

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

PEDRO FURLANI DA CONCEIÇÃO

**LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVERIGUAÇÃO
OFICIOSA DE PATERNIDADE**

Juiz de Fora
2011

PEDRO FURLANI DA CONCEIÇÃO

**LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVERIGUAÇÃO
OFICIOSA DE PATENIDADE**

**Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à Comissão de Monografia
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharelado.**

**Orientador: Professor Israel Carone
Rachid.**

Juiz de Fora
2011

PEDRO FURLANI DA CONCEIÇÃO

**LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVERIGUAÇÃO
OFICIOSA DE PATERNIDADE**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Israel Carone Rachid (Orientador) - UFJF

Prof. Flávia Lovisi Procópio de Souza -UFJF

Prof. Isabela Gusman Ribeiro do Vale - UFJF

Juiz de Fora, 30 de novembro de 2011.

Agradeço à minha família, fonte inesgotável de amor e incentivo. Agradeço também aos mestres da Faculdade de Direito da UFJF, em especial ao professor Israel Carone Rachid, orientador do presente trabalho, por estar sempre disposto a doar um pouco de sua sabedoria na construção de novos conhecimentos. Por fim, agradeço aos amigos da 2ª Promotoria de Justiça, por compartilhar experiência e conhecimento no dia a dia do ofício.

RESUMO

O presente estudo aborda a questão dos limites da atuação do Ministério Público no âmbito da averiguação oficiosa de paternidade. Demonstra a evolução histórica e normativa do direito à filiação, e conceitua os institutos relacionados à concretização deste direito. Tendo em vista a lacuna legislativa na Lei 8560/92 - que não deixa claro se, em sede de averiguação oficiosa, a indicação da paternidade é uma obrigatoriedade ou uma faculdade materna, e tampouco delinea os limites dos poderes ministeriais para a atuação neste procedimento administrativo -, traça uma solução constitucional à problemática, visando o atendimento do direito à filiação do menor, corolário da dignidade da pessoa humana, sem que isso signifique violar o direito à intimidade da genitora, o que somente poderá se dar a partir de uma ponderação dos princípios em jogo, feita da ótica de cada caso concreto, pontualmente. Trata ainda o presente estudo da possibilidade de reconhecimento de paternidade pelo genitor perante o membro do *Parquet*, que deve ser viabilizada, em razão da função promocional dos direitos fundamentais e da atuação extrajurisdicional resolutiva desenvolvida pelo Ministério Público, decorrência de suas prerrogativas constitucionais.

Palavras-chave: *Direito à filiação. Averiguação Oficiosa de Paternidade. Obrigatoriedade da indicação paterna pela genitora. Limites da atuação do Ministério Público. Direito à intimidade. Reconhecimento de Paternidade. Ministério Público Resolutivo. Função Promocional.*

ABSTRACT

This study brings the question of the limits of the performance of the Prosecution in the officious inquiry of paternity. Shows the historical and normative evolution of the right of filiation, and conceptualizes the institutes related to the realization of this right. In front of the legal gap in law 8560/92 – that does not make clear if in the officious inquiry, the statement of paternity is an obligation or a faculty of the mother, nor delineates the limits to the powers of the Prosecution to work in this administrative proceeding - draws a constitutional solution to the problem, aiming to materialize the right of filiation of the child, a corollary of human dignity, without this meaning a violation of the mother's right to privacy, which can only happen from a weighing of the principles in collision, made from the optic of each case. Yet, the present study deals with the possibility of paternity recognition by the father before the prosecutor, which must be made possible, due to the fundamental rights promotional function and the resolving extra jurisdictional performance developed by the prosecutor, consequence of its constitutional prerogatives.

Key Words: *Right of filiation. Officious inquiry of paternity. Obligatoriness of paternity indication by the mother. Limits to the prosecution acting. Right to Privacy. Paternity Recognition. Resolutive Prosecution. Promotional Function.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO À FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
1.1 CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	9
1.2 DECRETO LEI 4737/42, LEI 883/49 E LEI 6.515/77.....	11
1.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
1.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, LEI DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL	13
1.5 DIREITO À FILIAÇÃO: CONCEITO E NOVAS PERSPECTIVAS.....	15
2 AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE.....	18
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES: RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....	18
2.2 A AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE, SEU PROCEDIMENTO E A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	19
3 LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE.....	25
3.1 QUANTO À OBRIGATORIEDADE (OU NÃO) DA AVEIGUAÇÃO DIANTE DA NEGATIVA MATERNA EM INDICAR A PATERNIDADE.....	25
3.1.1 TESE DA OBRIGATORIEDADE DA INDICAÇÃO PATERNA.....	26
3.1.2 TESE DA FACULTATIVIDADE DA INDICAÇÃO PATERNA.....	28
3.1.3 SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL: PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO.....	31
3.2 QUANTO À POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE PERANTE O PROMOTOR DE JUSTIÇA.....	38
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar limites aplicáveis à atuação do Ministério Público, quando da averiguação oficiosa de paternidade – procedimento administrativo preliminar com o objetivo de colher elementos para interposição de ação investigatória de paternidade pelo órgão ministerial -, seja na hipótese da omissão materna no ato de fornecer referidos elementos, indicando a paternidade, seja na possibilidade ou não de se proceder ao reconhecimento da paternidade perante o Promotor de Justiça, previamente ao ajuizamento da ação; em ambos os casos, se objetiva a concretização, com maior segurança e estabilidade, do direito à filiação, indisponível, cuja tutela e proteção constitucionais são atribuídas ao próprio *Parquet*.

A situação de insegurança surge como consequência das lacunas legislativas existentes na Lei de Investigação de Paternidade, que não indica a extensão dos poderes ministeriais para a condução do procedimento administrativo. Assim, a resposta somente poderá ser obtida por uma interpretação feita à luz dos princípios constitucionais que estão em jogo, quais sejam o da intimidade da genitora, e o da filiação do menor, que deverão ser ponderados no caso concreto.

A legislação da paternidade não conduz à interpretação de que a indicação paterna pela genitora será uma obrigatoriedade em todo o caso – autorizando o agente ministerial a se sobrepor à mãe do menor, buscando esta informação por meio de diligências diversas, prescindindo-se assim da presença materna na averiguação; outro lado, tampouco a lei conduz à interpretação de que se trata o ato de indicação paterna uma faculdade materna, ou uma condição de procedibilidade à averiguação. Não obstante, ambas as teses são defensáveis, pelo que urge se encontrar uma solução que, pautada na Constituição Federal, consolide o melhor entendimento.

No que tange ao reconhecimento de paternidade feito na Promotoria de Justiça, esta não é uma das formas do ato de reconhecimento arroladas na lei de paternidade; assim, busca-se responder se a mera ausência de previsão expressa seria óbice para a adoção de referido procedimento no âmbito das promotorias.

A justificativa para esta pesquisa está na necessidade de se conferir maior segurança à concretização da garantia constitucional à filiação, visto que,

diante da lacuna legislativa, cada agente ministerial tem atuado à sua maneira; busca-se assim uma padronização procedimental à averiguação, um norte a ser utilizado pelos Promotores, orientação essa que somente pode ser obtida se respeitados os preceitos constitucionalmente estabelecidos.

A metodologia empregada baseia-se em pesquisas bibliográficas nas áreas de Direito de Família, Direito Processual e Direito Constitucional, sites da Internet, artigos jurídicos, consultas à doutrina, legislação e jurisprudências, com a finalidade de abordar as diversas posições sobre o assunto, apontar a lacuna normativa e indicar uma solução constitucionalmente viável para o problema apresentado.

Esta monografia foi estruturada em capítulos. O primeiro traz um breve histórico da evolução do direito à filiação no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo matrimonial-patrimonialista Código Civil de 1916, que restringia o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, até o advento da Constituição Cidadã de 1988, com edição posterior de normas infraconstitucionais que aboliram a discriminatória classificação dos filhos quanto à origem, equiparando-os em todos os direitos, inclusive o direito à filiação, conceituado no final do capítulo, que passa a ter uma orientação voltada à realização da dignidade da pessoa humana.

O segundo apresenta sucintamente as formas de reconhecimento de paternidade e o instituto da averiguação oficiosa de paternidade, procedimento administrativo criado pela Lei de Investigação de Paternidade com o objetivo de concretizar o direito indisponível à filiação daqueles filhos concebidos fora do casamento; é abordado todo o seu procedimento e a legitimidade ativa do Parquet para interpor ação de investigação de paternidade em favor desses menores.

O terceiro e último capítulo aborda o tema central desse estudo, qual seja os limites da atuação do Ministério Público no âmbito da averiguação oficiosa de paternidade, diante da lacuna legislativa acerca do tema. Primeiramente, discorre-se sobre a hipótese de a mãe se negar a informar acerca da paternidade de seu filho, discutindo se se trata de uma obrigação ou uma faculdade materna referida indicação, e as formas pelas quais o *Parquet* poderia atuar para suprir esta omissão; em um segundo momento, aborda-se a possibilidade de reconhecimento de paternidade por termo subscrito na presença do Promotor de Justiça, que não obstante a inexistência de previsão legal expressa, é prática comumente adotada pelos órgãos ministeriais.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO À FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Código Civil de 1916

Para de se definir um conceito hodierno do direito à filiação no Brasil, mister será a retrospectiva histórica e normativa do mesmo, de forma a melhor compreender, a partir de sua evolução até aos patamares atuais, a transição de seu núcleo, que passa do estritamente legal, atrelado à condição matrimonial dos pais - e conseqüente exclusão dos filhos que não possuíam tal origem -, à filiação igualitária, sem distinções de origem da filiação, baseada em um vínculo sócio-afetivo.

Anteriormente ao advento do Código Civil de 1916, vigia entre nós a legislação Portuguesa relativa ao tema, disposta nas Ordenações Filipinas, vigente mesmo após a Proclamação da Independência e a Promulgação da Carta de 1824, por força de lei editada pela Assembléia Constituinte, que estendia sua aplicação ao território nacional. Ao tratar da filiação, as Ordenações Filipinas a classificam, em seus próprios termos, como uma espécie de *“favor concedido aos filhos e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros”*, excluindo-se da proteção jurídica os filhos espúrios - entendidos como aqueles não oriundos de relação matrimonial, ou seja, ilegítimos -, também nos termos, da legislação, *“porque quanto aos espúrios (cujos pais conforme o Direito não se consideram), hão de decorrer as suas más qualidades”* (Livro II, Título XXXV, § 12).

O Código Civil de 1916 acabou por herdar esta odiosa distinção, não obstante alguma discussão doutrinária, no sentido de se afastar o tratamento discriminatório. Dessa feita, o projeto primitivo, da autoria de Clóvis Beviláqua, não a previa, tendo sido as disposições discriminatórias inseridas após sua tramitação no Congresso Nacional. Fundava-se o Códex Civil em uma concepção patrimonial e matrimonialista, conforme ensina Leoni Lopes de Oliveira: *“a consagração do matrimônio monogâmico e a concepção de família fundada no vínculo material – influência decisiva do direito canônico – transformaram por completo a situação jurídica dos filhos não matrimoniais, os quais se converteram assim indiretamente em vítimas das medidas adotadas para combater as relações extramatrimoniais e*

proteger a instituição do casamento” (1995, p.82). A lógica do ordenamento de então se preocupava com a transmissão de patrimônio, que era organizada pelo matrimônio – havendo confusão deste com o próprio conceito de família -, e deveria concentrar-se e manter-se nesse núcleo familiar, o que acabou por autorizar que o direito de filiação se fundasse na existência da relação matrimonial entre os pais, negando-se aos filhos nascidos fora do casamento, conseqüentemente, qualquer tipo de proteção. Assim, o Código Civil de 1916 adotou a filiação conforme a origem, isto é, considerava filhos legítimos aqueles havidos na constância do casamento, e ilegítimos aqueles advindos de relações extramatrimoniais; os ilegítimos, a seu turno, dividiam-se em naturais – nascidos de pais não impedidos de se casar -, e espúrios – nascidos de pais impedidos de se casar -, que por sua vez se subdividiam em adulterinos, quando o impedimento decorria do casamento, e incestuosos, quando o impedimento decorria do parentesco entre os pais.

