

# **A RELAÇÃO PROCESSUAL DOS AVÓS NO DIREITO DE FAMÍLIA: DIREITO À BUSCA DA ANCESTRALIDADE, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E ALIMENTOS**

**Alice de Souza Birchall**

Mestre e doutoranda em Direito Processual  
pela PUC-MINAS - Professora de Processo Civil,  
Família e Sucessões na PUC-MINAS - Advogada

## **1 - ANCESTRALIDADE: DIREITO PERSONALÍSSIMO**

Como o tema será desenvolvido mais sob o aspecto processual que sob o material, é imperioso que se faça uma advertência: o afeto é coisa do masculino e do feminino, independe da idade e do vínculo de parentesco. Assim, também aos avós devem ser estendidos os efeitos do afeto, já que as relações de parentesco da linha reta pautam-se em direito personalíssimo e, deste modo, a ancestralidade também pertence a essa classe de direitos.

O estado de família, como se sabe, nasce de um fato, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção. Ambos, diz a CR/88 (art. 226 e seu §7o) repetida pelo art. 1596, CC/02, são capazes de originar relação de parentesco na linha reta. Adverte Caio Mário da Silva Pereira que o estado de família "constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade" e, pois, é "destituído de valor econômico". É pertinente acrescentar, à semelhança dos laços de afeto da filiação, os laços afetivos que nutrem a relação com o segundo grau da linha reta (ascendente e descendente).

Relevante notar, ainda com Caio Mário da Silva Pereira, que os direitos da personalidade são categoria que independe de previsão na ordem positiva e, mais, são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis, e oponíveis erga omnes. Outra não é a posição de Pontes de Miranda, que acrescenta: "A grande maioria das regras de direito de família é composta de regras jurídicas cogentes", o que significa que não estão subordinadas à simples autonomia da vontade dos interessados.

A Professora Juliane Fernandes Queiroz, em sua atualíssima obra Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, traz que "a personalidade que se adquire ao nascer possui três atributos que a caracterizam: a capacidade, o nome e o estado." Demonstra as duas espécies de status familiae - o estado de cônjuges, que configura o estado civil, e o estado de filho -, para afirmar que: "Intrinsecamente, o estado assume os caracteres de indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. Extrinsecamente, o estado é pessoal, geral e de ordem pública".

Washington de Barros Monteiro acrescenta que os direitos personalíssimos são inarredáveis da condição humana; assim, em uma visão sobre os princípios constitucionais, são inerentes à dignidade da pessoa. Neste sentido, o Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo afirmou, neste IV Congresso, que a ancestralidade é direito da personalidade. Outra não poderia ser a conclusão também no âmbito da legislação ordinária, já que o CC/02 repete a regra: "são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras em relação de ascendentes e descendentes" - art. 1.591.

Conclui-se, pois, que o direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e como tal tem proteção jurídica integral e especial - nos moldes do art. 5o e 226, da CR/88 - e, uma vez declarada a existência da relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, a mesma gerará todos os efeitos que o parentesco de primeiro grau (filiação) gera, nos limites da lei civil. A este fenômeno jurídico Pontes de Miranda nomeou relação avoenga.

Poderia ser outra a solução jurídica, como a ilustrada pela Min. Aída Carlutti, que mencionou em palestra proferida neste IV Congresso que, nos EUA, foi declarada inconstitucional uma lei de Washington, de 5/06/2000, que reconhecia a relação avoenga. Ao contrário, a solução legislativa da Argentina prevê, no art. 379, CC, a possibilidade de alimentos, subsidiariamente, pelos avós, além do direito à visita dos netos - art. 367, CC.

Diante da estrutura dos direitos da personalidade e da afirmação da lei civil de que a linha reta é infinita - 1591, 1594 CC/02 -, e não se esgota sequer com a morte - não se pode duvidar de que devem eles ser tutelados pela visão do processo como instrumento de realização do paradigma do Estado Democrático de Direito, como severamente afirmado, aqui, pelo emérito Prof. Rosemiro Pereira Leal, em sua conferência.

