

DIREITO SUCESSÓRIO DOS NETOS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA

Gabriel de Souza Passos, CARLIN¹
Eduardo, GESSE²

RESUMO: Esse artigo trata, em princípio, da ação de investigação avoenga e das consequências que ela pode trazer ao direito sucessório dos supostos netos. Para a maior compreensão possível do artigo, primeiramente foi introduzido alguns aspectos da filiação e da ação de investigação de paternidade, pois, principalmente esse último tópico, são necessários para entender a origem da ação de investigação avoenga. Em continuidade, foi tratado da ação de investigação avoenga e posteriormente da sucessão dos descendentes. Com esses dois tópicos, foi possível demonstrar a situação problemática acerca do direito sucessório dos netos, quando o seu pai faleceu primeiro do que o seu suposto avô. Ao final do trabalho foram apresentados dois possíveis fundamentos, um para defender o direito de sucessão dos netos e outro para defender o direito de sucessão dos demais herdeiros. Por fim, é apresentada a conclusão, que traz o melhor posicionamento frente aos dois fundamentos apresentados.

Palavras-chave: Ação de Investigação de Paternidade. Ação de Investigação Avoenga. Sucessão. Descendentes. Analogia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da ação de investigação avoenga proposta pelos netos e também do direito de sucessão dos netos frente ao avô paterno. Para o melhor desenvolvimento do trabalho, foi importante abordar alguns aspectos da filiação, da ação de investigação de paternidade e algumas peculiaridades do direito sucessório dos descendentes.

A escolha desse tema se deu em virtude de uma indagação feita pelo professor de direito civil, na qual foi apresentada a possibilidade de ajuizamento da

¹ Discente do 5º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: gabriel_carlinp@hotmail.com.

² Docente do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Juiz de Direito da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Presidente Prudente. E-mail: gesse@tjst.jus.br. Orientador do trabalho.

ação avoenga e também dois possíveis fundamentos que poderiam viabilizar e inviabilizar o direito sucessório dos netos.

A relevância social desse artigo está atrelada a defesa do direito de sucessão dos netos, na hipótese em que o pai destes, ainda vivo, nega-se a fazer uso da ação de investigação de paternidade. E o objetivo não foge muito da relevância que esse artigo poderia ter que é a proteção do direito sucessório dos netos.

A referência teórico-metodológica usada nesse artigo foi o estudo de doutrinas e de jurisprudências sobre o tema abordado no trabalho.

2 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS DA FILIAÇÃO

A filiação é um tema muito importante e está presente na grande maioria das doutrinas que tratam sobre o Direito de Família. Para começar a tratar desse tópico de uma forma eficiente, o melhor que se tem a fazer é conceituá-lo e a professora Maria Helena Diniz diz que (2011, p. 478):

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

O professor Paulo Lôbo conceitua a filiação da seguinte forma (2009, p. 195):

... é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse do estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim "filiatio", que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Observando os conceitos trazidos acima, é possível dizer que a filiação pode ser dividida em três seguimentos: filiação biológica ou natural; filiação civil; e filiação socioafetiva.

Resumidamente, pode se dizer que a filiação biológica ou natural é aquela que advém do vínculo sanguíneo. Diferente desta, a filiação civil vem da adoção. E a filiação socioafetiva está relacionada à afeição existente entre o indivíduo em desenvolvimento ou já desenvolvido com aquele que o criou.

A professora Maria Helena Diniz classifica filiação em matrimonial e em extramatrimonial, na qual a primeira “se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção...” e a última está relacionada aos filhos que surgem fora dos laços matrimoniais (2011, p. 481).

Dentre essas duas classificações, a matrimonial é a menos problemática, pois ela garante presunção de paternidade, desde que dentro das possibilidades do art. 1.597 do Código Civil. Em cima dessa presunção legal, disserta a professora Maria Helena Diniz que (2011, p. 483):

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em probabilidades, daí estatuir (no art. 1.597) que se presumem matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. Esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601). Firma o Código a presunção de que é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido.

O foco desse artigo será a filiação extramatrimonial, visto que a matrimonial não traz muita discussão no campo da ação investigatória de paternidade.

3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Antes de tratar da ação de investigação de paternidade, é interessante falar um pouco do reconhecimento da paternidade e para tanto, é importante observar os dizeres da professora Maria Helena Diniz (2011, p. 505):

O reconhecimento vem a ser o ato que declara a filiação havida fora do matrimônio, estabelecendo, juridicamente, o parentesco entre pai e mãe e seu filho. Não cria, portanto, a paternidade, pois apenas visa a declarar um fato, do qual o direito tira consequências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo consequências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco.