Via de consequência, pelo sistema adotado pelo Código Civil de 1916, nos termos dos artigos 355¹ e 358², o reconhecimento de paternidade, mediante ato voluntário ou via Judiciário, se destinava exclusivamente aos filhos ilegítimos, ou seja, nascidos de pais não casados, visto que os filhos de pessoas casadas, legítimos, contavam com a presunção de paternidade, dispensando o reconhecimento. Dessa feita, o filho de uma mulher não casada tinha de ser reconhecido voluntariamente por seu genitor, ou diante de sua negativa, ter a paternidade investigada, fundamentando o pedido em uma das hipóteses previstas no artigo 363³ do então vigente Código. No entanto, filhos incestuosos e adulterinos – ou espúrios -, não poderiam sequer ter a paternidade investigada, e mesmo que desejasse proceder ao reconhecimento, o genitor não poderia fazê-lo, em face da vedação legal, sendo o ato de reconhecimento, nestes casos, nulo - tamanha era a discriminação no tratamento dos filhos.

Doutrinariamente, não faltaram críticas, na época, à manutenção do modelo discriminatório. Clóvis Beviláqua, à frente de seu tempo, e inconformado com a latente injustiça do modelo, que estigmatizava os filhos extramatrimoniais,

¹ **Art. 355.** O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjuntas ou separadamente.

² **Art. 358.** Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

³ **Art. 363.** Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - Se o tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

escreveria, então, que considerava *“estranha justiça a dessa sociedade que, com disfarçado cinismo, subverte os princípios mais sagrados da responsabilidade humana, fazendo do réu a vítima e da vítima o réu, condenado a expiar inexoravelmente a pena de um delito que não cometeu”*. (BEVILÁQUA apud CRUZ, 2001, p. 22)

1.2 Decreto Lei 4737/42, Lei 883/49 e Lei 6.515/77

Com o advento das Constituições democrática de 1934 e polaca de 1937, doutrina e jurisprudência passaram a discutir a recepção dos dispositivos do Código Civil referentes à filiação, havendo posições pontuais por sua não recepção, tendo prevalecido, contudo, o entendimento pela manutenção da classificação discriminatória dos filhos. A mudança deste paradigma começou a ser notada a partir da legislação infraconstitucional, primeiramente a acidentária e a previdenciária, que, nas matérias em que tratavam do tema, igualaram os filhos na condição de beneficiários, desconsiderando sua origem e reservando-lhes tratamento indistinto.

Relativamente ao reconhecimento do direito à filiação propriamente dito, o início da consolidação da mudança do entendimento da primazia patrimonial-matrimonialista, defendido pelos juristas conservadores, se deu a partir do Decreto-Lei 4737/42⁴, que representou uma vitória do entendimento dos liberais, passando-se a permitir o reconhecimento de filhos extraconjugais, desde que houvesse a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite. A Lei 883/49⁵, a seu turno, estendeu o direito à perfilhação para qualquer situação de extinção da sociedade conjugal - abrangendo a situação de morte do cônjuge virago e de anulação do casamento -, o que deu solução aos embates doutrinários e jurisprudenciais que existiam anteriormente à sua edição acerca da possibilidade dessa extensão. No entanto, o reconhecimento do filho extraconjugal em qualquer hipótese só se tornou plenamente possível com as alterações à Lei 883, levadas a cabo pela edição da Lei

⁴ **Art. 1º.** O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.

⁵ **Art 1º.** Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

6515/77⁶, quando se passou a permitir pela primeira vez, expressamente, o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento pelo homem casado.

1.3 Constituição Federal de 1988

A Constituição Cidadã de 1988 foi o grande marco do rompimento com a estrutura discriminatória da filiação que vigia previamente à sua promulgação. Acolheu-se a isonomia do tratamento jurídico entre os filhos, de forma expressa, como se depreende da leitura do artigo 227, § 6º⁷. Tratava-se de acolhida de preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸, bem como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁹, que já previam o tratamento igualitário dos filhos, nascidos dentro ou fora do casamento. Desvincula-se a filiação, plena e definitivamente, do tipo de relação familiar mantida pelos genitores, vedando-se, assim, qualquer obstáculo à determinação de vínculo filiatório.

Acerca dessa mudança de paradigma, narram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 538):

“A partir do Texto Maior de 5 de outubro, todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independente de sua origem ou da situação jurídica de seus pais (CF, art. 227, § 6º). Trata-se, sem dúvida, de norma princípio paradigmática, servindo para eliminar todo e qualquer tipo de tratamento discriminatório (bastante comuns no sistema do Código Civil de 1916, que optou por conferir privilégios ao filho nascido de um casamento). Com isso, afastou-se também do campo filiatório os privilégios concedidos a uma, ou outra, pessoa em razão da simples existência do casamento. Foram afastadas, em síntese apertada, as discriminações perpetradas contra os filhos de pessoas não casadas.”

Note-se ademais que, com o advento da Carta Maior, o direito à filiação passa a fundar-se axiologicamente na dignidade da pessoa humana - fundamento da República, previsto em seu artigo 1º, III -, sendo compreendido, assim, como instrumento de realização pessoal e garantidor da personalidade humana,

⁶ **Art 51** - A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 1º, Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável".

⁷ **Art. 227, §6º.** Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸ **Artigo XXV. 2.** A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

⁹ **Artigo 17 – Proteção da família. 5.** A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

colocando-se um termo final na compreensão patrimonialista das relações entre pais e filhos, sobre a qual se baseava o direito à filiação anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, e que autorizava a postura discriminatória no tratamento da filiação.

1.4 Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei da Investigação de Paternidade e o Novo Código Civil.

Fértil foi o período pós Carta Magna de 1988, em termos de produção legislativa relativa ao direito de filiação, corrigindo-se, com inescusável atraso, as injustiças que imperavam nas relações paterno-filiais até então.

Com o intuito de dar efetividade à previsão constitucional, editou o legislador infraconstitucional a Lei nº 8.069, de 1990, conhecida por Estatuto da Criança e do Adolescente. Referido Estatuto, fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, confere o dever à família, à sociedade e ao Poder Público de concretizar, relativamente a todas as crianças e adolescentes, os direitos inerentes a uma vida digna, de forma prioritária, a fim de lhes possibilitar o desenvolvimento físico, psicológico, moral e social adequados. Dentre estes direitos, indissociáveis à realização da pessoa humana, encontra-se o direito à filiação, consagrado pelo artigo 26 do Estatuto¹⁰, que permite o reconhecimento dos filhos, por distintos instrumentos, independentemente da origem da filiação, reiterando-se assim o rompimento com a antiga estrutura discriminatória e patrimonialista. O artigo 27 do mesmo diploma legal¹¹ vai adiante e concede à filiação as características da indisponibilidade e da imprescritibilidade, definindo-a como direito personalíssimo, características estas inexistentes na sistemática anterior, e que conferem maior densidade e efetividade ao direito de filiação, que é tornado imune ao decurso do tempo e à própria autonomia da vontade.

Para concretizar de forma procedimental o direito à filiação, que já se encontrava consolidado, editou o legislador a Lei nº 8.560 de 1992, conhecida por Lei

¹⁰ **Art. 26.** Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

¹¹ **Art. 27.** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

da Investigação de Paternidade, ou pelo pejorativo nome de “lei dos bastardinhos”, que sepultou definitivamente as disposições relativas à discriminação da filiação do Código Civil de 1916, e passou a regular o reconhecimento e a investigação de paternidade. Com efeito, a lei passou a permitir, expressamente, o reconhecimento, irrevogável, dos filhos havidos fora do casamento, estabelecendo, em seu artigo 1º¹², as formas para tanto, quais sejam: na ocasião do registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular, por testamento, ou por manifestação expressa e direta perante o juiz. Prevê ainda a legislação, em seus artigos 5º¹³ e 6º¹⁴, de forma expressa, a proibição da menção na certidão de nascimento da natureza e origem da filiação, coadunando-se assim com o entendimento consolidado pela Constituição Federal de 1988 e extirpando-se até o menor dos resquícios da discriminação em sede de filiação. Prevê a Lei da investigação de Paternidade, ainda, o procedimento da averiguação oficiosa de paternidade, e da participação do Ministério Público na tutela da filiação, como legitimado ativo para a propositura de investigação de paternidade, o que será melhor elucidado em capítulo adiante.

Por fim, com a edição da lei 10.406 de 2002, que instituiu o Novo Código Civil Brasileiro, quanto à sistemática do tratamento da filiação e de seu reconhecimento – dispostos do artigo 1596 ao 1617 -, não foi apresentada significativa inovação, restringindo-se o novo diploma legal, basicamente, à recepção e reprodução de dispositivos já previstos anteriormente, tanto na Constituição Federal quanto nas normas infraconstitucionais supracitadas. Desse modo, foi marcado o novo paradigma constitucional da filiação, de fundamento na dignidade da pessoa humana, com a superação de toda e qualquer forma de tratamento discriminatório.

Ressalte-se que, não obstante referida superação, manteve-se como resquício uma forma de distinção entre os filhos, relativa à presunção de paternidade do filho nascido na constância do casamento, que é aplicável somente no caso do

¹² **Art. 1º** O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

¹³ **Art. 5º** No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

¹⁴ **Art. 6º** Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

matrimônio. Tal distinção é criticável diante da existência de pluralidade de núcleos familiares – ao exemplo da união estável -, às quais a Constituição garante especial proteção, de forma indistinta. Estar-se-ia assim categorizando os filhos, que se originários de uma relação matrimonial, diante da presunção, podem exigir, automaticamente, seus direitos, enquanto os originários de uma união estável, a seu turno, necessitam do reconhecimento dos pais, que se não for espontâneo, demandará decisão judicial, o que não coaduna com a opção constitucional da não discriminação e da proteção à união estável.

1.5 Direito à filiação: conceito e novas perspectivas

Vencida a exposição da evolução normativa do direito à filiação no Brasil, pode-se delimitar de forma mais nítida um conceito para o direito ora em análise. Conforme já demonstrado, como consequência do sistema discriminatório da filiação estabelecido pelo Código Civil de 1916 - legislação fundamentada em uma concepção patrimonialista, que centralizava o instituto do casamento em todo o Direito de Família -, somente os filhos oriundos do casamento poderiam exercer plenamente os direitos decorrentes da filiação, e se encontravam em situação evidente de privilégio, configurando-se um verdadeiro escalonamento hierárquico entre os filhos, a depender de sua origem. Tal postura discriminatória só foi definitivamente derrotada com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, que expressamente vedou qualquer tipo de discriminação relativamente aos filhos, passando a entender o direito à filiação como uma das manifestações de seu fundamento máximo, a dignidade da pessoa humana, sendo a filiação concebida, dessa forma, como elemento de garantia da dignidade do homem, seu desenvolvimento, realização de sua personalidade, e construção de sua identidade, o que a legislação infraconstitucional posterior pormenorizou e consolidou.