## **2 - A VERDADEIRA RELAÇÃO AVOENGA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE ANCESTRALIDADE**

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana - art.1º, III, CR/88. Portanto, em nosso direito o nome indica a origem da ancestralidade e, com ela, o reconhecimento de que se um cidadão insere em um determinado grupo familiar. Por isso mesmo, o patronímico pertence à entidade familiar, refletindo todo o parentesco de linha reta e colateral, limitado pelo Direito Civil. Desse modo, trata-se de direito de natureza indisponível. Tanto é assim que o Direito de Família e o da Sucessões terão suas bases lançadas, precipuamente, sobre esse vínculo jurídico, inclusive em sede Constitucional.

Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência já há muito tempo - assunto levantado por Pontes de Miranda - vêm indagando se há possibilidade de uma pessoa investigar a paternidade de seu pai que, falecido, sequer ajuizou sua investigação de paternidade ou, em outras palavras: se morto alguém sem ter movido ação de investigação de sua paternidade (ou maternidade), poderia o seu filho fazê-lo?

Esta indagação já era pertinente pelo texto dos arts. 350 e 351 do CC/16, repetido pelo art. 1606 e seu Parágrafo único, no CC/02, verbis:

"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."

O art. 1604 diz que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, exceto se provar erro ou falsidade do mesmo. Mas, se uma pessoa, tendo descendentes, faleceu sem investigar a sua paternidade, na certidão de nascimento dos descendentes, certamente, não constará o nome de pelo menos um casal de avós, o que seria bastante para justificar a vindicação da relação avoenga e, via transversa, o reconhecimento de toda a linha ancestral, com repercussão no direito de herança, protegido pela CR/88, art. 5º, XXX.

O inciso II, do art. 1605, CC/02, permite a prova da filiação "quando existirem veementes presunções resultantes de fato já certos."

Aqui reside o problema de se saber qual a extensão da mens legis sobre o significado do alcance da palavra filiação. Para melhor entendê-la, é bom rememorar a afirmação feita alhures: o parentesco na linha reta é infinito. Isso se dá porque a legislação tem como parâmetro digno de proteção jurídica o vínculo biológico existente no núcleo familiar. E, em tese, o afeto na linha reta é sempre infinito (pais e filhos; avós e netos; bisavós e bisnetos etc.) e na colateral, a partir do quarto grau, tais relações afetivas ficam demasiadamente distantes. Portanto o Direito protege este afeto pela sua relevância emotivo-social, nestes limites: linha reta infinita e linha colateral limitada ao 4º grau.

Neste contexto deve-se estender o significado de filiação, para toda a linha reta, ou seja, o direito não é apenas à filiação, ou primeiro grau de parentesco na linha reta, mas a toda ela, sendo possível qualquer investigação sobre este parentesco e, também, na linha colateral, limitada ao 4º grau, porque o direito ao parentesco (natural ou civil) é direito da personalidade e, conseqüentemente, imprescritível. Ressalte-se que não o são os direitos patrimoniais que derivem destes direitos personalíssimos.

Equivocaram-se, por muito tempo, então, a doutrina e a jurisprudência porque partiram do estudo da possibilidade ou não da investigação de paternidade movida por herdeiros de falecido que sequer a tinha ajuizado, fortes no antigo art. 350, CC/16 repetidos pelo 1.606, CC/02 e não se basearam na relação de ancestralidade.

É necessário que se registre o alcance da utilidade da ação de investigação de paternidade

(ou maternidade) movida pelos filhos diretamente contra avós, porque seu pai faleceu sem ajuizar a ação de investigação de sua própria paternidade. Ocorre que, se falece alguém sem investigar a sua paternidade, faltar-lhe-á o registro paterno, por óbvio. Assim, quando vier a falecer o suposto pai deste alguém, como aos netos também falta o registro do avô paterno, eles não poderiam representar o pai pré-morto na herança de suposto avô, pois não há a prova da relação de ancestralidade no registro destes netos.

