

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**II CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
LATO SENSU EM DIREITO PÚBLICO**

**PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O
EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.**

ARLETE TORRES

Orientador: Professor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Brasília, DF - Brasil

Março de 2004

IDP - BIBLIOTECA

Bm

342.163

T 693p

R00887108

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**II CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
LATO SENSU EM DIREITO PÚBLICO**

**PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O
EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.**

**Monografia apresentada à banca
examinadora do Instituto
Brasiliense de Direito Público,
como exigência parcial para
obtenção do título de pós-
graduação.**

ARLETE TORRES

Orientador: Professor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Brasília, DF - Brasil

Março de 2004

FOLHA DE APRECIÇÃO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.

1. Investigação de Paternidade e Modelo Vigente
 - 1.1 Origem do Instituto
 - 1.2 Processo Judicial
 - 1.2.1 O bem Jurídico Tutelado
 - 1.2.2 Meios de Prova
2. O Exame de DNA
 - 2.1 Surgimento do Exame de DNA na Comunidade Científica
 - 2.2 Realização do Exame de DNA
 - 2.3 Grau de Certeza do Exame de DNA
3. Exame de DNA - Não Obrigatoriedade e Obrigatoriedade
 - 3.1 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
 - 3.2 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
 - 3.3 Posições Doutrinárias
 - 3.4 O Caso Paradigma
4. Obrigatoriedade do Exame de DNA e Colisão de Direitos Fundamentais
 - 4.1 O Conceito de Direito Fundamental e Colisão de Direitos
 - 4.2 O Princípio de Proporcionalidade
 - 4.3 O Direito do Suposto Pai à Recusa ao Exame de DNA
 - 4.4 O Direito do Suposto Filho ao Conhecimento de sua Origem Genética
 - 4.5 A exposição da intimidade da mãe

CONCLUSÃO - Uma proposta alternativa mais consentânea com a hermenêutica constitucional

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

Legislação Utilizada

Sites Consultados

INTRODUÇÃO

Quando do julgamento do HC 71313, no ano de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que ninguém pode ser obrigado, sem seu expresso consentimento, a submeter-se, em ação investigatória, a exame pericial com a finalidade de reconhecimento de paternidade.

Essa orientação é hoje adotada em todo o Judiciário.

Neste trabalho pretende-se fazer uma reflexão, à luz dos direitos fundamentais, tanto do investigando, quanto do investigado, da ponderação de valores levada a efeito nessa decisão do Supremo Tribunal Federal.

Traz-se, ainda, um novo elemento à discussão, consistente no dano à imagem da mãe do investigando, como consequência do seu dever de representação do filho menor.

Para tanto, faz-se, inicialmente, uma detalhada exposição sobre o processo convencional de ação de investigação de paternidade, bem como do significado do surgimento do exame DNA para solução de litígios dessa natureza. Procura-se demonstrar a celeridade que tal exame importou para o processo, a confiabilidade do seu resultado, o benefício trazido ao investigando, à sua genitora e ao próprio Estado, com economia de custos.

Tudo isso ao lado de uma restrição mínima ao direito do investigado.

É trazido um caso paradigma revelador da complexidade e da longa duração que pode atingir um feito, em face da não realização do exame de DNA.

São buscados na doutrina os conceitos de direitos fundamentais, colisão de direitos e a compreensão do princípio da proporcionalidade, com vistas a apontar solução hermenêutica, diversa daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Após individuar, especificamente, o fundamento constitucional do direito do investigando e do investigado, traça-se uma outra alternativa de ponderação de valores, enfatizando o respeito ao princípio da dignidade humana, direitos da personalidade, à prioridade absoluta, imposta constitucionalmente, aos direitos da criança e do adolescente.

Espera-se, enfim, que esse trabalho possa contribuir, de alguma forma, para que se lance um novo olhar sobre o tema, e que esse olhar seja mais consentâneo com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, sobretudo, tomando-se esta como uma unidade.

I CAPÍTULO

1 - Investigação de Paternidade e o Modelo Vigente

O direito de ação de reconhecimento de paternidade é direito personalíssimo, imprescritível e indisponível. O Código Civil de 1917, por quase um século, em seu artigo 363, dispôs, de forma discriminatória sobre o direito ao reconhecimento de paternidade, excluindo o filho incestuoso, adulterino. O novo Código Civil, já em consonância com os princípios estabelecidos pela Constituição de 1988, tratou do direito ao reconhecimento de paternidade, sem restrições. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), da mesma forma, tutela, sem restrição alguma, o direito ao reconhecimento da paternidade (artigos 26 e 27). Nessa mesma linha de princípios, o Excelso Supremo Tribunal Federal editou a súmula 149, que diz ser *"imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."*

Mas é na Constituição de 1988, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que o direito ao reconhecimento da paternidade encontra o seu maior fundamento, já que dele também deriva o dever da paternidade responsável, base dos direitos e interesses da criança e do adolescente.

Todavia, como se sabe, não há previsão legal no sentido de que alguém se submeta ao exame pericial para que se investigue possível vínculo genético e, nesse contexto, o procedimento das ações de investigação de paternidade segue o rito ordinário, com todos os benefícios e mazelas que lhe são inerentes.

