

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DANIELLE AUGUSTA LIMA E SILVA

**O EXERCÍCIO DO DIREITO À PATERNIDADE E A LEGITIMIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA RECUSA OU INÉRCIA DA GENITORA**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Especialista em Direito Difusos e Coletivos.

Orientadora: Valéria Maria Lacerda Rocha

NATAL
2014

DANIELLE AUGUSTA LIMA E SILVA

**O EXERCÍCIO DO DIREITO À PATERNIDADE E A LEGITIMIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA RECUSA OU INÉRCIA DA GENITORA**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Especialista em Direito Difusos e Coletivos.

Orientadora: Ms. Valéria Maria Lacerda Rocha

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Ms. Valéria Maria Lacerda Rocha
UERN

Ms. José Armando Ponte Dias Junior
UERN

Ms. Francisco Livanildo Silva
UERN

Aos meus pais, meu marido e minha filha.

AGRADECIMENTOS

A minha família por ter me apoiado, especialmente, minha filha Maria Clara.

A todos os professores que lecionaram na especialização.

A minha orientadora, Valéria Maria Lacerda Rocha, pela disponibilidade, correções, sugestões e elogios.

Aos meus colegas de turma que, com certeza, tornaram as aulas mais divertidas.

Aos promotores, servidores e estagiários das Promotorias de Família de Natal que, por meio do Projeto Pai Legal, tornam possível o exercício do direito à paternidade de tantas crianças.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para elaboração desse trabalho, o meu muito obrigado.

Ao Pai Desconhecido

Queria saber quem é você.
Queria saber como é você.
Suponho que você seja louro,
Com cabelos cor de ouro.
Queria saber sua nacionalidade,
Sua idade.
Tem família?
Ou, como eu, é uma ilha ...
Seus olhos devem ser azuis como os meus.
Será que crê em Deus ?
Sabe que eu existo ?
Será que algum dia soube ... eu insisto...
(...)
Queria com você contar...
Queria expor-lhe minhas crenças.
A sinceridade das sentenças.
Acho que queria tocá-lo,
Talvez, abraçá-lo.
Sentir sua energia.
O carinho. O caminho.
Para sua companhia.
Queria saber sua história.
Contar-lhe a minha.
(...)
Queria muito lhe perguntar,
Se vem de você meu jeito de amar.
Além de qualquer postura.
Acima de qualquer loucura.
Com desenvoltura,
Até a sublime altura.
(...)
Queria saber o que se passa dentro de você,
No seu jeito de olhar,
Na maneira de falar.
Queria voar por dentro de você.
Queria reconhecer em você,
Um pouco do homem que sou.
Queria que você se visse em mim,
Queria sentir você em mim.

Marly Cordeiro.

RESUMO

A ausência de iniciativa ou vontade da genitora da criança ou adolescente de regularizar a paternidade do seu filho não pode ser visto como óbice ao exercício de um direito tão importante como é o de conhecimento das origens biológicas. A família foi considerada a base da sociedade pela Carta Magna de 1988 e, assim sendo, deve ser assegurado a todos os indivíduos o direito à informação das suas ancestralidades genéticas. Em virtude disso é que o direito à filiação foi alçado ao patamar da indisponibilidade, entretanto, na prática, infelizmente torna-se disponível à vontade da genitora, e o titular do direito só o exercerá pessoalmente quando atingir a maioridade civil. Essa lacuna temporal, todavia, entre a concepção e o ajuizamento da ação, na grande maioria das vezes, acaba dificultando a localização do suposto pai e novamente o direito à filiação resta prejudicado. Em vista disso, o presente trabalho dedica-se a estudar o direito indisponível à paternidade e a possibilidade do Ministério Público em atuar como substituto processual na promoção das ações de investigação de paternidade quando houver recusa da genitora da criança ou adolescente em representá-los ou assisti-los judicialmente, bem como Investigar a opinião dos Promotores com atribuição em matéria de família de Natal acerca dessa legitimidade do Ministério Público de propor as demandas investigatórias à revelia das genitoras. Para chegarmos a estas respostas tomamos como referência a Lei nº 8.560/92 e analisamos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, especialmente os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 248.869-1. Ainda foi aplicado questionamento aos Promotores de Justiça de Natal com atribuição em matéria de família acerca do que é feito na prática diante da recusa das genitoras e as respostas foram submetidas a análise. É unânime a possibilidade de promoção da ação de investigação, mesmo diante da recusa das genitoras, para efetivar o direito à paternidade de crianças e adolescentes, todavia a grande maioria dos entrevistados reconhece que, não agiriam dessa forma se a recusa for justificada.

Palavras-chave: Direito à paternidade. Ausência de interesse da genitora. Legitimidade do Ministério Público.

ABSTRACT

The absence of initiative or willingness of the mother's child or adolescent to regularize the paternity of your child can not be seen as an obstacle to the exercise of a right which is so important for the knowledge of the biological origins. The family started to be considered the foundation of society by the 1988 Constitution and, therefore, must be ensured to all the right to know their genetic ancestries. Because of that, the right of filiation was elevated to level of unavailability, however, in practice, unfortunately this right becomes available to the mothers, and the rightholder will only be able to exercise it personally by the time he has reached full age. This temporal gap, however, between the conception and the filing, most of the times, ends difficulting to find the location of the alleged father and again, the right to filiation is injured. In view of this, the present work dedicates to study the unavailable right to paternity and the possibility of Public Prosecution to act as legal substitute in promoting the actions of paternity when mothers refuse to represent them judicially, also investigate the opinion of the Promoters Family of Natal about this legitimacy of of the Public Prosecution to propose the investigative demands without the consent of the mothers. To get these answers we refer to Law No. 8.560/92 and analyzed doctrinaires and jurisprudential understandings, especially the votes cast by the Ministers of the Supreme Court in the judgment of Extraordinary Appeal nº. 248869-1. Still, a question was applied to Public Prosecutors of Natal with attribution in family matters about the behavior of them by the refusal of the mothers and answers were submitted to analysis. It's unanimous between all of them the possibility of promoting paternity action, despite the refusal of mothers to actualize the right to paternity of children and teenagers, but most of them admit that would not behave that way if the refusal is justified.

Keywords: Right to parenthood. Lack of interest of the mother. Legitimacy of the Public Prosecutors.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O DIREITO À FILIAÇÃO.....	10
2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS.....	10
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À FILIAÇÃO.....	12
3 DIREITO À PATERNIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS DA SUA AUSÊNCIA ...	15
3.1 O DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE	15
3.2 O CARÁTER SOCIAL E PSICOLÓGICO DA AUSÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE	15
4 O DIREITO À PATERNIDADE E O MINISTÉRIO PÚBLICO	19
4.1 OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SUA DEFESA.....	19
4.2 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL OU LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA.....	21
4.3 O DIREITO À PATERNIDADE E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	22
4.4 EXIGÊNCIA LEGAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	23
4.5 DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A RECUSA OU INÉRCIA DA REPRESENTANTE LEGAL	26
4.6 O DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA <i>VERSUS</i> DIREITO À FILIAÇÃO.....	36
4.7 O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E A INSPIRAÇÃO DA NORMA PÁTRIA	38
5 A DESÍDIA OU INÉRCIA DA GENITORA E A EXPERIÊNCIA NO PROJETO PAI LEGAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.....	41
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A família foi considerada a base da sociedade pela Carta Magna de 1988 e, assim sendo, deve ser assegurado a todos os indivíduos o direito à informação da sua ancestralidade genética. Ademais, essa necessidade está intrínseca a natureza do ser humano.

Em virtude disso, o direito à filiação foi alçado ao patamar da indisponibilidade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê, ainda, que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível e direito personalíssimo.

Ou seja, a qualquer tempo, a pessoa interessada pode intentar ação para buscar a identificação da paternidade, não podendo, entretanto, renunciar a tal direito.

Do direito à filiação decorre o direito ao reconhecimento da paternidade, o qual possui as mesmas características do primeiro – personalíssimo, imprescritível e indisponível.

Tratando-se de criança e adolescente, o exercício desse direito indisponível depende, via de regra, da iniciativa da genitora, uma vez que enquanto aqueles não atingirem a maioridade civil não possuem capacidade processual, pois não podem estar em juízo sozinhos, sem representação, promovendo ação de investigação de paternidade, conforme disciplina o artigo 8º¹ do Código de Processo Civil.

Assim, apesar de ter assegurado que o direito à paternidade é indisponível, na prática, algumas crianças e adolescentes, que não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, ficam à mercê da vontade de suas genitoras, as quais, muitas vezes, não tem o menor interesse de buscar esse direito dos filhos por simples capricho ou mágoa dos seus antigos parceiros sexuais.

Vê-se, pois, que infelizmente esse direito torna-se disponível à vontade da genitora, e o seu titular só o exercerá pessoalmente quando atingir a maioridade civil. Contudo, essa lacuna temporal entre a concepção e o ajuizamento da ação, na grande maioria das vezes, acaba dificultando a localização do suposto pai e novamente o direito à filiação resta prejudicado.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo estudar a possibilidade,

¹ Art. 8º Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.

conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, do Ministério Público atuar na defesa de criança e adolescentes, buscando a efetivação do seu direito à filiação por meio da promoção de ações investigativas de paternidade, mesmo nos casos em que há recusa ou inércia da genitora.

O estudo inicia-se com uma análise da evolução histórica do direito à filiação e as características que revelam sua relevância social, bem como a sua relação com o princípio da dignidade humana.

No capítulo seguinte aborda-se o direito à paternidade como decorrência do direito à filiação, inclusive com as mesmas características, e as consequências psicossociais da ausência do reconhecimento paterno.

No terceiro capítulo desenvolve-se a problemática do presente trabalho, defendendo-se a legitimidade do Ministério Público, diante da sua atribuição constitucional de defesa dos direitos individuais indisponíveis, para atuar como substituto processual de crianças e adolescentes nas ações de investigação de paternidade, mesmo diante da recusa ou inércia das genitoras. Aqui é destacada a opinião de doutrinadores e alguns julgados, especialmente do Recurso Extraordinário nº 248869.

Ainda nesse capítulo destaca-se a única exigência legal para atuação do *Parquet* como legitimado extraordinário e analisa-se comparativamente a Lei nº 8.560/92 com a norma portuguesa inspiradora.