Esse reconhecimento pode ser obtido de duas formas: voluntariamente ou judicialmente.

Segundo a professora Maria Helena Diniz “o reconhecimento voluntário é, segundo Antônio Chaves, o meio legal do pai, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o status correspondente” (2011, p. 510).

Sobre o reconhecimento voluntário da paternidade é importante dizer que (DINIZ, 2011, p. 510):

É, realmente, ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho; todavia, será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de vontade já está condita na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento.

O reconhecimento voluntário é um ato irretratável e irrevogável e pode ser realizado após o nascimento do menor, por testamento, por escritura pública e outros meios (DINIZ, 2011, p. 513).

O reconhecimento judicial da paternidade se desenvolve de uma forma diferente como é possível ver a seguir (DINIZ, 2011, p. 517):

O reconhecimento judicial de filho resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la. A investigação pode ser ajuizada contra o pai ou a mãe ou contra os dois, desde que se observem os pressupostos legais de admissibilidade de ação, considerados como presunções de fato. Pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (CC, art. 1.615), como, p. ex., o cônjuge do réu (RF, 161:193), seus filhos matrimoniais ou os reconhecidos anteriormente, os parentes sucessíveis ou qualquer entidade obrigada ao pagamento de pensão aos herdeiros do suposto pai.

O professor Marco Aurelio S. Viana diz que (1994, p. 23):

A ação de investigação de paternidade, assim como a ação de investigação de maternidade, está incluída no elenco das ações de estado, tendo como escopo a tutela do estado civil. ela visa à investigação judicial da paternidade, e é por ela que o filho vem a ajuízo esclarecer quem é seu pai.

É importante analisar superficialmente o procedimento da ação de investigação de paternidade e sobre esse tema a professora Maria Helena Diniz diz que (2011, p. 520):

A investigação de paternidade processa-se mediante ação ordinária promovida pelo filho (legitimidade ad causam), ou seu representante legal (legitimidade ad processum), se incapaz (RT, 542:260, 703:60; Bol. AASP, 1.927-381), contra o genitor ou seus herdeiros (TJMG, Adcoas, 1983, n. 88.224; BAASP, 2674: 1822-05) ou legatários, podendo ser cumulada com a de petição de herança (RT, 330:281, 154:127, 738:250, 739:275; RSTJ, 74:204; TJPR, Ag. 432030-3, 11ª C. Cív., rel. Luiz Antônio Barry, j. 24-10-2007), com a de alimentos, que passarão a ser devidos a partir da citação (EJSTJ, 20:170, 23:151; RSTJ, 96:322 e 113:281; RT, 660:96, 615:50; Súmula 277 do STJ) e com a de retificação (STJ, REsp 256.171-RS, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 2-3-2004) ou anulação de registro civil (EJSTJ, 20:169 e 170). Se citado o réu por mandado, vier a contestar o fato e a qualidade de pai, o juiz designa data para audiência preliminar, para obter o acordo das partes. Obtido tal acordo, o juiz o homologa por sentença. Se o acordo não se der, órgão judicialmente deverá sanear o processo, determinando produção de provas. Se porventura, o investigador, maior e capaz, falecer na pendência da lide, seus herdeiros, por terem legítimo interesse econômico e moral, continuarão a ação, salvo se julgado extinto o processo (p. ex., por desistência, finalização sem julgamento do mérito etc.); porém, se morrer antes de tê-la ajuizado, na opinião de muitos faltaria aos seus sucessores legitimatio ad causam (RT 265:261) para movê-la; mas com o novo Código Civil, desde que faleça, menor ou incapaz, seu representante terá legitimação para tanto (CC, art. 1.606 e parágrafo único).

Como é possível ver, a professora Maria Helena Diniz relata resumidamente como se desenvolve o procedimento da ação de investigação de paternidade, mas que obviamente tem muitos outros aspectos, mas que não serão abortados, pois não seriam úteis para o desenvolvimento do artigo.

4 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVOENGA

Como dito no tópico anterior, a ação de investigação de paternidade é usada pelo filho com o objetivo de ter a sua paternidade reconhecida frente ao seu suposto pai.

O professor Marco Aurelio S. Viana diz que: “o Estatuto da Criança e do Adolescente põs, no art. 27, que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo” (1994, p. 66). E completa esse raciocínio dizendo que “a legitimidade ativa é do filho, sendo ele o único titular do ius actionis” (1994, p. 66).