1.1 Origem do Instituto

Historicamente, no Brasil, o reconhecimento dos filhos ilegítimos sempre foi uma questão de interesse para o legislador, embora o tratamento dispensado à pessoa nessa situação tivesse, quase sempre, um caráter discriminatório.

O instituto do reconhecimento de paternidade em solo brasileiro teve origem com as Ordenações Filipinas, decretadas em 11 de janeiro de 1603, totalmente fiéis às leis Lusitanas. Referida legislação distinguia o reconhecimento do filho ilegítimo plebeu e do nobre. Para este o reconhecimento tinha efeitos somente para fins de alimentos, enquanto que para aquele, filho de plebeu, estendiam-se também os efeitos sucessórios. Aos filhos incestuosos era reconhecido somente o direito à filiação, sem qualquer direito à sucessão, legítima ou testamentária.¹

A propósito dessa primeira regulamentação, assim dispunha, respectivamente, as Ordenações Filipinas:

“Título 92, Livro IV – se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre elas parentesco ou impedimento que não possam ambos casar, havendo de cada huma d’ellas filhos, os tais filhos são havidos por naturais. E se o pai fôr peão, suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E não havendo filhos legítimos, herdarão os naturaes todos os bens e herança do pai, salvo a Terça, se a o pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver.”

“Parágrafo 1º, do Título 99, do Livro IV - “se o filho não for do legítimo matrimônio, quer seja natural, quer seja espúrio, e de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite até três annos; e toda outra despesa assi no filho legítimo. E se nos

¹ CRUZ, José Aparecido da. Averiguação e investigação de paternidade no Direito Brasileiro. SP, RT. 2001

*ditos três annos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai he obrigado fazer, poderá em todo caso cobrá-la ei havê-la do pai, pois a ella fez em tempo, que elle tinha essa obrigação.*²

Com a Constituição de 1824, algumas distinções então existentes foram abolidas (art. 179), com exceção das que distinguem os plebeus e os nobres, para fins sucessórios. Em 1847, a Lei 463/47 pôs cabo à essa distinção, passando-se, então, à igualdade entre filhos espúrios e naturais.

Entretanto, conforme leciona o Professor José Aparecido da Cruz, alguns estudiosos da época, como Perdigão Malheiros e Andrade Figueiras, sustentavam que os preceitos discriminatórios instituídos pelas Ordenações ainda vigiam, já que ainda persistiam, claramente, as distinções entre nobres e plebeus.³

Foi, então, com a edição da Lei 463, de 2 de setembro de 1874, que as dúvidas entre a existência ou não de distinção entre filhos de nobres e plebeus foram dirimidas. O artigo 1º da citada lei assim dispunha:

“Art. 1º. Aos filhos naturais dos nobres, ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord., Liv. IV, Tit. 92, competem aos filhos naturais de plebeus.”

Estabeleceu-se, dessa forma, após grandes debates, um nítido marco na evolução dos direitos do filho ilegítimo nos processos de reconhecimento de paternidade.

Em 1917, todavia, com a entrada em vigor do Código Civil (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), um retrocesso foi concebido em seu artigo 363, de modo que tornou-se impossível o reconhecimento dos filhos

² Idem, CRUZ, José Aparecido da

³ Ibidem, CRUZ, José Aparecido da

incestuosos e adulterinos, seja voluntário ou judicial, sob o pretexto de se proteger a entidade familiar.

O indigitado artigo é do seguinte teor:

“Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.”⁴

Os que "cabiam" no artigo 183, incisos I a VI, e, portanto, não poderiam ser reconhecidos eram:

- Os filhos incestuosos;
- Os filhos do adotante com o cônjuge do adotado e os filhos do adotado como cônjuge do adotante;
- Os filhos de irmãos legítimos e ilegítimos;
- Os filhos do adotado com o filho superveniente à mãe ou ao pai adotivo;
- Os filhos de pessoas casadas.

Na lição de Orlando Gomes, entretanto, a Constituição de 1937, de acordo com a redação do art. 126, permitiu que alguns Tribunais dessem uma interpretação não discriminatória quando as ações envolviam filhos de pessoas impedidas de casar, conforme previsão do Código Civil. Acrescenta o Doutrinador, por fim, que *“essa interpretação, acolhida em alguns Tribunais foi, talvez, o primeiro passo para a equiparação entre esses filhos, por isso que, em relação aos outros, permaneceu a proibição absoluta de reconhecimento.”*⁵

Somente com a Constituição de 1988 o direito ao reconhecimento da paternidade chegou à sua plenitude de igualdade, estando proibido a partir de então, qualquer distinção entre filhos ilegítimos, espúrios, naturais ou adotivos, *ex vi* do art. 227, § 6º, da Carta Magna.

⁴ Este artigo foi revogado com a entrada em vigor da Lei 8.069, de 13.7.1990 (ECA)

⁵ GOMES, Orlando. Direito de Família, ed. Forense, 14ª ed. SP, pg 340

O Código de Menores, que consagrou a “*regra de ouro do menorismo*” e que antecedeu o Estatuto da Criança e do adolescente, que o revogou, já previa que “*na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado*”⁶. Esse diploma legal foi um marco importante no processo de evolução dos direitos e garantias da criança, dentre os quais se inclui o direito ao conhecimento da paternidade.

