

DIREITO CIVIL / DIREITO PROCESSUAL CIVIL

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DO EXAME GENÉTICO EM DNA

Belmiro Pedro Welter

Promotor de Justiça e Mestrando em Direito Público.

Sumário: 1. Introdução. 2. Necessidade da produção do exame genético em DNA. 3. Condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA. 3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana do investigante. 3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana do investigado. 3.3 Breves notas sobre interpretação de normas constitucionais. 3.4. Relativização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3.4.1. Princípios da igualdade e da proporcionalidade na relativização do princípio da dignidade da pessoa humana. 3.5 A aplicação do princípio da proporcionalidade não ofende o princípio da separação de poderes. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais¹ da igualdade,² da proibição de discriminação entre a filiação,³ da prioridade e prevalência absoluta dos

¹ Cfe. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 1999, p. 1177, pontificando que “regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídica”.

² Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 6ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 237, certificando que o sentido da

interesses dos filhos,⁴ da cidadania⁵ e da dignidade da pessoa humana,⁶ elevados à fundamentação da República Federativa⁷ do Brasil e do Estado Democrático de Direito,⁸ implantaram no Brasil apenas duas verdades

igualdade deve ser edificada em três pontos, acolhidos quase que de forma unânime pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: “a) que igualdade não é identidade igualdade jurídica não igualdade natural ou naturalística; b) que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) que a igualdade não é uma ‘ilha’, encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material”.

³ Cfe. Cerqueira Filho, Giságlio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 2ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1992, p.88, ao asseverar que nosso País não mais permite que se revise a histórica e odiosa discriminação imputada aos filhos, já que “essas tristes lembranças, além de ilegais e imorais, são fruto de conhecidos interesses de propriedade e de herança”.

⁴ Cfe. Cahali, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 9ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.931: “os direitos inerentes ao pátrio poder, no concernente à guarda da prole, cedem passo perante solução desenganadamente exigida pelo bem dos menores” (artigos 227 da CF e 4ª e 7ª do ECA).

⁵ Cfe. Corrêa, Darcísio. *A construção da cidadania, reflexões histórico-políticas*, Ijuí, Editora UNIJUÍ, 1999, pp.216 a 218, atestando que a cidadania confunde-se praticamente com os direitos humanos, sendo “uma representação universal do homem emancipado, fazendo emergir a autonomia de cada sujeito histórico, como a luta por espaços públicos na sociedade a partir da identidade de cada sujeito”, enfim, um direito constitucional garantidor do espaço público.

⁶ Cfe. Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 36, afirma que “o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age”.

⁷ Cfe. Boff, Salete Oro. *Federalismo e Federação brasileira: aspectos básicos*, Ijuí, Editora UNIJUÍ, 1995, pp.05, 07 e 08, esclarecendo que “a idéia de Federalismo e de República já estava presente antes da independência do País (...). Em 1889, foi proclamada a República, e o Federalismo afigura-se (...). A Monarquia transforma-se em República; a forma de Estado Unitário passa à Federal. A Federação foi instituída no Brasil através do Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1989 (...). Federação é a unidade das corporações políticas da Nação, afastando qualquer conceito que implique divisão ou dissolubilidade da unidade brasileira. Uma inovação neste documento é que o município deixa de ser objeto de questionamento quanto a sua condição de elemento da Federação e passa a ser uma entidade integrante (da Federação)”.

⁸ Cfe. Streck, Lenio Luiz. e Moraes, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 90, listando os princípios do Estado Democrático de Direito: a) *Constitucionalidade*; b) *Organização Democrática da Sociedade*; c) *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*; d) *Justiça Social*; e) *Igualdade*; f) *Divisão de Poderes ou de Funções*; g) *Legalidade*; h) *Segurança e Certeza Jurídicas*. Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1995, pp. 122-123, cita os seguintes princípios: a)

da filiação: biológica e sociológica, já que a família afetiva (sociológica, nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental ou eudemonista) está inundada nos mesmos propósitos da família biológica. É uma imagem bifronte, uma refletindo a outra, com comunhão plena de vida entre ambas as famílias, enfim, a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética, e o fato de a filiação eudemonista não ter registro, como ocorre na biológica, não é tão relevante, porque importa mais a manutenção contínua dos vínculos do amor, carinho, desvelo, ternura, solidariedade, que sustentam, efetivamente, o grupo familiar, do que o mero ato solene de registro da filiação. São, portanto, dois institutos jurídicos iguais, envelopados com a mesma indumentária jurídica.

Nesse sentido, o artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna de 1988, ao referir que os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou união estável, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.⁹ Com isso, houve ruptura de paradigma,¹⁰ porquanto não há mais qualquer desigualdade, pelo menos formalmente,

Princípio da constitucionalidade; b) princípio democrático; c) sistema de direitos fundamentais; d) princípio da justiça social; e) princípio da igualdade; f) princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; g) princípio da legalidade; h) princípio da segurança jurídica.

⁹ Cfe. Fachin, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 201, “como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um ‘resíduo diferenciador’ sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar”.

¹⁰ Cfe. Kuhn, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, Editora Perspectiva, SP, 5ª edição, 2000, pp. 122 e 116, asseverando que “a transição para um novo paradigma é uma revolução científica”, estando longe “de ser um processo cumulativo, obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção na área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”. No mesmo sentido, Fiuza, César Augusto de Castro. *Mudança de Paradigmas: do tradicional ao contemporâneo*, Direito de Família: a família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coordenador), Belo Horizonte, IBDFAM, OAB – MG, Del Rey, 2000, p. 28, “paradigma seria um conjunto sistemático de características cientificamente formuladas sobre certo objeto e adotado como modelo para o estudo de determinado tema ou fenômeno”.

entre filhos corporais, extracorporais, biológicos e sociológicos, pois *todos são legítimos*, pelo que “mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade”.¹¹

Com o advento da terceira Revolução Industrial,¹² a ciência genética, como, por exemplo, o exame genético em DNA, passou a marcar presença na vida do ser humano, desde a concepção, no pré-natal, no tratamento embrionário, no feto, alongando-se até o nascimento. Além disso, no decorrer da vida, a medicina vai administrar a saúde da pessoa, tentando “por todos os meios afastar o espectro da morte, através dos mais diversos recursos terapêuticos e profiláticos oferecidos pela medicina moderna”.¹³

A comunidade jurídica ainda não assimilou, por completo, os avanços biotecnológicos, porque, conforme Zeno Veloso,¹⁴ a humanidade habituou-se à maternidade pela gravidez e o parto, mas, hoje, “a mulher que engravida e dá à luz um bebê pode não ser a mãe biológica desse ser, pode não ter qualquer vínculo genético com a criança. O progresso científico, nesse campo, abalou a regra milenar *mater semper certa est*”. Por conseguinte, a não menos milenar presunção da *pater is est quem nuptiae demonstrant* também está sendo afastada do plenário jurídico, em vista da certeza científica da paternidade e maternidade, através do exame genético em DNA,¹⁵ significando que a

¹¹ Cfe. acórdão da 3ª Turma do STJ, em 03.04.90, in RSTJ 40/236, relator Ministro Waldemar Sveiter.

¹² Cfe. Castells, Manuel. *A Sociedade em Rede*, 2ª edição, São Paulo, Editora Paz e Terra, 1999, p. 430, a primeira e segunda Revolução Industrial potencializaram a mão humana, o trabalho mecânico, o físico. Já a terceira Revolução Industrial, também chamada por Manuel Castells de *Era da Informação* potencializou o cérebro humano que, entre tantas outras conquistas, “pela primeira vez (...) penetrará os segredos da vida e conseguirá fazer manipulações substanciais da matéria viva”.

¹³ Cfe. Brauner, Maria Cláudia Crespo. *A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites de segurança*, São Leopoldo, RS, in Anuário da UNISINOS, 1999, pp. 193 a 213.

¹⁴ Cfe. Veloso, Zeno, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, Rio de Janeiro, Malheiros, 1997, p. 155.

¹⁵ Cfe. Simas Filho, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*, 5ª edição, Curitiba, PR, Editora Juruá, 1996, p. 78, atestando que o percentual de 99,999997% do exame genético em DNA “é considerado universalmente como *certeza científica!*”.

engenharia genética surpreendeu o direito e “somente agora os juristas começam suas viagens sobre os territórios da bioética e do biodireito,¹⁶ parecendo bombeiros atrás de um incêndio, transitando no paradoxo que pode haver entre instrumentos de liberdade e artefatos da mercancia”.¹⁷

Alguns questionamentos serão lançados sobre a necessidade, ou não, da produção do exame genético em DNA e da condução coercitiva do investigado na produção dessa prova, mas evitando a exacerbação do sentimento de desafeto que habita entre os juristas biológicos e sociológicos, porquanto é tempo de encontrar na tese biologista e na socioafetiva¹⁸ espaço de convivência, isso porque a sociedade não tem o interesse de decretar o fim da biologização, “clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturas de novos

¹⁶ Cfe. Almeida, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. xvii, lembrando que, “em relação à vida humana, a ética e o direito nunca estiveram tão próximos como agora, e daqui para frente, sempre que se falar em Biodireito, teremos que tratar da Bioética e vice-versa, na medida em que estão intimamente ligados”.

¹⁷ Cfe. Fachin, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 229. Cfe. Teixeira, Sálvio de Figueiredo. *O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.), IBDFAM, OAB-MG, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1999, p. 225, mencionando que “a ciência, nos últimos tempos, apresenta um quadro evolutivo de grande significação, sobretudo com o desenvolvimento dos estudos da pílula anticoncepcional, do DNA e das novas formas e possibilidades de fecundação, ensejando, inclusive, o surgimento de novos modelos de família e filiação”.