Nesse mesmo sentido, o professor Marco Aurelio S. Viana também diz que (1994, p. 67):

O filho havido fora do casamento poderá a qualquer tempo acionar o pai para ver reconhecida sua filiação.
A ação de investigação de paternidade é privativa do filho. Se ele morre antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficam inibidos de atuar. Têm legitimação para continuá-la, no entanto, se a instância tiver sido instaurada. O direito de ação morre com o filho. Se ele falece sem ajuizar o feito, seus herdeiros não podem atuar. A morte dele pendente lite permite aos herdeiros prosseguir com a ação.

Mas isso que o professor Marco Aurelio S. Viana disse sobre o direito de ação morrer com o filho, só se aplica se esse podia exercê-lo de modo livre e consciente e por isso, se ele for menor ou incapaz e morrer sem ingressar com ação, os seus herdeiros poderiam ajuizá-la, conforme o exposto no art. 1.606 do Código Civil.

Como se pode ver, se o filho era maior, capaz e tinha condição de promover ação de investigação de paternidade em face do seu pai, mas não o faz e vem a morrer logo em seguida, deve se entender que o direito de ação morre com ele. A dúvida que surge a partir dessa situação é se os netos desse pai, interessados em conhecer a sua linhagem ancestral e também interessados economicamente numa possível pensão alimentícia ou direito sucessório, poderiam ajuizar ação de investigação contra o avô?

O professor Cristiano Chaves de Farias defende que (2013, p. 732):

Com base no tratamento constitucional da filiação – impossibilitando a limitação do estado de filiação – é preciso ir mais longe, não se restringindo à hipótese aventada pelo citado dispositivo legal. Assim, afirmamos, com tranquilidade, que o neto detém legitimidade ativa ad causam para promover a investigação contra o seu avô ou avó, independentemente de estar o filho falecido, ou não.

O professor Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 732) chama esse tipo de ação de investigação avoenga. E, brilhantemente, o professor Cristiano ainda sustenta que (2013, p. 732):

Cuida-se de ação promovida em nome próprio pelo neto, defendendo um interesse jurídico próprio, que é a formação do vínculo de parentalidade com o seu avô. Não se trata, a toda evidência, de substituição processual, porque o neto não está pleiteando um direito que pertenceria ao seu, pai, mas a ele mesmo.

Também há provimentos do Superior Tribunal de Justiça a favor da ação de investigação avoenga:

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 destes, visando o reconhecimento judicial da relação. – Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo. (STJ – Resp: 604154 RS 2003/0198071-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 16/06/2005, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 01/07/2005 p. 518 RDR vol. 41 p. 297).

Tem um julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a ação avoenga relativo ao análise de uma ação rescisória:

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 de ação afastada (por maioria). II. Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já estão 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. (STJ – AR 336 RS 1992/0013989, Relator: Ministro ALDAIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 24/08/2005, Órgão Julgador: Segunda Sessão, Data da Publicação: DJ 24/04/2006 p. 343).

E outro julgado do Superior Tribunal de Justiça também relacionado com a ação de avoenga:

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 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par.1º e Art. 1º Par.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 n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem 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 serem 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. (STJ – Resp: 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010).

Como se pode ver no exposto acima, a ação de investigação avoenga é perfeitamente possível no nosso ordenamento.

5 SUCESSÃO ENTRE OS DESCENDENTES

Antes de chegar ao clímax desse artigo, é necessário falar um pouco da sucessão entre os descendentes.

A professora Maria Helena Diniz define sucessão como (2013, p. 25):

Juridicamente o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa. Realmente, ensina-nos Arthur Vasco Itabaina de Oliveira que a “sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais”. A ideia de sucessão gira em torno da permanência de uma relação jurídica, que subsiste apesar da mudança dos respectivos titulares.

Existem dois tipos de sucessão, a testamentária e a legítima ou “ab intestato” (DINIZ, 2013, p. 27). Para esse tópico a sucessão mais relevante é a legítima.

Considerando a ordem de vocação hereditária exposta no art. 1.829 do Código Civil, é possível dizer que os descendentes estão na primeira linha de sucessão.