1.2 Processo Judicial

Existem dois sistemas que possibilitam a propositura da ação investigatória de paternidade: o da enunciação taxativa, adotado pelo Brasil, e o da livre propositura. O primeiro consiste na observação de determinados pressupostos taxativos para a reclamação em Juízo da declaração de paternidade. O segundo sistema é livre, bastando a declaração de indícios que justifiquem a propositura da ação.⁷

O processo de reconhecimento de paternidade, com o advento da Lei 8.560, de 12 de dezembro de 1992, pode-se dizer, começa com o registro da criança realizado pela mãe. Isso porque o legislador, no intento de ampliar ainda mais os direitos de paternidade, em atenção inclusive ao que preconizou a Carta Política de 1988, criou a possibilidade de averiguação oficiosa da filiação quando do seu registro.

Diante dessa previsão legal, nos termos do artigo 2º da citada lei, a mãe, ao registrar o filho, poderá declarar o nome e a qualificação do suposto pai, cabendo ao Cartório a remessa dessas informações ao Juízo. O Juiz, então, notificará o suposto pai para que confirme ou negue a paternidade. Negada ou não atendida a solicitação, caberá então a ação investigatória.

⁶ in notas interpretativas ao Código de Menores, Forense, 1980

⁷ FIDA, Orlando. Investigação de Paternidade. 7ª ed. ME Editora, 2000, SP.

O reconhecimento da paternidade também pode ser voluntário, quando o pai declara espontaneamente, em testamento, escritura pública ou particular, devidamente arquivada em cartório, o reconhecimento do filho. Esse reconhecimento tem caráter irrevogável, não permite termo ou condição, e pode ser feito mesmo após a morte do filho.

Todavia, quando esse reconhecimento não é espontâneo, cabe, como já consignado, o direito de ação, a ser proposta pela criança representada pela mãe ou pelo representante legal, pelo Ministério Público⁸ ou pelos herdeiros, em face do pai ou contra os sucessores legítimos deste.

Trata-se, pois, de ação de estado, personalíssima e de interesse público, de natureza declaratória⁹ e rito ordinário, com a obrigatória intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Uma vez proposta a ação investigatória em benefício de filho menor - entende a jurisprudência - não pode a mãe que o representa dispor do direito de ação, dada a indisponibilidade do direito de ter reconhecida a paternidade.

A propósito, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"I. O direito ao reconhecimento da paternidade é indisponível, pelo que não é possível à tutora da menor desistir da ação já em curso, ao argumento de que a adoção que se propunha ela própria fazer era mais vantajosa à tutelada, e que, a todo tempo, seria possível à autora novamente intentar igual pedido, por imprescritível.

II. Caso, ademais, em que já houvera, inclusive, a realização de teste de DNA, com a confirmação da paternidade investigada,

⁸ Nesses casos, o Ministério Público atua como substituto processual, como autor da ação, em face do que preceitua o art. 129, inc. IX, da Constituição Federal.

⁹ Carnelutti e Carresi entendem que a ação de reconhecimento de paternidade não é de natureza declaratória, mas sim constitutiva do estado de pessoa, como sendo um negócio jurídico (GOMES, Orlando. Do Reconhecimento dos filhos adulterinos, V. I, p295 -, *apud* CRUZ, José Aparecido, idem, p75)

sendo interesse da menor e do Estado a apuração da verdade real."¹⁰

Isso implica dizer que ao representante legal do menor, no âmbito do processo do reconhecimento de paternidade, compete somente a proteção dos interesses da criança, vedada qualquer tipo de transação que não respeite, em caráter prioritário, esses interesses.

A conclusão decorrente desse raciocínio é a de que as ações de investigação de paternidade, cujo objetivo é a declaração do *status personae*, passam a ser ações de Estado, nas quais o interesse público prevalece sobre o interesse personalíssimo, o que autoriza a substituição processual pelo Ministério Público, na forma prevista pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Proposta a ação, o direito de contestá-la compete, além de ao próprio investigado, a todo aquele que tiver justo interesse na causa, econômico ou moral, na forma prevista pelo art. 1.615 do vigente Código Civil

Conforme a atual legislação Brasileira, uma vez reconhecida a paternidade, tem a sentença, além da declaração do vínculo de filiação, por consectários necessários do registro nos assentamentos do filho, obrigação do pai aos alimentos, além de todos os efeitos sucessórios.

1.2.1. O bem Jurídico Tutelado

A existência de um pai e uma mãe, no dizer de Maria Christina de Almeida, *"representa a base da história pessoal de toda pessoa, e é a verdade sobre essa história que lhe dá o completo sentido de ser*

¹⁰ STJ, Resp 472608, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 09.06.2003.

peessoa”¹¹. Esse pensamento reflete nitidamente o liame existente entre o princípio fundamental da dignidade humana e o direito de encontrar a verdade sobre a origem paterna.