Por fim, no último capítulo, destaca-se o papel de programas como o Pai Presente do Conselho Nacional de Justiça e o Pai Legal no âmbito do Ministério Público potiguar, bem como a opinião da maioria dos representantes do *Parquet* natalense com atribuição em matéria de família acerca da possibilidade de ajuizamento da demanda investigativa nos casos de recusa ou inércia das genitoras.

2 O DIREITO À FILIAÇÃO

2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS

Desde os primórdios, a família possui um papel importante na formação do indivíduo. Nas palavras de Monteiro (2010, p. 134) a família é o que temos de mais caro e “defendê-la intransigentemente, em todas as circunstâncias, inclusive no campo do Direito, é obrigação geral”.

No Brasil, a família passou a ser codificada com o advento do Código Civil de 1916. Nessa época, o modelo familiar era totalmente patriarcal e existia uma hierarquia entre os filhos, os havidos no casamento eram chamados de legítimos e os demais ilegítimos, divididos em naturais e espúrios.

Naturais eram chamados os frutos do relacionamento entre pessoas que não eram casadas, sem que, todavia, existisse impedimento para tanto e, por isso, poderiam ser legitimados. Já os espúrios, eram aqueles provenientes do relacionamento entre um casal que possuía algum impedimento para contrair matrimônio, seja em virtude da relação ser adulterina ou incestuosa.

Apenas os primeiros, desde que preenchesse um dos requisitos do art. 363² do Diploma Civil mencionado, podiam ter a paternidade reconhecida.

Acerca desse momento histórico de diferenciação dos filhos em virtude do tipo de relacionamento que os originou, Oliveira Filho cita lição histórica de Beviláqua, o qual defendia que advindo o filho:

tem direito à existência; e a justiça proclama que tem obrigação de prover a subsistência do filho quem o chamou à vida. Se o filho nasce da união ilegítima, nem por isso deixa de existir o vínculo de sangue entre ele e os que o geraram. Fechar os olhos à ação do pai, e somente reconhecer o parentesco materno aos filhos naturais, não vê senão a mãe, imagina uma concepção unilateral, para qual a mulher contribuiu sozinha, sem o concurso do homem. (BEVILÁQUA apud OLIVEIRA FILHO, 2007, p. 311)

A origem do relacionamento deixou de ter um papel decisivo no direito ao reconhecimento à paternidade com o advento da Constituição de 1988, pois o artigo

² 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 concubina 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.

227, §6º³ proíbe o tratamento diferenciado entre os filhos, instituindo-se a igualdade entre os mesmos, indiferentemente da origem e proibindo qualquer discriminação, permitindo, assim, a qualquer pessoa, sem a paternidade reconhecida, ajuizar ação para investigá-la. Acerca do tema ressalta Oliveira:

(...) o constituinte pôs fim a uma das maiores heresias prestigiadas pelo Código Civil, ou seja, à 'punição' dos filhos não havidos na constância do casamento, por evento natural em relação ao qual não possuíam nenhuma responsabilidade. Alijou-se, de vez, a diferenciação dos filhos através de expressões discriminatórias (ilegítimo, adúltero, espúrio, incestuoso, etc).(OLIVEIRA, 2002, p. 253).

A Carta Magna ainda atribuiu à família o status de base da sociedade e, por isso, confere a mesma proteção especial do Estado⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também repete a previsão constitucional de repúdio à discriminação entre os filhos (art. 20⁵), e, vai além disso, quando em seu art. 27, confere ao reconhecimento do estado de filiação o status de “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

O status personalíssimo refere-se à legitimidade ativa para propor a ação, que no direito em estudo é exclusiva do suposto filho, apesar de, no caso de falecimento deste durante o trâmite processual, seus herdeiros tem a faculdade de prosseguir com a demanda.

Na hipótese de o legitimado possuir menos de dezoito anos na data da propositura da ação, conforme preceitua o Código de Processo Civil em seu artigo 8º⁶, por se tratar de pessoa incapaz para gerir os atos da vida civil, deverá ser representado (se absolutamente incapaz) ou assistido (se relativamente) em juízo.

Essa representação ou assistência, via de regra, é feita pelos genitores ou quem detenha a guarda judicial ou tutela da criança ou adolescente, contudo, caso os interesses desses sejam colidentes com o de seus representantes, o Diploma

³ Art. 227

(...)

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

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Processual⁷ estabelece que deverá ser nomeado um curador especial para atuar na defesa do incapaz.

O direito à filiação também não prescreve, primeiro pela sua natureza meramente declaratória, pois limita-se a reconhecer a existência de relação jurídica, segundo porque é ação de estado e não se submete a prazo extintivo e, terceiro, por se tratar de direito fundamental, constitucionalmente protegido, igualmente não pode seu exercício ser vinculado a qualquer prazo. Dessa feita, a qualquer tempo o indivíduo pode ajuizar ação para investigar a sua ancestralidade genética.

Como outros direitos fundamentais, o direito à filiação também é indisponível, significa dizer que o seu titular não pode extingui-lo por ato de vontade. A indisponibilidade é conferida pela sociedade, por meio de seus representantes, aqueles direitos que consideram essenciais “à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal” (CORRÊA, 2004, p.781).

Essas características ressaltam a importância do direito à filiação, pois não é qualquer direito que as possui.

2.2 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À FILIAÇÃO

A sociedade se modificou e com essa mudança a figura da família também sofreu alterações, enquanto que antigamente predominava a visão de que ente familiar era apenas aquele nascido do casamento entre um homem e uma mulher, a sociedade moderna ampliou essa visão e conceitua família como uma reunião de pessoas ligadas pelo afeto.

Graças a essa nova visão da família, a Constituição Federal de 1988 sabiamente, conforme alhures comentado, proibiu qualquer tratamento diferenciado entre os filhos, não importando o tipo de relação que o ensejou, filho será sempre filho.

O afastamento do anterior tratamento diferenciado conferido aos filhos

⁷ Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; (...)

havidos fora do casamento serve como garantia do desenvolvimento da personalidade humana, da primazia dos interesses superiores do ser humano, visto que a todos está assegurado o direito imprescritível, indisponível e irrenunciável ao reconhecimento da filiação.

O direito à filiação deve ser visto como um dos direitos garantidores da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo este valor nuclear da ordem constitucional. Ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, a Carta Magna expressou sua opção pela pessoa humana, colocando-a no centro protetor do direito.

Este princípio é o mais universal de todos e por isso é considerado um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais princípios éticos, como a liberdade, cidadania, igualdade e solidariedade. Sarmiento o considera o epicentro axiológico da ordem constitucional, “irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolve no seio da sociedade” (2000, p. 58).

Tal princípio deixou claro que o Estado não tem apenas o dever de não praticar atos que vão de encontro à dignidade da pessoa humana, mas também de atuar, através de condutas positivas, para que seja garantido o mínimo existencial para que cada ser humano possa viver honradamente.

Trazendo tal princípio para o âmbito do direito de família podemos analisá-lo como o dever de tratar igualmente todas as entidades familiares. Dessa forma, como explica Dias, é indigno tratar com diferença as várias formas de filiação ou os vários tipos de constituição de família, senão vejamos:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2007, p. 60)

Ainda sobre essa nova visão de família e a proibição de discriminação dos filhos, a brilhante lição de Farias e Rosenvald:

(...) o problema a se descortinar em nossos olhos não é mais o de *fundamentar as novas relações jurídicas de filiação*, mas sim, *protegê-las*. Não se trata de reconhecer o direito à filiação. Negá-lo, seria fechar os

olhos a uma realidade concreta e presente e, assim, por via oblíqua, negar a própria inteligência e capacidade humanas. A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a *proteção* a ser conferida ao direito à filiação. É de se buscar a maneira mais eficaz de assegurar o exercício da filiação nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. (grifos do autor) (2011, p. 562)

Com base na isonomia constitucional conferida aos filhos, encartada nos seus próprios valores basilares (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade e liberdade), os doutrinadores acima referidos, resumindo a lição anteriormente destacada, afirmam que o direito à filiação infraconstitucional possui características fundamentais, são elas:

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 a sua essência); iii) a ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais. (...) (FARIAS E ROSENVALD, 2011, p. 562)

Vê-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é princípio garantidor da igualdade entre os filhos e assegura a todo indivíduo o conhecimento da sua ancestralidade genética.

3 DIREITO À PATERNIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS DA SUA AUSÊNCIA

3.1 O DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

Do direito à filiação surge o direito ao reconhecimento à paternidade, no caso o indivíduo não desconhece totalmente sua ancestralidade genética, pois possui conhecimento da identidade materna e, na maioria das vezes, ela é o seu único referencial familiar, todavia falta àquela pessoa o reconhecimento do outro ser que contribuiu geneticamente para a sua formação: o genitor.

Como decorrência lógica do direito à filiação, o reconhecimento da paternidade possui as mesmas características do primeiro, quais sejam, imprescritibilidade, indisponibilidade e pessoalidade e também possui como tábua axiológica a dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade e liberdade.

3.2 O CARÁTER SOCIAL E PSICOLÓGICO DA AUSÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

Com o advento do nascimento, a criança é inserida em uma estrutura: a família. A total impossibilidade de autonomia desse novo ser, que persistirá por um longo período de tempo, gera automaticamente um elo de dependência a essa estrutura que lhe assegurará o seu crescimento e desenvolvimento. Essa dependência origina “a imprescindibilidade da família, que acaba se tornando seu ponto de identificação social”. (DIAS, 2007, p. 319)

Na nossa sociedade atual é muito comum que esse novo ser que está chegando para habitar este mundo seja inserido em uma estrutura familiar formada apenas pela figura materna. É a chamada família monoparental.

Principalmente nas famílias menos abastadas financeiramente, esse núcleo familiar é composto de netos, filhos, mães e avós, sendo a figura paterna ausência recorrente. Felizmente, com o passar dos anos, as mulheres conseguiram se afirmar perante a sociedade e hoje em dia podem trabalhar para manter sozinhas suas famílias, sem a necessidade de um companheiro, todavia, por mais que se dedique e esforce, os seus filhos sentirão falta do convívio com o genitor.