Do exposto, infere-se que, diante a virtuosa opção constitucional, são características do novo direito à filiação: *“(i) a filiação tem de servir à realização pessoal e ao desenvolvimento da pessoa humana (caráter instrumental do instituto, significando que a filiação serve para a afirmação da dignidade do homem); ii) despatrimonialização das relações paterno-filiais (ou seja, a transmissão de patrimônio é mero efeito da filiação, não marcando sua essência); iii) a ruptura entre*

a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais” (TEPEDINO apud FARIAS & ROSENVALD, 2010, p. 540).

Superada a fase do sistema filiatório clássico, de concepção estritamente legal e matrimonial da filiação, e tendo sido seu novo fundamento estabelecido na dignidade da pessoa humana, se voltam doutrina e jurisprudência, na tentativa de sua conceituação, às diversas formas como esta filiação se manifesta.

São três os diferentes critérios para a determinação da filiação: primeiro, o legal ou jurídico, que se funda na presunção relativa imposta pelo Código Civil aos filhos de pais casados; segundo, o biológico, oriundo do vínculo genético; e terceiro, o socioafetivo, que advém dos laços de amor e solidariedade entre as pessoas que estabelecem relação paterno-filial.

Assim, a filiação legal decorre da presunção de que pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, e pressupondo-se sua fidelidade, o filho da mulher casada, gerado na constância do casamento, será de seu marido – o que é extraído dos brocados romanos *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias) e *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa). Tal presunção jamais poderá ser absoluta, como já o foi no passado, cabendo, dessa forma, prova em contrário, e impugnação da filiação mediante ação própria, nos termos do artigo 1601 do Código Civil¹⁵.

Através da faceta biológica da filiação, a seu turno, se determina a filiação com base na carga genética do indivíduo, de obtenção facilitada pelos avanços científicos que conduziram ao exame de DNA, amplamente difundido. Oferece uma certeza científica quase absoluta, de forma técnica, e por isso sua adoção isolada é criticada, eis que não leva em consideração o debate de aspectos inerentes à filiação, tais como o emocional e o afetivo, por exemplo, sendo, em razão disto, insuficiente.

Por fim, na compreensão da filiação socioafetiva, se funcionaliza a figura do pai, que passa a ser alicerçada na construção cotidiana e pública de uma relação de respeito recíproco, compreendida no terreno da afetividade – cindindo-se, em razão disto, os conceitos de genitor (aquele que fornece a carga genética) e pai

¹⁵ **Art. 1.601.** Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

(aquele que cria, cuida, ama), enfraquecendo-se o critério estritamente biológico da filiação.

De frente a esta multiplicidade de feições que a filiação pode assumir, cabe ressaltar que não há, entre elas, prevalência ou hierarquia, visto que o critério mais adequado a ser adotado, em observância ao melhor interesse da criança, dependerá das circunstâncias de cada caso concreto. Por exemplo, numa situação em que o pai se recusa, injustificadamente, ao reconhecimento da paternidade, e não mantém nenhuma convivência com o filho, a filiação biológica deve imperar, mesmo que atenda somente às necessidades alimentares do menor. Ao contrário, quando há reconhecimento voluntário do filho de outrem, tendo-se conhecimento deste fato, na chamada “adoção à brasileira” - estando presente a afetividade no tratamento, de forma pública e cotidiana, como se próprio filho fosse -, se sobreporá o critério socioafetivo no embate com o biológico, seja por seus benefícios morais e psicológicos à formação do menor, seja para o atendimento às suas demandas alimentares, que devem ser supridas pelo pai socioafetivo.

Em conclusão, diante de todo o exposto, temos que a definição da filiação deve se libertar, primeiramente, da clássica concepção que a associava ao vínculo matrimonial, e posteriormente, de sua ligação ao vínculo biológico estrito – que considera pai ou mãe apenas os progenitores -, devendo abarcar o conceito da filiação socioafetiva. Definem Farias e Rosenthal, *in verbis* (2010, p. 542):

“Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal”.

2. AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE

2.1. Noções Preliminares: Reconhecimento de Paternidade

Para a compreensão do instituto da averiguação oficiosa de paternidade, mister será o estabelecimento de alguns conceitos relativos ao reconhecimento da paternidade, na sistemática atual.

A concretização da paternidade se dá, dentro do matrimônio, por uma presunção legal, não necessitando assim, da manifestação da vontade dos pais; quando não ocorrida no casamento, por outro lado, a paternidade se configurará juridicamente mediante o reconhecimento da paternidade, que pode se dar de forma voluntária – ou seja, de forma espontânea, desejada, sem constrangimento – e de forma coativa – mediante decisão judicial, obtida através do ajuizamento de ação de investigação de paternidade. Assim, quando voluntário, o reconhecimento é *“ato pelo qual o pai, a mãe ou ambos, declaram o vínculo que os une ao filho nascido, conferindo-lhe o status familiae correspondente”* (FARIAS & ROSENVALD, 2010, p. 598). Conforme disposto nos diplomas normativos relativos à filiação atualmente vigentes, a exemplo do artigo 1.613 do Código Civil¹⁶, trata-se de ato livre e voluntário, irrevogável e irretratável, puro e simples - não se submetendo a termo, encargo ou qualquer modalidade que objetive restringir o reconhecimento filiatório. Trata-se ainda de ato personalíssimo, que somente pode ser feito pelo próprio pai, e unilateral, salvo nos casos de filho maior, quando, em obediência ao artigo 4º da lei 8560/92¹⁷, está condicionado ao consentimento deste, tornando-se, conseqüentemente, ato bilateral. Quanto à sua natureza jurídica, maioria doutrinária a situa como exemplo de ato jurídico *stricto sensu* - eis que gera consequências jurídicas previstas em lei, desejadas pelos interessados, sem qualquer regulamentação da autonomia privada – que produz efeito *erga omnes* e retroativos à data da concepção, sendo verdadeira confissão do vínculo jurídico de paternidade.

Quanto às formas de reconhecimento voluntário, são amplas as possibilidades, por força da lei 8.560/92. O reconhecimento dos filhos será feito,

¹⁶ **Art. 1.613.** São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

¹⁷ **Art. 4º.** O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

conforme dispõe o artigo 1º de referida lei¹⁸, a princípio, pelo registro de nascimento, por ato do pai e da mãe, isolada ou sucessivamente; por escritura pública; por escrito particular, a ser arquivado em cartório, manifestando intenção inequívoca de reconhecimento; por testamento, em quaisquer de suas formas, ainda que incidentalmente manifestado; por fim, por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que contém. Diante da amplitude de possibilidades expressas pela legislação, que teve objetivo claro de facilitar a realização do direito de filiação - insculpido na dignidade da pessoa humana, protegida constitucionalmente -, hodiernamente entende-se que todas as formas de reconhecimento devem ser facilitadas e estimuladas, prescindindo de homologação judicial, e produzindo seus efeitos legais por si só.

Não ocorrendo o reconhecimento voluntário, e havendo o registro apenas da maternidade da criança, o oficial do cartório remeterá ao juiz a certidão de nascimento, iniciando-se dessa forma a averiguação oficiosa de paternidade - pormenorizada no próximo item -, que em linhas gerais se trata de procedimento administrativo que se situa entre o reconhecimento voluntário – possibilitando-se, mediante notificação do pai (indicado pela genitora no ato de registro) para oitiva judicial, o reconhecimento voluntário da paternidade, durante o curso da averiguação - e o coativo – eis que, não havendo o reconhecimento voluntário, e havendo elementos suficientes, com base nesta averiguação tentará o Ministério Público ação de investigação de paternidade em favor do menor, em substituição processual.

2.2. A averiguação oficiosa de paternidade, seu procedimento e a legitimidade ativa do Ministério Público.

Principal inovação trazida pela nova sistemática do direito à filiação, e de clara inspiração na legislação civilística portuguesa¹⁹, o instituto da averiguação oficiosa de paternidade, no direito brasileiro, é estatuído pelo artigo 2º de Lei

¹⁸ **Art. 1º** O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

¹⁹ **ARTIGO 1864º** (Paternidade desconhecida) Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai.

8.560/92²⁰. Trata-se de procedimento administrativo com o intuito de regularizar, de forma célere e econômica, o reconhecimento de paternidade dos menores cujo registro consta apenas a maternidade – não abrangendo os filhos maiores, por força do artigo 4º do mesmo diploma legal, que exige, para tanto, seu consentimento, consoante já explicitado.

Não obstante sua natureza jurídica de procedimento administrativo, não possuindo caráter judicial, conta a averiguação oficiosa de paternidade com a presença do magistrado, que o preside. Referido procedimento é prévio, no qual se procede a inquirições e verificações com o objetivo de se fornecer elementos e materialidade para posterior ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público, nos termos do artigo 2º, § 4º da Lei 8560/92²¹.

O procedimento se inicia, consoante determinação legal, com a remessa, pelo oficial do registro, da certidão de nascimento do menor, quando constar apenas a maternidade. Trata-se de ato obrigatório, não havendo disponibilidade para o oficial, eis que, conforme leciona Leoni Lopes de Oliveira, “*ao dispor que ‘o oficial remeterá’, a norma nos leva a interpretar como obrigatória a remessa*” (1995, p.103). O mandamento legal deverá ser interpretado de forma extensiva, eis que a genitora pode não possuir informações suficientes acerca da paternidade do menor, ou não querer revelar o nome do suposto pai, e não obstante, a certidão deverá ser remetida ao juiz, não sendo referidos dados paternos requisitos essenciais para o prosseguimento da averiguação. Nesse sentido, José Aparecido da Cruz, para quem “*o Oficial do Registro Civil, mesmo não apurando junto ao declarante o nome do suposto pai, deverá remeter a certidão integral do registro ao juiz, com os poucos dados que tiver. Eis que o juízo, instaurando-se o procedimento de averiguação oficiosa, poderá supri-lo quando da ouvida da genitora do menor, conforme preceitua as disposições do §1º do art. 2º da Lei 8560/92*” (2001, p. 62).

Discutiu a doutrina acerca do juízo competente para o trâmite da averiguação, tendo prevalecido o entendimento de que este se dará nas varas cíveis, e onde houver especialização, nas varas de registros públicos, dada a

²⁰ **Art. 2º** Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação.

²¹ **Art. 2º, § 4º** Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, **o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.**

finalidade do procedimento, que visa à averbação do registro de nascimento. *A priori* não poderia se dar no juízo da família, sob pena de se violar o princípio da imparcialidade do juiz, para quem uma posterior ação de investigação de paternidade, fundada nos elementos obtidos em averiguação pelo mesmo presidida, poderia ser distribuída, configurando-se formação antecipada de convicção, anteriormente ao exercício do contraditório.

Recebida a certidão de nascimento pelo juiz da vara de registros públicos, este deverá, também obrigatoriamente, nos termos do artigo 2º, § 1º da lei ora em análise²², instaurar a averiguação oficiosa, podendo, se entender pela necessidade de complementação da qualificação paterna informada pela genitora no ato de registro, notificá-la - mediante qualquer meio idôneo, via postal ou oficial de justiça - para oitiva, em depoimento perante o juiz, reduzido a termo, oitiva esta que se dará, nos termos da lei, “*sempre que possível*” – expressão que deve ser entendida não como hipótese de disponibilidade total da oitiva pelo juízo, mas, sim, se relacionando com a possibilidade materna de comparecer, que não existirá quando esta não estiver em condições de se locomover, acometida de doença, por exemplo.