¹⁸ A doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões *filiação sócio-afetiva* (com acento e hífen) e *socioafetiva* (sem acento e sem hífen) para designar a filiação que não é biológica. Gramaticalmente, o termo é sócio-afetiva (com acento e hífen). Contudo, entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo filiação *socioafetiva* (sem acento e sem hífen), por várias razões: a primeira, o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; a segunda, *socioafetivo* dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos, cujo pensamento já se encontra enraizado no plenário jurídico e social; a terceira, *socioafetivo* denota a existência de *um pai*, e não *o pai* (biológico), já que, modernamente, não importa tanto a biologia, mas, sim, a afetividade; a quarta, a grafia *socioafetivo* dá a idéia de sagrado, que pertence ao espírito, que não pertence apenas à perfiliação biológica, a qual, aliás, também deve ser afetiva; a quinta, ao aplicar a grafia *socioafetivo* estar-se-á aplicando a interpretação do contexto social; a sexta, a convenção da gramática, no caso do termo *sócio-afetivo*, causa cisão do social, do espírito, da alma, do sacro, pelo que, para se manter a unidade da perfiliação biológica e sociológica, que reclama o tratamento de *pai*, sem discriminação entre biológico ou sociológico, deve ser empregada apenas a expressão filiação *socioafetiva*.

paradigmas para a família na constitucionalização”,¹⁹ devendo-se concordar com Luis Alberto Warat, ao lançar a advertência de que se deve ter “desconfiança crescente com relação àqueles que fazem das idéias armas para um combate intolerante”,²⁰ pelo que também açoitou esse procedimento beligerante que habita entre os juristas, já que, queiram, ou não, está cravado na Constituição Federal apenas duas verdades da perfilhação: genética e socioafetiva (artigos 226, parágrafos 4º e 7º, e 227, parágrafo 6º).

2. NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DO EXAME GENÉTICO EM DNA

A hereditariedade percorreu várias fases, inclusive se pensando, inicialmente, que a filiação podia ser definida pela semelhança fisionômica, como o *retrato falado* e a prova *prosopográfica* – sistema ABO (grupo A, B, O e AB) –, noticia Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. O mecanismo dos outros sistemas (M, N, MN – Levin e Landesteiner; fator RH – Taylor Race Brewer) segue o modelo do sistema ABO.²¹ Porém, a tipagem sanguínea ABO, adverte Salmo Raskin, só consegue excluir 13 em cada 100 indivíduos falsamente acusados, “e o HLA, no máximo, 95 em cada 100, isto nos melhores Laboratórios de HLA do mundo! O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA automaticamente significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima”.²² Em outros termos, quando se garante 100% de não-exclusão de paternidade, que é muito diferente de 100% de inclusão, não possui sentido algum falar-se em probabilidade, pelo que, “somente com o desenvolvimento do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico), no final da década de 80, o exame

¹⁹ Cfe. Fachin, Luiz Edson. *Paternidade e ascendência genética*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coord.), 2000, p. 172.

²⁰ Cfe. Warat, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14.

²¹ Cfe. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 204.

²² Cfe. Raskin, Salmo. *A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 316.

hematológico ganhou em termos de probabilidade de inclusão, ou de indicação paternal, garantindo quase 100% de exclusão da paternidade”.²³

Um grande passo na descoberta do DNA foi dado pelo cientista O. T. Avery e dois de seus colegas, noticia Isaac Asimov,²⁴ que “estudaram uma substância capaz de transformar uma linhagem da bactéria em outra. Era o ácido desoxiribonucleico, comumente chamado ADN (ou DNA)”, sendo os códigos do DNA exclusivos de cada indivíduo (não há duas pessoas com o mesmo *código de barras*, exceto os gêmeos univitelinos).²⁵

A impressão digital do DNA é a melhor opção para o estudo da paternidade, atestam Luiz Fernando Jobim, Maria Fernanda Horta, Maria Del Carmen Mur e Maria Regina Jobim, isso porque, por esta tecnologia, muitas bandas de DNA podem ser observadas ao mesmo tempo, “após a extração do DNA, clivagem com enzima de restrição, eletroforese do DNA, transferência para membrana de Nylon, hibridização com a sonda marcada e auto-radiografia, seguida da leitura dos resultados”.²⁶

Inobstante o fantástico resultado na confirmação da paternidade e maternidade, que torna praticamente infalível o exame genético em DNA, parte da doutrina não o aceita como prova absoluta, em vista dos erros que podem ser cometidos,²⁷ além da ausência de resposta às seguintes indagações: 1) Que laboratórios estão fazendo exames em DNA? 2) Quais os critérios tomados para credenciá-los? 3) Por que estão proliferando os laboratórios no Brasil, em número superior ao dos Estados Unidos ou da Alemanha? 4) Que especialistas e doutores integram esses laboratórios? 5) Que cuidados foram tomados na coleta do material genético e na identificação das pessoas? 6) Os laboratórios

²³ Cfe. Silva, Reinaldo Pereira e. *Acertos e desacertos em torno da verdade biológica*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 228.

²⁴ Cfe. Asimov, Isaac. *O Código Genético*, Ed. Cultrix, SP, 1962, p. 08.

²⁵ Cfe. Lopes, Sônia Godoy Bueno Carvalho. *Bio – Introdução à Biologia, Citologia, Embriologia animal, Histologia animal, Os seres vivos, Genética, Evolução, Ecologia*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.454.

²⁶ Cfe. Jobim, Luiz Fernando, Horta, Maria Fernanda, Mur, Maria Del Carmen, e Jobim, Maria Regina. *Percias médicas em investigação de paternidade pelos principais sistemas genéticos*, Porto Alegre, in Revista do HCPA, volume 16, de abril de 1996.

²⁷ Cfe. Fernandes, Tycho Brahe. *O exame de DNA na prova criminal*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 377.

mantêm bancos de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos utilizados? 7) Adoram os laboratórios controles de qualidade dos exames? 8) Os materiais genéticos foram obtidos e estão guardados com toda segurança? 9) O Estado tem fiscalizado os laboratórios?”²⁸

Com isso, alguns autores propagam a idéia de que está na hora de ser repensada a sacralização e divinização do exame genético em DNA, na medida em que ele não é tão milagroso e capaz de resolver todas as questões referentes à investigação de paternidade, embora seja útil no contexto probatório, e seria absurdo negá-lo. Porém não se pode ignorar os demais meios de prova, até porque “inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA. O exame científico da paternidade não pode desviar o caminho da instrução probatória, fazendo do juiz um mero homologador de laudos periciais”.²⁹

Concordo que, para se submeter ao exame genético em DNA, deve haver qualificada infra-estrutura, pelo que os exames periciais devem ser regulamentados, redigindo o resultado com linguagem acessível para o Juiz e leigos, lembra Anete Trachtenberg,³⁰ descrevendo os métodos utilizados e o cálculo estatístico para apresentação da probabilidade de execução; identificar os técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste e possíveis fontes de erro e problemas na interpretação do resultado, incluindo no laudo fotografias das bandas do DNA ou o filme de Raio-x marcado, para o exame visual do resultado. Por fim, indaga a Geneticista: “quem fará a fiscalização dos laboratórios para tornar as provas técnicas mais confiáveis? E quais seriam os requisitos para o credenciamento deste laboratório?”.

Há de se ressaltar que outros fatores podem influir no resultado do exame genético, sem contar com a singela circunstância de eventual falta de lisura de algum perito,³¹ quais sejam: a) número deficiente de sondas; b) uso de dados estatísticos não adequados à realidade de nossa miscigenação racial, pois baseados em informações de outros países; c)

²⁸ Cfe. Veloso, Zeno. *A sacralização do DNA na investigação de paternidade*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p.390.

²⁹ Cfe. Almeida, Maria Cristina de. *Prova do DNA: uma evidência absoluta?*, Porto Alegre, Revista Brasileira de Direito de Família – Nº 2 – Jul-Ago-Set/99.

³⁰ Cfe. Trachtenberg, Anete. *O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação da paternidade*, Porto Alegre, in *Revista Ajuris* nº 63/327, de 03/1995.

³¹ Cfe. acórdão da 8ª Ccv. do TRJRS, em 03.08.95, RJTJRS 175/599, relator Sérgio Gischkow Pereira.

ocorrência de transfusões de sangue; d) transplantes de medula; e) falta de cuidados na colheita do material; f) troca de tubos; g) contaminação da aparelhagem por células de outra pessoa.³²

Há mais: deve ser assegurado às partes o direito de indicar assistente técnico, já que, nesse sentido, é vacilante a jurisprudência, o que se haure dos seguintes julgados: a) “E sendo o exame em DNA prova técnica, há necessidade de que seja possível a participação de assistentes técnicos indicados pelas partes, consoante determinação do art. 421, § 1º, do CPC, os quais teriam condição de acompanhar toda a perícia, que passaria, assim, pelo crivo do contraditório, quando, então fiscalizados seriam as técnicas e os materiais usados, a fim de que, com maior segurança, fosse aceita”;³³ b) “É perfeita a perícia genética, uma vez que tal exame é feito por poucos laboratórios do Brasil, inviabilizando, assim, a indicação de assistente técnico pelas partes e a formulação de quesitos”.³⁴

Inobstante a indicação de possíveis erros na formatação da perícia, os quais não se presumem, mas, sim, devem ser devidamente comprovados, já que a presunção é da confiabilidade do perito, o certo é que o exame genético em DNA tem resolvido satisfatoriamente os problemas da paternidade e maternidade, em percentual próximo a 100% (99,99999997%), que, segundo já visto, representa certeza

³² Cfe. Raskin, Salmo. *Investigação de Paternidade: manual prático do DNA*, 1ª ed. 2ª tiragem, Curitiba, Juruá, 1999, pp. 67-68, indica os dados que obrigatoriamente devem estar presentes no laudo de teste de determinação de paternidade em DNA: “a) Nome dos pontos (*locos*) testados; b) Nome das enzimas de restrições utilizadas, menos se o método utilizado for a P.C.R., pois aí não são usadas enzimas de restrição; c) O tamanho dos fragmentos alélicos encontrados ou o número de repetições (quando utilizada a técnica de P.C.R.); d) A data da coleta das amostras; e) O número-código do caso, utilizado pelo laboratório; f) O nome de cada indivíduo testado e o parentesco com o filho; g) A origem étnica da mãe e do suposto pai; h) Os genótipos estabelecidos para cada indivíduo em cada um dos *locos* examinados. A descrição alélica dos padrões de P.C.R. devem ser baseados no número de unidades repetidas; i) Uma declaração clara se o suposto pai pode ou não ser excluído de ser o pai biológico; j) Em casos de INCLUSÃO, deve constar o Índice de Paternidade individual para cada sistema, o Índice de Paternidade combinado de todos os marcadores, a Probabilidade de Paternidade em porcentagem e a probabilidade *a priori* utilizada para calcular a probabilidade de paternidade. Os *casos-deficientes* devem apresentar a porcentagem de compartilhamento de DNA entre os indivíduos analisados; k) A assinatura do responsável pelo laboratório”.