De acordo com Rangel (2008), crianças e adolescentes podem se sentir

rejeitados caso não tenham a presença física e emocional da figura do pai, pois concluem que se o pai ou a mãe não lhes dão valor, outra pessoa não o fará. Acerca da importância do papel materno e paterno para a formação do indivíduo, Rangel cita a fala da Cristina Nacif Alves, pedagoga da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e especialista em Desenvolvimento e Aprendizagem da Criança:

(...) tanto a figura do pai quanto da mãe são importantes para a criança e o adolescente, pois a sociedade possui imagens e papéis altamente valorizados. "Se uma criança não tem pai ou mãe, acaba, muitas vezes, sendo cobrada na escola pelos amigos", destaca. Ela explica que apesar do conceito de família ter sido alterado (antes, considerado a partir dos laços de sangue; atualmente, definido pelas escolhas afetivas), as pessoas ainda vivem sob o signo da família composta por pai, mãe e filhos. (grifos do autor) (2008)

Observando essa triste realidade e diante da importância da participação de ambas as figuras (maternas e paternas) para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois os dois possuem o seu papel na educação e formação dos filhos, os médicos psiquiatras Eizirik e Bergmann escreveram um artigo em que destacam vários estudos nesse sentido:

O estudo de Shinn revisou os efeitos da ausência paterna no desenvolvimento cognitivo das crianças. Concluiu que, em famílias sem a presença do pai ou nas quais os pais apresentavam pouca interação com seus filhos, havia maior associação com desempenhos pobres em testes cognitivos das crianças. (...)

Segundo Ferrari, "a presença de ambos os pais é que permite à criança viver de forma mais natural os processos de identificação e diferenciação", e quando um falta, ocorre sobrecarga no papel do outro, gerando um desequilíbrio que pode causar prejuízo na personalidade do filho. (...) (2004, p. 331)

Os referidos autores ainda relatam pesquisas que estudaram a necessidade do filho de conhecer seus pais:

Ferrari contribui muito para o estudo deste assunto. Afirma que "há uma necessidade inata de filiação nos seres humanos, o que não é diferente com os filhos de mães sozinhas". O autor também diz que os filhos "têm a necessidade de saber por que seu pai partiu e de escutar isso da boca deste, e não através da interpretação da mãe".

(...)

Este mesmo autor comenta que qualquer busca do pai pode parecer ao filho como uma traição à mãe, e também que momentos críticos da vida do filho (casamento ou nascimento de um filho, por exemplo) tornam mais forte o desejo de conhecer o genitor ausente, como "uma necessidade de fechar sua história". Diz que "por mais que as crianças não digam nada, o vazio está presente e trabalha".

Este vazio, segundo Ferrari, é formado pela noção das crianças de não serem amadas pelo genitor que está ausente, com uma grande desvalorização de si mesmas em consequência disso. Além dessa autodesvalorização, ocorrem os sentimentos de culpa "por ser uma criança má, por haver provocado a separação, por ter nascido". A criança pensa ser má por ter sido deixada. O autor coloca que isso "pode gerar reações variadas, desde tristeza e melancolia até agressividade e violência". E

prosegue dizendo que "os tímidos e temerosos do exterior se fecham em si mesmos, e os extrovertidos e temerosos do interior de sua história se vingam no mundo com condutas anti-sociais". (2004, p. 332/333)

Os tribunais brasileiros, consagrando a importância da participação de ambos os genitores na formação do indivíduo, e, aplicando as regras da responsabilidade civil, vêm condenando pais por abandono afetivo.

Em decisão recente, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de embargos de divergência⁸, manteve decisão da 3ª Turma que concedeu indenização de R\$ 200 mil por dano moral a uma jovem que relatou ter sido vítima de abandono afetivo por parte do pai.

O Ministro relator Marcos Buzzi justificou para manter a condenação do genitor por abandono afetivo que o afeto é o elemento central da família contemporânea e elemento agregador, que impõe aos pais o dever de criar a sua prole, sem descuidar do necessário para a formação plena de sua personalidade. Complementa que "a convivência da prole com os pais não é direito do genitor, mas sim direito do filho".

A decisão anterior havia sido proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, cuja ementa ora se destaca:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono

⁸ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO. EXCEÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 .Nas hipóteses em que ficar evidenciada a divergência entre turmas da mesma seção ou entre turma e seção, cabem embargos de divergência mediante o cotejo analítico dos arestos, demonstrando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (arts. 541, parágrafo único, e 546, parágrafo único, do CPC, c/c os arts. 266, § 1º, e 255 § 2º, do RISTJ).

2 .Não se conhece de embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade.

3 .Embargos de divergência não conhecidos. (STJ, EREsp nº 1.159.242 – SP, 2ª Seção, Ministro Relator Marcos Buzzi, DJ 23/05/2014)

psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.**

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 10/05/2012) (grifos acrescidos)

Em seu voto, a Ministra relatora Nancy Andrighi entendeu que, na criação dos filhos, deve ser observado pelos pais, um núcleo mínimo de cuidados, enquanto aqueles estiverem sob a égide do poder familiar, pois importante para o desenvolvimento sadio da prole. Nesse sentido, explica a Excelentíssima Ministra que:

há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Vê-se, pois, que a falta de conhecimento da figura paterna e, por conseguinte, a sua ausência trazem consequências sociais e psicológicas para a criança e o adolescente, razão pela qual o direito à filiação destas deve ser assegurado o quanto antes para que se busque a aproximação da prole e do genitor, evitando-se a concretização de tais efeitos nefastos ao desenvolvimento sadio desses seres em formação.

4 O DIREITO À PATERNIDADE E O MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1 OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SUA DEFESA

Entende-se por direito individual indisponível aquele que mesmo sendo titular uma única pessoa sua importância social é tão grande que deles não pode dispor o beneficiário direto. Essa afetação de direito indisponível é atribuída pela própria sociedade, por meio da escolha dos seus representantes no Poder Legislativo.

Dada a sua importância, a Constituição Federal, em seu artigo 127 incumbiu ao Ministério Público a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Acerca do tema, destaca-se a lição de Alberton:

Sabidamente, tratando-se de direitos individuais, a regra é a livre disposição. A indisponibilidade apresenta-se como exceção, que só se justifica em face da presença de superiores razões de ordem pública que, tanto sob o prisma jurídico quanto sob o ponto de vista ético ou político, transcendem o interesse do titular do direito ou da pessoa que o represente — e cuja manutenção se insere no contexto dos valores que informam a proposta política da própria sociedade, a destacar a justiça e a paz social, já que a titularidade, no caso, não decorre de um ato de vontade da pessoa que a detém, mas de circunstância externa que refoge ao seu controle.

(...)

Diante da indisponibilidade do direito, tem-se que o Ministério Público deve atuar no sentido de que a disposição não se opere. É a forma de defendê-lo, conforme preconizado pela Constituição. No caso, a motivação não é o patrocínio de interesse privado individual (muito embora, a partir da Carta de 1988, este esteja circunstancialmente autorizado), mas a salvaguarda do interesse público consistente na manutenção do interesse no domínio de seu titular. (2007, p. 36/37)

Ainda sobre a atribuição do Órgão Ministerial, Oliveira Filho cita a lição de Antônio Cláudio da Costa Machado:

(...) se torna possível compreender a atuação do Ministério Público no processo. Quando se pensa na razão de ser da instituição, portanto, deve-se ter presente esta realidade: a tutela dos interesses máximos da sociedade, dos seus valores fundamentais, que são justamente aqueles que assumem a forma de direitos indisponíveis. (MACHADO, 1989, apud OLIVEIRA FILHO, 2007, p. 383)

Tem-se, portanto, que a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses individuais indisponíveis se justifica no fato desses direitos transcenderem a esfera do indivíduo e atingirem toda a sociedade, razão pela qual são considerados de interesse público e gravados com a característica da indisponibilidade.

Na seara da Infância e Juventude, para efetivação da defesa dos interesses individuais destes, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 201, inciso

V⁹, conferiu ao Órgão Ministerial a possibilidade de promover inquérito civil e a ação civil pública.

A possibilidade de ajuizamento de ação civil pública, instrumento processual originariamente criado para a defesa de interesses coletivos, justifica-se exatamente por causa da afetação de indisponibilidade a estes direitos individuais, pois não se trata de um simples interesse individual que seu titular pode ou não buscar efetivá-lo em juízo, são, em verdade, direitos de pessoas, no caso crianças e adolescentes, que a Constituição Federal, em virtude da sua fragilidade, estabeleceu como prioritários, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a sua efetivação.

Acerca da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais indisponíveis, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A GARANTIR ATENDIMENTO EM CRECHE A DUAS CRIANÇAS MENORES DE SEIS ANOS. DIREITOS INDISPONÍVEIS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CF, ART. 127; LEI 8.069/90, ART. 201, V.

1. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

2. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito assegurado às crianças, menores de seis anos, de receber atendimento em creche ou pré-escola (CF, art. 208, IV; Lei 8.069/90, art. 54, IV), notadamente em se tratando de crianças carentes. **É por serem indisponíveis (e não por serem homogêneos), que tais interesses individuais podem ser tutelados pelo Ministério Público.**

3. **O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) atribui ao Ministério Público competência para promover, mediante ação civil pública, a tutela dos interesses nele previstos, inclusive em se tratando de interesses individuais (art. 201, V).**

4. Em nosso sistema, o procedimento destinado a obter tutela jurisdicional para cumprimento de obrigações de fazer tem configuração semelhante, tanto no regime comum do CPC (art. 461), quanto nas várias modalidades de ações civis públicas (Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85, art. 11; Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/91, art. 84; Estatuto da Criança e Adolescente - Lei 8.069/90, art. 213). A adoção de um ou de outro não acarreta, assim, qualquer prejuízo. Da mesma forma, não há prejuízo, nem compromete a legitimidade ativa do Ministério Público, a denominação de ação civil pública dada ao procedimento destinado a tutelar interesses indisponíveis, em que se pede o cumprimento de obrigação de fazer.

5. Embargos de Divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos. (ERESP nº 466.861 – SP, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 28/03/2007) (grifos acrescidos)

⁹ Art. 201. Compete ao Ministério Público:

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

No caso do direito à filiação, o próprio Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 27, conferiu ao mesmo o caráter indisponível. Assim, apesar de ser um direito individual de cada ser humano de ter reconhecida sua origem genética, tendo em vista o reflexo social deste direito, principalmente quando o titular ainda for criança ou adolescente, o mesmo foi alçado à categoria da indisponibilidade.