Mandarará ainda, o juiz, notificar – aqui se falando em notificação, e não citação, visto tratar-se de procedimento administrativo, e não demanda judicial -, “*em todos os casos*”, e “*independentemente do estado civil*”, o suposto genitor, para que este, em exercício do contraditório, tutelado constitucionalmente, se manifeste acerca da paternidade que lhe é imputada; nesta oitiva, poderá o indicado pai reconhecer espontaneamente a paternidade, determinando o juiz a averbação do reconhecimento em cartório, nos termos do artigo 2º, § 3º da Lei de Investigação de Paternidade²³, em observância ao artigo 1º, inciso IV da mesma lei; poderá ainda o pretense pai não comparecer à audiência ou negar a paternidade que lhe é atribuída, quando, em respeito ao § 4º do supracitado artigo²⁴, os autos serão remetidos ao Ministério Público, para que este, em havendo elementos suficientes, intente ação de investigação de paternidade - com base na averiguação-, ou

²² **Art. 1º § 1º** O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

²³ **Art. 2º § 3º** No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

²⁴ **Art. 2º § 4º** Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

proceda a diligências no sentido de angariar elementos de convicção, podendo ainda, na inexistência de elementos suficientes, diante da inviabilidade da ação de investigação de paternidade, proceder ao arquivamento da averiguação, que por sua vez poderá ser desarquivada a qualquer momento, diante do surgimento de novos elementos.

O rito da averiguação seguirá, assim, da forma mais simplificada possível, e em segredo de justiça, conforme o artigo 2º, § 2º da lei²⁵, culminando na intervenção ministerial no procedimento administrativo, tema que será pormenorizado no capítulo adiante. Dessa feita, o *Parquet* atua no procedimento averiguatório tanto como *custus legis*, durante o seu trâmite - mormente nos casos em que houver reconhecimento paterno perante o juiz, em respeito ao disposto no artigo 109 da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/73)²⁶ -, quanto como legitimado ativo, em substituição processual, quando findo o procedimento com elementos suficientes para o ajuizamento da investigação de paternidade. Em ambos os casos poderá o Ministério Público, amparado na previsão constitucional do artigo 129, inciso VI²⁷, realizar diligências, seja por meio de ofícios e notificações, seja por meio de serviço externo realizado por seus oficiais, entre outros meios idôneos, objetivando a instrução da averiguação.

Acerca da supracitada legitimidade ativa do *Parquet* para o ajuizamento de Investigação de Paternidade, esta foi questionada em sede de Recurso Extraordinário, de numeração 248.869/SP²⁸, tendo decidido o Supremo

²⁵ **Art. 2º, § 2º** O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

²⁶ **Art. 109.** Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

²⁷ **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: **VI** - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

²⁸ **EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.** 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do

Tribunal Federal por sua constitucionalidade, em um julgado paradigmático acerca do tema. A decisão recorrida entendia pela ilegitimidade do Ministério Público, diante da ofensa ao direito à intimidade materna, atuando o órgão ministerial, nesse caso, não para promover interesses públicos coletivos ou difusos – sua função primordial-, mas para atender a interesses particulares, protegendo um direito de característica eminentemente individual, apenas pela condição de hipossuficiência econômica da parte; caberia, assim, às Defensorias Públicas a assistência jurídica nesses casos. Desconstruindo esta tese, o Ministro Relator, em um esclarecedor voto, afirma que a legitimidade ministerial decorre exatamente da previsão constitucional do artigo 127, caput²⁹, combinado com o artigo 129, IX³⁰, que devem ser interpretados ampliativamente, de forma a conferir ao *Parquet* a atribuição de defesa dos direitos indisponíveis. O direito à filiação possui a característica de indisponibilidade, que decorre de seu fundamento na dignidade da pessoa humana, e não bastante, de previsão legal expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente nesse sentido, sendo do interesse de toda a sociedade a sua tutela; o fato de o direito ser individual, além de seu caráter *a priori* particular, não obstarão sua tutela pelo agente ministerial, eis que trata-se a filiação de direito de personalidade, com efeitos

bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 248.869/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento de 07/08/2003, publicado no DJU em 12/03/2004).

²⁹ **Art. 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

³⁰ **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: **IX** - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

patrimoniais. Conclui o eminente Ministro, após esta construção hermenêutica, estar autorizada a atuação do Ministério Público, em razão de seus fins institucionais, pela via da substituição processual – agindo o *Parquet* em nome próprio, na defesa de interesse alheio -, nas ações de investigação de paternidade, sendo constitucional artigo 2º, § 4º da Lei 8560/92.

3. LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE

3.1 Quanto à obrigatoriedade (ou não) da averiguação diante da negativa materna em indicar a paternidade

Exposto o fundamental acerca da evolução do direito à filiação, e delimitado o instituto da averiguação oficiosa de paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, parte-se efetivamente à proposta do presente estudo: quais seriam os limites da atuação do Ministério Público, quando do trâmite do procedimento preliminar que embasará a ação de Investigação de Paternidade? Tais limites não foram traçados pela legislação que instituiu a averiguação oficiosa, o que acarreta tratamento diferenciado do procedimento, a depender da interpretação da instituição ou mesmo dos agentes estatais que cuidam desta tramitação, mormente as Promotorias de Justiça Curadoras da Família. Busca-se, assim, um critério que possa ser utilizado de forma comum, objetivando a padronização do tratamento do procedimento no âmbito dos Ministérios Públicos dos diversos entes federativos, que seja compatível com os preceitos constitucionais, eliminando-se a disparidade de tratamentos conferidos ao instituto. Isso porque se lida com um direito fundamental, o da filiação, indissociável da realização plena da dignidade humana, assaz delicado, merecedor de tutela protetiva diferenciada, que jamais poderia ficar a mercê da eventualidade da distribuição e da interpretação do agente estatal que o recebe, ora lhe tratando favoravelmente, ora prejudicialmente. Em resumo, o presente trabalho visa o estabelecimento de um entendimento uniforme da extensão da atuação ministerial, de forma a adequá-la tanto aos deveres institucionais que a Constituição Federal concede ao *Parquet*, quanto com os direitos fundamentais colidentes *in casu*.

A lei 8.560/92 prevê, em seu artigo 2º - no qual define os papéis dos sujeitos envolvidos na averiguação oficiosa da paternidade - em seu §1º, que cabe à genitora apontar ao oficial do registro civil, e posteriormente ao juízo, se necessário, a identidade do genitor de seu filho, indicando ainda elementos qualificadores deste; a legislação, todavia, é omissa no que se refere à obrigatoriedade ou disponibilidade desta declaração, e quanto às possíveis consequências da não declaração, no que tange à responsabilização materna pela omissão ou a possibilidade de utilização de

medidas coercitivas para obter a informação acerca da paternidade. O que se questiona, assim, é se na averiguação oficiosa estaria o Ministério Público autorizado a diligenciar para averiguar a paternidade sem o consentimento e a colaboração materna, utilizando-se de qualquer meio legal necessário para tanto, ainda que isso signifique devassar a intimidade e a vida pessoal da genitora em seu meio social, ou se a atuação ministerial dependeria da provocação e colaboração da genitora no sentido de proceder à averiguação. Em suma, trata-se de uma faculdade ou de uma obrigatoriedade a identificação paterna, e quais são as consequências de cada uma das alternativas, de forma a delimitar a atuação do *Parquet*? A solução jurídica para o presente vácuo legislativo será encontrada na ponderação dos direitos fundamentais em colisão, quais sejam, a intimidade materna e o direito à filiação do menor, conforme exposto adiante.

3.1.1 Tese da obrigatoriedade da indicação paterna

Quando do advento da Lei 8.560/92, parca doutrina discutiu acerca dos limites da atuação ministerial nas averiguações oficiosas de paternidade, entendendo, em sua maioria, pela obrigatoriedade do curso da averiguação, independentemente da colaboração materna, assim como ocorre no direito português (por disposições de seu Código Civil³¹ e de sua legislação de Organização Tutelar de Menores³²). Nesse sentido, Leoni Lopes de Oliveira, para quem “*o procedimento de averiguação deve prosseguir (...), independentemente da colaboração ou não da mãe do menor*” (1995, p.114), em decorrência da indisponibilidade de referido direito.

Corroborando com a tese, o atual Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, João Francisco Moreira Viegas, em artigo escrito à época em

³¹ **ARTIGO 1865º** (Averiguação oficiosa) 1. Sempre que possível, o tribunal ouvirá a mãe acerca da paternidade que atribui ao filho. 2. Se a mãe indicar quem é o pai **ou por outro meio chegar ao conhecimento do tribunal a identidade do pretense progenitor**, será este também ouvido. 3. No caso de o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registro. 4. Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, **o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade**. 5. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação.

³² **SECÇÃO VI - Averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade - Artigo 202º (Instrução) - 1** - A instrução dos processos de averiguação oficiosa para investigação de maternidade ou paternidade ou para impugnação desta **incumbe ao curador, que pode usar de qualquer meio de prova legalmente admitido e recorrer a inquérito**.

que atuava como Promotor de Justiça, publicado na revista *Justitia*, do Ministério Público paulista, defronte à pergunta: “*A oposição do representante do filho incapaz ao seu reconhecimento importa em fator impeditivo ao ajuizamento da investigatória pelo Ministério Público?*”, responde que “*Esta oposição é fator inteiramente indiferente ao Ministério Público, eis que age em razão do interesse público do estabelecimento dos vínculos de filiação e não em favor dos interesses do particular*”, atentando, ainda, que “*a paternidade e a maternidade literalmente deixaram de ser uma questão de estado para se transformarem numa questão de Estado, perdendo sua característica de direito personalíssimo*” (1995, p.106).

Houve, inclusive, quem entendesse ser passível, como consequência de sua omissão, a incidência, contra a genitora, da suspensão ou mesmo da perda do poder familiar – denominado, à época, pátrio poder. Nesse sentido, Carlos Gilberto Menezello Romani, Promotor de Justiça, que no mesmo ano e na mesma publicação supracitados, argumenta que, ao se omitir do dever de indicar o nome do suposto pai, a genitora põe seu interesse pessoal acima do interesse do próprio filho, e rompe com a paridade existente entre os pais, abstraindo-se da figura paterna, assim, o direito ao pátrio poder. Tal conduta tratar-se-ia de evidente abuso, com consequências irremediáveis à formação da personalidade do menor, pelo que:

“Por consequência deve a mesma ser advertida nos termos do artigo 129, inciso VII, do ECA, de que sua atitude omissiva poderá gerar suspensão do pátrio poder nos termos do artigo 394 do Código Civil, através do procedimento contraditório previsto no artigo 155 e seguintes, 129,X e 22 e 24, todos do ECA.” (1995, p.54)

Entendimento nesse sentido – menos gravoso, registre-se - é adotado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, para o qual, conforme dispõe seu Manual de Orientação Funcional, em seu item 296³³, seria obrigatório o prosseguimento da averiguação oficiosa, mesmo diante da negativa materna; não há indicação no manual, contudo, de formas de se obter, por meio diverso, a indicação da paternidade.