Sobre a sucessão dos descendentes a professora Maria Helena Diniz expõe (2013, p. 127):

Com a abertura da sucessão legítima, os descendentes do de cujus são herdeiros por excelência, pois são chamados em primeiro lugar, adquirindo os bens por direito próprio (CC, arts. 1.829, I). E, além disso, são herdeiros necessários (CC, arts. 1.845 e 1.846), de forma que o autor da herança não poderá dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens, sob pena de se reduzirem as disposições de última vontade e de se obrigar o donatário a trazer à colação os bens doados. Esses herdeiros sucessíveis da primeira classe constituem-se pelos filhos, netos, bisnetos, trinets, tetranets, etc., excluindo os demais de outras classes, e sucedem ad infinitum, sem distinção de sexo ou idade, desaparecendo o privilégio da varonia ou da primogenitura. Todos herdam em igualdade de condições (CF, art. 227, §6º).

Como se pode ver, os filhos concorrem de forma igual entre eles, independentemente da origem genética, civil ou socioafetiva e por isso, o estabelecimento do vínculo parental através da ação de investigação de paternidade tem força de conferir ao filho os mesmos direitos que os outros descendentes matrimoniais.

Caso um dos filhos faleça antes do pai e deixe netos, é possível que esses netos, através do direito de representação, exposto no art. 1.833 do Código Civil, herdem a parte que seria destinada ao filho falecido.

6 DIREITO SUCESSÓRIO DOS NETOS NA AÇÃO AVOENGA

Para ficar fácil de entender esse tópico e o raciocínio por traz desse artigo, imagine a seguinte situação: “João teve os filhos Otávio, Jurandir e Alessandro. Os filhos Jurandir e Alessandro nasceram de uma relação matrimonial que João teve com Maria. Diferentemente, é o caso de Otávio, que foi concebido por Raimunda através de uma relação extramatrimonial com João. Otávio tem dois filhos, Giovana e Felipe. Jurandir tem dois filhos, Carlos e Fernando. E Alessandro tem uma filha, Joaquina”.

Observando a situação exposta, é notório, que com base no que já foi trazido neste artigo, que há uma relativa presunção de paternidade entre João e os seus filhos, Jurandir e Alessandro. E que não há essa presunção de paternidade entre João e o seu suposto filho, Otávio. O único meio de ter essa suposição de paternidade superada é com a ação de investigação de paternidade.

É possível, que mesmo podendo e sendo maior e capaz Otávio se negue a ajuizar ação de investigação de paternidade contra João e conforme o art. 1.606 do Código Civil, os demais herdeiros de Otávio estariam impedidos de ajuizar a ação contra João.

Embora os netos de Otávio não possam ajuizar ação de investigação de paternidade contra João, é possível que eles ajuízem ação de investigação avoenga contra João, visando o reconhecimento do vínculo biológico entre eles e seu suposto avô.

Até aqui não foi falado na de diferente dos tópicos anteriores, mas o que muda a partir de agora é em relação à sucessão dos bens deixados por João.

Considerando a situação hipotética apresentada acima, é possível vislumbrar quatro outras situações que poderiam derivar daquela: a) se João morresse, Alessandro e Jurandir seriam chamados a sucedê-lo. Otávio não seria chamado, pois ele não quis ajuizar ação de investigação de paternidade em face de João e por isso, não foi reconhecido como filho deste; b) se Alessandro falecesse antes de João, Joaquina, filha do daquele, seria chamada, através do direito de representação descrito no art. 1833 do Código Civil, para receber a herança que o seu pai receberia de João e a outra parte da herança seria de Jurandir. Otávio continuaria sem receber nada, conforme a justificativa já mencionada; c) se Jurandir e Alessandro falecessem antes de João, dever-se-á ignorar a existência de Otávio, pois este não foi reconhecido como filho do “de cujus” e destinar os bens deixados por João para Carlos, Eduardo e Joaquina; d) e se Otávio, Jurandir e Alessandro tivessem morrido antes de João, todos os netos de João, inclusive os filhos de Otávio (que foram reconhecidos como netos de João, através da ação de investigação avoenga) teriam direito a herança deixada por João.

Na situação a, b e c é bem fácil de compreender porque os filhos de Otávio não herdaram o patrimônio deixado pelo seu avô, uma vez que Otávio está vivo e considerando a regra geral, não haveria direito de representação por parte dos seus filhos. Mas seria diferente a explicação, caso na situação a, b e c Otávio tivesse morrido antes de João, pois se considerássemos a regra geral, os filhos de Otávio poderiam receber a herança deixada por João através do direito de representação. No entanto, há um problema aqui, pois Otávio não foi reconhecido como filho de João e isso coloca em dúvida o direito sucessório dos filhos de Otávio em face da herança deixada por João. A situação d é a mais simples dentre as situações e não

apresenta grandes problemas. Para esclarecer a dúvida a cerca do direito sucessório dos filhos de Otávio e supostos netos de João, deve se observar os seguintes fundamentos.