³³ Cfe. acórdão do TJMG – AC 29.442/1 – 1ª C. – Rel. Des. Antonio Hélio Silva – DJMG – 11.11.94.

³⁴ Cfe. acórdão nº 36.969/4, da 5ª CCv. do TJMG, rel. Des. Roney Oliveira, em 16.03.95, DJMG de 26.10.95, p. 02, in Revista IOB 3/11430.

científica. Não se nega que esse exame, como qualquer outra prova, corre o risco de ser produzido com erro, fraude etc., mas isso não é questão de direito material, mas, sim, de direito processual. Não se pode deixar de canonizar o exame genético em DNA pela simples possibilidade de ocorrência de eventual vício em sua realização. É de se indagar: qual prova pode ser contraposta ao DNA, que indica a certeza científica da paternidade e maternidade em 99,99999997%? Nenhuma, absolutamente nenhuma prova material (infalibilidade do exame), salvo questão de ordem processual, como, por exemplo, troca de sangue, corrupção do médico, adoção de método menos eficaz. Mas, aí, estar-se-á adentrando no terreno movediço do ônus da prova, já que o prejudicado deverá comprovar a suspeita de vício jurídico na perícia, o que significa reconhecer que o resultado do exame genético em DNA é infalível, embora falível possa ser o procedimento de realização dessa prova.³⁵

Algumas respostas para corrigir eventuais distorções na formatação da perícia genética foram lançadas por Sérgio D. J. Pena, o qual também afirma que os erros ocorrem não devido à falibilidade do DNA, mas, sim, por exemplo, devido aos métodos utilizados pelos laboratórios. Na determinação de paternidade pelo DNA, afirma o autor, podem ser utilizados diferentes *testes em DNA*, como testes com sondas multilocais (impressões digitais de DNA), com sondas unilocais e com a PCR. Com isso, acrescenta o escoliasta, alguns laboratórios podem optar por utilizar apenas uma única metodologia, diminuindo assim a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de maior complexidade – como as impressões digitais de DNA pelas sondas multilocais – e minimizando os custos laboratoriais.

Prossegue o autor, colacionando algumas técnicas que podem ser empregadas para avaliar a confiabilidade de um serviço de determinação

³⁵ Cfe. Arruda, José Acácio. / Parreira, Kleber Simônio. *A Prova Judicial de ADN*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 59, refere o trabalho desenvolvido por Sérgio Danilo Juno Pena e Ranajit Chakraborty, que afirmam “que há pouca justificativa teórica para a escolha desse índice *a priori* de 50%, mas, em função dos altos valores obtidos para os índices de paternidade pelos testes de ADN, a escolha da probabilidade *a priori* é praticamente irrelevante. Trata-se, na verdade, de um valor convencionado entre os cientistas e adotado, por exemplo, pela Associação Americana de Bancos de Sangue. O segundo relatório do National Research Council, de 1996, concluiu que, devido aos altos índices de paternidade obtidos, a escolha de uma grande extensão de probabilidade *a priori* é largamente irrelevante, com o que a crítica quanto à escolha da probabilidade *a priori* pode ser considerada como ultrapassada”.

de paternidade pelo DNA, quais sejam: 1) O laboratório deve ser administrado por um médico, de preferência com o título de mestre ou doutor (Ph.D.) em genética, biologia molecular ou bioquímica; 2) Os exames genéticos devem ser realizados com duas sondas multilocais, ou então 6 sondas unilocais ou pelo menos 12 microssatélites estudados pela PCR; 3) O laboratório deve empregar a técnica de, pelo menos, duas das três metodologias existentes para testes de determinação de paternidade em DNA; 4) O laboratório deve acautelar-se para evitar a ocorrência de erros que passem despercebidos, com a troca de rótulos em tubos; 5) No caso de sondas unilocais ou estudo de microssatélites pela PCR, o laboratório deve construir um banco de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos, que deve estar disponível para consulta e, de preferência, com publicação; 6) Em casos de exclusão da paternidade, o laboratório deve garantir que esta exclusão resultou do emprego de, pelo menos, dois tipos de exames genéticos diferentes, com o fornecimento dos Índice de paternidade para cada sistema genético utilizado; 7) informar o índice de paternidade final e a probabilidade de paternidade.³⁶

Na defesa do exame genético em DNA também se encontra Salmo Raskin, afirmando que estão equivocados os que se opõem a essa prova pericial devido à eventual troca de amostras de sangue em laboratório, visto que, mesmo que haja essa troca, não seria possível criar a *falsa inclusão*, mas, sim, a *falsa exclusão*, “a não ser que o pai biológico estivesse realizando análises no mesmo laboratório, na mesma época e por descuido, o sangue do pai biológico fosse trocado com o suposto pai, hipótese esta extremamente improvável”.³⁷

Afastar a produção do exame genético em DNA, diz Humberto Theodoro Júnior, é o mesmo que desdenhar o princípio da verdade real, tão necessário à filiação, isso porque se a biotecnologia inventou métodos de investigação, “que podem conduzir o juiz a uma convicção extremamente sólida, com probabilidade de mais de 99% de acerto, por que se contentar em julgar à luz de precários e vetustos meios indiciários de prova, quase sempre pouco concludentes?” O próprio escoliasta responde, utilizando os termos de Barbosa Moreira: “Estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de

³⁶ Cfe. Pena, Sérgio D. J. *O DNA como (Única) Testemunha em Determinação de Paternidade*, site <http://www.cfm.org.br/revista/bio2v5/odnacomounica.htm>.

³⁷ Cfe. Raskin, Salmo. *Investigação de Paternidade: manual prático do DNA*, 1ª ed. 2ª tiragem, Curitiba, Juruá, 1999, p. 40.

que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”, pelo que – continua o autor – o magistrado na direção do processo deve fazer o uso de seu poder, determinando a produção das provas necessárias ao esclarecimento da verdade, “ainda que a parte não tenha sido diligente em requerê-las (CPC, art. 130). Se isto é um princípio acatado em todo o processo civil moderno, com muito maior razão haverá de ser respeitado nas ações em que a lide envolve questão de ordem pública”.³⁸

Por isso, a necessidade do julgador munir-se de todos os meios jurídicos disponíveis para a descoberta da paternidade biológica, já que o interesse não é apenas das partes, mas, principalmente, do Estado-juiz,³⁹ porquanto “não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução ‘justa’, visto que as partes visam a um resultado favorável aos seus interesses”.⁴⁰ Nesse sentido, modernamente,

³⁸ Cfe. Theodoro Júnior, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*, Porto Alegre, in Revista Brasileira de Direito de Família – Nº 3 – Out-Nov-Dez/99, p. 06.

³⁹ Não servirá de argumento eventual alegação de inaplicabilidade imediata das normas constitucionais dos direitos e garantias individuais, na medida em que há consenso doutrinário e jurisprudencial nesse sentido (Tepedino, Gustavo. *Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*, Porto Alegre, Revista Jurídica nº 278, de 12/2000, p. 05). Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 1999, pp. 405-6, lembra que “o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras (cfr. Ac. TC 86/88, DR, II, 22-8-88). Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um *processo jurisdicional equitativo – due process*”. De acordo com Cappelletti, Mauro e Garth Bryan. *Acesso à Justiça*, tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris Editor, 1988, p.31, podem ser visualizados em três ondas sobre acesso ao Judiciário: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira onda desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas da protecção ambiental e do consumidor; e o terceiro, mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

⁴⁰ Cfe. Vieira, Helena Cunha. *Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro*, Porto Alegre, in Revista Ajuris 60/327, de 03/1994.

há uma tendência de ampliar os poderes do Juiz, para que assuma também um caráter investigatório, “atingindo, com isso, tanto quanto possível, a verdade real, mas sempre respeitando o direito de defesa das partes ou, em outras palavras, o devido processo legal”.⁴¹

Nos casos de transfusão sanguínea nos últimos sessenta dias antes da coleta de sangue ou transplante de medula óssea, deve-se tomar cuidado no resultado do exame genético,⁴² porque essas duas situações são sempre indagadas nas declarações padronizadas fornecidas pelos laboratórios e preenchidas pelas partes antes da coleta, esclarece Salmo Raskin, que, “caso haja omissão, o exame de DNA detectará a presença do componente genético de dois indivíduos em uma única amostra (doador e receptor), indicando que o teste deve ser repetido com nova coleta”. Logo – anota o autor –, quando alguma parte suspeitar da ocorrência de algumas dessas duas situações, é necessário solicitar que, além do sangue, seja também coletado amostra de raízes de cabelo, “que contêm o DNA *original* da pessoa. Se esta suspeita for posterior à coleta, basta solicitar uma contraprova com este tipo de material (amostra de raízes de cabelo), ou aguardar cerca de 60 dias para realizar nova coleta de sangue, caso a suspeita tenha sido de transfusão sanguínea”.⁴³

Veja-se que a prova pericial, mesmo antes da descoberta do DNA, como ABO, HLA, sempre foi utilizada nas investigações de paternidade. Porém, os resultados nunca foram de afirmação, e sim apenas de exclusão. Com esse exame genético, não se tem tão-somente a exclusão, mas, sim, a afirmação científica da paternidade em 99,99999997%, resultando, em consequência, a perda de credibilidade na tese defensiva do investigado, principalmente a *exceptio plurium concubentium*,⁴⁴ pelo

⁴¹ Cfe. Roenick, Hermann Homem de Carvalho. *Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório*, Porto Alegre, in Revista da Ajuris 68/55, de 11/96.