Desse modo, nas ações de investigação de paternidade, seja qual for a parte que provoque a prestação jurisdicional, o bem jurídico tutelado sempre será da criança, cujo direito à dignidade e ao respeito são garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 que, no artigo. 227, *caput*, assegura:

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

São, pois, nessas garantias constitucionais que reside o núcleo fundamental de toda e qualquer postulação que busque a verdade sobre a paternidade da criança, de onde derivam direitos de ordem patrimonial e social.

Note-se que o legislador Constituinte procurou incorporar, mesmo que tardiamente, os princípios delineados pela declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que prevê, em seu art. 25, § 2º, que *“a maternidade e a infância têm o direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”*

¹¹ ALMEIDA, Maria Chirstina, DNA e Estado de Filiação à luz da dignidade humana, Livraria do advogado. 2003, SP.

1.2.2 Meios de Prova

Nos anos que antecederam a 1985 - antes dos exames de DNA, ou mesmo de outros exames que também atestavam o vínculo genético -, o processo de investigação de paternidade fornecia ao Juiz somente as provas ordinariamente produzidas pelas partes, como a posse de estado de filho, testemunhos, depoimentos, fotos, exames de semelhança entre investigando e investigado e demais documentos que atestavam algum tipo de ligação da mãe biológica com o suposto pai, ou a qualquer outro meio lícito de prova.

Com o avanço científico, passou-se da presunção *iuris tantum* para *iuris et iuris*, já que as provas passaram a ser analisadas em conjunto com uma prova técnica, como exames de tipagem sanguínea, como o ABO, o de antígeno M e N e o Rh, que não comprovam a paternidade, mas sim a excluem ou não. A margem de acerto desses exames varia entre 86 a 95%.

O meio mais moderno hoje existente é o da identificação da impressão digital do DNA. Esse sistema utiliza materiais genéticos extraídos do investigando, da mãe e do investigado, que são comparados e, após, a paternidade pode ser confirmada – o que não ocorria nos outros sistemas – ou negada, a uma probabilidade de acerto de 99,99999%.

Todavia, a despeito da sua confiabilidade, o exame de DNA ainda é pouco utilizado como meio de prova, seja pela recusa do pai em fornecer o material genético, ou em razão dos altos custos do exame. Nesses casos, o campo da prova nos processos de reconhecimento de paternidade, que já é delicado, torna-se ainda mais subjetivo, valendo-se o Juiz, então, de conjecturas e indícios para determinar ou não a paternidade.

Os primeiros exames de DNA realizados no Brasil, tinham um custo aproximado de U\$ 2000,00, equivalentes a atuais R\$ 6.000,00. Hoje, com os avanços concebidos, que na maioria dos casos reduzem o

preço do serviço, o exame pode ser realizado por um valor em torno de R\$ 350,00, caso seja feito com amostras de um filho, da mãe e do suposto pai¹². Isso indica claramente a tendência de se ampliar o leque de inclusão social. Entretanto, esse custo ainda se mostra de difícil acesso às classes menos favorecidas, de onde se origina a maioria das ações do gênero.

O Estado disponibiliza, por intermédio dos laboratórios das Polícias Especializadas estaduais, perícia genética gratuita para dirimir controvérsias no âmbito das ações de investigação de Paternidade, àqueles que não podem arcar com os custos. Todavia, a demanda, como dito, é muito maior que a estrutura do Estado para oferecer esse serviço, o que torna demorada em demasia a espera na fila para realização do mesmo.

¹² Fonte Laboratório Tecnogene, Distrito Federal.

II CAPÍTULO

2 - O Exame de DNA

O Exame de DNA, ou investigação de vínculo genético (terminologia técnica preferível), resultado dos avanços da engenharia genética e da biotecnologia, consiste na análise do material celular genético, com o objetivo de verificar a existência de identidade, em escala de probabilidade, entre os genes de dois indivíduos sem aparente afinidade.

2.1 - Surgimento do Exame de DNA na comunidade Científica

Para se chegar ao grau de especialização que hoje permeia os laboratórios que realizam o exame de investigação de vínculo genético, foi necessária, no meio científico, a utilização de métodos menos confiáveis e exatos, como precursores da técnica atualmente disponível.

No caso específico do exame de paternidade (foco de estudo desse trabalho), já foram realizados exames com amostras de sangue, como o ABO, o Rh, o Kell, por exemplo, e o HLA, hoje ainda utilizado, em razão de sua aplicação prática em alguns exames, como em transplantes.

Referidos exames possibilitavam, na maioria dos casos, a exclusão da paternidade após a realização de inúmeros testes. Na hipótese não exclusão, reforçada estaria a hipótese de paternidade. Tais exames pecavam pelo baixo nível de confiabilidade, alta complexidade na realização e elevados custos.

Em 1985, o cientista inglês Alec Jeffreys descobriu que certas regiões do DNA humano são extremamente variáveis de

peças para peças. A par dessa informação, descobriu-se que com a utilização de sondas sintéticas de DNA, poderia se identificar, distinguir e comparar amostras de DNA de qualquer indivíduo humano.

Em 1989, quatro anos após a descoberta do Prof. Alec Jeffreys, o método passou a ser utilizado em processos judiciais, sendo que em 1991, em razão das deficiências técnicas então encontradas, a Associação Americana de Bancos de Sangue editou normas de padronização técnicas, até hoje vigentes, que aperfeiçoaram a descoberta do Prof. Jeffreys, tornando seguros os resultados obtidos nos exames de DNA.