4.2 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL OU LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA

Em regra, tem legitimidade para postular em juízo aquele que é titular de algum direito, conforme regra esculpida no artigo 3º do Código de Processo Civil¹⁰. Todavia, a lei processualista, em seu artigo 6º¹¹ faculta a possibilidade de um terceiro, que não guarda relação com o direito em discussão, propor a demanda em nome próprio para defender interesse alheio. É o que chamamos de substituição processual ou legitimação extraordinária.

A substituição processual é uma exceção que somente pode ocorrer quando autorizada por lei, pois o legitimado extraordinário atua no processo como parte e a decisão proferida em processo conduzido por este último, salvo disposição legal em contrário, atingirá o substituído, como explica Didier Junior:

Salvo disposição legal em sentido contrário (ver, p. ex., art. 274 do CC-2002¹², e art. 103 do CDC¹³), a coisa julgada porventura surgida em

¹⁰ Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

¹¹ Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

¹² Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

¹³ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
 I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
 II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
 III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
 § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
 § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
 § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido,

processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá os seus efeitos ao substituído. Trata-se da principal utilidade da substituição processual. É, portanto, situação que relativiza o art. 472 do CPC-73¹⁴. Alias, ressalvadas as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente apenas no patrimônio do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido. Ao substituto, no entanto, não escaparão as consequências do princípio da sucumbência, ficando, assim, responsável por custas e honorários advocatícios. (2009, p. 191)

Na defesa do direito à paternidade, graças especialmente ao seu caráter indisponível, como se verá mais adiante, a Lei nº 8.560/92 atribuiu ao Ministério Público a legitimidade extraordinária de promover demandas de investigação de paternidade em nome próprio para assegurar esse direito de crianças e adolescentes.

4.3 O DIREITO À PATERNIDADE E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República proibiu o tratamento diferenciado entre os filhos, como já explanado, todavia, para a concretização do direito à filiação é necessário mais do que isso, conforme explica Oliveira Filho:

É necessário, quando se cuida de incrementar na via jurisdicional a magnitude dos fundamentos constitucionais de apreço à dignidade da pessoa humana, que se atente para a admoestação de Guilherme de Oliveira, no sentido de que não vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos se não se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação. (OLIVEIRA FILHO, 2007, p. 385)

Para efetivação do direito à filiação, do qual decorre o direito ao reconhecimento de paternidade, a legislação infraconstitucional brasileira contemplou, conforme já explicado, aquele direito com três características marcantes que revelam a sua extrema importância: pessoalidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Ainda nessa busca pela efetivação desse importante direito, a Lei Ordinária nº 8.560/92 conferiu ao Ministério Público a atribuição de atuar como substituto

beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹⁴ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

processual de crianças e adolescentes sem a paternidade reconhecida.

Vê-se, que conferindo essa legitimação extraordinária a lei quis reforçar a importância do direito, pois o Código de Processo Civil em vigor, publicado em 1973, já estabelecia em seu artigo 8º¹⁵ que quando o titular do direito não possuir capacidade processual para estar sozinho em juízo deverá ser representado ou assistido “por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”. E, caso os interesses de um desses representantes legais colidam com os dos representados ou assistidos, para que estes não sejam prejudicados, o artigo 9º, inciso I¹⁶, reza que a eles serão nomeados curadores especiais.

No exercício do direito à filiação, dada a sua importância, além do curador especial já previsto na legislação processualista, a Lei nº 8.560/92, criada com o objetivo de evitar que crianças e adolescentes no Brasil fiquem sem o nome do genitor no registro de nascimento, trouxe mais um aliado na efetivação desse direito fundamental: o Ministério Público.

Assim, além do caráter personalíssimo, imprescritível e indisponível atribuído ao direito à filiação e, conseqüentemente, ao direito ao reconhecimento da paternidade, também encontra-se resguardado o direito à propositura da demanda investigatória, mesmo nos casos em que a pessoa legalmente habilitada para representar ou assistir o titular do direito mantenha-se inerte ou se recuse a buscar a efetivação judicial daquele.

4.4 EXIGÊNCIA LEGAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei nº 8.560/92 ao conferir ao Ministério Público a legitimação extraordinária para ajuizamento da ação de investigação de paternidade para efetivar direito de crianças e adolescentes exigiu apenas a existência de elementos de provas suficientes da paternidade, conforme se extrai da leitura do artigo 2º, §4º¹⁷.

¹⁵ Art. 8º Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.

¹⁶ Art. 9º O juiz dará curador especial:
I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

¹⁷ Art. 2º (...)

Tal exigência encontra justificativa no fato de na época da edição da lei a ideia de relativização da coisa julgada ainda não era muito discutida e conforme aludido anteriormente, apesar de o substituto processual (*Parquet*) estar atuando no processo em nome próprio defende interesses de terceiros (crianças e adolescentes sem a paternidade reconhecida), os quais se submetem aos efeitos da coisa julgada.

Atualmente, entretanto, os doutrinadores¹⁸ brasileiros já entendem que o instituto da coisa julgada não pode se sobrepor aos direitos mínimos da sociedade e do ser humano, como é o caso do direito ao conhecimento da verdadeira paternidade, que tem como matriz a dignidade da pessoa humana, razão pela qual sugerem a sua relativização nos casos em que não foi possível a realização de exame de DNA.

O tema já foi analisado pela nossa Corte Suprema, por meio do Recurso Extraordinário nº 363.889, o qual foi afetado pelo instituto da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência

§ 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.

¹⁸ É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação de investigatória se dará sob a técnica *secundum eventum probationes*. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Também não se diga, ainda, que a coisa julgada constitui garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Ademais, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício do direito material. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 688)

a não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE nº 363.889 – DF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, DJ 16/12/2011) (grifos acrescidos)

Vê-se, pois, que a exigência prevista na lei se justificava na época da sua confecção para evitar que demandas investigatórias de paternidade fossem propostas pelo Órgão Ministerial sem um mínimo de lastro probatório, prejudicando o titular do direito.

Atualmente, por óbvio deve o *Parquet* continuar observando a existência de um mínimo de provas para indicar alguém para figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade, todavia, caso a demanda seja julgada improcedente sem a produção do exame de DNA, a coisa julgada poderá ser relativizada.

Além dos casos em que não existir elementos suficientes para indicar a paternidade, a Lei nº 8.560 de 1992, em seu artigo 2º, § 5º, não permite que o Representante Ministerial promova a ação “se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção”.

Essa segunda exigência legal é perfeitamente justificada, já que para a colocação de uma criança na lista de adoção é necessária a condenação dos genitores a perda do poder familiar. Tratando-se de crianças e adolescentes sem a paternidade reconhecida essa condenação é dirigida apenas a genitora e neste caso, o ajuizamento pelo Ministério Público de ação para investigar a paternidade prejudicaria o processo de adoção e, conseqüentemente, o direito da criança de ter uma família.

Vê-se, pois, que as duas restrições legais para o Ministério Público promover as ações de investigações de paternidade possuem justificativas plausíveis, uma na ausência de provas e a outra no melhor interesse da criança que já foi encaminhada para adoção.

4.5 DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A RECUSA OU INÉRCIA DA REPRESENTANTE LEGAL

A importância do direito à filiação, como já explanado, levou o legislador, ao elaborar a Lei 8.560/92, a criar mais uma figura, além do curador especial do artigo 9º, inciso I, do Código de Processo Civil, legitimada à proteção e efetivação desse direito, qual seja, o Ministério Público.

Nessa esteira de pensamento e com o objetivo de proteger os interesses de crianças e adolescentes de ter o conhecimento da sua paternidade, a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências¹⁹, não exige a participação obrigatória da genitora no procedimento de investigação oficiosa de paternidade, bem como na judicialização do caso pelo Ministério Público.

A referida norma prevê as regras para o procedimento chamado de investigação oficiosa de paternidade, o qual determina que o oficial do cartório, quando da lavratura de registros de nascimentos apenas com a maternidade estabelecida, tem a obrigação de remeter ao Juízo competente certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

Vê-se que justamente para facilitar a localização do suposto pai, o diploma legal mencionado reza que o procedimento terá início quando da confecção do registro de nascimento, que ocorre, via de regra, até um mês após o nascimento.

Procedida a notificação do suposto pai e caso o mesmo não atenda, no prazo de trinta dias, a notificação judicial ou negue a paternidade que lhe foi atribuída, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Analisando a lei, observa-se que, em momento algum, o legislador exigiu a anuência da genitora do titular do direito para que esse pudesse ser exercido. Ao

¹⁹ A norma nasceu para investigar a paternidade dos filhos nascidos fora do casamento, pois os havidos desse relacionamento são presumidamente do marido da genitora, conforme disposição do artigo 1.597 do Código Civil. Assim, apesar de a Constituição Federal ter equiparado os filhos e proibido o tratamento diferenciado entre estes, o nosso Diploma Civil de 2002 ainda trouxe essa presunção legal que diferencia e privilegia os filhos gerados de uma relação matrimonial.

contrário, da leitura do §1º do artigo 2º²⁰ vê-se que sua oitiva pelo juiz é prescindível, pois se fosse obrigatória a sua participação, a lei não teria utilizado a expressão “sempre que possível” teria deixado claro, como fez, no mesmo parágrafo, quando determina que o juiz “em qualquer caso” notificará o suposto pai.

Veja-se que a expressão utilizada (sempre que possível) para oitiva da genitora tem natureza sugestiva, já em relação ao suposto pai a lei é impositiva (em qualquer caso). Confirmando a faculdade da oitiva da genitora, ainda, nessa fase extrajudicial destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Correição parcial - Averiguação oficiosa de paternidade - Inversão tumultuária do processo - Não ocorrência - **Oitiva da mãe do menor - Desnecessidade** - Notificação ao pai do menor - não atendimento - Improcedência. (TJ/PR, Correição Parcial nº 0174118-6, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Rafael Augusto Cassetari, DJ 20/01/2006) (grifos acrescidos)

Correição parcial - Averiguação oficiosa da paternidade - **Juiz que não determinou a oitiva da mãe do menor - Irresignação do representante do Ministério Público, entendendo haver inversão tumultuária do processo - Inocorrência - Genitora que não teria mais nada a acrescentar em sede de averiguação oficiosa** - Possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação de investigação da paternidade, uma vez que o suposto pai não respondeu à notificação judicial – Improcedência. (TJ/PR, Correição Parcial nº 1741193, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Celso Rotoli de Macedo, DJ 12/08/2005) (grifos acrescidos)

Outro indicativo de que a participação e anuência da genitora são dispensáveis encontra-se no §4º do já referido artigo, pois ao conferir ao membro do Ministério Público a possibilidade de ajuizar ação de investigação de paternidade o faz com a única exigência de existir elementos suficientes, ou seja, diante de provas ou indícios de paternidade o representante ministerial deve promover a demanda em substituição processual à criança ou adolescente. Novamente, não há nenhuma exigência quanto à participação da mãe da criança ou adolescente.