6.1 Analogia com o Filho Indigno

É interessante lembrar, que na ausência de lei, o juiz pode se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para resolver conflitos, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A analogia seria, basicamente, a situação em que se empresta um texto legal inserido em um contexto jurídico, para outro contexto semelhante.

Então, considerando o exposto, por que falar em analogia?

Porque existe no Direito de Sucessão um instituto que exclui o herdeiro da ordem de vocação hereditária, chamado de indignidade e um dos efeitos desse instituto é a personalidade, ou seja, os efeitos da indignidade só recaem sobre o herdeiro considerado indigno, não afetando, portanto, os seus descendentes, conforme o art. 1.816 do Código Civil. De acordo com o que foi exposto acima, Otávio não foi reconhecido como filho de João, pois ele não quis ajuizar ação de investigação de paternidade contra esse e por isso, não herdaria os bens deixados por João. Aplicando a analogia, poderia se utilizar a regra do art. 1.816 do Código Civil e dizer que se deve considerar como se Otávio tivesse morrido e chamar Giovana e Felipe, através do direito de representação, para receber a herança que seria destinada para Otávio.

O que se pode concluir com esse primeiro caminho, é que os filhos de Otávio não seriam privados do seu direito sucessório, só porque Otávio não quis ajuizar ação de investigação de paternidade contra João. E mais, pode se ver que a aplicação da analogia nesse caso, permite a utilização de uma regra mais favorável para os herdeiros, o que corrobora com o rol de direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal.

6.2 Analogia com a Renúncia do Direito Sucessório

O professor Hélio Borghi conceitua renúncia da seguinte forma (1997, p. 19):

De conformidade com os dicionários, renúncia é substantivo feminino que designa ato ou efeito de renunciar, por sua vez o verbo transitivo, que corresponde a rejeitar, recusar, desistir de, renegar, abdicar, abjurar; renunciante e renunciável são seus adjetivos. Assim, com a corrente majoritária dos autores, pode-se conceituar, brevemente, a renúncia como “o ato (jurídico em sentido estrito) ou negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular, de um direito, extingue esse direito”, conforme se aceite ou não a moderna teoria do negócio jurídico em contraposição ao ato jurídico em sentido estrito, assunto bastante, e academicamente, debatido entre os doutrinadores.

Juntando o conceito de renúncia com o de direito sucessório, tem-se o seguinte (BORGHI, 1997, p. 76):

... Especificamente relativa ao Direito das Sucessões, a renúncia refere-se à não aceitação, à rejeição, à recusa, à renegação etc., da herança deixada pelo “de cujus”, de quem o renunciante é o herdeiro, seja legítimo, ou testamentário, como também universal, ou singular (legatário). Assim, “Renúncia da herança pode ser definida como ato pelo qual a pessoa chamada à sucessão de outra recusa aceitá-la”, conforme qualifica Henrique de Carvalho.

Com esses conceitos é possível entender um pouco o que é a renúncia do direito sucessório, mas o que interessa verdadeiramente para esse trabalho é a parte dos efeitos da renúncia. E sobre esse assunto, a professora Maria Helena Diniz diz que (2013, p. 94):

A renúncia, uma vez formalizada, passa a produzir os seguintes efeitos por retroagir ao tempo da abertura da sucessão:

1º) O renunciante é tratado como se nunca tivesse sido chamado à sucessão; conseqüentemente, não será contado para efeito do cálculo da porção disponível do de cujus.

...

3º) Os descendentes do renunciante não herdam por representação na sucessão legítima; porém, se ele for o único da classe ou se os demais desta também repudiarem a herança, seus filhos poderão ser chamados à sucessão, por direito próprio e por cabeça (CC, art. 1.811). Exemplificativamente: se o de cujus apenas tinha dois filhos e netos e um de seus filhos renuncia à herança, a sua parte não será transmitida aos filhos do renunciante;

...

Vale ressaltar, que a renúncia é irrevogável e irretroatável, conforme o disposto no art. 1.812 do Código Civil.

