e não desmentida da incapacidade do pai, é cabível a ação de alimentos proposta contra o avô paterno, que tem legitimidade passiva para a mesma, não havendo necessidade de se propor primeiramente ação de alimentos contra o pai.

- O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o fato de o genitor já vir prestando alimentos ao filho não impede que este último possa reclamá-los dos avós paternos, desde que demonstrada a insuficiência do que recebe, visto que a responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em face da responsabilidade dos progenitores, mas também é complementar, na hipótese em que os pais não se achem em condições comprovadas de suportar a totalidade da pensão, e tenham os avós possibilidades financeiras para tal."¹⁰

Entretanto, já tivemos processo anulado pelo egrégio TJMG, que entendeu, através de uma de suas Câmaras, que a ação de alimentos, na ausência do pai, deva ser proposta contra ambos os avós, isto é, tanto paternos como maternos.

Porém, entendemos que, em se tratando de alimentos, não há que se falar em solidariedade e nem em indivisibilidade desta obrigação.

Yussef Said Cahali¹¹, acerca do tema ensina que: "Daí decidir-se que, tratando-se de obrigação divisível, é desnecessária a formação de litisconsórcio necessário entre os genitores de alimentando, vez que a defesa de quem foi acionado não se pode basear na existência de outras pessoas obrigadas a fornecer alimentos."

Aliás, a decisão do colendo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que anulou processo de ação de alimentos em razão de não figurar como requeridos ambos os avós, vai de encontro a outras daquele mesmo Sodalício, tais como a proferida na Apelação Cível nº 25.483-9 - Comarca de Uberlândia, Relator: Desemb. ORLANDO CARVALHO, veiculada na Jurisprudência Mineira, vol. 128, pág. 210, que admitiu, ao adentrar no mérito, a propositura da ação apenas contra o pai e avós paternos e a proferida no agravo nº 117.284/O - Comarca de Oliveira, Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, Jurisprudência Mineira, vol. 145 pág. 51.

Também no Recurso Especial nº 169.746-MG, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR¹², certo ficou que,

"ALIMENTOS - AVÔ - IMPOSSIBILIDADE DE O MENOR RECEBER ALIMENTOS DO PAI

- A responsabilidade alimentar do avô tem como pressuposto a "falta" dos pais (art. 397 do Código Civil), a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação, inadimplente durante meses, e sem que o credor tivesse algum êxito no processo de execução em curso.

- Recurso conhecido e provido para admitir a legitimidade passiva do avô paterno.

Assim e por ser a obrigação alimentar, não solidária e divisível, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre os descendentes do mesmo grau e muito menos, pelos mesmos motivos, em denunciação à lide.

Entretanto, o artigo 1.698 do NCCB, diz que, "se o parente, que deve alimentos em primeiro

lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide." (grifamos)

Portanto, se o NCCB, em dispositivo de conteúdo processual, autorizou o chamamento ao processo, de ver-se que o entendimento minoritário, anterior, da existência de litisconsórcio entre os avós (paternos e maternos) não era correto.

Sem dúvida alguma, o art. 1.698 do NCCB admitiu uma nova modalidade de chamamento ao processo, além das três outras já previstas no art. 77 do Código de Processo Civil. E, como sabido, por se tratar de chamamento ao processo, de ver-se que se trata de mera faculdade a ser exercida ou não pela parte requerida em uma ação de alimentos, com a convocação dos demais parentes, também responsáveis pelo pagamento de tais verbas.

6 - CONCLUSÃO.

Nosso entendimento, lançado acima, é o de permitir, sempre, a mais ampla discussão, pelas partes, no processo, acerca de seus interesses, sejam ou não conflitantes. De desprezar-se toda colocação restritivo, a impedir, direta ou indiretamente, o acesso ao Poder Judiciário e a entender, equivocadamente, que o direito posto, pelo legislador ordinário, não admite discussão e que é um produto pronto e acabado.

Através e pelo processo é que as partes poderão afirmar ou destruir direitos e até mesmo criá-lo. Porém, sempre em igualdade de condições. Através do processo o direito sobressai fortalecido, eis que expurgado da incerteza até então reinante. Ademais, a participação de todos na construção da sentença tem por consequência natural uma maior eficácia do ato decisório.

Assim e voltando os pontos desenvolvidos acima, no tocante ao regime de bens, de ressaltar-se que a modificação pode ser requerida, a qualquer tempo, por ambos os cônjuges, sob o procedimento de jurisdição graciosa ou voluntária, inclusive para os casamentos celebrados anteriormente à vigência do atual Código Civil. O artigo 2039 do NCCB não proíbe, em hipótese alguma, a retroação.

Desnecessário será, uma vez deferida a modificação de regime de bens, ato judicial, a lavratura de escritura pública.

A ação de investigação de paternidade, se o suposto pai faleceu, deverá ser direcionada contra os herdeiros e também contra o cônjuge, caso haja concorrência na herança, em razão do disposto no art. 1.829 do NCCB. O mesmo acontecerá em se tratando de ação declaratória ou de dissolução de união estável, no caso de morte do possível companheiro.

Pelo NCCB de se falar em concorrência apenas em se tratando de regime de separação convencional e comunhão parcial de bens, neste último regime citado, desde que exista bem particular.

A recusa da parte em se submeter ao exame de DNA traduz em presunção desfavorável a ela, em razão do disposto no art. 232 do NCCB. Assim e diante da recusa, há inversão do ônus de prova, cabendo à parte recusante desfazê-la.

É possível ação de alimentos ofertada exclusivamente contra os avós paternos pleiteando alimentos sucessivos ou complementares. Porém, os avós paternos poderão "chamar ao processo" os avós maternos, "ex vi" do disposto no art. 1.698 do NCCB.

7 - REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Ricardo Augusto de O Xavier. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.4, n 24, p. 139-144, jul.-ago.2003.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTRO FILHO. José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores: 2001.

DINAMARCO, Cândido R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FILHO, José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil, v.X: arts. 1103 a 1220 - 3ª

Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil: parte geral. 3ª Ed., rev. e atual., v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. a 52, nº 155, p., jan.- mar.2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. In: MERLE, Jean-Cristophe. MOREIRA, Luiz (coord). Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p.335-343.

SANTOS, Antônio Jeová. Direito Intertemporal e o Novo Código Civil: Aplicações da Lei 10.406/2002.p. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