⁴² Cfe. Veloso, Zeno. *A Dessacralização do DNA*, Direito de Família: a família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coordenador), Belo Horizonte, IBDFAM, OAB – MG, Del Rey, 2000, p. 196, alertando que, “se o suposto pai já morreu, o juiz pode autorizar a exumação do cadáver, retirando-se tecidos do mesmo, e o exame pode ser realizado. Em alguns casos, nem se precisa ir tão longe: com amostras de sangue dos irmãos ou dos pais biológicos do falecido é possível a reconstituição do padrão genético do indivíduo”.

⁴³ Cfe. Raskin, Salmo. *A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 321.

⁴⁴ Cfe. Amaral, José Amir do. *Investigação de paternidade*, Porto Alegre, Revista Ajuris 63/219, de 03/95.

que não há razão jurídica a justificar a produção de outras provas genéticas, que são até ofensivas se cotejadas com o DNA.⁴⁵

Convém lembrar que, com a garantia do exame genético em DNA em praticamente 100%, estar-se-á garantindo ao investigador o estado de filho e ao ser (e não apenas conhecimento) da origem genética, direitos constitucionais fundamentais, que fazem parte da dignidade da pessoa humana, “sendo impenhoráveis, imprescritíveis, não se extinguindo porque não exercidos, usados ou defendidos. Tais direitos são irrenunciáveis; são vitalícios e necessários à própria dignidade humana”,⁴⁶ ou, nos termos de Edson Ferreira da Silva, são direitos inerentes à condição da vida humana, que não derivam de ordenamento jurídico, já que o homem nasce com eles, não sendo a lei “que vai conferir ao homem o dom da vida e todas as demais faculdades de que a própria natureza se incumbiu de dotá-lo”. Prosseguindo em seu pensamento, o escoliasta enfatiza que “não é o direito, mas a natureza que concede ao homem as faculdades que lhe são próprias; ao direito compete apenas dar proteção e assegurar o pleno desenvolvimento dessas faculdades”. Conclui o autor, aduzindo que “o direito natural, por ser inerente à condição humana, é imutável como as leis físicas da natureza, ao passo que o direito positivo é circunstancial e se conforma às necessidades e valores momentâneos de cada sociedade”.⁴⁷

Assim, parafraseando Edson Ferreira da Silva, em sendo o estado de filho um direito natural, inerente à condição humana, e imutável como as leis físicas da natureza, não se apegando às necessidades e valores momentâneos de cada sociedade, seria por demais desumano e vexatório admitir-se que o direito material ou processual – que não é um direito natural e imutável, e sim circunstancial – pudesse impedir a paternidade e maternidade biológica por simples questão formal, ou seja, não se declarar o estado de perfilhação pelo indeferimento da prova pericial em DNA, dando-se apenas *um* pai formal, e não *o* pai biológico ao investigador, reerguendo-se nocivo precedente, com a reativação da paternidade meramente fictícia, proscribida pelo Pacto Social de 1988, que inadmite o retrocesso dos direitos fundamentais.⁴⁸

⁴⁵ Cfe. Amar, Ayush Morad. *Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA*, Cone Editora, p. 169.

⁴⁶ Cfe. Fonseca, Antonio Cezar Lima da. *Anotações aos direitos da personalidade*, Porto Alegre, Revista do Ministério Público nº 37/277, de 03/95.

⁴⁷ Cfe. Silva, Edson Ferreira da. *Direitos de personalidade: os direitos de personalidade são inatos?*, São Paulo, in Revista dos Tribunais nº 694/21, de 08/1993.

⁴⁸ Nesse sentido: 01) Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*, 2ª edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 97: “No Estado Democrático de Direito vige o

Logo, em envolvendo a ação investigatória o direito ao estado de filho, habitam nessa demanda “elevados interesses sociais e, por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida”,⁴⁹ e somente a perícia em DNA poderá retirar o véu que encobre a dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos, pois “se é desumano não ter o filho direito à paternidade, injusta também é a declaração de uma filiação inexistente”.⁵⁰

Vê-se, pois, que é obrigatória a produção do exame genético em DNA,⁵¹ sempre que possível, por várias razões: a) o Estado é que deve

princípio da proibição do retrocesso social. Isto porque, estando o Estado Social assegurado pelo caráter intervencionista/regulador da Constituição, é evidente que qualquer texto proveniente do constituinte originário não pode sofrer um retrocesso que lhe dê um alcance jurídico/social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando um retorno ao estado pré-constituinte. A principiologia própria do Estado Social e Democrático de Direito é que deve servir de topos hermenêutico para confortar a produção de sentido do novo texto advindo do processo constituinte derivado”; 02) Acórdão 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, 3ª volume, de 11.04.84, processo nº 6/83, publicado no Diário da República, 1ª série, de 5 de Maio de 1984: “As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigando também a não aboli-los uma vez criados. Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los”; 03) Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 1999, pp. 326-7 e 369, nos termos: o princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de <<contra-revolução social>> ou da <<evolução reaccionária>>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*”.

⁴⁹ Cfe. Fida, Orlando e Albuquerque J. B. Torres de. *Investigação de Paternidade*, São Paulo, Ed. de Direito, SP, 1996, p. 300, citando acórdão do TJPR.

⁵⁰ Cfe. Simas Filho, Fernando, *A prova na investigação de paternidade*, 5ª edição, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 56.

⁵¹ Cfe. Raskin, Salmo. *A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA*, Porto Alegre, in Revista Brasileira de Direito de Família – nº 3 – Out-Nov-Dez/99, p. 54, certificando que o DNA (ácido desoxirribonucléico) é a principal unidade biológica que compõe os seres vivos, localizando-se no núcleo de todas as células do corpo humano, sendo desigual em cada pessoa, mas com semelhanças típicas entre indivíduos biologicamente relacionados, o que se deve ao fato de que

pagar a prova pericial, porque é constitucionalmente o responsável pela assistência judiciária gratuita e garantista dos direitos à cidadania e da dignidade da pessoa humana;⁵² b) a pessoa tem o direito natural e constitucional ao estado de filho e de ser a origem biológica, mas não com aplicação da revelia ou presunção de paternidade, e sim por demanda judicial com ampla tessitura probatória; c) os exames genéticos comuns não refletem a paternidade genética, porquanto o DNA tem valor probatório superior aos demais exames conjuntamente, e não é exame somente de exclusão, e sim de afirmação da paternidade, em praticamente 100%; d) os tribunais têm entendido que cabem várias perícias.⁵³ Assim, por que não fazer, imediatamente, o DNA, evitando-se gastos financeiros às partes e ao Estado? e) as ações de investigação de paternidade têm elevado cunho social, devendo a prova ser robusta, plenária e convincente da paternidade, expungindo qualquer dúvida, e somente o DNA pode trazer a certeza genética; f) as gravíssimas conseqüências da coisa julgada, que impede, em tese, a renovação da demanda; g) o investigador e investigado têm, em igualdade de condições, o direito à dignidade humana, pelo que ambos os direitos constitucionais devem ser mantidos incólumes.

Destarte, ante a exclusão e afirmação em praticamente 100% da paternidade e maternidade pelo exame genético em DNA, fornecendo às partes a certeza científica, não se pode concordar com a afirmação de Zeno Veloso, no sentido de que “não se pode trocar, simplesmente, o velho *pater is est quem nuptiae demonstrant* por um modernoso *pater is est quem sanguis demonstrant*”,⁵⁴ pois o exame genético em DNA é a

“sempre metade do DNA de um indivíduo é herdado de seu pai biológico e a outra metade é herdada de sua mãe biológica. Por isso, o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas”. A seguir, o articulista complementa a idéia, afastando o receio de muitos doutrinadores quanto à confiabilidade da prova em DNA, já que agora é possível, “através do teste em DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram”.

⁵² Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 6ª edição, Tomo I, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 232, anotando que a Defensoria Pública (artigo 134 da CF) é direito fundamental do brasileiro.

⁵³ AI nº 593004286, da 8ª CCv. do TJRS, em 15.04.93, rel. Des. João Andrade Carvalho.

⁵⁴ Cfe. Veloso, Zeno. *A sacralização do DNA na investigação de paternidade*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 389.

testemunha mais confiável em determinação de paternidade,” pelo que “querer contestar o uso da técnica de DNA, como ferramenta para determinar vínculo biológico, é perda de tempo, no limiar do Século XXI”.⁵⁶

3. CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DO EXAME GENÉTICO EM DNA

A recusa em submeter-se ao exame genético é um dos mais difíceis problemas a serem resolvidos na investigação de paternidade. Parte dos tribunais pátrios admite a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA.⁵⁷ O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é obrigatória a produção dessa prova, o que se haure do seguinte julgado: “Tem o julgador iniciativa probatória, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. Diante de cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. No campo probatório, a

⁵⁵ Cfe. Pena, Sérgio Danilo J. *Engenharia genética – DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade*, in Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), IBDFAM, OAB-MG, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1999, p. 343.

⁵⁶ Cfe. Raskin, Salmo. *A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 330.