Observando, pois, o espírito da lei, vê-se que a intenção do legislador ao conferir ao *Parquet* a legitimidade extraordinária para ajuizar ação de investigação de paternidade em nome de criança e adolescente sem esse direito reconhecido foi proteger os mesmos nesses casos em que a representante ou assistente natural, a genitora, não o faça, justamente pelo caráter de indisponibilidade do direito em questão.

²⁰ Art. 2º (...)

§ 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.

Se não existisse essa legitimação, em muitos casos o direito à filiação, do qual decorre o direito à paternidade, perderia a característica da indisponibilidade, uma vez que o titular só o exerceria quando atingisse a maioridade civil e pudesse estar em juízo sozinho.

Pode-se pensar que, por possuir também a característica da imprescritibilidade, não há prejuízo para o titular do direito o seu exercício, a qualquer tempo, após atingida a maioridade, todavia a prova desse direito, no caso de recusa ou impossibilidade do exame de DNA, limita-se a prova testemunhal ou documental. Para o autor dessas demandas torna-se mais dificultoso ainda, pois o mesmo não participou do ato que originou o seu direito (relação sexual) sendo apenas produto deste.

As testemunhas também não participaram do ato, apenas relatam se existia algum relacionamento entre investigado e genitora do investigante, conforme ensina AHMAD:

No âmbito da investigação de paternidade, **a prova testemunhal tem o fito apenas de afirmar, com base em impressões pessoais, portanto, absolutamente subjetivas, a boa ou má fama da parte, o tipo de relacionamento, deduzir se houve ou não, relações sexuais, posto que o testemunho, normalmente, não é ocular ou auricular e, mesmo que o fosse, não comprovaria que a concepção se deu naquele ato presenciado**, e outras situações como o rapto e o concubinato, que não trazem certeza quanto ao vínculo genético investigado, apenas por conjecturar que, no período em que as circunstâncias descritas perduram, teria havido a concepção resultante da relação sexual entre aquele homem e aquela mulher, especificamente. (2010, p. 41) (grifos acrescentados)

Vê-se, portanto, que nas hipóteses em que o investigado é fruto de uma relação sexual eventual, ou caso extraconjugal, a prova, acaso a demanda seja ajuizada imediatamente ao nascimento da criança já será complicada, visto o relacionamento ocorrer à margem dos olhos da sociedade, o que dirá após o decurso de muitos anos.

Por isso que, em que pese à imprescritibilidade, é importante o exercício do direito à paternidade o quanto antes para que se alcance a efetividade do mesmo, justificando-se, mais uma vez, a legitimação extraordinária do Ministério Público.

Dessa feita, no caso de recusa ou inércia da genitora para representar ou assistir seu filho na demanda investigativa e diante de elementos suficientes, o Ministério Público deverá promover a ação investigatória de paternidade como substituto processual da criança ou adolescente e pedirá ao juiz a nomeação de curador especial para estes.

Nas comarcas em que a Defensoria Pública esteja instalada, a curadoria será exercida por um dos seus membros, ressaltando que, mesmo na presença do curador especial, o Órgão Ministerial continuará como legitimado extraordinário atuando, ao lado daquele, para preservar os interesses da criança ou adolescente, conforme explicam Farias e Rosenvald:

O curador especial tem a missão de representar a parte, suprindo-lhe a incapacidade. No processo civil, é *função institucional* da Defensoria Pública, conferida pelo art. 4º, VI²¹, da Lei Complementar nº 80/94, somente sendo possível seu exercício por terceiro, estranho aos quadros da Instituição, nas comarcas desprovidas de Defensor Público. Lembre-se de que a presença do curador especial não torna desnecessária a intervenção do *Parquet* nas ações investigatórias, em razão dos diferentes objetivos almejados com as suas respectivas intervenções. (2011, p. 652)

Importante frisar que não existe mais discussão doutrinária ou jurisprudencial acerca da legitimação extraordinária do Órgão Ministerial para ajuizar as demandas investigatórias quando existir o interesse de agir da genitora, a nossa Corte Suprema, no julgamento Recurso Extraordinário nº 248869²², já decidiu

²¹ O referido artigo foi alterado pela Lei Complementar nº 132 e atualmente o inciso que faz referência a função de curador especial da Defensoria Pública é o XVI.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;

²² 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 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.

favoravelmente a esta legitimação. Todavia, ainda são discretas as opiniões de que essa legitimidade subsiste mesmo diante da inércia ou recusa da genitora em representar ou assistir seus filhos nas ações de investigação de paternidade.

Farias e Rosenvald, são exemplos de doutrinadores que acreditam não ser necessária a participação da genitora, conforme se extrai do trecho da sua obra em que sugerem a nomeação de curador especial ao menor de dezoito anos no caso de colidência dos interesses desse com a da mãe no procedimento de investigação de paternidade, deixam claro que não há necessidade de anuência desta para ajuizamento da demanda investigatória:

Exemplo típico de colidência de interesses se colhe na hipótese de, iniciada a averiguação oficiosa, a mãe se recusar a informar quem é o genitor, tornando necessária a nomeação de curador especial pelo juiz ao incapaz, de modo a assegurar-lhe o exercício do direito. (2011, p. 651/652)

Acerca do tema também se manifestou o Desembargador Carlos Roberto Mignone do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em decisão monocrática proferida em recurso de Apelação Cível:

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, face o *decisum* de fls. 21/22, proferido pelo Juízo da 1ª Vara de Família de Colatina, que indeferiu a inicial da ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos proposta em face de FABIO BARROSO CORREIA, considerando ausentes os requisitos da legitimação extraordinária.

Em suas razões recursais (fls. 24/32), o apelante argumenta que em ação de investigação de paternidade, regulada pela Lei 8560/92, o órgão ministerial age de ofício, independentemente da conveniência, oportunidade e interesse dos envolvidos, até porque as questões relativas à filiação são de interesse público, e não privado.

Sem contra-razões, até porque não triangularizada a relação processual (o apelado ainda não foi citado e não tem advogado constituído nos autos).

A Procuradoria de Justiça, por seu turno, vai pelo provimento do recurso.

É o breve relatório. Decido como segue .

O caso em análise comporta aplicação do contido no art. 557 do Código de Ritos.

Como relatado, cuidam os autos de apelação cível interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, inconformado com a sentença de fls. 21/22, que indeferiu a petição inicial por considerá-lo ilegítimo para figurar no polo ativo da presente ação de investigação de paternidade, bem como

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. (STJ, RE nº 248869 SP, Segunda Turma, Relator Min. Mauricio Corrêa, DJ 12/03/2004)

por não visualizar elementos suficientes para sua propositura.

Pois bem. Não obstante tal raciocínio, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que o *parquet* tem legitimidade ativa para defender direitos individuais indisponíveis, como o ora em análise, em que se discute questões relativas à filiação:

Ministério Público. Legitimidade ativa para ajuizar ação de investigação de paternidade. Lei nº 8.560/92. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que o "Ministério Público é legitimado para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2º, 4º, da Lei nº 8.560/92". 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - 3ª Turma - REsp 125842 / MG - Min. Carlos Alberto Menezes Direito - J. 06/09/2001 - DJ. 22/10/2001).

Ademais, cabe ressaltar que, segundo literal dicção do art. 2º, 4º, da Lei n.º 8.560/92, a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de investigação de paternidade, conquanto extraordinária, condiciona-se, tão-somente, à recusa ao reconhecimento voluntário da paternidade pelo apontado pai, como vem ocorrendo na hipótese. (TJES - 1º Câm. Cível - Proc. 14060037588 - Des. Arnaldo Santos Souza - J. 29/09/2006 - DJ. 04/10/2006).

De todo modo, no caso em apreço, o próprio apelado, apontado como suposto pai do menor, reconheceu seu relacionamento amoroso com a genitora do substituído (fls. 14), o que configura, à toda prova, evidência suficiente ao manejo da investigação de paternidade por parte do *parquet*. Logo, com fundamento no art. 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso manejado pelo apelante para, cassando a sentença recorrida, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja dado regular processamento ao feito.

Publique-se na íntegra e intime-se o apelante, devendo a Serventia observar que o presente feito tramita sob sigilo de justiça (art. 155, inc. II, do CPC). (TJ/ES, Apelação Cível nº 14060099471, decisão monocrática, Relator Desembargador Carlos Roberto Mignone, data do julgamento 25/03/2009) (grifos acrescidos)

O assunto foi tema de discussão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já mencionado Recurso Extraordinário nº 248869, no qual, apesar de entendimentos contrários a necessidade ou não de provocação da genitora para atuação do *Parquet*, prevaleceu o voto do relator pela necessidade de provocação do interessado para legitimar essa atuação.

A discussão tem início com o Ministro Carlos Velloso, que suscita inclusive a dúvida acerca da revogação²³ da Lei nº 8.560/92 pelo atual Código Civil:

²³ Neste ponto é necessário fazer um breve parêntese para relatar que o debate acerca da revogação da Lei nº 8.560/92 não foi prolongado e nem objeto de julgamento, por intervenção do relator Ministro Maurício Corrêa. Até porque para que uma norma seja revogada por outra tacitamente é necessário que haja incompatibilidade entre elas. No caso, a norma geral civil, em seu artigo 1.606, estabelece uma exclusividade do filho para ajuizar a demanda investigatória de paternidade, todavia a legitimação conferida ao *Parquet* pela lei específica (Lei nº 8.560), como já explanado, é extraordinária, ou seja, aquele atua em nome e na defesa de terceiros. Assim, não há conflito entre a norma geral e a específica, por isso não há o que se falar em revogação tácita. Nesse sentido também foi o entendimento do Ministro Cezar Peluso: "parece-me não tenha operado disciplina total do assunto, porque tal norma não está regulando a legitimação do Ministério Público, mas apenas cuidando da legitimação ordinária do filho, nos termos do Código anterior (art. 350)".