2.2 - Realização do Exame de DNA

Como registrado no tópico anterior, os exames de DNA são realizados de acordo com as normas de padronização técnica editadas pela Associação Americana de Bancos de Sangue, as quais o Brasil adotou integralmente.

Seguindo essa sistemática, o Judiciário brasileiro utiliza vastamente a tecnologia disponibilizada pelo exame de DNA no direito de família, nas investigações de paternidade e maternidade, bem como nas negatórias, que podem ser realizadas entre vivos, *post mortem* ou intra-uterino, com elevado grau de confiabilidade e em menos tempo, pecando somente pelos custos ainda não tão acessíveis, sobretudo, às camadas de baixa renda.

Basicamente o exame consiste em identificar, na cadeia do DNA do investigante que guarda a herança genética paterna, alelos¹³ idênticos na cadeia do DNA do investigado, o que pode ser realizado a partir de amostras celulares extraídas do sangue, da saliva, da raiz do fio de cabelo ou de tecido humano vascularizado ou vitalizado. Também podem ser utilizadas amostras genéticas dos ascendentes, descendentes ou colaterais do suposto pai,

¹³ Conjunto de gens que formam os cromossomos.

cujo resultado, em escala de probabilidade, é o mesmo, como se o exame fosse realizado diretamente no suposto pai.

Em matéria publicada na Revista Veja, foi revelado que o terceiro Presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson, teve um filho ilegítimo de uma escrava reconhecido após a realização de testes de DNA com amostras genéticas de pessoas da sexta geração do ex-presidente, a um grau de certeza de 99,9999%¹⁴.

No Brasil, um caso recente foi registrado na Capital de Goiás. Buscava-se desvendar crimes praticados por uma mulher que subtraía crianças de maternidades para criar como suas. A Polícia se valeu de pontas de cigarros fumadas pela suposta filha subtraída da maternidade para, a partir dos fragmentos de saliva, extrair amostras de DNA e confirmar que o registro apresentado era falso.

Esse episódio bem ilustra a versatilidade do exame, ainda que se discuta a legalidade do polêmico procedimento adotado, na hipótese, ao alvedrio das partes.

2.3 - Grau de certeza do Exame de DNA

Atualmente, existe um consenso no meio científico de que não há como contestar, isoladamente, os resultados obtidos pelo exame de DNA.

Nesse contexto, falando-se estatisticamente, pode-se afirmar que o grau de certeza do exame de DNA é de 99,9999%, probabilidade essa que reduz a quase zero as chances de questionamento acerca do resultado.

¹⁴ GOMES, laurentino. Revista Veja, 11.11.1998, p. 136

Não se pode olvidar, logicamente, que esse grau de certeza somente é aferível se obedecidas as regras de padronização, que garantem a adoção dos métodos corretos nos procedimentos laboratoriais de realização do exame, praticados por peritos qualificados e idôneos.

O Professor Luiz Rodrigues Wanbier, sobre a prova pericial, no que tange à sua admissibilidade indireta, assevera que "a perícia apresenta um "efeito colateral", qual seja, o de desestimular o recurso. Numa ação de investigação de paternidade, por exemplo, a perícia pelo método DNA que tenha apontado uma probabilidade de 99,99% de ser o réu pai do autor torna extremamente duvidosa a chance de sucesso de um eventual recurso."¹⁵

Vale registrar, com dados colhidos nas Varas de Família do Distrito Federal, que, numa ação de investigação de paternidade onde é realizado, de plano, o exame de DNA, a tramitação do processo dura em média um ano, ao passo que nas ações onde o réu se recusa à perícia, o trâmite normal é de aproximadamente sete anos.

→ quais?

¹⁵ WANBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, V. I., p. 531.

III CAPÍTULO

3 - Exame de DNA - Não obrigatoriedade e obrigatoriedade

O relato feito nos capítulos anteriores nos dá conta que, ainda que se tenha evoluído quanto à ampliação dos direitos dos titulares ao reconhecimento de sua origem biológica, é difícil e morosa a tramitação de uma ação de paternidade.

Restou demonstrado, ao lado desse quadro, a eficácia e confiabilidade do exame de DNA, autorizando a conclusão no sentido de que, utilizada fosse essa técnica em todas as ações dessa natureza, os resultados seriam significativamente mais seguros, indicando a origem biológica real e não ficta do titular do direito. A celeridade, por outro lado, seria maior, de sorte que essas demandas não se arrastariam por anos, como ocorre na atualidade.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, adota posicionamento desfavorável à obrigatoriedade do exame.

Os juízes e Tribunais estaduais seguem maciçamente essa orientação, sendo certo que, quando julgam em sentido contrário, têm suas decisões reformadas.

quais?

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, obedece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inovando, no entanto, quanto a um aspecto: relativizar a coisa julgada, nos casos em que na ação de investigação de paternidade não foi realizado o exame de DNA.

3.1 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No emblemático julgamento do HC 71373, onde o impetrante buscava esquivar-se da submissão compulsória ao exame de DNA requerido por suposto filho em ação de investigação de paternidade, o STF, por maioria, decidiu pela impossibilidade da compulsoriedade do referido exame e é esta a orientação que vige.

