

***Pretensão de esclarecimento de posição do CSMP em relação a duplo controle de promoção de arquivamento de averiguações oficiosas de paternidade (Projeto EM NOME DO PAI). \****

Proc. N° 2010.00914869

Solicitante: Dr. José Luiz Ferreira Marques - Promotor de Justiça

Origem: 2ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Pavuna.

Causa de pedir: Precedente de não aceitação da promoção de arquivamento em procedimento desta natureza , fundado na súmula n.2 do CSMP- (MPRJ 2007.00021540).

**Projeto EM NOME DO PAI. Necessidade de determinação da abrangência dos efeitos da súmula nº 2 do CSMP: "Os arquivamentos dos inquéritos civis , dos procedimentos preparatórios, das peças de informação, dos procedimentos administrativos e outros a eles assemelhados, instaurados para garantir a tutela de direitos individuais indisponíveis ou homogêneos referentes a idosos, deficientes, crianças e adolescentes, que não tenham sido submetidos ao crivo do judiciário, estão sujeitos à revisão do Conselho Superior do Ministério Público". Ausência de lei que imponha o duplo controle na hipótese. Criação de instância de efetividade da cidadania através do Projeto EM NOME DO PAI. Ação do Ministério Público para efetivar direito fundamental inerente à cidadania de nossas crianças, atribuindo-lhes o reconhecimento de quem é seu pai, de forma a garantir-lhes a dignidade, o respeito, e impossibilitando qualquer forma de discriminação ou opressão decorrente desta situação. Direito fundamental de aplicabilidade imediata, garantido como dever jurídico constitucional no art. 227 da Lei Magna: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o**

\* O Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, na terceira Sessão Extraordinária, realizada no dia 17 de março de 2011, por unanimidade de votos, decidiu no sentido da não aplicabilidade da Súmula CSMP de nº 2 aos procedimentos derivados do projeto EM NOME DO PAI. A Presidente proclamou que os procedimentos relativos ao Projeto EM NOME DO PAI não serão submetidos ao reexame do Conselho Superior.

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. Preceito editado para a generalidade dos casos. Exclusão para, verdadeiro “mutirão de cidadania”, posto que a dignidade da pessoa humana” é fundamento da nossa República, conforme inscrito no inciso III do art. 1º, Título I, da Lei Maior: Dos Princípios Fundamentais e garantido como Direito Fundamental nos termos do art. 5º inciso X da Carta Constitucional. A imposição do duplo controle na hipótese, se revela contrária ao objetivo da ação ministerial, posto que retardaria sua eficácia. Situação jurídica completamente diversa da que informou a edição da súmula. Precedente que não deve ser fim em si mesmo, mas meio para a obtenção de um fim: a disciplina da nossa atuação, com segurança e justiça. Necessidade de atender-se ao fim geral da ordenação do nosso atuar (atividade fim), em relação às particularidades do caso de que se trate, ou seja, da idéia de equidade. Singularidade da situação jurídica criada para os menores da rede pública de ensino. Não aplicabilidade da súmula aos procedimentos derivados do projeto: EM NOME DO PAI, posto que retardariam sua eficácia, contrariando seu sentido teleológico de dar absoluta prioridade à efetividade da cidadania das nossas crianças. É como voto para que seja deliberado pelo Conselho.

Egrégio Conselho,

O ilustre Promotor de Justiça, Dr. José Luiz Ferreira Marques, pretende esclarecimento de posicionamento deste CSMP, em relação a procedimentos administrativos no âmbito do Ministério Público, que tenham como objeto apurar a necessidade de se propor ação de investigação de paternidade, posto que não submetidos a controle de revisão pelo juízo de registro civil.

Sustenta que, nesses casos, deve ser aplicável a súmula n. 2:

“Os arquivamentos dos inquéritos civis, dos procedimentos preparatórios, das peças de informação, dos procedimentos administrativos e outros a eles assemelhados, instaurados para garantir a tutela de direitos individuais indisponíveis ou homogêneos referentes a idosos, deficientes, crianças e adolescentes, que não tenham sido submetidos ao crivo do judiciário, estão sujeitos à revisão do Conselho Superior do Ministério Público”.

Considera imperioso o controle do CSMP, tendo em vista a necessidade de revisão da existência ou não dos motivos do ato administrativo que determinou o arquivamento, bem como da vinculação à finalidade do mesmo, por órgão diverso na hierarquia interna dos procedimentos administrativos do Ministério Público (fls. 2/3).

Com a inicial é anexado parecer de arquivamento em hipótese que determinava o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, impossibilitada, em virtude da maioria da menor, única herdeira do extinto (fls.4/6).

Submetida a questão ao 3º CAOP, restou esclarecido que o projeto tem por finalidade a tutela dos direitos individuais e indisponíveis das crianças e adolescentes matriculadas na rede pública de ensino, onde foram detectadas 59.610 crianças não registradas EM NOME DO PAI.

Esclarece que, quando há reconhecimento voluntário, a paternidade é consignada, determinando-se ao oficial do RCPN a averbação, conforme o Provimento n. 57/2010 da Corregedoria Geral de Justiça (fls.18).