⁵⁷ Cfe. ap. cível nº 594101032, da 8ª Ccv. do TJRS, em 27.10.94, rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, e acórdão da 2ª Ccv. do TJSC, em 19.04.94, rel. Des. Napoleão Amarante, no AI nº 8.137.

grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real”.⁵⁸

Porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu não ser possível a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA, nos seguintes termos: “Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer –, provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.⁵⁹

Conseqüentemente, instalou-se um conflito entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, porque, de um lado, o STF garantiu ao investigado o direito de recusa ao exame, mas, de outro, o STJ determinou a produção dessa prova, entendendo que o estado de filho é “um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição de lei”.⁶⁰

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana do investigante

O estado de filho biológico, com o conseqüente ser, e não apenas conhecer, a ancestralidade, é direito fundamental indisponível, irrenunciável, inegociável, impenhorável, imprescritível, vitalício e intangível do ser humano, já que faz parte de sua dignidade de pessoa humana, princípio dotado, ao mesmo tempo, segundo José Afonso da

⁵⁸ Cfe. REspecial nº 215.247, da 4ª Turma do STJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 05.10.99, DJ de 06-12-99, RSTJ, a. 02, (13):260-303, Janeiro, CD-STJ 27, de 11.2000.

⁵⁹ Cfe. acórdão do STF, em sessão plenária, *habeas-corpus* nº 71373-4-RS, em 10.11.94, rel. Marco Aurélio, por maioria de votos, Boletim Informativo nº 31, de 11/96, da PGJ do RS.

⁶⁰ Cfe. Almeida, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 48-49.

Silva, de um valor supremo, porque se encontra na base da vida nacional, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida, um princípio constitucional fundamental e geral, não somente da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica, cultural “e fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito”.⁶¹

Sob o ponto de vista emocional, a questão da origem da paternidade é também relevante, já que, “não raras vezes, manifesta-se em casos concretos muito mais confusional e comprometedor para a integração psíquica da pessoa o fato de não portar o sobrenome paterno, do que o fato de não saber quem seja seu pai”,⁶² pelo que “prevalece a dignidade da pessoa, sem a menor sombra de dúvida, e esse é, certamente, o espírito apreendido pela Constituição Federal, também tornou-se direito de toda a criança poder conhecer a sua origem, sua identidade biológica e civil, sua família de sangue”.⁶³

O interesse da origem biológica diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar e à sociedade,⁶⁴ e na situação atual da ciência genética há premência na descoberta da origem biológica, anota Paulo Luiz Netto Lôbo, com a finalidade também de “prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, *a fortiori* de interesse social”.⁶⁵ A seguir, o

⁶¹ Cfe. Silva, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, nº 212, p. 92, abr./jun. 1998.

⁶² Cfe. Cattani, Aloysio Raphael. Pinto, Ana Célia Roland Guedes; Franco, Beatriz Cardoso Esteves; Marraccini, Eliane Michelini; Saleh, Ligia Pimenta; Hungria, Maria Cristina Leme; Nassour, Mariza Naldony; Ferreira, Verônica A. M. Cesar. *O Nome e a Investigação de Paternidade: uma nova proposta interdisciplinar*, Direito de Família e Ciências Humanas, coordenação geral Eliana Riberti Nazareth, Maria Antonieta Pisano Motta, Caderno de Estudos nº 2, São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 1998, pp. 22-23.

⁶³ Cfe. Madaleno, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

⁶⁴ Cfe. Moraes, Maria Celina Bodin de. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade*, A Nova Família: problemas e perspectivas, Organizador: Vicente Barreto, Jacques Comaille ... [et al.], Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 189-190.

⁶⁵ Cfe. Lobo, Paulo Luiz Netto. *O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*, in Revista brasileira de direito de família nº 01, de 06/99, citando também Maria Celina Bodin de Moraes, *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de*

escolista lembra que, no início do século XX, houve a mesma discussão acerca da possibilidade de vacinação em massa da população, para combater a febre amarela. Na época, foi açoitado o mesmo argumento de invasão do direito à liberdade individual, à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Porém, a perícia coercitiva tem por finalidade “impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual”.

É juridicamente defensável o conhecimento do DNA de alguém para determinar a filiação, já que a filiação é a única prejudicada de uma conduta da qual não participou, apregoa Ives Gandra da Silva Martins, pelo que “a intimidade do pai não é mais forte que o direito do filho de ter assegurado, como consequência da atitude paterna menos digna, o seu direito à cidadania ampla e à própria dignidade pessoal decorrente do reconhecimento”.⁶⁶

3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana do investigado

Os principais argumentos que afastam a condução coercitiva na produção do exame genético em DNA são: a) a defesa dos direitos fundamentais do investigado à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade física⁶⁷ e da não-obrigatoriedade de produção de provas contra si, garantindo os princípios da legalidade e da reserva da Constituição Federal,⁶⁸ elevados a princípio da dignidade da pessoa

paternidade e direitos da personalidade, A Nova Família: problemas e perspectivas, coordenador: Vicente Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 194.

⁶⁶ Cfe. Martins, Ives Gandra da Silva. *O exame do DNA como meio de prova – aspectos constitucionais*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 128.

⁶⁷ Cfe. Conde, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª edição, volume I, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999, p. 334, citando García Morillo, diz que a integridade física significa *no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos.*

⁶⁸ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1997, p. 194, afirmando que “a reserva da Constituição pode, entretanto, assumir duas configurações. Uma vez, consiste numa reserva de regulamentação, de tal jeito que são as normas constitucionais que fazem o travejamento da matéria e a recortam perante outras. Assim, as formas de exercício da soberania ou do poder político são as previstas na Constituição; o conteúdo essencial dos direitos,

humana; b) que, no futuro, a legalização desse procedimento também será empregado para a extração de sangue ou outro material biológico para outros propósitos, como, por exemplo, na clonagem humana;⁶⁹ c) somente seria possível produzir exame genético se existente lei prevendo esse procedimento;⁷⁰ d) a condução coercitiva violaria a paz social, embora esse argumento beire à crônica incoerência, no entender de Rol Madaleno, na medida em que a filiação, justamente pela falta da prova pericial, nunca alcança a paz interior.⁷¹

A defesa da integridade corporal do investigado também é efetivada por José Acácio Arruda e Kleber Simônio Parreira, aduzindo que, qualquer parte do corpo, como um dedo, uma unha ou um fio de cabelo, é indissociável do corpo humano e da pessoa, não podendo “ser considerado como uma *coisa* à parte, de modo que não é possível querer tratar o corpo humano, ou um elemento dele, como uma *coisa*, um bem que possa ser disposto pela vontade de terceiro ou do Estado”.⁷²

liberdades e garantias é o resultante dos preceitos constitucionais. Outras vezes, a reserva da Constituição traduz-se numa enumeração exaustiva, num *numerus clausus*. Entram aqui os pressupostos da declaração de estado de sítio e de estado de emergência”, etc.

⁶⁹ Cfe. Martins, José Renato Silva. Zaganelli, Margareth Vetis. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 154.

⁷⁰ Cfe. Lima Neto, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: direitos humanos “versus” exercício da jurisdição*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 123. Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 6ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 241, “por certo, haverá que respeitar a liberdade de conformação do legislador. Mas esta, além de variável consoante as normas constitucionais a que se reporta, não pode sobrepor-se, em caso algum, aos princípios constitucionais materiais. Também pode haver desvio de poder legislativo por infração do princípio da igualdade”. Cfe. Locke, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*, tradução Julio Fischer, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 505, “o poder do legislativo, em seus limites extremos, *limita-se ao bem público* da sociedade. Trata-se de um poder desprovido de qualquer outro fim senão a preservação e, portanto, jamais pode conter algum direito de destruir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os súditos”.

⁷¹ Cfe. Madaleno, Rolf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 303.

⁷² Cfe. Arruda, José Acácio e Parreira, Kleber Simônio. *A Prova Judicial de ADN*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 140.

3.3. Breves notas sobre a interpretação de normas constitucionais

As regras são normas que, cumpridos determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem alguma coisa em termos definitivos, sem qualquer exceção, afirma José Joaquim Gomes Canotilho, ao passo que princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídica”.⁷³ Além disso, princípios têm vida própria e valor substantivo, estejam ou não inscritos nos Códigos, proclama Paulo Bonavides, e uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo, ou seja, “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos”.⁷⁴

Os direitos fundamentais, dada a sua importância material e formal, estão fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, alerta Ingo Wolfgang Sarlet, pelo que “lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁷⁵

É certo que as normas e os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um contexto histórico, não se podendo ignorar as transformações da engenharia genética, até porque a análise constitucional não é formatada apenas pelo Juiz, mas também pelos “cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças poderosas de interpretação, partindo do pressuposto que não existe norma jurídica, mas norma jurídica interpretada”.⁷⁶

Os princípios servem para conceder segurança aos sistemas, conferindo-lhes credibilidade, na medida em que, quando corretamente utilizados, “fazem surgir soluções congruentes, que indicarão e existência

⁷³ Cfe. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 1999, p. 1177.

⁷⁴ Cfe. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001, pp. 229, 231, 259 e 260.

⁷⁵ Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais e sua Eficácia na Ordem Constitucional*, Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, Ano XXVI – nº 76 – dezembro de 1999, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1999, p. 382.