O Relator do feito, Ministro Francisco Rezek, entendeu ser o direito fundamental do investigando prevalente em relação ao direito do investigado, como se vê da seguinte passagem do seu voto:

"O impetrante alega que a ordem de condução expedida contra si afronta o art. 332 do Código de Processo Civil. Da sua ótica, o exame é ilegítimo, já que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a prova pericial contra sua vontade. Ocorre que a lei, conquanto não autorize diretamente o exame hematológico, como qualquer outro exame, é geral. Tem o magistrado a faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação (fls. 37). É o que diz o art. 130 do CPC, complementado pelo art. 332, que inclui 'todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código'. E é contundente, a relação de pertinência entre a prova pretendida e o objeto da ação, onde se discute o tema da paternidade.

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao art.5º, II, da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o art. 343, § 2º, do CPC, como uma confissão (fls. 6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da República neste final de século, que isso fruste a legítima vontade do juízo de apurar a verdade

real. A lei nº 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro, e mais, a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Com bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno..." fonte?

O ministro Ilmar Galvão endossou o entendimento do relator:

"...

Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

..."

De igual forma, o Ministro Carlos Veloso votou favoravelmente à tese da compulsoriedade do exame:

"...

Esse direito se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal.

Esse interesse não fica apenas no mero interesse patrimonial. A consequência da não submissão do ora impetrante ao exame, apontou o Sr. Ministro Marco Aurélio, seria emprestar a essa resistência o caráter de confissão ficta. Isso, entretanto, se tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando estamos diante de interesses morais, como o direito à dignidade que a Constituição assegura à criança e ao adolescente, certo que essa mesma Constituição assegura aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Também desse dispositivo constitucional - § 6º do art. 227 - defluem interesses morais que vão além dos interesses patrimoniais. Ora, Sr. Presidente, não há no mundo interesse moral maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai biológico..." fonte?

O Ministro Sepúlveda Pertence também acompanhou o voto do Ministro Francisco Rezek.

Essa não foi a tese vencedora, entretanto, tendo a Corte acolhido o entendimento do Ministro Marco Aurélio de Melo, em sentido contrário:

"Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se a o exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício - na espécie, uma simples espetadela - não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da

legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas corpus - no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão - eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial - pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República - que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a 'Carta Cidadã' - consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas - inciso X do rol das garantias constitucionais (art. 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada e esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente - ou seja, o da investigação de paternidade - a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade."

O argumento central do voto do Ministro Marco Aurélio e dos que o acompanharam consiste na inexistência de lei que obrigue o suposto pai ao exame, decorrendo daí que ordem nesse sentido violaria o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal; Também seria violado, nessa linha de raciocínio, o inciso X, do artigo 5º, "d", Constituição Federal, que diz do direito à inviolabilidade da intimidade.

Sopesando esses valores, concluíram que estes suplantam aquele do direito ao reconhecimento da origem biológica real e não

ficta, ao entendimento que a prova poderia ser feita de outra forma: "testemunhal". E que a não compulsoriedade não traria prejuízos ao suposto filho.

Um outro caso trouxe à baila a discussão sobre esse tema. Cuidava-se de *habeas corpus* impetrado pelo pai presumido (porque casado com a mãe da criança) que discordava da compulsoriedade de submeter-se a exame requerido por terceiro.¹⁶

Nesse processo, de igual forma, foi concedida a ordem de *habeas corpus* ao requerente, todavia, sob outros fundamentos.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, defensor, no HC 71373-4, da compulsoriedade do exame, aqui votou pela sua desobrigação, em face das circunstâncias dos autos, entendendo que, na hipótese, seria ofensa à dignidade do suposto pai. *foute?*

Vale conferir as várias posições no direito comparado sobre o tema, contidas no voto do eminente relator:

"O caso propiciou-me a ocasião de colher informações, posto que apressado, sobre o estado da questão no direito comparado.

Abstraídas as conotações específicas do problema no processo penal (v. g., Ángel Gil Hernandez, Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Madrid: Ed. Colex, 1995; Michel Taruffo, Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. Riv. It. Dir. Proc., Civile, 1996, nº 1/219); Daniela Vigoni. Corte Costituzionale, prelievo ematico e test del DNA, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1996, 4/1.022), é de reconhecer que, no campo da investigação da paternidade, nos ordenamentos europeus de maior trânsito entre nós - com a exceção da Alemanha - prevalece a tese que, no Tribunal, reuniu a maioria.

"França, a Itália e a Espanha" - síntese Ranier Frank (L Examen Biologique sous Contrainte dans le Cadre de l'Etablissement em Droit Allemand, na Revue internat. Dr. Comparé, 1995, nº 4/905, 908) - 'se identificam em que a recusa de submeter-se ao exame biológico não tem conseqüências senão na apreciação das provas pelo juiz, ao passo que o direito inglês considera que a

¹⁶ HC 76060-4 - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - CEX STF 237, p. 304 (306-308)

recusa a sujeitar-se à ordem judicial que ordena o exame corporal vale por obstruir a busca da prova e deve conduzir necessariamente à perda do processo'.