Sr. Presidente, há uma dúvida: primeiro, a lei está revogada pelo Código Civil atual, que assegura apenas ao filho, e com propriedade. Imagine: um sujeito é tido como filho de uma alta personalidade e o Ministério Público entra com uma ação para provar que ele é filho do motorista dessa alta personalidade? Então, o Código assegura a ação somente ao próprio filho, conforme o art. 1.606:

“Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.”
(...)

O debate continua com o Ministro Sepúlveda Pertence:

A questão gerada pela lei é que, na conformidade dela, era indiferente que a mãe, como representante do menor, quisesse, ou não, propor a ação. Ouvida pelo juiz, ela indicava o pai e, se o pai recusasse a paternidade indigitada, o juiz remetia os elementos ao Ministério Público. Tratava-se, assim, evidentemente, de legitimação própria do Ministério Público.

O Ministro Cezar Peluso explica que a legitimação do *Parquet* tem início com a inércia da genitora, representante legal do titular do direito:

O problema está em que, quando a mãe não queira fazê-lo por algum motivo, deixando de promover a ação, aí é que surge a questão da necessidade da legitimação extraordinária do Ministério Público para substituir o genitor omissor no cumprimento do dever de exercitar, como seu representante legal, justa pretensão do filho.

O Ministro Nelson Jobim questiona se a legitimação do Ministério Público, nesse caso, é autônoma ou depende da provocação da genitora da criança ou adolescente titular do direito à paternidade. Em resposta, o Ministro Sepúlveda Pertence esclarece:

O grande problema é que nessa Lei 8.560, o ponto, realmente, é este: em momento algum se prevê a iniciativa da mãe, ainda seja junto ao Ministério Público, como condicionante da legitimação deste. Tratava-se, efetivamente, de uma substituição processual do filho pelo Ministério Público.

Confirmando a ausência de previsão legal de iniciativa ou anuência da genitora para legitimar a atuação do *Parquet*, destaca-se a fala do Ministro Cezar Peluso:

Excelência, parece-me que a prevê, porque parte da hipótese de que a atuação do Ministério Público é necessária, exatamente quando a mãe falhe no dever de promover a demanda em nome do filho. Noutras palavras, acho que a lei quis conceder – e não posso fugir a tentação de dizer que V. Exa. está, de certo modo, advogando em causa própria, por que era Ministro da Justiça ao tempo em que a lei foi editada – legitimação extraordinária ao Ministério Público, precisamente para suprir as omissões das mães, como representantes legais. Não vejo aí nenhuma incompatibilidade com o Código Novo, porque terá apenas repetido o sistema original do Código anterior, estabelecendo a óbvia legitimidade do filho para a ação de reconhecimento de sua filiação. Sem versar a matéria da legitimação extraordinária do Ministério Público. Há, aí, pois tema normativo que não foi objeto específico de disciplina do novo Código.

Indo de encontro ao que disciplina a Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei nº 8.560/92, o atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, defendeu a tese de que o *Parquet* possui legitimidade para propor a ação de investigação de paternidade, desde que haja provocação da mãe ou de outro responsável pelo titular do direito. Nesse sentido, também foi a crítica feita pelo Ministro Nelson Jobim:

Sr. Presidente, estabeleço a restrição no sentido de que não reconhecerei a representação – não a chamo de substituição processual -, porque a mantenho, ainda, para aquela técnica anterior. Essa legitimação extraordinária, absoluta do Ministério Público, independente da manifestação da mãe, representa, a meu juízo, uma enorme intervenção em algo que seria do Estado na intimidade das pessoas. Isto representaria um Estado totalitário de absoluta disponibilidade dos assuntos em relação ao próprio Ministério Público. Disto, fujo. Não exatamente porque a mãe fez a manifestação de vontade. O que eu, evidentemente, não aceitaria é a possibilidade de o Ministério Público, contra a vontade da própria mãe, propor ações de qualquer natureza. Aí, estar-se-ia invadindo brutalmente a intimidade das pessoas por um órgão do Estado.

Rebatendo os argumentos do Ministro Nelson Jobim, o também Ministro Cezar Peluso sabiamente argumentou:

Parece-me não estar aqui propriamente em jogo a questão do direito à intimidade. É que tal direito pressupõe sujeito capaz de avaliar o seu próprio mundo interior. O caso de que estamos tratando é de menor que, não sendo capaz de exercer por si esse poder, necessita de alguém para fazê-lo em seu nome. Aqui está o cerne do problema. Creio que o menor tem direito subjetivo, que é o direito fundamental versado na causa, personalíssimo e de caráter indisponível, à sua identidade histórica. Por isso a lei foi muito prudente ao estabelecer que o juiz encaminhará as informações ao Ministério Público, para que, em havendo nelas elementos indiciários ou sugestivos da paternidade, promova a ação, em homenagem a disponibilidade do menor, quando se omita a mãe.
(...) O que a lei pretende tutelar é, antes, a situação do menor que, tendo direito de ver sua paternidade reconhecida, com base em, elemento factual consistente, vê o direito preterido ou postergado por omissão da mãe e, até que complete a maioridade, está inibido de agir. Acho que não há aí intromissão do Estado, mas justa tutela do incapaz.

Vê-se, pois, que a discussão do tema existiu no referido julgado, e, apesar dos fortes argumentos utilizado pelo Ministro Cezar Peluso, na ementa elaborada pelo relator constou que a legitimidade do Ministério Público depende da provocação do interessado.

A discussão da necessidade ou não de manifestação de vontade da genitora foi enfrentada por Comel (2004), a qual falando sobre o reconhecimento voluntário dos filhos pelo genitor, também defende que, igualmente nesta hipótese, não há necessidade da participação da genitora no próprio ato de reconhecimento e muito menos no de averbação dessa paternidade no registro de nascimento da criança ou

adolescente.

Comel justifica que não há na legislação (Lei nº 8.560/92, Código Civil e Lei nº 6.015/73) nada, pelo menos expreso, que seja possível concluir a exigência da participação da genitora do ato de reconhecimento e averbação da paternidade do seu filho. Explica a magistrada que o reconhecimento de paternidade feito espontaneamente pelo genitor é ato jurídico que possui características específicas: constitutivo de estado, personalíssimo, unilateral, puro, simples e irrevogável.

Constitutivo, pois dele decorre a paternidade; personalíssimo porque apenas o pai possui legitimidade para fazê-lo; unilateral por bastar apenas uma declaração de vontade; puro e simples, em virtude de não depender de condição ou termo e; por fim, irrevogável, por expressa imposição legal (art. 1º²⁴, caput da Lei 8.560/93 e art. 1.610²⁵, Código Civil), já que uma vez praticado não pode quem o praticou desfazê-lo.

A partir dessas características, fundamenta a autora que até ao filho não é facultado a recusa, podendo o mesmo, entretanto, nos termos do artigo 1.614²⁶ do Código Civil, após atingida a maioridade civil, contestar esse reconhecimento e quanto à genitora destaca:

A mãe, por sua vez, é figura absolutamente alheia a tal relação, não lhe reconhecendo a lei qualquer participação no ato, nem por si, nem representando o filho. Não lhe cabe aceitar, não lhe cabe impugnar, não lhe cabe discutir. Somente lhe cabe resignar-se à vontade do homem, agora pai de seu filho. Esta é a disciplina legal. (COMEL, 2004)

Concluindo seu estudo acerca da necessidade (ou não) da intervenção da mãe para o ato de averbação da paternidade decorrente de reconhecimento posterior ao registro do nascimento de filho incapaz, Comel justifica:

(...) não se vislumbram fundamentos jurídicos consistentes que sustentem a exigência de intervenção da mãe no ato de averbação do reconhecimento da paternidade posteriormente à lavratura do assento, quando requerido pelo próprio pai. Tanto pela natureza do ato de reconhecimento da paternidade, tanto porque não se vê legitimidade da mãe ou do filho para opor-se à ele, como, também, porque tal poderia vir em prejuízo do menor, cujo interesse e necessidade a sobrelevar, por óbvio, são os ter um pai.

Por mais que pareça um excesso de poder concedido ao pai, uma potestividade amparada pela lei, esta se afigura ser a solução que

²⁴ Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: (...)

²⁵ Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

²⁶ Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

melhor ampara o incapaz e que melhor atende aos interesses do Estado, que tem mesmo na família a base da sociedade (CF, art. 226).

Dessa forma, põe-se a salvo o reconhecimento da paternidade de discussões extremamente delicadas, intermináveis e até vexatórias, passando a residir o conflito em detrimento do filho, tanto no aspecto psicológico, quanto material, sem se falar no do social (embora em segredo de justiça a querela). (grifos acrescentados)

Se a genitora falta legitimidade para impedir o reconhecimento voluntário da paternidade, bem como não é figura obrigatória na promoção das demandas investigativas pelo Ministério Público, acaso esta resolva promover a ação, como representante legal do filho, para investigar a sua paternidade, por óbvio, baseado no caráter indisponível do direito à filiação, também não pode desistir do prosseguimento do feito, conforme lições de Dias, Farias e Rosenvald:

(...) proposta a demanda por menor de idade, representado ou assistido pela mãe (CPC 8º), inexistente a possibilidade de desistência. Como a genitora apenas representa o filho, eventual pedido nesse sentido evidencia falta de zelo pelo interesse da criança, a subtrair a possibilidade de continuar a representá-la em juízo. Nessa hipótese, cabe a nomeação de um curador especial para prosseguir a ação em nome do autor. Como o Ministério Público tem legitimidade para propor ação investigatória (L 8.560/1992 2.º §4.º), também o tem para dar seguimento à ação, como substituto processual, quando houver desídia da representante do investigante. (DIAS, 2007, p. 369)

Outra solução, contudo, se impõe quando se trata da desistência da ação promovida por incapaz. Tendo em tela a indisponibilidade do direito material subjacente no litígio, é fácil perceber a impossibilidade de desistência em tal hipótese, não podendo o representante ou assistente do incapaz dispor de um direito que não lhe pertence. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, 685)

No caso de o representante ou assistente do titular da ação expressar a vontade de não prosseguir com a demanda, deve o magistrado nomear curador especial ao mesmo e o feito continuar normalmente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já decidiu neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE MENOR DE IDADE, REPRESENTADA POR SUA GENITORA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL E PERSONALÍSSIMO.