⁷⁶ Cfe. REsp. 194.866-RS, 3ª Turma do STJ, em 20.04.99, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, in DJ de 14-06-99, RSTJ, a. 01, (Rev. STJ-07):239-313, julho 1999, citando o jurista alemão alemão Peter Häberle, in *Hermenêutica Constitucional — A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

de unidade, de convergência, ocorrências essas que demonstram que se configura o requisito da organização, base de qualquer sistema que pretenda perdurar”.⁷⁷

A teoria dos princípios declara as normas que “não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados”,⁷⁸ pelo que “inexistem princípios absolutos, já que tal condição contradiz a própria essência da noção e a estrutura normativa dos princípios”,⁷⁹ ou seja, os princípios são os “hierarcas não apenas no plano formal, mas, sobremaneira, dada a sua natureza axiológica, também na dimensão material, de modo que, através deles, desce, das mais elevadas prioridades do sistema, a unção valorativa viabilizadora da coerência substancialmente sistemática”.⁸⁰

Os hermenutas críticos, por sua vez, sustentam que não se pode interpretar a norma constitucional com base em método gramatical ou literal, lógico, sistemático, sociológico ou teleológico, etc., mas, sim, via hermenêutica da facticidade, ultrapassando a ontologia da coisa, porque não são os objetos que explicam o mundo, e sim este é o instrumento que possibilita o acontecer da explicitação dos objetos. Propõe Lenio Luiz Streck a eliminação do “caráter de ferramenta da Constituição: a Constituição não é ferramenta – é constituinte (...). Temos de des-objetivar a Constituição, tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”.⁸¹

Mais adiante, o escoliasta argumenta que no Direito há a necessidade de ser aberta uma clareira, para des-ocultar caminhos, isso porque “é na abertura da clareira, no aberto para tudo que se apresenta e ausenta, é que se possibilitará que a Constituição se mostre como ela mesma, que se revele e se mostre em si mesma, enquanto fenômeno”. A

⁷⁷ Cfe. Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 30.

⁷⁸ Cfe. Alexy, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*, Trad. Dr. Luís Afonso Heck, Revista de Direito Administrativo, Vol. 1, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, jul./set. 1999, p. 79.

⁷⁹ Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, nota de rodapé, p. 76.

⁸⁰ Cfe. Pasqualini, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 76-77.

⁸¹ Cfe. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2ª edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 287

Constituição Federal, acrescenta, deve se desnudar, “deixando vir à presença o ente (constitucional/constitucionalizado) no seu ser (isto é, em seu estado de des-coberto), conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, des-ocultando-o, deixando-o visível”, na medida em que, finaliza o autor, “*constituir* alguma coisa, é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora”. Dessa forma, prossegue o autor, “violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social”.

3.4. Relativização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Quando o operador jurídico se defronta com conflito entre dois princípios constitucionais, então, segundo Ruy Samuel Espíndola, ele “opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação”.⁸² Porém, no caso dos direitos fundamentais do investigante e investigado, não se está apenas em conflito entre duas normas infraconstitucionais, ou entre norma infraconstitucional e norma constitucional, ou entre duas normas constitucionais, ou entre uma norma constitucional e um princípio constitucional ou, ainda, entre dois princípios constitucionais, mas, sim, em conflito entre dois direitos fundamentais, abarcados pelo mesmo princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana, isto é o “mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição”,⁸³ e “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”.⁸⁴ Indaga-se, pois: para a garantia da dignidade do investigante e do investigado, esse princípio deve ser relativizado?⁸⁵

⁸² Cfe. Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 69-70.

⁸³ Cfe. Bonavides, Paulo. Prefácio in *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, de Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2001.

⁸⁴ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 6ª Ed., Coimbra, Portugal, Coimbra Editora, 2000, p. 188, citando Cunha, Jorge Teixeira da. *Valor, cultura e direitos humanos*, in *Communio – Revista Internacional Católica*, 1997, p. 50.

⁸⁵ Cfe. Dotti, René Ariel. *O exame de DNA e as garantias do acusado*, p. 277, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed.

Em outros termos, esse confronto de direitos fundamentais ocorre “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”.⁸⁶ Nesse caso, os critérios hermenêuticos da ponderação, buscados no princípio da razoabilidade, não recomendam o sacrifício dos direitos de um em benefício do outro, e sim a intangibilidade de ambos os direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se, assim, obrigatória a relativização desse princípio.

Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet lembra que, em verdade, a doutrina, majoritariamente, opõe-se à relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, e nem mesmo o interesse comunitário justificaria ofensa à dignidade pessoal, isso porque “cada restrição à dignidade (ainda que fundada na preservação de direitos fundamentais ou proteção da dignidade de terceiros) importa em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico”.⁸⁷

Discordo do pensamento “dominante”, por duas razões: a uma, porque, no caso de investigante e investigado, não se está confrontando direitos individuais ou comunitário, mas, sim, o porquê de o investigado confiscar a dignidade do investigante, ante a sua recusa na produção do exame genético em DNA, pelo que foi ele, e não um terceiro ou a sociedade, quem deu causa à denegação da dignidade a um ser humano; a duas, nem mesmo os direitos e princípios constitucionais são absolutos, e “quando sofrem o embate de direito da mesma hierarquia e valor, poder-se-ia aqui invocar o próprio direito à dignidade humana, elevada à categoria de fundamento da República, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal”.⁸⁸ Ou seja, ambos os litigantes, investigante e investigado, devem invocar a preservação e intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, como argüi Robert

Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, afirmando que “nas ações de investigação de paternidade, há uma forte tendência jurisprudencial no sentido de considerar a recusa em doar o material para exame como presuntiva da admissibilidade do fato alegado”.

⁸⁶ Cfe. Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 66, citando Alexy, Robert. *Colisão de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*, op., cit., p. 68-9.

⁸⁷ Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 132-133.

⁸⁸ Cfe. acórdão da 8ª CCv do TJRS, em 04.11.93, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, in RJTJRS 162/238, citando Facchini Neto, Eugênio.

Alexy, “se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também, então, devem ser levadas a sério, se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição”.⁸⁹ Aduz, ainda, que, por isso, “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. Por isso, com razão Juarez Freitas, ao afirmar que “outro vetor preciosíssimo da moderna interpretação constitucional é o de que os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão, à diferença do que sucede com as normas ou regras”.⁹⁰

3.4.1. Princípio da igualdade e da proporcionalidade na relativização do princípio da dignidade da pessoa humana

Para que se possa relativizar um princípio, é necessário manter incólume o princípio da igualdade entre investigante e investigado, que ostentam direitos fundamentais e o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, pois, sem esse requisito, estar-se-á denegando, forçosamente, um direito fundamental, o que seria francamente inconstitucional, uma vez que, em nenhuma hipótese, se justifica o confisco total de um direito fundamental.

Embora não se confundem, os princípios constitucional da igualdade e da proporcionalidade têm algumas circunstâncias em comum, lembra Jorge Miranda, porque, enquanto a igualdade está umbilicalmente ligada “à distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou à vivência da mesma situação”, a proporcionalidade “é um dos critérios que lhe presidem ou uma das situações imprescindíveis, como acaba de se indicar; é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação”.⁹¹

⁸⁹ Cfe. Alexy, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*, Trad. Dr. Luís Afonso Heck, Revista de Direito Administrativo, Vol. I, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, jul./set. 1999, p. 74.

⁹⁰ Cfe. Freitas, Juarez. *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*, Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, Ano XXVI – nº 76 – dezembro de 1999, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1999, p. 398.

⁹¹ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada. 1993, p. 216.

Em sendo a igualdade um valor supremo, não será possível relativizar o princípio constitucional sem a garantia da aplicação dessa igualdade, “que se proyecta com uma eficácia transcendente, de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible com el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama”,⁹² com o que, quando a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei, significa que a igualdade, na aplicação do direito, “continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido, e ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”.⁹³

O princípio da proporcionalidade é proporção, razoabilidade, adequação, validade, validade de fim, exigibilidade, necessidade, menor interferência possível, mínimo de intervenção, meio mais suave, meio mais moderado, subsidiariedade, conformidade e proibição de excesso,⁹⁴ enfim, “é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito”.⁹⁵

Para manter intangíveis os direitos fundamentais e a dignidade humana do investigante e do investigado, deve-se invocar os princípios da igualdade e da razoabilidade, visto que, conforme Robert Alexy, “o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação”,⁹⁶ cujo princípio tem a sua origem e desenvolvimento atrelados à garantia do devido processo legal, que remonta à *Magna Carta* inglesa, de 1215,⁹⁷

⁹² Cfe. Llorente, Francisco Rubio. Ruiz, María Ángeles Ahumada. Montoro, Ángel J. Gómez. Castilho, Antonio López e Álvarez, José L. Rodríguez. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Espanha, Editorial Ariel S.A., 1995, p. 05.

⁹³ Cfe. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 1999, p. 399.

⁹⁴ Cfe. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 11ª ed., 2001, p. 369, citando L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 250-1.

⁹⁵ Cfe. Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 147.

⁹⁶ Cfe. Alexy, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*, Trad. Dr. Luís Afonso Heck, Revista de Direito Administrativo, Vol. I, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, jul./set. 1999, p. 75.

⁹⁷ Cfe. Rigaux, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio, Lisboa, Instituto Piaget, 2000, p. 238, afirmando que o *Due Process of Law* “foi dividido em dois ramos, o *Procedural Due Process of Law* e o *Substantive Due Process*. O primeiro proíbe aos Estados a ingerência em qualquer dos três direitos fundamentais – direito à vida, liberdade pessoal e direito de propriedade – sem as garantias processuais

e que impõe ao operador do Direito “a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos (...). Em nenhuma circunstância, um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito”.⁹⁸

Com efeito, o princípio da ponderação destina-se a colonizar as condutas tóxicas, intransigentes e indignas de negativa de produção do exame genético em DNA, pois “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao comum, aos valores vigentes era dado momento ou lugar”,⁹⁹ isto é, “a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político envolvem, como a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando, o princípio da proporcionalidade”,¹⁰⁰ que é dividido em várias partes, sempre buscando a lei da ponderação, a ser ministrada em três fases, assevera Robert Alexy: na primeira, inferir a intensidade da intervenção; na segunda, visualizar a eminência dos motivos que justificam essa intervenção; na terceira, a conexão da ponderação.¹⁰¹

E essa ponderação, a ser aplicada na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA, é encontrada na leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar que, embora a prática dos atos de violação da dignidade por terceiro, no caso o investigado, que se nega a produzir a prova, “não tenha o condão de acarretar a perda da dignidade, nos parece razoável admitir que, qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também –

apropriadas: tal proteção vai buscar as suas raízes à tradição inglesa que algumas fontes fazem remontar à magna carta de 1215. O *Substantive Due Process* consiste em restringir os poderes do legislador em função da substância do direito ou das liberdades ameaçadas, qualquer que seja a imparcialidade dos processos de actuação da lei”

⁹⁸ Cfe. Freitas, Juárez. *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*, Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, Ano XXVI – nº 76 – dezembro de 1999, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1999, pp. 400-401.