Argumentando que a relação avoenga é derivada da relação de paternidade, o que significa dizer que só haveria possibilidade de reconhecimento da ancestralidade se, primeiro, houvesse procedência da investigação de paternidade, o em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, da 7ª Câmara do Rio Grande do Sul, apesar de afirmar que "o estado de filiação é direito personalíssimo" e que "o vínculo biológico não é imprescritível para o reconhecimento do vínculo parental", defende:

"Não fico impressionado com a alegação de que a pessoa tem o direito de conhecer a sua origem biológica ou a sua ancestralidade."

"(...) não se pode ignorar que o parentesco de segundo grau é derivado do primeiro. Ou seja, o neto somente será neto se o pai for filho do avô, e o avô será avô, somente se o filho for pai do neto."

"Assim, não é o vínculo biológico que dita a relação entre o avô e neto, mas a relação preexistente entre o pai e seu avô."

Há que se indagar: quem nasceu primeiro, o pai ou os avós? A resposta é óbvia: os avós. Então, até por motivos biológicos, é exatamente o contrário: a relação de paternidade é que deriva da relação avoenga, pois, se os avós não tivessem nascido, o pai não seria concebido e, tão pouco, os netos. E assim por diante.

Porém, acatando a posição de ser a relação avoenga derivada da relação de filiação (paterna e materna) dão pela impossibilidade jurídica do pedido de investigação de paternidade contra avô não investigado, faltando aos netos legitimidade de agir, pois não poderiam pleitear direito alheio em nome próprio, levando à carência de ação. Neste sentido, a seguinte decisão da 7ª Câmara Cível do Rio Grande do Sul:

**"AÇÃO DECLARATÓRIA DE RELAÇÃO AVOENGA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, RESSALVADAS AS HIPÓTESES DO ART. 350, DO CÓDIGO CIVIL.**

A ação declaratória de paternidade é de caráter personalíssimo. Assim, vindo a falecer o filho, já quando maior e plenamente capaz, descabe aos seus descendentes postular o reconhecimento da filiação contra o pretense avô. Inteligência do art. 350, do Código Civil." Destaque-se o voto vencido do em. Relator, Des. José Carlos Teixeira Giorgis, que defendeu a possibilidade da relação avoenga porque o conceito familiar deve ter valores mais amplos diante do texto constitucional e não deve o Poder Judiciário, "ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos postos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustam à modernidade", ao argumento esboçado pelo STF, já em 03/04/90, no clássico julgamento do RESP 269-RS, cujo relator foi o em. Min. Waldemar Zveitter, que tem a seguinte ementa:

**"PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - AÇÃO DECLARATÓRIA - RELAÇÃO AVOENGA.**

I- Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363 do Código Civil, ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram.

O em. Relator destacou 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".

Em outra oportunidade e no mesmo sentido, o voto vencido da em. Des. Maria Berenice

Dias:

"Ainda que a doutrina diga que, em se tratando de direito personalíssimo, não é dado a ninguém fruir em lugar de outrem, porque tais direitos são pessoais, jamais podendo ser transferidos a quem quer que seja, in casu, é de atentar-se que o neto tem o direito personalíssimo ao nome. Assim, não está ele buscando o direito próprio e exclusivo de sua mãe, mas sim o próprio direito de personalidade, identidade e ancestralidade".

"Se a mãe das recorrentes, quando viva, não quis buscar sua identidade biológica, não há como negar tal direito a suas filhas, netas do investigado, pois elas não estão reclamando direito personalíssimo de sua genitora, mas sim o seu próprio direito de ver no seu assento de nascimento o nome do avô paterno, bem como de assegurar seus direitos sucessórios."

Outra não pode ser a solução, já que a CR/88 não assegura apenas a igualdade dos filhos, mas a linha reta, notoriamente a descendente - 226, §4º; §8º e 227, §6º. Pensar de outra forma possibilitaria que os netos, filhos do filhos espontaneamente reconhecidos pelo avós, pudessem ter direito à ancestralidade e os dela decorrentes, enquanto aqueles que não tiveram a ancestralidade reconhecida ficariam privados deste direito da personalidade - 227, §6º. E, por efeito, os netos não reconhecidos não poderiam representar seus pais na herança dos avós.