'Esta diferença de valoração de comportamentos semelhantes entre os sistemas jurídicos de influência romanista, de uma parte, e o sistema jurídico inglês, de outra parte, - prossegue aquele Professor de Friburg - 'encontra sua verdadeira explicação no fato de que a França, a Itália e a Espanha obedecem aos princípios concernentes ao estado da pessoa: um julgamento sobre a filiação produz efeitos erga omnes e deve, por essa razão, ter em conta a verdade biológica, ao passo que na Inglaterra as questões atinentes ao direito da filiação são sempre examinadas enquanto questões prejudiciais autônomas, incidentes, no âmbito de processos de alimentos ou relativos à sucessão.'

'Dá conta o autor (jb., p. 909) de que no mesmo grupo se situam, mutatis mutandis, o direito suíço e o austríaco."

E prossegue o eminente Relator:

"A exceção mais notável na Europa ocidental é, assim, a Alemanha, onde vige, desde a reforma de 1938, a regra da submissão coativa das partes e das testemunhas à colheita do sangue, 'desde que essa medida seja necessária ao exame da filiação de uma criança.'

'A inovação data do auge do nacional socialismo quando, por força da política racial do regime totalitário - nota Frank (jb., p. 910) 'as pesquisas sobre as origens raciais e genéticas conheceram importância crescente', excedente do domínio do direito da infância (tanto assim, informa, que a regra da lei processual civil foi estendida, em 1943, aos procedimentos administrativos de apuração somente de pertinência a uma raça ou a um clã).

.....

Similar, no ponto, ao alemão é o direito norte-americano e o dos países nórdicos (Frank. Ob. loc. Cits, p. 920; Marcelo Stalteri. Genética e processo; la prova del DNA fingerprint. Riv. Trimestr. Dir, e Proc. Civile, ano XLVII, Nº 1 (3.93), p. 189); nos Estados Unidos, informa Stalteri (ib., p. 220), os ordenamentos estaduais têm adotado a regra do Uniforme Parentage Act., de 1973, 5, II, 'a', a teor da qual 'the Court may, and upon the request of a party

shall require the child, mother or alleged father to submit to blood tests', sob pena de 'contempt of Court' e, pois, de sujeição compulsória ao exame.

De minha parte, não obstante o respeito à maioria formada no HC 71.313 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido - explícito no meu voto vencido - de que não se pode opor o mínimo ou - para usar da expressão do eminente Ministro Relator - o risível sacrifício á inviolabilidade corporal (decorrente da 'simples espetadela', a que alude o voto condutor do em. Ministro Marco Aurélio) - 'à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade'."

Embora o ilustre Relator ratificasse seu voto proferido no *leading case* (HC 71313), no caso em tela, manifestou-se desfavorável à imposição do exame, considerando que, na ponderação de valores, não se impunha essa obrigação ao pai presumido.

De qualquer sorte, resta demonstrado que "no direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito", nas palavras do eminente Ministro Gilmar Mendes, que assevera, ademais, estar o Supremo Tribunal Federal se utilizando, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como "lei de ponderação".

3.2 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Decisão reveladora do peso da realização do exame DNA nas investigatórias de paternidade é esta, do Superior Tribunal de Justiça, onde houve mitigação da coisa julgada, oportunizando a abertura de nova investigatória, agora, com a utilização do teste.

"PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA.

MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante, da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II - Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real." fonte?

Em várias outras decisões, o Superior Tribunal de Justiça "aconselha" a realização do exame, para que se encontre a verdade real e não ficta. Todavia, não impõe caráter obrigatório à submissão, encarando a recusa tão-só como presunção de veracidade das alegações. Exemplificativamente:

"Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Investigação de paternidade. DNA. Recusa na realização do exame.

- 1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade.*
- 2. Agravo regimental desprovido."¹⁷*

"PROCESSO CIVIL. PROVA. RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME PERICIAL. No contexto da prova indiciária desfavorável ao réu, por si insuficiente para a certeza da imputação da paternidade, a recusa em submeter-se ao exame pericial faz certo, do ponto de vista

¹⁷ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 498.398/MG - STJ.

processual, o que já era provável; paternidade reconhecida. Agravo regimental não provido."¹⁸

Vale frisar que, ao fim e ao cabo, o Superior Tribunal de Justiça cinge-se a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, inovando, apenas no que pertine à reabertura do processo, julgado improcedente por insuficiência de provas.

3.4 - O caso Paradigma

O paradigma trazido é eloqüente no sentido de demonstrar o desserviço prestado pela falta de ponderação na colisão entre os direitos fundamentais do investigando e do investigado, traduzido aqui pela não obrigatoriedade de submissão ao exame.

Aline (nome fictício dado à Autora) ajuizou ação de investigação de paternidade contra Francisco (nome também fictício), em maio de 1993.¹⁹

O desfecho da ação deu-se em 2003. Em face da exacerbada proteção ao direito do suposto pai à integridade física, em interpretação discutível do artigo 5º, incisos II e X da Constituição Federal, dando suporte à sua recusa de submeter-se ao exame de DNA, a criança aguardou por dez anos para ver reconhecida a paternidade e, em conseqüência, exercer, na plenitude, o seu direito básico, fundamental, de ter conhecimento da sua origem biológica, sendo certo que, mesmo após dez anos, a obteve de forma ficta.