Informando a grande abrangência do projeto, que se desenvolve através de mutirões nas escolas de todo o Estado, o 3º CAOP afirma que a revogação da alínea "c" do inciso II do art. 41 da Lei Complementar n. 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público), que previa a homologação pelo Conselho Superior dos feitos de averiguação oficiosa de paternidade, afastou a revisão pelo Colegiado (fls.20).

No mesmo sentido a Resolução n. 600/94, que: "Dispõe sobre a atuação do Ministério Público no procedimento de averiguação oficiosa, previsto na Lei n. 8.560, de 29.12.92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, e dá outras providências" (fls.21/23).

Conclui o 3º CAOP, que em razão da interpretação teleológica do art. 2º da Lei complementar n. 113/2006, o arquivamento dos procedimentos administrativos gerados a partir da execução do Projeto EM NOME DO PAI, não se submete à homologação do Conselho Superior do Ministério Público, se circunscrevendo ao espaço de autonomia funcional do órgão de execução do Ministério Público em 1ª instância (fls.17/23).

Vejamos a quem assiste razão.

A controvérsia se resume na fixação da abrangência da súmula n. 2 deste Colegiado, que impõe o duplo controle, ao estabelecer:

**"Os arquivamentos dos inquéritos civis, dos procedimentos preparatórios, das peças de informação, dos procedimentos administrativos e outros a eles assemelhados, instaurados para garantir a tutela de direitos individuais indisponíveis ou homogêneos referentes a idosos, deficientes, crianças e**

adolescentes, que não tenham sido submetidos ao crivo do judiciário, estão sujeitos à revisão do Conselho Superior do Ministério Público”.

O Conselho Superior do Ministério Público é uma instância de equidade administrativa, o que significa dizer, que não busca a fundamentação de suas decisões apenas na norma jurídica, mas nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

Nesse sentido, ausente o preceito que impõe o duplo controle dos atos do Ministério Público em questões desta natureza, editou a súmula que procura tutelar de forma mais segura direito que é expressão da personalidade, e desdobramento da honra da pessoa, garantido como fundamental no inciso X do art. 5º da Constituição da República:

**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;**

Portanto, a pretensão ou o objeto do procedimento, é dar efetividade a direito fundamental inerente à cidadania de nossas crianças, atribuindo-lhes o reconhecimento de quem é seu pai, de forma a garantir-lhes a dignidade, o respeito, e impossibilitando qualquer forma de discriminação ou opressão decorrente desta situação.

Esse direito fundamental de aplicabilidade imediata, é reafirmado no art. 227 da Lei Magna, como dever jurídico constitucional:

**Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.**

Ao editar preceito que impõe o duplo controle aos atos de arquivamento de procedimentos em órgãos de execução de primeira instância, impõe condição suspensiva (ex tunc) para dar-lhes eficácia, que só se implementa após a homologação.

Mas ao fazer isto, edita o preceito para a generalidade dos casos, excluindo as singularidades que emergem da atuação do Ministério Público através de verdadeiro “mutirão de cidadania” para dar efetividade ao direito fundamental inerente à personalidade.

O Professor Hélio Tornaghi, em judicioso estudo sobre a equidade, alerta para este fato, distinguindo a aplicação da equidade individual e da equidade social, que nos parece ser o caso das manifestações deste Colegiado, ao ensinar que a diferença é que:

“eqüidade individual (epiquéia), é o que acontece, por exemplo, na aplicação da Lei de Luvas, em que o juiz leva em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); em contrário, a eqüidade social (a equity dos ingleses), tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular uma norma, e em seguida aplica-la ao caso concreto”.<sup>1</sup>

A distinção entre eqüidade individual e social já vinha de Aristóteles.

Na ética de Nicômaco ele ensinava que a eqüidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a eqüidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei, e exige de quem tenha que julgar, o estabelecimento de uma regra adequada ao caso que lhe é submetido.

A eqüidade é sempre um modo de determinar o que é justo em cada caso concreto, e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1º - a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A eqüidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o julgador leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhante a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a eqüidade individual

É possível a utilização da eqüidade nos casos em que a negação da norma atende o seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitado o caráter singular de sua aplicação.

2º - de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a eqüidade social, que manda o julgador completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável.

A eqüidade-criação serve de fundamento ao julgador para proferir decisões não lastreadas na lei. Se a quem julga é determinada à observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação à lei, que lhe impõe decisões secundum legis, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio.

Deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de eqüidade social, a nossa atividade de edição de súmulas não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato.

É apenas declaratória de uma norma eqüitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à nossa apreciação.

---

1. Hélio Tornaghi, O Mandado de Injunção. Revista do Ministério Público, Vol. I p.62.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI (mandado de injunção), para suprir as lacunas do Direito, assim com o fez a súmula referida, posto que o reconhecimento do estado de filiação é direito indisponível, nos termos do art. 27 da lei n. 8.069/90:

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

Portanto, a pretensão ou o objeto da instância criada com o projeto, é dar efetividade a direito fundamental da pessoa, decorrente da cidadania, posto que a "dignidade da pessoa humana" é fundamento da nossa República, conforme inscrito no inciso III do art. 1º, Título I, da Lei Maior: **Dos Princípios Fundamentais**.