³³ **Item 296. b)** nos procedimentos administrativos de averiguação oficiosa da paternidade, intervém o Ministério Público no interesse do incapaz; **c)** o procedimento administrativo de averiguação oficiosa da paternidade revela a indisponibilidade do direito do incapaz, e ainda que a mãe não queira declinar quem seja o suposto pai, não pode dispor do direito de averiguação oficiosa;

A tese da obrigatoriedade perde força, contudo, diante do fato de não prever a legislação da paternidade, expressamente, nenhuma sanção ao silêncio materno quanto à paternidade, ainda que voluntário e imotivado, o que conduziria ao entendimento pela facultatividade, como se exporá adiante.

3.1.2 Tese da facultatividade da indicação paterna

Segundo entendimento que advoga em sentido contrário ao acima exposto, a obrigatoriedade da alegação da paternidade para a genitora na averiguação oficiosa de paternidade – desconsiderando-se sua presença e autorizando-se, nos casos de negativa e omissão materna, diligências, com o objetivo de obter prova da paternidade por outros meios, além da aplicação de sanções visando coagi-la a apontar referida paternidade -, defronte a sistemática constitucional, não poderia prosperar, eis que configuraria afronta à proteção, garantida pela Constituição Federal, à privacidade e intimidade da genitora. É exatamente como prevê o Código Civil argentino³⁴, que, em respeito à intimidade materna, situa sua autorização como condição de procedibilidade à averiguação oficiosa. Assim, no direito brasileiro, da perspectiva constitucional – eis que a legislação não faz expressamente nenhuma menção - a atuação ministerial na averiguação de paternidade deveria sofrer limitação, em respeito ao direito à intimidade, individualidade e vida privada da genitora, insculpido no artigo 5º, X da Constituição Federal, somente atuando o *Parquet* quando autorizado por esta. Em breves linhas, assim define-se o direito à intimidade, conforme expõem Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“(…) é um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular” (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, apud MENDES, COELHO & BRANCO, 2007, p.370)

³⁴ **Art. 255.** En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente **si media conformidad expresa de la madre para hacerlo.**

Ressalte-se que é dificultoso o estabelecimento de parâmetros que distingam a privacidade da intimidade, como assevera Manoel Jorge e Silva Neto:

“Não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, doenças, aventuras amorosas, até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos. Cogitando-se de direito à intimidade, menciona-se a porção mais escondida da individualidade da pessoa. Logo, tudo que puder ser mantido na esfera do segredo pessoal é tutelado pelo direito à intimidade. Subtrair ao conhecimento público o que se atém à porção secreta da pessoa é o modo encontrado para respeitar a individualidade do ser humano” (2006, p. 190).

Assim, diante de uma situação de omissão materna, não estaria o Estado, por meio do Ministério Público, sempre autorizado a desconsiderar e se sobrepor à genitora, buscando, por meios alternativos - invasivos de sua privacidade, ou mesmo coativos -, obter a informação necessária para o prosseguimento da averiguação oficiosa, o que poderia configurar, em última análise, um odioso controle estatal da vida privada, amorosa e sexual da mulher. Entender-se-ia, assim, ser a alegação da paternidade não uma obrigatoriedade, mas uma faculdade materna quando da instauração do procedimento averiguatório. Nesse sentido, Farias e Rosenvald:

Afigura-se-nos de clareza solar, no entanto, o fato de que o procedimento depende da vontade do interessado. Em outras palavras, apesar de se tratar de ato obrigatório para o oficial, dependerá da vontade da genitora declarante, uma vez que, no garantismo constitucional, estão preservadas a sua intimidade e a sua vida privada. (2010, p.606)

Na mesma linha, também Zeno Veloso, para quem *“a mãe não pode ser obrigada, quando registra o nascimento de seu filho, a declarar quem é o genitor”* (VELOSO, apud FARIAS & ROSENVALD, 2010, p.607).

Ainda abarcando referido entendimento, em sede jurisprudencial, quando do debate da constitucionalidade da legitimidade ativa do Ministério Público nas ações de Investigação de Paternidade, em Recurso Extraordinário supracitado, o Supremo Tribunal Federal incidentalmente debateu e decidiu acerca da participação materna em sede de averiguação oficiosa, entendendo o Ministro Mauricio Corrêa, então relator, que *“Em qualquer hipótese, impõe-se essencial a iniciativa materna de indicar o pretense pai, preservando-se, dessa forma, o caráter personalíssimo igualmente reconhecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*

ao direito à filiação. Assim, desde que provocado pela representante legal do menor interessado, in casu, a mãe, pode e deve o Ministério Público, havendo elementos suficientes, propor a ação de investigação de paternidade”. Acrescenta o eminente Ministro:

Conveniente registrar que não se está a reconhecer uma legitimação ampla e absoluta ao Ministério Público, que não pode ao seu alvedrio e por atuação *ex-officio* promover uma verdadeira devassa social em busca dos pais de filhos havidos fora do casamento e não reconhecidos voluntariamente. (STF, RE 248.869-1/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento de 07/08/2003, publicado no DJU em 12/03/2004)

Registre-se que, em sede de normatização interna do âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais, as respectivas corregedorias vêm optando pela tese da facultatividade, conforme se depreende da leitura do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do TJ-PR³⁵ e da Consolidação Normativa – Parte Extrajudicial, do TJ-RJ³⁶.

Como mais um exemplo da adoção da tese da facultatividade materna, surge o Provimento de nº 12 do Conselho Nacional de Justiça, publicado como consequência do Projeto Pai presente, lançado pela Corregedoria do CNJ, que estabelece medidas a serem adotadas pelos juízes e tribunais brasileiros para reduzir o número de pessoas sem paternidade reconhecida no país. Seu objetivo é identificar os pais que não reconhecem seus filhos e atender efetivamente a finalidade precípua da Lei 8.560/92, visto que, conforme dados fornecidos pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), órgão do Ministério da Educação (MEC), mais de 3,8 milhões de pessoas com menos de 18 anos ainda têm a lacuna da paternidade no registro de nascimento³⁷. Referido provimento

³⁵ **15.2.18** – Em registro de nascimento de menor somente com a maternidade estabelecida, o registrador indagará à mãe sobre a paternidade da criança, esclarecendo-a quando à **facultatividade**, seriedade e fins da declaração, que se destina à averiguação de sua procedência. **15.2.18.7** – **A mãe não é obrigada a indicar o nome do suposto pai**; todavia, é dever do registrador orientá-la quanto à importância dessa indicação para preservar os direitos da criança (por exemplo, direitos sucessórios e de percepção de alimentos). Se houver recusa, será lavrado termo negativo.

³⁶ **Art. 746.** Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, a mãe poderá, **se quiser**, declarar o nome do suposto pai para averiguar a paternidade. Os dados do suposto pai não constarão do registro, mas sim do Termo de Alegação de Paternidade, que formará procedimento administrativo de averiguação oficiosa, obedecendo as seguintes regras...

³⁷ Informação disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-11/cnj-cria-regra-tribunais-aumentem-reconhecimento-paternidade>. Acesso em 10/11/2011.

estabelece a anuência materna com condição de procedibilidade, sem a qual a averiguação não poderia ser iniciada ³⁸.

Data venia, o entendimento da facultatividade, ao privilegiar demasiadamente a intimidade materna, também não poderia prosperar. Isto porque, concedendo-se à genitora a faculdade do apontamento paterno, e conseqüentemente a disponibilidade plena relativamente à averiguação, estar-se-ia suprimindo totalmente, a seu turno, o direito à filiação do menor, inerente a sua dignidade. A tese da facultatividade confunde a titularidade do interesse da averiguação oficiosa, que não é da genitora, mas do menor, interesse este presumido, eis que, ao menos em tese, o reconhecimento da paternidade sempre virá em seu benefício. Dessa forma, não obstante ser a genitora representante do menor, eventual interesse seu poderia colidir com o do menor, pelo que se autorizaria o Ministério Público a atuar no sentido de protegê-lo, incapaz que é para, por si só, fazer valer esse seu direito indisponível, de ter a filiação reconhecida. Ademais, a alegação da proteção à intimidade nem sempre poderá prevalecer, eis que, conforme conceitualmente se expôs acima, referida proteção estaria autorizada quando há violação de assuntos pessoais, próprios do titular, decorrentes de situações que somente dizerem respeito ao indivíduo, que em virtude disso deseja mantê-los para si, discricionariamente. Tal não ocorre na hipótese analisada, na qual a decisão de se manter a informação no âmbito íntimo implica conseqüências jurídicas a um outro indivíduo, nesse caso o menor, a quem será negado o direito de realização plena de sua filiação, e conseqüentemente de sua dignidade.

3.1.3 Solução constitucional: ponderação no caso concreto

Como encontrar uma solução que atenda e proteja ambos os princípios constitucionais em jogo, quais sejam o direito à intimidade e o direito à filiação, sem que a escolha de um signifique o atropelo do outro? A complexidade do caso reside no fato de o direito à filiação do menor ser decorrência de sua própria formação e de sua concepção, que se origina num momento de intimidade e privacidade da

³⁸ **Artigo 4º** Caso atenda à notificação, compareça perante o ofício/secretaria judicial e forneça dados suficientes para o chamamento do genitor, a mãe do menor ou interessado (se maior de 18 anos e capaz) sairá intimada (o) da data da audiência designada para a manifestação do suposto genitor; **§ 1º** A anuência da genitora do menor de idade é indispensável para que a averiguação seja iniciada. E se o reconhecido for maior de idade, seu consentimento é imprescindível.

genitora, cujo conhecimento público, dada sua própria natureza, é reduzido. A genitora, conseqüentemente, é a única que pode, com certeza, indicar o genitor, com quem manteve relações sexuais - em um momento de intimidade -, possibilitando-se com isso a concretização do direito à filiação, sendo dificultosa a obtenção desse indício probatório inicial, que guiará a averiguação, por outros meios. Estão, assim, ambos os direitos em análise indissociavelmente ligados, e a plena proteção de um invariavelmente significa a quase total supressão do outro.

A solução será encontrada a partir da observância de um dos princípios instrumentais orientadores da interpretação constitucional, qual seja o princípio da concordância prática ou da harmonização. Tal princípio assevera que, na hipótese de colisão entre bens constitucionais, deve ser dada a preponderância aos valores de maior peso no caso concreto, sem que, contudo, haja o sacrifício total dos demais. Ensina J.J. Gomes Canotilho que:

Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Continua o ilustre constitucionalista português:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens. (2003, p.1225)

Referida orientação, que deriva do princípio da unidade da Constituição - segundo o qual deve o intérprete considerar a Constituição como um sistema unitário, formador de um todo harmônico - nos remete ao método da ponderação, que se aplica quando do conflito entre dois princípios de ordem constitucional, usualmente de diferentes titulares. Consoante ensina Robert Alexy, *“Direito fundamentais como princípios são mandamentos de otimização (...), normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível”* (2005, p.339); dessa forma, princípios são normas que revelam valores, apresentando alto grau de abstração, constituindo

por isso mandados de otimização; tais normas são realizáveis quantitativamente, em maior ou menor grau, possuindo aplicação de múltiplas formas, a depender do caso concreto. Dessa forma, feita a ponderação, sopesados os valores em jogo, no contexto de um caso concreto, um princípio não necessariamente exclui o outro; há a preponderância de um - aquele com maior dimensão na análise in concreto - sobre o outro, sem que haja sacrifício total deste último, em respeito à harmonização.