O em. Promotor Belmiro Pedro Welter defende:

"Então, o direito personalíssimo do filho é o mesmo direito personalíssimo do pai, do avô, do neto, etc. (...) Se o filho não quer exercer o seu direito, não se pode proibir que seu filho (neto) possa exercê-lo, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de seu direito nativo de personalidade."

Demonstrado está, como exigido pelo art. 4º, CPC, o interesse de agir dos netos que não exercem direito alheio, mas, sim, direito próprio: direito personalíssimo ao nome, à ancestralidade. E, da declaração da existência da relação de parentesco avoenga derivam direitos juridicamente protegidos pela CR/88, tanto personalíssimos - alimentos, visita e guarda - como patrimoniais - herança.

Assim, o caso seria de investigação da relação de ancestralidade - direito personalíssimo, portanto imprescritível -, não de paternidade. Procedente esta, via transversa ter-se-ia a ação de petição de herança diante do direito de o neto representar seu ascendente pré-morto, na herança dos avós, ainda que o seu pai (mãe) tenha falecido sem investigar sua origem genética.

Anote-se que o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que são imprescritíveis as ações em benefício da filiação, podendo ser exercidas contra os herdeiros, sem qualquer restrição. Por isso alguns autores e o próprio STJ entendem que só seria possível a investigação da relação avoenga quando os supostos avós fossem herdeiros do pai falecido. Porém, mais uma vez vale a advertência da Professora Juliane Fernandes Queiroz, sobre o direito da personalidade:

"É imprescritível, pois, não há que se falar em perda do direito do estado, por inércia da pessoa, em um lapso temporal. Pelo decurso de tempo não se perde ou adquire o estado; os direitos relativos ao mesmo podem ser exercitados a qualquer tempo".

A preocupação de revelar a correta interpretação da sistemática dada pelo ECA, já foi objeto do minucioso, já citado, estudo do Promotor Belmiro Pedro Welter de onde se transcreve a seguinte posição:

"Portanto, este artigo é mais do que claro ao autorizar qualquer herdeiro, sem qualquer restrição, e nesse rol está incluído o neto, a investigar a paternidade genética. E o artigo não fala, em momento algum, que deve pender demanda investigatória para que o neto possa nela prosseguir. O ECA diz, de forma bem clara, que o exercício do direito de reconhecimento forçado da paternidade pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer limite, isto é, não tendo o filho buscado o direito à perfilhação, o neto, à toda evidência, pode exercer o seu direito personalíssimo ao nome, investigando o avó."

Indagação relevante se faz sobre o prazo de prescrição da ação de petição de herança - que deveria ter sido resolvido pelo CC/02 e não o foi (arts. 1824 a 1828). A doutrina diverge sobre sua natureza: se a classifica pelo direito de herança, a ação seria imprescritível, o que

geraria uma enorme insegurança jurídica; se a classifica pelo direito patrimonial, cujo prazo prescricional é de 10 anos, parece ser razoável.

Pertinente a observação do emérito João Baptista Villela já em 1999, partindo da afirmação de que a CR/88 não recepção o determinismo biológico, mas o afeto (art. 226, §6º e 47, 3º, ECA), completa:

"O que, na verdade, os fatores da imprescritibilidade à outrance estão promovendo, na certa sem o desejarem, é a caça dos pais bons partidos ou a espólio abandonados, com sacrifícios das relações de afeto na família. E ao preço de devassar conduta pretéritas, invadir privacidades, exumar corpos e restos, assim como trazer holofotes, sem compaixão nem pudor, deslizes de conduta, que porventura o tempo já curou, se o perdão antes não dissolveu."

Cabe apenas uma outra observação de ordem processual: para a investigação da relação avoenga deve-se analisar todo o conjunto probatório, pois os exames de DNA ainda não são capazes de determinar, com a mesma segurança do exame de material retirado do pai, o resultado da identidade genética avoenga, por exclusão entre os supostos tios vivos, p. ex..