1. O direito ao conhecimento da origem genética tem sua sede no direito de personalidade, de que toda pessoa humana é titular. Ademais, nos termos do art. 27 da Lei n.º 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito de reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível.

2. **Após a propositura da ação de investigação de paternidade, não se pode conferir a terceiro - ainda que representante legal da autora da ação, como no caso - a possibilidade de desistir do pedido formulado, em razão da natureza indisponível e do caráter personalíssimo do direito posto em causa.** Assim, é imperativo o prosseguimento do feito, sendo recomendável a nomeação de curador especial à autora, ante o

conflito de interesses instaurado entre ela e sua representante legal. Conclusão nº 19 do Centro de Estudos deste Tribunal de Justiça. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS, Agravo de Instrumento Nº 70055098990, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013) (grifos acrescidos)

Vê-se, pois, que a genitora não pode impedir o exercício do direito à paternidade do filho, razão pela qual pode e deve o Ministério Público, diante da presença de elementos de provas suficientes, ajuizar demanda investigativa.

Ressalte-se, entretanto, que, com o presente estudo, não se está afirmando que a participação da genitora não é importante, afinal é por meio dela que se chega com mais facilidade as provas da paternidade. Nem tampouco que o Ministério Público promoverá, em qualquer caso e a todo custo, ações de investigação de paternidade. Todavia, não se pode tolher o direito do seu filho (criança ou adolescente) de ter o nome do pai no registro de nascimento, em razão de a genitora se recusar a exercer o seu papel de representante ou assistente daquele.

4.6 O DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA *VERSUS* DIREITO À FILIAÇÃO

Como se viu da leitura dos trechos dos debates dos Ministros no julgamento do Recurso Extraordinário nº 248869, o argumento dos que defendem a impossibilidade de ajuizamento da demanda pelo *Parquet* sem a anuência da genitora, baseia-se no direito à intimidade desta, todavia, aqui há que se fazer uma ponderação entre estes direitos conflitantes.

De um lado, tem-se o direito fundamental à intimidade da genitora, previsto no inciso X, do artigo 5º²⁷ da Constituição Federal, o qual caracteriza-se como um direito negativo de não exposição a outrem de fatos e elementos da vida privada de uma pessoa. E do outro o direito à identificação genética que decorre do princípio máster da dignidade da pessoa humana, o qual, também assegura o direito à vida, pois, como explica Lôbo (2004), o conhecimento biológico e conseqüentemente da saúde dos parentes próximos reflete na prevenção da própria vida.

Tratando-se de crianças e adolescentes, o direito à filiação ainda ganha o reforço dos direitos à proteção integral destes, à convivência familiar e comunitária e

²⁷ Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

o princípio do melhor interesse, todos também constitucionalmente garantidos pelo artigo 227, *caput*²⁸ e endossados pelos artigos 3º, 4º, *caput*, 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹.

Diante do caso concreto, utilizando-se a ponderação e o princípio da razoabilidade, a prevalência do direito à filiação em relação ao direito da genitora encontra justificativa no conhecimento da ancestralidade genética, mas, sobretudo, no fato de os titulares daquele, enquanto não atingirem a maioridade civil, serem hipossuficientes, aos quais a Carta Magna brasileira prevê proteção prioritária e diferenciada.

Assim, considerando toda a rede de proteção criada pelo sistema jurídico brasileiro para assegurar a efetivação dessas pessoas em formação, diante do conflito entre o direito à filiação destes e o direito à intimidade da genitora, não há como priorizar este último, pois pensar diferente seria uma afronta à Lei Máxima e o tratamento diferenciado por ela garantido.

Bastos (2010, p. 290), na análise de um caso concreto enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão³⁰, defende que na América Latina, sempre prevalecerá o direito do filho em saber sua origem biológica em detrimento da privacidade da mãe, pois o Pacto de São José da Costa Rica consagra e protege os

²⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

³⁰ Trata-se de reclamação levada ao Tribunal Constitucional Federal Alemão por uma mãe que, em decisão de segunda instância, foi obrigada a revelar a identidade do pai da sua filha. No presente caso, a instância superior Alemã, em um primeiro julgamento, julgou procedente a pretensão da genitora, no entanto, não reformou a decisão do órgão de segunda instância, apenas suspendeu e devolveu os autos para nova decisão do Tribunal de origem, pois entendeu que este desconsiderou o poder discricionário que lhe cabe a ponderação. Proferida nova decisão favorável a filha, pelo tribunal estadual, foi protocolada novamente reclamação pela genitora, todavia, dessa vez o Tribunal Constitucional considerou a pretensão desta improcedente.

direitos da criança e do adolescente.

Assevera, ainda, que além do instituto da ponderação e o princípio da razoabilidade, o sistema jurídico brasileiro, assim como o direito argentino que faz referência a uma responsabilidade civil intrafamiliar, deveria adotar sanções à genitora como forma de persuadi-la a contribuir para efetivação do direito ao conhecimento genético do filho.

Ao dar o direito ao filho de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos oferecendo-lhe a possibilidade de buscar nos pais biológicos explicações para questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca das características genéticas, da personalidade e do comportamento social, das disponibilidades ou resistências a certas doenças, etc.

O Brasil seguindo o exemplo do direito argentino deveria impor a mãe uma responsabilização, já que o direito a identidade genética é um direito personalíssimo e necessário a sanidade mental de casa ser humano. (2010, p. 290)

Acaso existisse, no nosso ordenamento jurídico, essa previsão de punição ou responsabilização civil para as genitoras que obstaculassem o exercício do direito do filho a ter acesso às suas origens genéticas, talvez o índice de crianças e adolescentes sem o nome do pai no registro de nascimento sofresse uma queda considerável.

Pois bem, mais uma vez restou comprovado que não há como prosperar o argumento dos que defendem que a legitimidade do *Parquet* no caso em estudo está vinculada a vontade da genitora porque a promoção da ação de investigação de paternidade sem a sua anuência afronta o seu direito à privacidade. Diante do conflito entre esse direito e do direito à filiação, considerando a superioridade dos interesses da criança e do adolescente, prevalecerá sempre este último, cabendo ao *Parquet*, como defensor, constitucionalmente nomeado, dos direitos individuais indisponíveis, e desde que presentes indícios suficientes de paternidade, promover a demanda investigatória, mesmo nos casos em que genitora da criança ou adolescente se recuse a atuar como representante deste.

4.7 O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E A INSPIRAÇÃO DA NORMA PÁTRIA

A Lei 8.560/92 foi inspirada na legislação civil portuguesa, a qual, desde 1977, já trazia a previsão do procedimento de investigação oficiosa de paternidade em seus artigos 1.864 e 1.865:

1.864º.

(Paternidade desconhecida)

Sempre que seja lavrado registro 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.

Artigo 1865.º

(Averiguação officiosa)

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 registo.
4. Se o pretense 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.

Percebe-se da leitura desses dois artigos que a redação da lei nacional é praticamente a mesma da norma alienígena inspiradora.

Diferencia-se, entretanto, a norma brasileira do Diploma Civil Português no artigo seguinte (1.866), pois diferente da primeira que optou pela instauração irrestrita do procedimento, este último estabeleceu duas hipóteses em que não se admite a instauração do procedimento de investigação officiosa, são elas: a) se a mãe e o pretense pai forem parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral e b) se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento.

A primeira proibição, no caso de parentesco, encontra justificativa no fato de o titular do direito à paternidade ser fruto de relação incestuosa, entre pais e filhos e entre irmãos, sendo, curiosamente estendida esta proibição, aos parentes por afinidade, como ocorreria no caso de relacionamento entre padrasto e enteada, por exemplo.

Aqui faz-se uma crítica ao Código Português, que diferente do ordenamento jurídico pátrio, encabeçado pela Constituição Federal, que proíbe o tratamento diferenciado aos filhos, restringe o direito à paternidade em razão do relacionamento que o gerou.

O outro fator impeditivo criado pela norma portuguesa é o decurso de tempo de dois anos do nascimento, que também não foi sabiamente imitado pela lei brasileira.

Apesar dessas duas ressalvas injustificadas, vê-se que, assim como a lei brasileira, a legislação ora comparada não faz nenhuma menção a necessidade de autorização ou motivação da genitora para que seja intentada a ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público.

5 A DESÍDIA OU INÉRCIA DA GENITORA E A EXPERIÊNCIA NO PROJETO PAI LEGAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³¹, citando Censo Escolar, no ano de 2012 existiam no Brasil 5.494.257 (cinco milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil e duzentos e cinquenta e sete) alunos menores de dezoito anos de idade sem a paternidade reconhecida.

Em virtude desse dado alarmante, o CNJ editou dois provimentos (12/2010 e 16/2012) visando facilitar a efetivação do direito à paternidade e criou o Projeto Pai Presente para estimular os tribunais do país inteiro a mudar essa estatística.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, além do Projeto Pai Presente do Tribunal de Justiça em parceria com a Defensoria Pública, o Ministério Público desenvolve o Projeto Pai Legal nas Escolas.

Em Natal, o projeto é permanente, integra uma das atribuições extrajudiciais das Promotorias de Família³² e, neste momento, o público alvo são crianças matriculadas no ensino fundamental, na rede municipal de educação.

Com o objetivo de saber, na prática, se os Representantes do Ministério Público, com atribuição judicial perante às varas de família de Natal/RN e extrajudicialmente na defesa da parentalidade responsável, estavam observando a disposição legal de indisponibilidade do direito à filiação e promovendo as ações de investigação de paternidade, mesmo nos casos de recusa ou inércia da genitora foi aplicada a seguinte pergunta:

Para efetivação do direito à filiação, do qual decorre o direito ao reconhecimento de paternidade, o ECA atribuiu aquele direito três características marcantes que revelam a sua extrema importância: personalidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Ainda nessa busca pela efetivação, a Lei Ordinária nº 8.560/92 conferiu ao Ministério Público a atribuição de atuar como substituto processual de

³¹ Dado disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22685:corregedoria-envia-a-tribunais-dados-sobre-reconhecimento-de-paternidade>, acessado em 25/04/2014.