Tal ponderação será concretizada utilizando-se como instrumento o postulado da proporcionalidade, que, no ordenamento brasileiro, foi incorporado como faceta substancial do devido processo legal. Tal postulado subdivide-se nos subprincípios da adequação – que *“exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir o objetivo pretendido”* (MENDES, COELHO & BRANCO, 2007, p.322) –, necessidade – que significa que *“nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”* (MENDES, COELHO & BRANCO, 2007, p.322), e por fim, proporcionalidade em sentido estrito – pelo qual *“Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”* (CANOTILHO, 2003, p.270). Neste último aspecto, encontrar-se-ia a ponderação, que conforme Alexy, significa *“a otimização relativamente às possibilidades jurídicas”*, que diz que *“Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”* (2005, p.339). Seria assim o postulado da proporcionalidade instrumento hábil para solução de conflitos entre princípios constitucionais, no qual deverá haver cedência recíproca, de forma proporcional, evitando-se uma eliminação ou supressão total de qualquer um deles.

Diante de todo o exposto, na hipótese ora em análise, ponderando-se o direito à filiação do menor – corolário da dignidade da pessoa humana – e o direito à intimidade materna - relativamente à sua vida privada e seus relacionamentos amorosos-, o primeiro deverá preponderar sobre o segundo; entretanto, jamais poderá fazê-lo absolutamente, afastando totalmente sua incidência. Devem ser referidos preceitos constitucionais harmonizados, de forma que, como resultado de sua ponderação, e sua incidência no caso concreto, não haja sobrepujamento total de um sobre o outro. Dessa feita, ao optar-se por uma perquirição forçada da paternidade, em todos os casos, estar-se-ia anulando o direito à privacidade materna, não sendo medida de ponderação recomendável, ao desrespeitar a

proporcionalidade em sentido estrito; a seu turno, incidir-se-ia no mesmo desrespeito à ponderação, se se optasse por uma facultatividade ampla da genitora, em qualquer situação, quanto à averiguação, hipótese na qual estar-se-ia anulando o direito à filiação do menor. Nenhuma das duas generalizações – tanto a favorável à intimidade quanto a favorável à filiação – se presta a realizar adequadamente os princípios constitucionais em jogo, pelo que se conclui que a melhor saída será avaliar cada averiguação oficiosa, isolada e concretamente, de forma a encontrar solução, via ponderação, que observe tanto a intimidade materna quanto a filiação do menor, na maior medida possível, e sem a supressão total de um ou de outro, ponderação esta que ficará a cabo, quando do envio do procedimento administrativo ao Ministério Público, do Promotor de Justiça que o assumir. Quando o fizer, o Promotor deverá sempre buscar uma saída que atenda o melhor interesse da criança – o que não significa, necessariamente, obrigar a genitora a indicar o pai do menor –, sem olvidar do direito fundamental à intimidade materna, buscando em todo caso a participação colaborativa da genitora, na busca da melhor realização possível da paternidade.

Tal compreensão é decorrência da interpretação do artigo 2º, § 4º da Lei de Investigação de Paternidade – que dispõe que “*o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, **havendo elementos suficientes**, a ação de investigação de paternidade*” – à luz dos preceitos constitucionais em jogo, e das funções institucionais do órgão ministerial. Dessa feita, o agente ministerial, ao mesmo tempo em que deve fomentar a realização do direito indisponível à filiação, deverá fazê-lo nos limites da intimidade materna, direito fundamental, o que só poderá ser ponderado na peculiaridade de cada caso concreto. O legislador não indicou, quando da elaboração da Lei da Investigação de Paternidade, que a perquirição da paternidade deveria ser obrigatória ou facultativa, em todos os casos: primeiro, pois não previu sanção à genitora omissa; segundo, porque não previu a concordância desta como condição de procedibilidade à averiguação; diante desse impasse, o único caminho interpretativo que resta, da perspectiva constitucional, e em observância ao dispositivo legal supracitado, é o que leva à conclusão de que o legislador intentou oferecer ao *Parquet* autonomia e liberdade em sua atuação, para realizar, defronte o caso concreto, o direito à filiação, que preponderará, na melhor medida possível, sem, todavia, suprimir totalmente a intimidade materna.

A título de exemplo, sendo a concepção decorrência de um estupro, jamais poderia o *Parquet* investigar a paternidade contra a vontade materna, até mesmo porque a perquirição criminal do ato depende da vontade materna nesse sentido, em defesa de sua intimidade, sendo a ação penal pública condicionada à representação, como se depreende da leitura do Código Penal³⁹. Da perspectiva do melhor interesse do menor, que benefício poderia à criança haver em um reconhecimento forçado do pai biológico, estuprador de sua própria mãe?

Da mesma forma, se manifestando a genitora no sentido de que outra pessoa assumiu a posse de estado de pai, tratando, provendo, e fornecendo afeto ao menor, como se genitor fosse, ainda que não seja pai - biologicamente falando -, poderia a averiguação oficiosa ser afastada, de forma a permitir um processo de adoção, para formalizar a paternidade socioafetiva, o que, da perspectiva do melhor interesse do menor, configurará um relacionamento paterno-filial muito mais benéfico, se comparado às possibilidades que lhe oferece o pai biológico - que o rejeitou, não obstante tenha tido a oportunidade do reconhecimento da paternidade e da convivência com o filho.

Outro lado, decorrência do despreparo psicológico que muitas mães se encontram, mormente logo após o nascimento de seus filhos, estas podem confundir os sentimentos que nutrem pelos pais de seus filhos, e por vezes utilizarem os menores para atingi-los – não revelando, para tanto, a identidade paterna quando da averiguação -, seja como forma de se vingar do fim do relacionamento, mágoa pelo abandono, medo de ter de dividir a convivência do menor com seu genitor, ou por qualquer outra razão de caráter psicológico-emocional. Tais motivos jamais poderiam autorizar o não prosseguimento da averiguação, não sendo suficientes para tanto, pois configurariam abuso da intimidade materna, em prejuízo da filiação; por vezes, o suposto pai sequer sabe da existência do menor, pelo que não se poderia tolher-lhe a oportunidade de reconhecer a paternidade do menor, a pretexto de se resguardar a intimidade materna.

Outra hipótese é a de a genitora ter, a certa altura do procedimento administrativo, fornecido o indício probatório, um início de prova, necessário para a

³⁹ **TÍTULO VI: DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - CAPÍTULO I: DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – Estupro: Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. **CAPÍTULO IV: DISPOSIÇÕES GERAIS - Ação penal: Art. 225.** Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

perquirição da paternidade – ou seja, ter indicado o nome do suposto pai, seja no cartório, seja em juízo, ou no próprio Ministério Público -, quando não se poderia autorizá-la, a seu bel-prazer, em momento posterior, desistir do prosseguimento da averiguação; isto porque, num primeiro momento, consentiu com a mitigação de sua intimidade, e voltar atrás sem um motivo justificante configuraria uma arbitrariedade, a pretexto de uma suposta proteção da privacidade. Revelado o indício da paternidade, estaria possibilitada uma perquirição, ainda que por meio de outras diligências efetuadas pelo órgão ministerial, feitas sempre da forma menos invasiva possível; por exemplo, requisitando-se informações de entes públicos ou privados, ou ainda notificando o genitor, para comparecer à Promotoria, fornecer informações pessoais e declarar acerca da paternidade que lhe é imputada, reconhecendo-a ou não. Nessas hipóteses, em que a averiguação não poderia ser afastada, poder-se-ia proceder, caso necessário, “à nomeação de curador especial ao incapaz (CPC, art. 9º), na hipótese de colisão de interesses com a sua genitora” (FARIAS & ROSENVALD, 2010, p.607).

Em todo caso, se o agente ministerial entender que, diante do caso concreto, a presença da genitora é indispensável para a formação probatória, que será fundamento da ação de investigação de paternidade a ser intentada posteriormente – sendo, portanto, a participação materna um “*elemento essencial*” desta ação -, poderia determinar seu arquivamento, haja ou não indicação paterna inicial. Isso porque, conforme alerta Romani, “*O grau de dependência probatória a que se submete o filho na circunstância de recusa materna da revelação do suposto pai é enorme, gerando uma submissão de sua pretensão em potencial ao reconhecimento do estado de filiação a fatos externos que não envolvem diretamente a sua pessoa, mas aqueles que o geraram*”, pelo que, “*Não havendo colaboração da mãe, a conseqüência imediata será o enfraquecimento probatório, que gerará a insuficiência de argumentos para intentar uma ação indubitavelmente temerária e, ao invés de gerar benefícios, gerará prejuízos à própria criança*” (1995, p. 49/50). Sem a presença da genitora, a prova pericial do exame de DNA fica comprometida, assim como a prova testemunhal - pois as testemunhas são usualmente por ela conhecidas e indicadas-, o que, a rigor, tornaria inefetiva a ação intentada pelo *Parquet*. Ainda nesse sentido, o mesmo Romani, para quem deve “*haver a iniciativa e consenso da mãe, que, se não colaborar com a Justiça para*

esclarecer os fatos e apontar o suposto pai, tal ação está fadada ao insucesso” (1995, p.49).

Daí a importância de a promotoria atuar de forma conjunta com a genitora, quando essa se manifestar contrariamente ao prosseguimento da averiguação da paternidade. Deverá o agente ministerial exercitar todo seu poder de convencimento, a partir do diálogo – e nunca da coação -, indicando à genitora os benefícios que o reconhecimento da paternidade trará ao menor, objetivando contar com a sua colaboração e, assim, evitar ações temerárias, tendentes a fracassar. Recomenda-se, para tanto, uma estrutura própria no interior dos Ministérios Públicos, orientada exclusivamente à atuação na averiguação oficiosa de paternidade, que permita a efetiva concretização do direito à filiação – incluindo centros operacionais com atuação restrita às averiguações, com oficiais, psicólogos e assistentes sociais, todos voltados à feitura de diligências e ao atendimento das mães (o que, infelizmente, está longe da realidade enfrentada no dia-a-dia dos Ministérios Públicos Estaduais, mormente nas comarcas interioranas).

Observe-se que a liberdade de atuação do Promotor de Justiça, nesse caso, não é absoluta, visto que o arquivamento da averiguação oficiosa, em tese, deveria sofrer controle do Conselho Superior do Ministério Público, analogamente ao que ocorre quando do arquivamento dos autos de inquérito civil público. Não obstante, na prática, essa orientação não vem sendo acolhida, ao exemplo do Ministério Público de Minas Gerais, que editou, por meio de seu Conselho Superior, o enunciado nº 3⁴⁰, segundo o qual não há necessidade de referido controle de arquivamento.

Ressalte-se ainda que, em todo caso, *“o Órgão do Ministério Público, como co-legitimado para dedução da ação de investigação de paternidade, poderá utilizar-se do procedimento arquivado para embasar referida ação se novas provas surgirem”* (CRUZ, 2001, p.10).