### **3 - CONVIVÊNCIA FAMILIAR: VISITA E GUARDA AOS AVÓS.**

O direito à convivência familiar está assegurado no art. 227 da CR/88 e repetido no art. 19 da Lei 8.069/90 (ECA), sempre tendo como destaque o melhor interesse da criança e do adolescente. Infere-se, pois, que o conceito mais ou menos abrangente de família estará na proporção da identificação do limite do referido interesse. Neste sentido, fácil verificar que todos os entes da família poderão exigir, reciprocamente, a convivência familiar, bastando provar a legitimação - advinda das relações de parentesco nas linhas reta e colateral -, além do interesse processual em ter direito de visitar-se reciprocamente ou em ter a guarda do incapaz.

Exatamente porque é no seio da convivência harmônica que cada um dos entes da família é individual e constitucionalmente protegido - art. 226, §8º, CR/88 - que o objetivo do Estado Democrático é manter e velar pela existência digna e harmônica da família, e nem mesmo seria justo o contrário, pela proteção que é assegurada à família monoparental - art. 226, §4º, CR/88. Justo é estendê-la aos parentes na linha reta, notadamente aos avós, não se perdendo da definição civil de que o parentesco na linha reta é infinito, portanto não cessa (exceto na destituição da autoridade parental, mediante colocação em família substituta - adoção).

O amor que os avós transmitem aos seus netos deve ser experimentado, compartilhado e preservado, pois tal convivência possibilitará, aos descendentes, o contato com valores diferentes que serão ponto de referência e construção de sua personalidade e caráter através da dialética que estabelece com outras gerações, como disse Jaques Lacan . Ademais, é direito da personalidade dos avós a sua descendência, da mesma forma que dos parentes em primeiro grau - pais -, portanto este direito é exercido através da convivência. Daí decorre o direito de visitação entre os parentes, notadamente entre ascendentes e descendentes - avós e netos; bisavós e bisnetos, trisavós e trinnetos etc - sem distinção de grau.

O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à linha colateral, respeitada a limitação legal ao 4º grau, trazida como novidade pelo art. 1592, CC/02, já que no CC/16 ela se estendia até o 6º grau.

Com mais razão caberá aos avós requererem a guarda de seus descendentes diante da proteção constitucional em caso de os pais ou representante legal exporem a criança ou adolescente a qualquer situação de risco moral ou físico - art. 227, CR/88 e art. 5º, ECA. Nesta hipótese - urgência diante do risco ou da lesão -, o processo civil os tutelar através das medidas de urgência de que dispõe - tutelas antecipatórias e específicas -, além da parca aplicação prática das medidas cautelares previstas. Advirta-se: tal procedimento é medida de exceção, pois a guarda prioritariamente é dever jurídico conjunto de ambos os pais, em decorrência de sua autoridade parental - art. 1566, IV.

Assim é que, demonstrada a relação de parentesco pautada na ancestralidade e o perigo de causar dano irreparável ou de difícil reparação a interesse de criança ou adolescente, é possível a transferência da guarda para os avós, pondo os incapazes a salvo de qualquer forma de violência e maus tratos, o que está resguardado tanto pelo ECA, como pelo art. 1637, CC/02, e deve ser compatibilizado com a nova redação dada aos art. 273 e 461 do CPC, o que significa que, em pendengas desta natureza, os avós podem se valer da célere efetivação da antecipação da tutela pretendida, desde que preenchidos os seus pesados requisitos processuais .

Na separação judicial ou no divórcio também aos avós poderá ser dada a guarda na hipótese de o juiz entender que os pais não estão, naquele momento, aptos a ter os filhos sob sua responsabilidade - Parágrafo único, art. 1584, CC/02. Aliás, diga-se: toda a linha reta preferirá, respeitada a preferência por proximidade de grau, se for melhor aos interesses do incapaz, a um estranho. Esta previsão já existia na Lei 6.515/77 - art. 10 -, e no art. 33, ECA. Aos pais que não detiverem a guarda poderá ser resguardado o direito de visitas, se for conveniente aos interesses dos filhos - art. 1589, CC/02.