³² A Resolução nº 012/2009 do Colégio de Procuradores de Justiça em seu artigo 1º, incisos II, VI, VII, XI, XLIX, L, LII, LXXIII e LXXIV estabelece a atribuição extrajudicial comum da 2ª, 6ª, 7ª, 11ª, 49ª, 50ª, 52ª, 53ª, 73 e 74 Promotorias de Justiça de Natal que possuem a seguinte redação: (...) e, extrajudicialmente, em matéria de Cidadania e Direitos Humanos afetos à família, na defesa da parentalidade responsável, especialmente na investigação de paternidade e maternidade; na promoção da gratuidade dos exames de DNA; na promoção da decretação de nulidade de casamento; e na tutela dos direitos do doente mental abandonado pela família, excetuada a promoção de interdição.

crianças e adolescentes sem a paternidade reconhecida. A mencionada lei não condiciona a atuação do *Parquet*, na busca da efetivação do direito à paternidade de crianças e adolescentes, à anuência da genitora destes, apenas a existência de provas ou indícios de paternidade (§4º, art. 2º).

Assim, questiona-se: no exercício da sua atribuição como Promotor (a) de Justiça com atribuição em matéria de família e na defesa da paternidade responsável, em atendimento do Programa Pai Legal caso ocorra de a genitora da criança se recusar a atuar como representante legal do filho, Vossa Excelência, diante da existência de elementos suficientes da paternidade, promoverá a ação de investigação de paternidade em substituição processual ao titular do direito?

A pergunta foi elaborada para que a resposta pudesse ser apenas sim ou não, pois o objetivo do presente trabalho não é fiscalizar a atuação do representante ministerial em sua promotoria, todavia os entrevistados que se disponibilizaram em colaborar justificaram suas respostas. Passamos agora a analisá-las.

Do universo de dez promotores, sete responderam a indagação supra. Dois entrevistados, responderam que, diante da existência de lastro probatório, promoveriam a ação à revelia da genitora, veja-se as respostas neste sentido:

Entrevistado 1: Responderia que sim se estivesse com uma prova muito forte de que ele seria o pai, como um exame de DNA e depoimentos testemunhais de ambos os lados (maternos e paternos) e que a recusa da mãe em representar à criança fosse infundada por birra ou orgulho, por exemplo. Nesse caso promoveria a ação como substituto processual mesmo sem o aval da mãe.

Entrevistado 3: Promoverei, a recusa da mãe só vai ser considerada se eu não tiver elementos para promover a ação. Ou seja, se eu precisar da ajuda dela.

Os demais, apesar de responderem afirmativamente, ponderaram que analisariam os motivos da recusa da genitora, se essa fosse injustificada promoveriam a demanda investigatória em favor do filho.

Entrevistado 2: Eu entendo que sim, apenas iria analisar a motivação da recusa da genitora, porque poderia ser relevante.

Entrevistado 4: Se a recusa for considerada injusta ou sem motivo, eu entraria com a ação, pois prevalece, em favor do filho, o direito a ter sua paternidade reconhecida.

Entrevistado 5: Vou primeiro ver e analisar as razões da recusa.

Entrevistado 6: Sim, em razão do melhor interesse da criança. Pode acontecer de não fazer isso (promover a ação) também tendo em vista o melhor interesse da criança dependendo do caso concreto. O interesse da criança e não da genitora.

Exemplo de não ingresso: a criança já tem a paternidade socioafetiva do pai de criação.

Entrevistado 7: Analisaria o motivo da recusa da genitora, caso fosse

simplesmente por birra ou raiva do genitor promoveria a ação.

Veja-se que a Lei nº 8.560/92, conforme já explanado, exige apenas a presença de elementos suficientes, ou seja, provas ou indícios de paternidade, para que o Ministério Público promova a ação de investigação de paternidade em substituição processual à criança ou adolescente, entretanto, apesar de todas as respostas serem afirmativas, alguns membros do *Parquet* da capital potiguar estabeleceram uma nova exigência não legal, mas moral: a recusa da mãe precisa ser injustificada.

Ou seja, há casos em que, para os entrevistados, a recusa da genitora é justificada, como, no exemplo citado por um deles de que a criança já possui um pai socioafetivo. Pode-se pensar também em uma recusa justificada quando a genitora foi vítima de violência doméstica pelo suposto pai do seu filho e o reconhecimento da paternidade poderá gerar uma aproximação que trará riscos a integridade física de ambos.

Com base na coleta desses dados, observa-se que, no âmbito do Ministério Público Potiguar, o promotor de justiça, via de regra, cumprindo a determinação legal, ajuíza ações para investigar a paternidade de crianças e adolescentes à revelia da genitora. Sendo relevante a recusa desta apenas em casos pontuais, no qual aquele observa que a não propositura da demanda atenderá melhor os interesses dos titulares do direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Homem possui a necessidade intrínseca de conhecer as suas raízes biológicas, bem como de estar inserido em uma unidade familiar, a qual desde as suas primeiras horas de vida, revela a importância para o seu desenvolvimento físico e emocional.

Reconhecendo a relevância social dessa necessidade de conhecimento da filiação, o nosso ordenamento jurídico, que anteriormente reconhecia apenas os filhos havidos de uma relação matrimonial, evoluiu e a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foi proibido qualquer forma de tratamento diferenciado entre os filhos com base no relacionamento que os originou.

Dessa forma, finda a graduação que antes era atribuída a prole dependendo da sua origem, a todo ser humano foi assegurado o direito de investigar sua ancestralidade genética, o qual foi alçado, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao patamar da indisponibilidade, além de ser cravado pelas características da imprescritibilidade e da personalidade.

Reveste-se dessas mesmas características o direito ao reconhecimento à paternidade, já que espécie do gênero filiação.

Reforçando a extrema relevância do direito à filiação e conhecimento da paternidade, a Lei nº 8.560/92, que regula o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, ou seja, que não estão albergados pela presunção legal de paternidade do artigo 1.597 do Código Civil, conferiu ao Ministério Público a legitimidade extraordinária para propor, em nome próprio, ação para investigar a paternidade de crianças e adolescentes.

Para que ocorra essa legitimação, a referida norma, em seu artigo 2º, §4º exigiu apenas a presença de elementos suficientes, os quais devem ser entendidos como provas e indícios que possibilitem indicar determinado indivíduo para figurar no polo passivo da demanda investigatória de paternidade.

Em momento algum do texto legal faz-se referência a necessidade do aval ou participação obrigatória da genitora da criança ou adolescente, no caso do titular do direito ainda não possuir capacidade civil plena. Até porque não poderia fazê-lo, pois a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente priorizaram os interesses destes, devendo, em caso de conflito com o direito de outras pessoas, sempre prevalecer os seus interesses, já que são seres em desenvolvimento e

hipossuficientes a quem toda a sociedade, família e Estado tem a obrigação de proteger.

Assim, não há o que se falar de direito à intimidade da mãe, pois o seu direito não pode se sobrepor ao interesse superior do filho de ter o conhecimento da sua paternidade. Razão pela qual, diante da inércia ou recusa da genitora e com fulcro no caráter indisponível, bem como inexistência de previsão legal da participação obrigatória daquela, deve o Ministério Público promover ação de investigação de paternidade para que seja assegurado aquele direito fundamental, que possui alicerce na dignidade da pessoa humana e reveste-se de importância social e moral.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. 1ª ed. (ano 2009), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

ALBERTON, José Galvani. **Parâmetros da atuação do Ministério Público no Processo Civil em face da nova ordem constitucional**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 59, p.25-49, jan. 2007.

Disponível em:

http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602515.pdf. Acesso em: 24 mar. 2014.

BASTOS, Ísis Boll de Araujo. **O direito à identidade genética versus direito à privacidade da mãe: análise de caso prático**. 2010. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/13_Comentario_Jurisprudencia_1.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Brasília.

_____. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 1988.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília.

_____. Lei nº 8.560, de 29 de janeiro de 1992. **Regula A Investigação de Paternidade dos Filhos Havidos Fora do Casamento e Dá Outras Providências**.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília.

_____. **Provimento nº 12 do Conselho Nacional de Justiça**, de 06 de agosto de

2010. Brasília.

_____. **Provimento nº 16 do Conselho Nacional de Justiça**, de 17 de fevereiro de 2012. Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 248.869-1**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 07 de janeiro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília, 12 março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário nº 248869**. Diário Oficial da União. Brasília, 12 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, 16 dezembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 466.861**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 28 de março de 2007. Diário Oficial da União.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP**. Relator Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 10 maio 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.159.242 - SP**. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI. Brasília, DF, 09 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 23 maio 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Correição Parcial nº 1741193**. Curitiba, PR, 13 de julho de 2005. Diário Oficial do Estado. Curitiba, 12 agosto de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Decisão Monocrática em Apelação Cível nº 14060099471**. Relator: Carlos Roberto Mignone. Vitória, ES, 25 de março de 2009. Diário Oficial do Estado. Vitória, 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70055098990**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 29 de janeiro de 2013. Diário da Justiça. Porto Alegre, 03 set. 2013.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Lei de Investigação de Paternidade. In: CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Leis Cíveis Especiais no Direito de Família**: Leis nº 5.478/1968, 8.560/1992, 8.971/1994, 9.278/1996, 11.804/2008 e 12.318/2010. Salvador: Juspodivm, 2011. Cap. 3. p. 75-112.

COMEL, Denise Damo. **Reconhecimento da paternidade : manifestação de vontade da mãe no ato de averbação perante o registro civil de pessoas naturais**. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5492/reconhecimento-da-paternidade>. Acesso em: 02 abril de 2014.

CORDEIRO, Marly. **Ao pai desconhecido**. Disponível em: <http://somentodosum.ig.com.br/clube/artigos.asp?id=19623>>. Acesso em: 17 maio 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

EIZIRIK, Mariana e BERGMANN, David Simon. **Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso**. Revista de psiquiatria do Rio Grande do Sul, volume 26, nº 3, Porto Alegre, setembro/dezembro de 2004, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>, acesso em 29 de março de 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 23 maio 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária: Da Família Natural. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Cap. 3. p. 133-134.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e Investigação de Paternidade**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344**, de 25 de novembro de 1966. Lisboa, PT.

RANGEL, Osiel. **Pai Ausente**. 2008. Disponível em:
<http://www.revistaenfoque.com.br/index.php?edicao=78&materia=948>. Acesso em:
10 abr. 2014.

Rio Grande do Norte. Resolução nº 002, de 21 de junho de 2008. **Dá nova regulamentação, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, à instauração e tramitação do inquérito civil e do procedimento preparatório, de que tratam os artigos 70 a 76 da Lei Complementar 141/96, e dá outras providências**. Natal, RN.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.