Assim, numa primeira vista, parecerá ao intérprete, que a súmula do CSMP se aplica ao caso de arquivamento de reconhecimento de paternidade decorrente do projeto: EM NOME DO PAI, posto que não submetido à controle do judiciário.

Entretanto, nos parece, que a aplicação literal do preceito contraria o sentido teleológico da verdadeira "instância de efetividade da cidadania", instaurada pelo Ministério Público com o projeto: EM NOME DO PAI.

Ações desta natureza têm por finalidade dar efetividade a direitos fundamentais, seguindo a intenção da Constituição da República, que busca a sua efetividade mesmo na ausência de lei, através do mandado de injunção, instituto importado do Direito Anglo Saxão, de forma a viabilizar o exercício dos "direitos e liberdades individuais", que abrange os arts. 5º a 11 da Carta da República, onde se insere o direito à filiação.

Portanto, a imposição do duplo controle, se revela contrária ao objetivo da ação ministerial, posto que retardaria sua eficácia.

Nesse ponto, desejo registrar minha felicidade em ver a atuação do Ministério Público criando sua própria instância para efetividade de direitos desta natureza, posto que já no ano de 1992, em trabalho intitulado "O Ministério Público e a Tutela dos Interesses Difusos", defendia que:

**"Ao Ministério Público foi conferida uma legitimação para agir da forma mais ampla possível, como requer a norma constitucional, utilizando-se de qualquer ação possível no ordenamento jurídico brasileiro, desde que a pretensão seja atender à missão que lhe confere o constituinte originário".(Direito Público-Temas Polêmicos. pág.19-Freitas Bastos -1997).**

Passado tanto tempo, tendo a honra de integrar esta instância, ver sonhos do passado se realizando no presente, é por demais gratificante.

Pois, é exatamente isto o que faz esta ação ministerial intitulada de projeto:  
**EM NOME DO PAI.**

Ao criar instância de efetividade da honra e da dignidade das nossas crianças, defendendo-as de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão, coloca-as em situação jurídica completamente diversa da que informou a edição da súmula nº2.

Afirmamos isso, por considerarmos que a interpretação literal traça os limites da teleológica.

Essa é correta enquanto não ultrapassa aqueles lindes e estes limites são apurados com os elementos que referimos para esclarecer os casos a que ela se aplica.

Se a interpretação puramente gramatical leva à injustiça flagrante, manifesta, ou ao absurdo, cumpre investigar em que sentido as palavras devem ser interpretadas para que se chegue a uma solução de equidade.

Se a letra da súmula enseja duas possíveis interpretações, há de preferir-se a que melhor responda às necessidades da vida, ao bem comum e à beniquidão.

Essa interpretação deve atender aos elementos ministrados pela sua linguagem e por sua razão de existir e de ser como é (ratio legis).

Ela não é fim em si mesma, é meio para a obtenção de um fim: a disciplina da nossa atuação, com segurança e justiça.

Sendo o seu comando meio para se alcançar estas finalidades, devemos conhecer-lhe o fim: tanto o finis operis, quanto o finis operantis, ou seja, o fim que o Conselho Superior teve em mira ao editá-la, e interpretá-la de modo que possa atingir a sua finalidade.

Essa análise pressupõe o exame dos fatos e sua estimativa segundo padrões éticos, econômicos, naturais e culturais: são "os fins sociais a que ela se destina".

Note-se, que sempre nessa equação entra um coeficiente de equidade, ou seja, a valoração de todas as circunstâncias para se chegar a uma interpretação que não se afaste da idéia de justiça.

Portanto, a hermenêutica jurídica dos nossos precedentes deve propor-se em primeiro lugar a descobrir o fim concreto perseguido pelo comando; quando porém, esse não se apresentar claro e, por conseguinte, não puder servir de critério decisivo, deve atender-se ao fim geral da ordenação do nosso atuar (atividade fim), em relação com as particularidades do caso de que se trate, ou seja, da idéia de equidade.<sup>2</sup>

---

2. J. Castán Tobeñas. Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho, págs. 243 e 244.

Nesse aspecto, a singularidade da situação jurídica criada para os menores da rede pública de ensino, com esta salutar e eficiente atuação do Ministério Público, recomenda que o controle seja feito pela sociedade, pois a Constituição da República, quando instituiu regime de democracia participativa e cidadania responsável, cometeu à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar “com absoluta prioridade” a efetividade de todos os direitos essenciais assegurados na Lei Magna, para que possam perfazer-se, realizar-se, de forma a exercer sua cidadania.

Assim, atendida a singularidade da situação, decorrente desta nova forma de ação do Ministério Público, entendemos que o comando da súmula não se aplica aos procedimentos derivados do projeto: EM NOME DO PAI, posto que retardariam sua eficácia, contrariando seu sentido teleológico de dar absoluta prioridade à efetividade da cidadania das nossas crianças.

É como voto.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2011.

**Luiz Fabião Guasque**

**Procurador de Justiça-Conselheiro do CSMP.**