Não se fale em guarda provisória, pois esta é sempre definida em prol do melhor interesse do incapaz e será alterada sempre que necessário -, por isso é que nunca transita em julgado materialmente. Importante consignar que os avós, outros parentes ou mesmo estranhos só permanecerão com a guarda se e enquanto pelo menos um dos pais não estiver em condições psíquicas, morais, físicas e, por exceção, financeiras de exercê-la . Cessada a incapacidade do(s) pai(s) a guarda será revertida em favor do(s) mesmo(s), que sempre preferirão aos demais.

Tem sido comum no foro pretensão de guarda pelos avós, com base no art. 33, §2º, do ECA, exclusivamente para fins previdenciários. Isso leva a uma distorção da função da guarda e de seus efeitos. Ora, como se disse até aqui, a guarda decorre da autoridade parental (poder familiar) - art. 1566, IV; 1612; 1631 e 1634, CC/02 -, cujos efeitos são de proteção integral do menor de 18 anos por seus pais. Por exceção, ela poderá ser exercida por terceiro, preferencialmente os avós. Porém, quem detiver a guarda tem, também, o dever de sustento e administração da vida do tutelado, e de todos os efeitos a ela inerentes - criação, educação, companhia e sustento. Sendo assim, ela não é apenas de direito, mas deve ser exercida de fato. Até porque a CR/88 traz que o direito à previdência é social - art. 6º -, então o fim previdenciário deve ser consequência, e não causa da guarda, como já julgaram, repetidas vezes, os tribunais estaduais e o STJ:

**PEDIDO DE GUARDA DE MENOR POR AVÓ - PAIS VIVOS - EFEITO . PREVIDENCIÁRIO - BEM-ESTAR DA CRIANÇA.**

I - Não há amparo legal para a concessão de guarda de menor pela avó, para fins previdenciários, por inexistente a situação peculiar de que cuida a lei; bem como o caráter excepcional, eis que fora dos casos de tutela e adoção (art. 33, §§ 2º e 3º da Lei 8.069/1990). O gozo da condição de dependente de guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, é consequência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão.

II - Recurso não conhecido.

Importante notar que também é possível que os avós exerçam tutela ou curatela de seus netos nos casos previstos pelos arts. 1731 e 1768, CC/02.

#### **4 - ALIMENTOS POR AVÓS E O ART. 1698, CC/02.**

Faz-se outra ressalva: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado, e, aqui, este afeto diz respeito à própria existência da pessoa humana: os alimentos. Ora, falar-se em alimentos a serem prestados por avós, quando temos um sistema de previdência social completamente desestruturado e injusto, parece ser demasiadamente poético e surreal. O primeiro obrigado a prestá-los, a todos os seus cidadãos e aos entes da família, na pessoa de cada um que a integra, é o próprio Estado,

nos termos do art. 226, §8º, como salientou o Prof. Rosemiro Pereira Leal, forte, mais uma vez, na dignidade da pessoa humana.

Dito isso, apenas duas palavras devem ser tratadas sobre o tema alimentos na relação avoenga, dentro da visão democrática do processo civil.

a) os alimentos são recíprocos entre parentes, cônjuges e companheiros - art. 1694 e 1695, CC/02 - respeitado, em todas as hipóteses, o trinômio necessidade-possibilidade; proporcionalidade - art. 1694, §1º e 1703 CC/02 ;

b) a natureza jurídica dos alimentos em sede de Direito de Família: Rolf Madaleno já disse que há duas. Passe-se ao exame delas:

I) Natureza obrigacional - 229, CR/88: os alimentos como obrigação jurídica derivam da autoridade parental (poder parental) e, por consequência, não se aplicam aos avós, exceto quando estiverem exercendo tutela ou curatela dos descendentes. Portanto, a natureza obrigacional é ilimitada e recíproca no parentesco de linha reta de primeiro grau, porque deriva da relação paterno-filial, sendo direito personalíssimo (imprescritível; irrepetível, inalienável; impenhorável etc) e não se pauta apenas no parentesco, mas na autoridade parental. Explica-o, Rolf Madaleno:

"A solidariedade familiar entre pais e filhos é ilimitada e vai ao extremo de exigir a venda de bens para cumprimento da obrigação filiada ao princípio constitucional do direito à vida, dentro da dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 5º, da CF).