⁹⁹ Cfe. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 215.

¹⁰⁰ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 6ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 205.

¹⁰¹ Cfe. Alexy, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*, Trad. Dr. Luís Afonso Heck, Revista de Direito Administrativo, Vol. I, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, jul./set. 1999, p. 74.

pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação – dignos nas suas ações”.¹⁰²

Essa interpretação vem ao encontro da concepção kantiana da dignidade da pessoa humana, nos termos: “se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa”. Tratar a humanidade como um fim em si, conclui a autora, “implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”.¹⁰³

Destarte, dois princípios constitucionais – da igualdade e da proporcionalidade – preenchem a função de relativizar o princípio da dignidade da pessoa humana, legitimando a condução coercitiva na feita do exame genético em DNA, considerando as razões jurídicas já expostas, quais sejam:

1) o estado de filho e o ser a ancestralidade são direitos fundamentais, personalíssimos, intangíveis, imprescritíveis e indisponíveis, que fazem parte dos princípios da cidadania e da dignidade humana, elevados à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil e pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos II e III, da CF), pelo que se está frente a um desses poucos direitos aos quais se pode aplicar, “sem excesso e sem hipérbole, a qualidade de *sagrado*, tratando-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”;¹⁰⁴

2) pela certeza científica da paternidade ou maternidade em praticamente 100%, através do exame genético DNA, o que também traz segurança jurídica ao investigado, já que pode excluir a filiação, com a mesma certeza, e o aspecto da negativa ao exame “vai contra a intenção mesma do requerido, pois, ao contestar a ação, afirma pela negativa, e essa afirmação confere-lhe o ônus de provar que não é o genitor”,¹⁰⁵ pelo

¹⁰² Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 129-130.

¹⁰³ Cfe. Almeida, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Exame de DNA, Filiação e Direitos da Personalidade*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 353.

¹⁰⁴ Cfe. acórdão nº 110.067-1, Ac. de 02.11.89, RJTJSP 126/201.

¹⁰⁵ Cfe. Simas Filho, Fernando. *Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro*, in *Repensando o Direito de Família*, anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Ed. Del Rey, 1999.

que se está frente a um paradoxo, “pois se se pode determinar com certeza a paternidade e a não-paternidade, através de exame pericial, isso de nada vale se o requerido se recusa a fazê-lo”;¹⁰⁶

3) no tablado jurídico brasileiro vigem, a contar da Carta Fundamental de 1988 (artigos 226, parágrafos 4º e 7º, e 227, parágrafo 6º), apenas duas verdades da perfilhação: biológica e socioafetiva. Com efeito, a verdade biológica parece ser “a verdade verdadeira, mas não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares, sociais [...]. O facto de viver como se o vínculo biológico existisse cria [...] uma comunidade psicológica que pode ser tão forte como a comunidade de sangue [...] que seria pouco realista abalar [...], pois ‘juieta non movere’ é uma das máximas secretas do direito. Em suma, tratou-se de dar relevância à verdade sociológica da filiação, de guardar a paz das famílias que assente na comunhão filial duradoura”.¹⁰⁷

Com isso, em tendo sido cravadas apenas duas filiações no contexto jurídico brasileiro, foi banida, embora tardiamente, a verdade formal, ficção jurídica, mera presunção jurídica da perfilhação. Significa que somente é constitucional a declaração da filiação biológica ou socioafetiva, impondo-se, com isso, a produção do exame genético em DNA, inclusive com condução coercitiva do investigado, sob pena de ser reconhecida apenas a ficção do estado de filho, que não mais habita no texto constitucional;

4) para a realização do exame genético em DNA, poder ser colhido material em várias partes do corpo humano, como, por exemplo, sangue, sêmen, raiz do cabelo, pele, placenta,¹⁰⁸ ossos,¹⁰⁹ saliva, músculos,

¹⁰⁶ Cfe. Simas Filho, Fernando. *Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro*, in Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), IBDFAM, OAB-MG, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1999, p. 465.

¹⁰⁷ Cfe. Oliveira, Guilherme. *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Portugal, Editora Almedina, 1998, p. 421, citando Carbonnier, Jean. *Droit Civil*, 11ª ed., t. 2, Paris, P.U.F., 1979, pp. 317-8, e fazendo referência que “o direito francês é hoje um modelo de restrições ao direito de impugnar a paternidade reconhecida voluntariamente; como foi, no século XIX, o modelo da maior liberdade” (p. 417).

¹⁰⁸ Cfe. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?*, in Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 207.

¹⁰⁹ Cfe. Moraes, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*, in Grandes Temas da

urina¹¹⁰ dentes¹¹¹ ou músculos.¹¹² Dentre essas opções, deve-se acalentar a advertência de Juarez Freitas, no sentido de que “temos de fazer concordar os valores jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, mister salvaguardar, ao máximo, aquele que restou relativizado”,¹¹³ significando que, primeiramente, há de ser colhido do investigado a raiz do cabelo ou a saliva, que não representam sequer lesão moral, muito menos lesão corporal risível, aplicando-se, com isso, o princípio da ponderação;

5) quem deu causa à exclusão do princípio da dignidade do investigante foi o investigado, e não um terceiro, ante a sua recusa na submissão ao exame genético. Assim, parafraseando Ingo Wolfgang Sarlet, a conduta indigna do suposto pai (investigado) não importa perda, mas, sim, relativização (desigualdade) de sua dignidade e na exclusão da dignidade do investigante, legitimando, por isso, a aplicação do princípio da ponderação no princípio da dignidade da pessoa humana do investigado;

6) o interesse da origem biológica diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar e à sociedade,¹¹⁴ e na situação atual da ciência genética há premência na descoberta da origem biológica, com a finalidade também de “prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, *a fortiori* de interesse social”,¹¹⁵

atualidade. DNA como meio de prova da filiação, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 223.

¹¹⁰ Cfe. Almeida, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 67-68.

¹¹¹ Cfe. Veloso, Zeno. *A Dessacralização do DNA*, Direito de Família: a família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coordenador), Belo Horizonte, IBDFAM, OAB – MG, Del Rey, 2000, p. 196.

¹¹² Cfe. Raskin, Salmo. *Investigação de Paternidade: manual prático do DNA*, 1ª ed. 2ª tiragem, Curitiba, Juruá, 1999, p. 34.

¹¹³ Cfe. Freitas, Juarez. *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*, Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, Ano XXVI – nº 76 – dezembro de 1999, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, pp. 400-401.

¹¹⁴ Cfe. Moraes, Maria Celina Bodin de. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade*, A Nova Família: problemas e perspectivas, Organizador: Vicente Barreto, Jacques Comaille...[et al.], Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 189-190.

¹¹⁵ Cfe. Lobo, Paulo Luiz Neto. *O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*, in Revista brasileira de direito de família nº 01, de 06/99, citando também Maria Celina Bodin de Moraes, *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*, A Nova Família: problemas e perspectivas, coordenador: Vicente Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 194.

7) as partes devem se encontrar no mesmo nível processual, em vista do princípio da igualdade que norteia o processo, e, nesse caso, o investigante é a parte mais fraca na relação processual, encontrando-se em estado de necessidade *in concreto*, portanto, direito com caráter de urgência frente à sociedade;¹¹⁶

8) os princípios da igualdade e da idêntica dignidade entre o investigante e o investigado também relativizam o princípio da dignidade da pessoa, porquanto, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade”,¹¹⁷ e “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”;¹¹⁸

9) há de se lembrar que, no direito comparado, admite-se a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA. Com efeito, na França e na Alemanha é admitida a produção dessa prova, informam José Renato Silva Martins e Margareth Vetis Zaganelli, “porque aquelas legislações disciplinam que a sujeição da integridade do indivíduo está num plano inferior a um interesse coletivo decorrente da ordem pública”.¹¹⁹ Cláudia Lima Marques lembra que, desde os anos 50, o Tribunal Constitucional Alemão considera que “não ofende à dignidade, vida e segurança da pessoa a coleta de pequena amostra de sangue. Foi, porém, a decisão de líder, de 31.01.1989, do Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhecendo a existência de um ‘direito da criança de saber sua origem’”.¹²⁰

¹¹⁶ Cfe. Marques, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem?*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 44.

¹¹⁷ Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 87.

¹¹⁸ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 6ª Ed., Coimbra, Portugal, Coimbra Editora, 2000, p. 188, citando Cunha, Jorge Teixeira da. *Valor, cultura e direitos humanos*, in *Communio – Revista Internacional Católica*, 1997, pág. 50.

¹¹⁹ Cfe. Martins, José Renato Silva. Zaganelli, Margareth Vetis. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?*, em *Grandes Temas da Atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Editora Forense, RJ, Coordenador Eduardo de Oliveira Leite, 2000, p. 160.

¹²⁰ Cfe. Marques, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem?*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 43.