Em conclusão, diante do vácuo legislativo, não se poderia entender pela obrigatoriedade ministerial da perquirição da paternidade, e tampouco pela facultatividade materna da indicação do pai, em qualquer hipótese. A melhor solução

⁴⁰ **Enunciado nº 03:** O arquivamento do procedimento de averiguação oficiosa de paternidade, instituído pela Lei 8560/92, não está sujeito à revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público. Sendo o referido expediente, na forma da Lei, originário do juízo, ainda que complementado pelo Promotor de Justiça, deve ser restituído ao órgão de origem no caso de não ser intentada a investigatória de paternidade pelo Parquet.

jurídica, pautada em métodos interpretativos constitucionais e na melhor solução da ponderação dos dois valores em jogo, é aquela que concede ao Ministério Público liberdade para atuação na averiguação oficiosa, liberdade essa que será sempre direcionada ao direito indisponível da filiação, e limitada quanto à intimidade materna, ambos aferidos e ponderados concretamente, em cada averiguação oficiosa, de forma pontual, e nunca generalizadamente.

3.2 Quanto à possibilidade de reconhecimento de paternidade perante o Promotor de Justiça

Outra questão que se coloca é a relativa à possibilidade de reconhecimento da paternidade pelo pai perante o Promotor de Justiça, extrajudicialmente. Como é cediço, tal hipótese não está arrolada no artigo 1º da Lei 8.560/92, que prevê as formas pelas quais se dá o reconhecimento da paternidade. Não obstante, na prática se verificam vários casos em que o reconhecimento ocorre dessa forma, sob o seguinte iter procedimental: com a remessa da averiguação ao Ministério Público, sem que se tenha havido o reconhecimento em juízo, e anteriormente ao ajuizamento da investigação de paternidade, quando é verificada a possibilidade de reconhecimento voluntário pelo indicado pai, este é notificado para comparecimento na Promotoria, podendo se manifestar pelo reconhecimento, o que é reduzido a termo, em documento por ele assinado, e remetido via ofício ao Cartório de Registro das Pessoas Naturais, requerendo-se a averbação, com inclusão do patronímico e da ascendência paterna, e posterior remessa da certidão, já averbada, à Promotoria. Haveria necessidade de, nessa hipótese, remeter os autos ao Juízo dos Registros Públicos, para que, somente após homologação judicial, se procedesse à averbação do registro? Em outras palavras: estaria tal procedimento, diante da ausência de previsão legal expressa, a configurar extrapolação do poder do agente ministerial em sua atuação na averiguação oficiosa de paternidade?

A resposta somente pode ser negativa. E o será em virtude da leitura constitucional do papel institucional e da função promocional e resolutiva do Ministério Público, de ampla tutela dos direitos fundamentais, a ser realizada sempre de forma efetiva. Destarte, entende-se que o termo de reconhecimento, assinado pelo interessado na presença do membro do *Parquet* e subscrito pelo mesmo, não

necessita de quaisquer outras formalidades para a averbação junto ao assento de nascimento, visto que, dessa forma, se possibilita a adoção de um caminho ao reconhecimento da paternidade mais conciliatório, menos penoso e mais célere do que o judicial, centrado na composição amigável entre as partes envolvidas, e facilitador do desenvolvimento da afetividade entre elas, distanciando-se dos deletérios efeitos que os embates judiciais possuem nos relacionamentos, usualmente com conseqüências dramáticas à formação do menor. Entender contrariamente seria dificultar, por meio de imposição de óbices procedimentais infundados, a realização do direito à filiação do menor, criando-se empecilhos à efetiva tutela do direito fundamental de perfilhação, resultado certamente não desejado pela Constituição Federal, quando estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

A Constituição Federal, que diante da nova hermenêutica constitucional, possui força normativa irradiante sobre toda a ordem jurídica a ela vinculada, estabelece, em seu artigo 127, um novo perfil do Ministério Público brasileiro, atrelado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Define o *Parquet* como instituição constitucional de promoção social, atrelando sua atuação funcional aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3º da Carta de 1988⁴¹, tanto no plano de sua atuação jurisdicional quanto no da sua atuação extrajurisdicional. Há, com o advento da CF/88, uma ampliação da legitimação social da instituição, que passa a buscar uma atuação preventiva, a partir de um modelo de Ministério Público resolutivo.

Referida hermenêutica constitucional hodierna é corolário no pós-positivismo, fenômeno que influenciou o universo jurídico, notadamente após Segunda Guerra Mundial, conseqüência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. Propõe-se a superação da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, estabelecendo-se uma leitura moral do direito, a partir da atribuição de normatividade aos princípios e valores erigidos constitucionalmente. Assim expõe Gregório de Assagra Almeida acerca dos efeitos do pós positivismo para a hermenêutica:

⁴¹ **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O pós positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre eles convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário (2008, p.5)

A partir dessa nova maneira de pensar o direito, surge o neoconstitucionalismo, nova forma de se estudar, interpretar e aplicar a Constituição, de modo a *“superar as barreiras interpretativas impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social”* (ASSAGRA, 2008, p.6). Isso se dará por intermédio da compreensão da Constituição como fonte de direito auto-aplicativa, formadora de um sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas. Conforme ensina Assagra Almeida:

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, é o ponto central para o neoconstitucionalismo. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformar a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos que superem as amarras construídas em um passado de repressão e até mesmo indiferença do Estado em relação aos reais problemas sociais (2008, p.8)

Compreende-se assim, à luz da hermenêutica constitucional que presentemente prepondera, que a alegação da impossibilidade de reconhecimento de paternidade perante o Ministério Público, por um mero argumento de inexistência de previsão legal, não pode subsistir, configurando óbice meramente procedimental à concretização de um direito fundamental do menor, decorrente da efetivação da dignidade da pessoa humana. Na ausência de previsão legal expressa, buscou-se, dessa feita, fundamento constitucional para a realização do procedimento de reconhecimento de paternidade em sede ministerial, o que a Constituição indubitavelmente autoriza, visto que o que se busca com referido procedimento é a realização, da forma menos burocrática e mais célere possível, do direito à perfilhação, decorrente da dignidade da pessoa humana. Conforme aduz Assagra Almeida:

Falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantias constitucionais fundamentais. (2008, p.334)

Ainda, corroborando com o entendimento pela possibilidade de reconhecimento de paternidade perante o *Parquet*, está a sua função promocional, pela qual devem atuar os membros ministeriais como agentes fomentadores da promoção dos valores e direitos constitucionais, mormente os individuais indisponíveis. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. anotam que “*O Ministério Público brasileiro mudou em 1988, de uma anterior tônica estrutural, preocupada com a correspondência direta de sua atuação nos modelos da Era dos Códigos, privatista, individualista, reparadora e técnica; passou para uma ênfase na função, atuação social, proativa, coletiva e de equilíbrio das relações de poder*” tendo, por papel principal, “*Promover e tornar-se o agente, por excelência, das transformações sociais, valores constitucionais e da efetivação do catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, vértice do ordenamento jurídico*” (2010, p.347-348). Da perspectiva da evolução constitucional, conforme já assinalou Antônio Alberto Machado, o agente ministerial transmuda-se, em decorrência desta função promocional, de *custus legis*, ou mero fiscal da lei, para *custus juris*, “*com possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia*”, associada ao *custus societatis*, “*destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade*”, o que representaria “*uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira*”, além de uma “*ruptura com o positivismo do direito liberal*” (2000, p.197-198).

Decorrente desta função promocional, o novo perfil constitucional do Ministério Público supera o modelo anterior, demandista, passando a se adotar o modelo resolutivo, majoritariamente. O Ministério Público demantista, consoante ensina Assagra, é “*aquele que atua perante o poder judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução dos problemas sociais*”, enquanto o Ministério Público resolutivo, a seu turno, é o que “*atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social*” (2008, p.13), utilizando-se, para tanto, dos instrumentos de atuação que estão a sua disposição,

de forma efetiva e legítima, objetivando a proteção dos direitos ou interesses sociais. Marcelo Pedrosa Goulart propõe que o Ministério Público deve *“buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação)”* (1998, p.121-122). Valoriza-se, dessa feita, a atuação extrajudicial, que é via necessária e eficaz para o cumprimento, pelo Ministério Público, de seus compromissos constitucionais perante a sociedade, dentre eles o da realização do direito indisponível à filiação. Para tanto, imprescindível será, como adverte Assagra Almeida, *“a sistematização e a ampliação do investimento para ampliar e fortalecer a atuação extrajudicial do Ministério Público”*, a partir do *“preparo dos seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais”* (2008, p.39). O reconhecimento de paternidade feito administrativamente na Promotoria de Justiça somente coaduna com esta nova tendência extrajudicial e resolutiva, decorrente do novo perfil constitucional do *Parquet*. Ressalte-se, enfim, que o rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público não é exaustivo, como se depreende da interpretação do artigo 129, IX da Constituição Federal.

Insta salientar que, para se proceder ao reconhecimento de paternidade, prescinde-se da homologação judicial. Conforme ensinam Farias e Rosenvald, *“todas as formas e meios de reconhecimento voluntário são válidos e idôneos à produção de efeitos, independendo de homologação judicial. São atos jurídicos completos, suficientes a permitir que decorram os efeitos legais”* (2010, p.605). Assim, se configurará burocracia desnecessária, e indevido óbice à concretização do direito à filiação, o envio dos autos, após o reconhecimento perante o *Parquet*, ao juízo dos registros públicos para, somente após a homologação judicial, se proceder à averbação do registro do menor.

Outrossim, dentre as formas de reconhecimento previstas expressamente na lei, há a do escrito particular; tal forma é notadamente aberta, prescindindo qualquer formalidade, devendo tal escrito, por óbvio, conter o exposto reconhecimento da paternidade, evidenciando intenção inequívoca nesse sentido, além de *“ser suficiente por si só, como forma autônoma de reconhecimento”* (FARIAS & ROSENVALD, 2010, p.604). Alguns autores criticam sua adoção, por entender que *“o que se ganhou em facilidade e economia ao se franquear o reconhecimento do filho simples escrito particular, se perdeu na segurança do ato. A*

forma pública, embora mais onerosa e menos expedita, confere maior estabilidade e firmeza ao ato, por cobrar maior teor de determinação e prudência do declarante” (VIEGAS, 1995, p.103). Outros autores, por outro lado, entendem que o conceito de escrito “*é o mais amplo possível: cartas, procurações, anotações, bilhetes, dedicatórias em retratos, livros, enfim, qualquer papel que dele se retire, de maneira inequívoca, o reconhecimento da paternidade*” justificando que referida amplitude “*está consagrada na própria lei, que preferiu falar em 'escrito', e não em documento, para não restringir a interpretação*” (CRUZ, 2001, p. 47/48). Assim sendo, como poderia permitir o ordenamento jurídico, contraditoriamente, que por meio de um ato particular, menos solene, fosse possibilitado o reconhecimento da paternidade, ao mesmo tempo em que se impediria, por mera falta de previsão expressa, que um meio mais solene, acompanhado por uma autoridade pública, o Promotor de Justiça – conseqüentemente oferecendo maior segurança jurídica a todos os envolvidos -, atingisse o mesmíssimo fim? Em outros termos, ponderando-se os princípios constitucionais da segurança jurídica e o do direito à perfilhação, nos casos de reconhecimento de paternidade, vê-se que o primeiro já foi mitigado, por previsão legal expressa, diante da adoção da forma do escrito particular, pelo que o reconhecimento perante o *Parquet* somente configura uma forma de melhor resguardar ambos os princípios em jogo, pois, ao mesmo tempo em que possibilita a realização da filiação de forma efetiva e mais célere, garante maior solenidade e estabilidade a este ato.