Assim, em síntese, (...) viceja uma obrigação alimentar irrestrita, quando cuida de dar sustento, educação, saúde, lazer e formação aos descendentes, enquanto sob o pálio do pátrio poder".

II) O Dever: dependendo de situação fática, é limitado. Então, os avós têm o dever de prestar alimentos, como ensina Rolf Madaleno, ao analisar os alimentos perante o Código Civil de 1916:

"(...) Existe dever alimentar relativo entre cônjuges e de parentes distanciados em grau da sociedade doméstica e (...)

O Código Civil indica quais os parentes obrigados à tutela alimentar, que como referido, existe reciprocamente entre pais e filhos (art. 397, do CC) e na falta destes, os demais ascendentes, na ordem de proximidade do grau de parentesco, assim como na falta dos ascendentes, emana dos descendentes tal dever, observada a ordem de sucessão e por último, os irmãos, germanos ou unilaterais."

Feita a distinção pela natureza jurídica das hipóteses de obrigação e de dever de prestar alimentos entre parentes e assentado que em qualquer delas haverá que se perquerir, sempre, sobre o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, passe-se ao estudo do art. 1698, CC/02, cuja redação inovada deve ser transcrita:

"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 seus respectivos recursos, e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide." (grifamos).

A dúvida reside em saber se o CC/02 quis estabelecer solidariedade entre os parentes obrigados a prestar alimentos. Ora, é primordial este entendimento para saber se o litisconsórcio em questão é facultativo ou necessário, porque a solidariedade não admite presunção e, se a lei a prevê, o litisconsórcio será obrigatório e, assim, caberia a hipótese de chamamento ao processo tanto entre todos os parentes da linha reta ascendente, materna e paterna - art. 1.696 -, quanto da colateral, limitada esta ao segundo grau - art. 1.697.

Isto porque, são características do chamamento ao processo, insculpidas no art. 77, CPC: que a obrigação tenha muitos coobrigados; que o autor não tenha demandado contra todos os obrigados; que o réu pretenda que os demais obrigados estejam na relação processual passiva .

Antes da citada redação, o entendimento majoritário era que os ascendentes de segundo grau não eram devedores solidários. A responsabilidade dos avós era sucessiva e complementar à situação dos pais, na impossibilidade dos mesmos e, por isso, o litisconsórcio se dizia facultativo. Neste mesmo sentido, a jurisprudência do TJSP.

Importante destacar parte do voto do Ministro de Barros Monteiro, relator do acórdão do Resp 70740/SP, do STJ:

"A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação à responsabilidade dos genitores, mas também é complementar para o caso em que os pais não se encontrem em condições de arcar com a totalidade da pensão, ostentando os avós, de seu turno, possibilidades financeiras para tanto."

Pontes de Miranda já tratava do tema ao interpretar o art. 397, CC/16, hoje repetido pelo CC/02, no art. 1696, que preceitua recair a obrigação alimentar sobre os ascendentes mais próximos em grau, uns na falta dos outros. Explica o mestre:

"Por isso que os ascendentes de um mesmo grau são obrigados em conjunto, a ação de alimentos deve ser exercida contra todos, e a quota alimentar é fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentário. Assim, intentada a ação, o ascendente pode opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau".

Preceitua o art. 275 do CC/02 que o credor tem direito de exigir a dívida de um ou mais de um dos devedores solidários, não importando renúncia o ajuizamento da ação apenas contra um dos coobrigados. Assim, cada chamado só responde pela cota que lhe cabe. O entendimento de Sílvio de Salvo Venosa é que a obrigação (dever) é divisível entre os ascendentes mais remotos, de mesmo grau (avós paternos e maternos, p. ex.), portanto não há solidariedade, o que torna facultativo o litisconsórcio. Então a doutrina sobre a nova redação dada pelo art. 1.698:

"Desse modo, atende-se processualmente ao princípio da divisibilidade da obrigação alimentícia, permitindo-se que, no mesmo processo, sejam outros alimentantes chamados a integrar a lide. A lei processual deve traçar normas concretas para possibilitar a eficiência do dispositivo."