Do mesmo jeito que é possível aplicar a analogia à regra do descendente indigno, com a intenção de proteger o direito sucessório dos netos, também é possível usar analogia com a regra da renúncia ao direito de sucessão. Pois se a paternidade não for reconhecida, o filho também não terá direito à herança do suposto pai e ao se negar a ajuizar ação de investigação de paternidade, o filho estaria, porque não, renunciando a possibilidade de ser considerado herdeiro desse pai. Uma vez que o filho renuncie ao seu direito de sucessão, os seus herdeiros também serão prejudicados, conforme a disposição do art. 1.811 do Código Civil e também o entendimento já apresentado da professora Maria Helena Diniz (2013, p. 95).

Considerando esse fundamento, os netos de João não herdariam.

7 CONCLUSÃO

Em resumo, esse artigo foi elaborado para ressaltar a inovadora utilização da ação avoenga para estabelecer o vínculo biológico ou genético entre avô e neto e também criar um debate sobre o direito dos netos aos bens deixados pelo avô.

Acerca do direito sucessório dos netos em concorrência com demais descendentes deixados pelo avô, incluindo aí, filhos e outros netos, existem dois fundamentos possíveis: a) defendendo o direito sucessório dos netos, esses concorreriam com os filhos e os outros netos deixados pelo avô, independentemente da existência do pai dos netos ou suposto filho do avô, pois este seria ignorado na sucessão dos bens, conforme a interpretação emprestada pelo art. 1.816 do Código Civil; b) defendendo o direito sucessório dos demais herdeiros, a renúncia do pai em buscar a sua origem genética frente ao avô, é equivalente a renúncia do direito sucessório e por isso, aplicar-se-ia o disposto no art. 1.811 do Código Civil que veda a representação dos filhos do pai.

Nenhum dos fundamentos apresenta respaldo na doutrina ou na jurisprudência, para permitir, considerando a situação gerada pelo uso da ação de investigação avoenga, a proteção ou não do direito sucessório dos supostos netos.

Porém, como esse artigo foi feito para defender o interesse dos netos, deve-se utilizar de forma analógica o art. 1.816 do Código Civil, visto que, deve se preservar ao máximo o direito fundamental a herança dos netos, que podem ser prejudicados pelo desdém de seu pai ou de seu avô. E o outro fundamento que poderia fortalecer a aplicação dos efeitos da indignação em favor dos netos, está relacionado ao fato de que a ação avoenga também se baseia em interesse econômico e sem a possibilidade da sucessão por parte dos netos, essa ação perderia o interesse.

Conclui-se que o melhor é aplicação analógica do disposto no art. 1.816 do Código Civil, para o fim de ignorar a existência do pai dos netos e garantir a estes o direito sucessório em face do espólio do avô.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGHI, Hélio. **Da renúncia e da ausência no direito sucessório**. São Paulo: LEUD, 1997. 358 p.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código Civil (2002). **Lei nº 10.508 de 2002**. Brasília: Senado, 2002.

_____. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (1942). **Lei nº 4.657 de 1942**. Brasília: Senado, 1942.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Ação Rescisória nº 336 – RS 1992/0013989. Autor: R A T e Outros. Réu: A M B B e Outros. Relator: Ministro Aldair Passarinho Junior. Brasília, 24 de agosto de 2005. Jusbrasil – Jurisprudência. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7163115/acao-rescisoria-ar-336-rs-1992-0013989-2/inteiro-teor-12890149>. Data do acesso: 27. ago. 2017. 15h30.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Recurso Especial nº 807849 - RJ. Recorrente: M S de O e Outros. Recorrido: I M D A e Outros. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 06 de agosto de 2010. Jusbrasil – Jurisprudência. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial->

resp-807849-rj-2006-0003284-7/inteiro-teor-19135905. Data do acesso: 27. ago. 2017. 15h30.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. Recurso Especial nº 604154 – RS 2003/0198071-2. Relator: HUMBERTO GOMES DE BARROS. Brasília, 16 de junho de 2005. Jusbrasil – Jurisprudência. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7225132/recurso-especial-resp-604154-rs-2003-0198071-2-stj>. Data do acesso: 27. ago. 2017. 15h30.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 5 : direito de família. 26. ed., ref. São Paulo: Saraiva, 2011. 667 p.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 6 : direito das sucessões. 26. ed., ref. São Paulo: Saraiva, 2013. 496 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de Direito Civil**: volume 6: famílias. 5ª. ed., ref. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013. 1.096 p.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 411 p.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da ação de investigação de paternidade**: anotações à lei n. 8.560/92. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 152p.