Por fim, o argumento de que o pai poderia ser coagido ao reconhecimento pelo Promotor ou pelo ambiente da Promotoria de Justiça, além de exteriorizar uma injusta descrença na idoneidade dos membros e servidores da instituição, é preocupação que não se justifica, eis que, assim como ocorre em qualquer ato de reconhecimento de paternidade, independentemente da forma adotada, este é passível de invalidação. Nesse sentido, Farias e Rosenvald:

O reconhecimento voluntário de filhos tem natureza de ato jurídico *stricto sensu*, consoante a dicção do art. 185 da Lei Civil. Por isso, o ato de reconhecimento de filhos é irrevogável e irretratável. Não se olvide, contudo, a possibilidade de invalidação (reconhecimento de nulidade ou anulação) do ato, por força de um dos motivos invalidantes dos negócios jurídicos em geral. (2010, p.600)

Assim, em uma situação em que, por exemplo, se configurar erro ou coação no ato de reconhecimento de paternidade perante o Ministério Público – ressalte-se, somente se comprovados referidos vícios -, estará autorizada a ação desconstituiva, ou anulatória, a ser proposta no prazo decadencial de quatro anos, nos termos do artigo 178 do Código Civil⁴².

Registre-se que Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, demonstrando sua posição de vanguarda, já consolidou o entendimento favorável à possibilidade de reconhecimento de paternidade perante o Promotor de Justiça, tendo inclusive a normatizado. Tal ocorreu quando, a pedido do Ministério Público daquele Estado, se discutiu acerca da possibilidade desta forma de reconhecimento, no âmbito de sua Corregedoria Geral de Justiça, no Processo nº2010.229797, como forma a melhor atender à política de erradicação do sub-registro paterno lançado pelo Projeto Em Nome do Pai, do CNJ, supracitado. Ao argumento de que, ao se possibilitar os reconhecimentos voluntários de paternidade, em fase administrativa, evitar-se-ia a judicialização da questão, requereu-se a normatização da forma de reconhecimento perante o *Parquet*, com a equiparação do reconhecimento efetivado perante o Ministério Público - mediante termo de reconhecimento subscrito pelo Promotor de Justiça -, àquele efetivado perante o tabelião, mediante escritura pública, de forma a se evitar a suscitação de dúvida por parte dos oficiais do registro e conferir maior segurança na prática do ato de averbação nesses casos. Como resultado, no Provimento Nº 57/2010, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, resolveu-se pela alteração da Consolidação Normativa (parte extrajudicial), alterando-se a redação de seu artigo 745⁴³, que passou a

⁴² **Art. 178.** É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

⁴³ **Art. 745.** Realizado o registro de nascimento, o reconhecimento irrevogável de filho, havido fora do casamento, independentemente do estado civil dos genitores ou de eventual parentesco entre eles, poderá ser feito:

I - no registro de nascimento, mediante requerimento do pai/mãe, formulado perante o Oficial;

II - por escritura pública, ou escrito particular, com firma reconhecida, a ser arquivado no Serviço;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

V – por termo de reconhecimento assinado pelo pai e subscrito pelo membro do Ministério Público, o qual ficará arquivado no Serviço. (*Inciso incluído pelo Provimento CGJ nº 57/2010, publicado no DJERJ de 14/10/2010*)

§ 1º. Quando se tratar de reconhecimento feito através de escritura pública ou de termo subscrito pelo membro do Ministério Público, o Oficial procederá à averbação, independente de autorização judicial, salvo a hipótese na qual já constar do registro o nome de terceiro como

prever, expressamente, o reconhecimento de paternidade perante o Ministério Público.

Conclui-se, assim, diante de todo o exposto, que urge a necessidade de se consolidar a possibilidade de reconhecimento voluntário de paternidade perante o membro do Ministério Público - seja por meio da normatização interna no âmbito das Corregedorias de Justiça dos Tribunais de Justiça, seja por meio de uma alteração legislativa que ponha termo à discussão -, de forma a se garantir maior segurança e facilitar o trabalho do *Parquet* voltado à realização do direito constitucional da perfilhação, inerente à dignidade humana, sendo a alegação da ausência de previsão legislativa expressa insuficiente para obstar esta realização, dada a ampla margem de atuação e a autorização constitucional concedidos ao Ministério Público na defesa e concretização dos direitos fundamentais, mormente dos direitos individuais indisponíveis, como se caracteriza o direito à filiação.

genitor. A autorização judicial do Juiz do Registro Civil será necessária nos demais casos deste artigo. (*Parágrafo alterado pelo Provimento CGJ nº 57/2010, publicado no DJERJ de 14/10/2010*)
§ 2º. O reconhecimento poderá preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

CONCLUSÃO

A concretização do direito à filiação, em decorrência de sua evolução normativa e conceitual – passando de uma perspectiva meramente patrimonialista para uma função de realização da dignidade humana, de percepção da própria identidade –, mormente após a promulgação da Magna Carta de 1988, passa a ser preocupação de toda a coletividade, visto que referido direito foi elevado à condição de direito individual indisponível, cujo maior protetor, legitimado constitucionalmente, é o Ministério Público.

Para tanto, da observação do direito comparado, notadamente o direito português, instituiu-se em nosso ordenamento, a partir da promulgação da Lei 8.560/92, a Averiguação Oficiosa de Paternidade, instrumento pelo qual objetiva-se a diminuição do subregistro nas identidades dos menores - quando registrados sem a indicação da paternidade -, se fomentado, por meio de um procedimento administrativo, o reconhecimento voluntário de paternidade, e *ultima ratio*, autorizando-se o Ministério Público, como legitimado ativo, com base nas provas colhidas em referido procedimento, a ajuizar ação de investigação de paternidade em favor do menor.

Não obstante a louvável finalidade de concretização do direito à filiação, esta jamais poderia se dar ao atropelo do direito à intimidade materna, a outra garantia constitucional em jogo. Diante disso, uma vez que a lei não fornece indicativos para se entender pela obrigatoriedade da indicação paterna pela genitora, e tampouco o faz quanto à sua facultatividade, em sede de averiguação oficiosa, a única saída possível, em observância aos métodos interpretativos da nova hermenêutica constitucional - dentre eles os princípios da harmonização e o da proporcionalidade –, que respeite a sua maior realização possível, sem suprimir nenhum dos princípios constitucionais colidentes, será o de sua ponderação, feita diante das peculiaridades de cada caso concreto, ou seja, no âmbito de cada averiguação de paternidade, analisada pontualmente. Tal é o caminho que indica o legislador, quando confere ao membro do *Parquet* poderes para não prosseguir com o procedimento administrativo, quando entender não haver elementos suficientes para o ajuizamento da ação, conferindo assim certa autonomia para a atuação ministerial.

Note-se que, para realização de referido mister, de concretização do direito à filiação, deverá atuar o órgão ministerial de forma dialógica, objetivando sempre o convencimento da mãe - imprescindível que é, na maioria dos casos, sua colaboração -, a partir da demonstração dos benefícios que o simples ato de indicação da paternidade poderá acarretar à formação e ao futuro de seu próprio filho. Deve compreender, ainda, a situação psicológica delicada e instável em que a maioria das genitoras se encontra - muitas delas abandonadas pelos companheiros em consequência da gravidez -, e contar, para seu auxílio, com uma estrutura que envolva oficiais ministeriais e psicólogos atuando exclusivamente nas averiguações de paternidade - o que, diante da realidade orçamentária dos Ministérios Públicos Estaduais, por ora, trata-se de mera utopia. De toda forma, incentiva-se a resolução dos conflitos pela via extrajudicial, dados os benefícios desta para o relacionamento das partes envolvidas, com evidentes consequências para a formação do menor, utilizando-se a alternativa judicial apenas em último caso.

O privilégio dado à atuação extrajudicial do Parquet é também evidente no reconhecimento de paternidade feito perante o Promotor de Justiça, que, não obstante ausência de previsão legal expressa, deve ser permitido, e até mesmo estimulado, dado seu fundamento constitucional. Isso porque a Constituição Federal, além de situar o *Parquet* como fomentador e guardião dos direitos fundamentais, notadamente os coletivos e os individuais indisponíveis, em uma função promocional, concedeu-lhe amplas prerrogativas de atuação, principalmente extrajudiciais, de forma a concretizar efetivamente esses direitos fundamentais tutelados, prescindindo-se, via de consequência, dos meios judiciais, quando desnecessários, tal é o caso do reconhecimento da paternidade. Em decorrência do neoconstitucionalismo, possui a Constituição força normativa auto-aplicável, e diante da hodierna hermenêutica constitucional, opera-se a interpretação das lacunas legislativas à luz dos preceitos constitucionais; dessa feita, mera alegação de ausência de previsão legal será, por uma perspectiva constitucional, insuficiente, e não poderia prevalecer nesse caso.

Em suma, a atuação do Ministério Público em qualquer uma de suas atribuições, sempre terá como parâmetro limitador os princípios norteadores estabelecidos e as prerrogativas que lhe confere a Constituição Federal. Por óbvio, isso não seria diferente nas averiguações oficiosas de paternidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. In Revista de Direito Privada, Ano 6, out-dez, p.334-344. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo – superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summo divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/9990. Acesso em 20/10/10.

ARGENTINA. Ley nº 340, de 29 de setembro de 1869. Código Civil de La República Argentina. Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. Acesso em 28/10/2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 12. Disponível em cgj.tjsc.jus.br/pailegal/docs/provimento_n_12.pdf. Acesso em 18/08/2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. RT Legislação.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Corregedoria Geral do Ministério Público. Manual de Atuação Funcional. Disponível em www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/8920. Acesso em 18/08/2011.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Corregedoria Geral do Ministério Público. Manual de Orientação Funcional. Disponível em www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/MOF_PR_2Ed.pdf. Acesso em 18/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 248.869/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento de 07/08/2003. Publicado no DJU em 12/03/200. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/07/2011

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Corregedoria Geral de Justiça. Código de Normas. Disponível em www.tj.pr.gov.br/cgj/Download/cn/cn.doc. Acesso em 18/08/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Corregedoria Geral de Justiça. Consolidação Normativa - Parte Extrajudicial. Disponível em cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/CNCGJ-Extrajudicial.pdf. Acesso em 18/08/2011.

BRASIL. Vade Mecum compacto. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e Investigação de paternidade no direito brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008. Volume 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>. Acesso em 28/10/2011.

ROMANI, Carlos Gilberto Menezello. *Considerações sobre a indisponibilidade da mãe em não apontar o suposto pai no registro de nascimento: Lei n. 8.560/92*. Justitia, São Paulo, v. 57, n. 170, p. 48-54, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=170>>. Acesso em: 09/09/2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito à intimidade e à liberdade de informação jornalística após a EC nº45/04*. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP) nº 13, ano 04. Belo Horizonte: Editora Fórum, abr./jun 2006.

SILVA, Raquel Veloso da. *Colisão de Direitos Fundamentais e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Investigação de Paternidade*. Biblioteca Digital Jurídica STJ. Data da publicação: 06/12/2007. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/9980>. Acesso em 08/08/2011

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006.

VIEGAS, João Francisco Moreira. *Reconhecimento da paternidade: observações à Lei 8.560/92*. Justitia, São Paulo, v. 57, n. 170, p. 103-106, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=170>>. Acesso em: 09/09/2011.

ZENI, Bruna Schlindwein. *A evolução histórico-legal da filiação no Brasil*. In Direito em Debate, Ano XVII, nº 31, jan-jun 2009, p. 59-80. Disponível em www1.unijui.edu.br. Acesso em 10/10/2011.