No Supremo Tribunal de Justiça de Portugal foi prolatada decisão no sentido de que “comparência sob custódia, da mãe do menor, acompanhada deste, no Instituto de Medicina Legal, para os exames de sangue, mesmo contra a vontade da mãe, não viola o direito à liberdade”.¹²¹

No Canadá e em vários Estados norte-americanos foram editadas leis no sentido de tornar obrigatório o exame genético em DNA, “em benefício da comunidade, que não pode tolerar o abandono de menores e a irresponsabilidade dos pais em nome de um suposto malferimento de direito fundamental, qual seja, o direito à integridade física”.¹²²

3.5. A aplicação do princípio da proporcionalidade não ofende o princípio da separação de poderes

A aplicação do princípio da proporcionalidade “é uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal. O princípio, naturalmente, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento”,¹²³ isto é, o juízo de proporcionalidade está umbilicalmente ligado na correta interpretação e aplicação das normas “e na adesão aos valores que lhes subjazem; não é um juízo meramente cognoscitivo; com ele, cura-se de uma funcionalidade teleológica, não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica”.¹²⁴

É claro que a função constitucional do Poder Judiciário não é legislar e nem governar, mas, sim, a de impor os limites constitucionais na atuação dos governantes (Legislativo e Executivo). E uma das formas de imposição de limites aos governantes ocorre através do controle da constitucionalidade das leis, isto é, o Poder Judiciário aplicando a

¹²¹ Cfe. Moraes, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*, in *Grandes Temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), 2000, p. 228 (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Proc. 901/96, 1ª Secção, Rel. Fernando Fabião, j. em 11.03.1997.).

¹²² Cfe. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de Família brasileiro*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 92.

¹²³ Cfe. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 234.

¹²⁴ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 6ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 207.

engenharia constitucional, porquanto é, ou não, inconstitucional governar por meio de leis, devido ao paradoxo?,¹²⁵ e porque separação de poderes significa que um poder não pode governar sozinho, como ocorria no Estado Absolutista, e para que o povo brasileiro tenha um “futuro da constituição”,¹²⁶ deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, o qual, na doutrina do constitucionalista português Jorge Miranda, está a serviço da limitação do poder político, “enquanto instrumento de funcionalização de todas as actuações susceptíveis de contenderem com o exercício de direitos ou com a adstricção a deveres”.¹²⁷

Também é função constitucional do Poder Judiciário a aplicação do princípio da justiça, acimentado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Cidadã,¹²⁸ que vem desde o direito natural, e que diz “com a própria condição humana, traduzindo-se na busca de uma existência digna e livre, vez que a liberdade se conquista pela justiça social”.¹²⁹ E isso é constitucionalmente possível, porque “no Estado Democrático de Direito há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”.¹³⁰

Endosso as palavras de Paulo Bonavides, ao pontificar que o Poder Judiciário tem um compromisso com o Estado Democrático de Direito, “e o medo não há de fazê-lo recuar. Mas se o Judiciário cumprir a tarefa de salvaguarda da Constituição, a democracia sobreviverá, e a sociedade das gerações futuras ser-lhe-á imensamente agradecida”,¹³¹ isso porque, conforme anota Carlos Mário da Silva Velloso, “a República fez do Judiciário brasileiro poder político,

¹²⁵ Cfe. Sartori, Giovanni. *Governar por meio de leis: um paradoxo*, tradução Sérgio Bath, Brasília, Editora UnB, 1996, pp. 173-184.

¹²⁶ Cfe. Moreira, Vital. *Direito Constitucional; Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, (coord.) Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 313-336.

¹²⁷ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª edição, Tomo IV, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1993, p. 216

¹²⁸ Artigo 3º, I, CF: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.*

¹²⁹ Cfe. Palhares, Cinara. *Princípios constitucionais e consumeristas informadores do direito bancário*, in Revista Jurídica nº 267, 01/2000, p. 47.

¹³⁰ Cfe. Streck, Lenio Luiz, e Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 95.

¹³¹ Cfe. Bonavides, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe de Estado institucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 85.

inspirando-se no modelo constitucional norte-americano. Esse poder político assenta-se na jurisdição constitucional e no monopólio da função jurisdicional conferidos ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)”. Logo em seguida, o autor aduz que o Poder Judiciário brasileiro se apresenta como poder político, e haverá de ser, no Século XXI, “um Judiciário que irá influir nos diversos segmentos da sociedade e nos negócios políticos. O Poder Judiciário do Século XXI haverá de ser, portanto, árbitro da política, assim cada vez mais poder político”.¹³²

Essa preocupação – de que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser uma ameaça ao princípio da separação de Poderes, mais precisamente, uma ameaça ao equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário – é, da mesma forma, afastada por Wilson Antônio Steinmetz, para quem “não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador. Nesse sentido, dos poderes públicos, o Legislativo é o primeiro a ter de se vincular ao princípio da proporcionalidade”.¹³³ Depois, o articulista salienta que o legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais, pois, “como poder democraticamente legitimado pelo voto popular, poderá eleger os fins e os meios, mas nos limites da legitimidade constitucional. É ponto pacífico que compete ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade da produção normativa do Poder Legislativo”.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, lembrando o conhecido caso americano *Madison x Marbury*, julgado pelo juiz Marshall, tendo em vista que se os tribunais “devem observar a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição, e não a lei ordinária, que há de regular o caso a que ambos dizem respeito”.¹³⁴

¹³² Cfe. Veloso, Carlos Mário da Silva. *O poder judiciário como poder político no Brasil do século XXI*, Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Ano 49 – Maio de 2001 – nº 283 – Porto Alegre, Revista Jurídica Editora Ltda., 2001, pp. 11 e 16.

¹³³ Cfe. Steinmetz, Wilson Antônio, op. cit., citando Gonzales-Cuellar Serrano, Nicolas, op. cit., p. 322.

¹³⁴ Cfe. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª edição, Livraria Almedina, p. 872.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como ignorar os resultados científicos do exame genético em DNA, em percentual de 99,99999997% de exclusão e de afirmação da paternidade e da maternidade, cuja perfécia é praticamente impossível de ser contrariada por outra prova. Não utilizar essa biotecnologia é desprezar o devido processo legal e denegar a declaração do estado de filho biológico, cujo direito está imantado nos princípios da cidadania¹³⁵ e da dignidade da pessoa humana.

Com esses avanços tecnológicos e legislativos, caracterizaria um intolerável retrocesso social a interpretação do direito de família com base no Código Civil e nos medievos princípios constitucionais, mas, sim, observando-se os seguintes princípios jurídicos, entre outros: 1) da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); 2) da cidadania (artigo 1º, II);¹³⁶ 3) da igualdade entre a filiação (artigo 226, cabeça); 4) do pluralismo e da democracia no recanto familiar, com a liberdade de escolha da espécie de família (artigo 1º, V); 5) da igualdade dos cônjuges (artigo 5º, inciso I); 6) da liberdade, da justiça e do solidarismo no trato

¹³⁵ Cfe. Piovesan, Flávia. *Cidadania no Brasil: o que diz a lei*, in Guia da Cidadania, Almanaque Abril, 2001, p. 12, a plena cidadania “não é dada, é construída, uma invenção humana em constante dinâmica de construção e reconstrução”, isso porque, parafraseando Luigi Ferrajoli, o denominado *Contrato Social* de 1988, transformado em *Pacto Constitucional*, não é mais uma tese filosófico-política, mas, sim, um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e todos os brasileiros, que são sujeitos com soberania, assim como a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale a declaração constitucional dos deveres do Estado (Cfe. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edição, Tradutores: Ibáñez, Perfecto Andrés, Miguel, Alfonso Rui, Mohino, Juan Carlos Bayón, Basoco, Juan Terradillos e Bandrés, Rocío Cantarero, Editorial Trotta, Madrid. Prólogo de Norberto Bobbio, 991 páginas (1ª edição em 1995, 2ª edição em 1997 e 3ª edição em 1998). Título original (italiano) *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, pp. 860 e 862).

¹³⁶ É chegado o momento de os juristas repensarem a cidadania na democracia constitucional, visto que, com a globalização da economia, os direitos, deveres, garantias fundamentais e os princípios constitucionais, principalmente os da liberdade, da democracia, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana também devem ser transnacionalizados, isso porque neles “estão compendiados o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (Cfe. Bonavides, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, nota de rodapé, pp. 38 e 174), e denegar o direito fundamental da cidadania é expungir a própria dignidade da pessoa humana (Cfe. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 87).

das relações familiares (artigo 3º, I); 7) da beneficência em prol do organismo familiar (artigo 3º, IV); 8) da instituição da filiação socioafetiva (artigos 226, parágrafo 7º, e 227, parágrafo 6º); 9) da equivalência da filiação biológica e afetiva (artigos 226, parágrafo 7º, e 227, parágrafo 6º); 10) da pluralidade das entidades familiares (artigo 226, parágrafos 1º, 3º e 4º); 10) do bem-estar familiar (artigo 227, *caput*); 11) da proteção absoluta e integral dos filhos – criança e adolescente (artigo 227, cabeça); 12) da igualdade e da beneficência entre os membros da família (artigo 226, cabeça e parágrafos 4º e 7º); 13) da equiparação entre casamento e união estável (artigo 226, cabeça e parágrafo 3º), cuja nova ordem constitucional é auto-aplicável.¹³⁷

Esses princípios constitucionais bem demonstram que, pelo Direito pós-moderno, não é mais possível, como ocorria no medievo, a denegação cidadania e da dignidade humana, devendo-se, hodiernamente, assegurar a todos, indistintamente, esses princípios, porquanto, conforme feliz expressão de Jorge Miranda, “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”.¹³⁸

Em decorrência, enquanto não for (re)conhecida a dignidade humana do investigante, com a declaração do estado de filho biológico, ninguém do povo, muito menos o investigado, pode julgar-se satisfeito com a sua dignidade. Com isso, nasce a obrigatoriedade da produção do exame genético em DNA e, em caso de recusa, impõe-se a condução coercitiva, à manutenção da intangibilidade de ambas as dignidades – investigante e investigado –, na medida em que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹³⁹

¹³⁷ Cfe. Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 92, afirmando que “o entendimento dominante sobre a nova ordem constitucional, instalada desde 1988, é mesmo o da auto-aplicabilidade”.

¹³⁸ Cfe. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 6ª Ed., Coimbra, Portugal, Coimbra Editora, 2000, p. 188, citando Cunha, Jorge Teixeira da. *Valor, cultura e direitos humanos*, in *Communio – Revista Internacional Católica*, 1997, pág. 50.

¹³⁹ Cfe. Bonavides, Paulo. Prefácio in *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, de Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2001.