Cabe, ainda, uma ressalva: a obrigação é que pode ser ou não solidária, o dever, não. Como os avós têm o dever alimentar e este é limitado, como se viu, pelo trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, eles só poderão ser acionados nos limites de sua possibilidade financeira. Então, não há solidariedade, sendo o litisconsórcio facultativo e, se um dos avós é demandado sozinho, apenas responde nos limites de sua possibilidade. Ao credor caberá a escolha ou, se preferir, poderá acionar todos os ascendentes que tiverem o dever de complementar a pensão que lhe caiba ou de pagá-la, provado o trinômio entre os ascendentes de mesmo grau. Inovou o CC/02 na possibilidade do litisconsórcio no pólo passivo da demanda de conhecimento, desde o seu nascedouro, escolhido pelo credor.

Por último, note-se a patente inconstitucionalidade do art. 1705, do CC/02, que permite ao filho ilegítimo exigir alimentos apenas do genitor, ou seja, ascendente de primeiro grau. Diante da igualdade constitucional entre os filhos, independentemente de sua origem, que é repetida pelo art. 1596, CC/02, os parentes podem pleitear alimentos tendo em vista o parentesco em linha reta e, na linha colateral, até o segundo grau, baseando-se unicamente no trinômio necessidade-possibilidade e proporcionalidade.

## **5 - CONCLUSÃO**

A preocupação do presente artigo se pautou apenas em demonstrar quantos efeitos vem gerando a alteração, realizada pela CR/88, do paradigma da família matrimonializada para a família pautada nos direitos da personalidade, conseqüentemente, dos respectivos efeitos processuais para que a igualdade e a paridade de direitos, baseadas no afeto, ainda seja o liame básico de toda a relação advindo do novos conceitos de núcleos familiares, estendidos na exata proporção dos direitos da personalidade.



## BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Daniele Wahl de. O Direito ao Reconhecimento da Filiação. In: [www.jcsol.com.br](http://www.jcsol.com.br). Disponível em: 29/09/2003.
- CARVALHO NETO, Inácio de. A Transmissibilidade da Obrigação Alimentar. In: [www.gontijo-familia.adv.br](http://www.gontijo-familia.adv.br). Disponível em: 29/09/2003.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Coord.: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.31-56.
- CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro. Teoria, Legislação, Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Coord: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.515-546.
- GEDIEL, Antônio Peres. *Tecnociência, Dissociação e Patrimonialização Jurídica do Corpo Humano*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Coord.: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.57-86.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveria Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- LAWAND, Jorge José. A Ação de Investigação de Paternidade Quando Falecido Suposto Pai. *Novos Aspectos*. In: [www.expressodanoticia.com.br](http://www.expressodanoticia.com.br). Disponível em: 29/09/2003.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família. Aspectos polêmicos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1 e 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Código Civil e o Direito Processual. *Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, n. 19, set./out.2002. p.111-122.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39 ed. revi. E atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NADER, Paulo. *Introdução do Estudo do Direito*. 18 ed. Rio de Janeiro: 2000.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Visitas dos Avós aos Netos*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 13, abr./maio/jun.2002. p.76-84.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de Paternidade e União*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RASKIN, Salmo. *Investigação de Paternidade. Manual Prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Os Avós e a Prestação Alimentar. In: [www.geocities.com/Athens/Partheon/3313/artigo31.aspx](http://www.geocities.com/Athens/Partheon/3313/artigo31.aspx). Disponível em: 29/09/2003.
- SOUZA, Ivone M. C. Coelho de Souza. DIAS, Maria Berenice. *Famílias Modernas: (inter) secções do afeto e da lei*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n.8, jan./fev/mar.2001. p.62-69.
- VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Invalidez do Negócio Jurídico. Nulidade e Anulabilidade*. De acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.6.
- VILELLA, João Baptista. *Modelo constitucional da filiação: verdade & superstições*. In

Revista Brasileira de Direito de Família - n. 2, jul-ago-set/99, Editora Síntese, p. 121 a 142.  
WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de paternidade: legitimação passiva na ação. In  
Revista Brasileira de Direito de Família - n. 2, jul-ago-set/99, Editora Síntese, p. 27 a 36.