Nessa ação, com a qual o Judiciário expendeu dez anos de trabalho, foi realizada audiência de instrução e julgamento somente três anos após a propositura da ação, em face de expedientes procrastinatórios

¹⁸ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 459.353/MG - STJ.

¹⁹ Processo nº 22656/93, 4ª Vara de Família de Brasília, DF.

utilizados pelo Réu, incluindo-se aí as dificuldades criadas pelo mesmo para que os Oficiais de Justiça encontrassem a ele e às testemunhas arroladas.

Na referida assentada, cuja duração extraordinária foi de mais de sete horas, o réu foi, mais uma vez, convidado a submeter-se ao exame de DNA, e recusou-se peremptoriamente.

Diante da recusa, prosseguiu-se na colheita das provas orais, ouvindo-se três testemunhas da Autora e duas do suposto pai. As primeiras confirmaram o relacionamento entre a mãe da Autora e o Réu no período provável da concepção da criança.

As segundas, testemunhas do Réu e funcionários deste, afirmaram inverídicos relacionamentos amorosos e sexuais com a mãe da Autora, atacando-lhe duramente a honra e a moral.

Tais depoimentos foram, na mesma assentada, retificados em virtude de acareação realizada entre testemunhas da Autora e do Réu.

De toda forma, injustificadamente, a mãe da Autora, que foi a Juízo em busca do direito da filha e não de proveito próprio, viu a sua intimidade ser devassada perante estranhos, sua honra denegrada em face das aleivosias lançadas pelas testemunhas da parte Ré, enquanto este protegido pelo seu direito à recusa de submeter-se ao exame de DNA, criava inúmeros incidentes processuais a fim de procrastinar o desfecho.

Sentenciado o feito, julgando procedente a ação, apelou o Réu deixando de proceder ao preparo, ocasionando, com isso, a declaração de deserção e não conhecimento do recurso pela Turma Julgadora. Como a decisão não foi unânime, opôs Embargos Infringentes, providos, por maioria.

A Autora interpôs recuso especial, não conhecido pelo STJ. Os autos voltaram ao Tribunal de Justiça para julgamento do mérito,

improvemento-se o Recurso do Réu, que, só então prontificou-se a fazer um acordo para pôr fim à demanda.

E, assim, transcorreram dez anos.

Nesse ínterim, 23 julgadores funcionaram no feito, sendo 03 Magistrados de primeira instância, 14 Desembargadores e 6 Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Acresça-se a isso o número de serventuários que trabalharam com esse processo e pode-se calcular o montante expendido pelo Judiciário na sua tramitação.

Quanto à criança, tornou-se adolescente com o peso e o constrangimento de não ver em sua certidão de nascimento o registro da origem paterna.

Efetivamente, casos como esse paradigma utilizado são um convite à reflexão.

Ora, de um lado está o suposto pai, acobertado pela orientação do Supremo Tribunal Federal desobrigando-o de fornecer material para o exame.

De outro lado, estão o(i) investigando, com seu direito ao conhecimento de sua origem biológica real e não ficta, insito no princípio de proteção à dignidade humana, (ii) a mãe do investigando, que também tem o direito de ver sua intimidade preservada, e (iii) o Estado, representado pelo Judiciário, com o dever de fazer a prestação jurisdicional da forma mais ágil e eficaz e com o poder de coerção para tanto, mas que em vista dessa orientação jurisprudencial, ditada pelo Supremo Tribunal Federal, deixa de dar efetividade, entre outros, aos princípios, da boa-fé e lealdade processual e ao artigo 339, do Código de Processo Civil, que diz: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade."

IV CAPÍTULO

4 - Obrigatoriedade do Exame de DNA e Colisão de Direitos Fundamentais

Como esta monografia tem o propósito específico de estudar a colisão de direitos fundamentais na hipótese entre investigando e investigado, nas ações judiciais onde se busca reconhecimento de paternidade por meio da realização do teste de DNA, em razão dessa peculiaridade, impõe-se uma breve digressão acerca dos conceitos de cada um desses institutos e, por imprescindível, do princípio da proporcionalidade, com vistas a apontar uma possível solução hermenêutica ao caso.

Nos capítulos anteriores falamos a respeito do quadro real vivenciado por aqueles que na atualidade buscam o Judiciário com o objetivo de investigar sua origem, por intermédio da ação de investigação de paternidade.

Nesse momento do trabalho, vamos nos ater à demonstração de um possível caminho para solução desse conflito, de modo diverso daquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.1 - O conceito de direito fundamental

Consultando-se a doutrina e a jurisprudência do STF, verifica-se não ser tarefa fácil a conceituação do que seja "direitos fundamentais".

É certo que todos convergem para, no mínimo, um ponto em comum: esses direitos dizem respeito às condições que permitam ao ser humano viver com dignidade, integridade física e íntima. Mas o tema suscita polêmica.

O eminente constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco, lembra que para Bobbio ²⁰ "a expressão direitos do homem é muito vaga e acaba conduzindo a definições tautológicas, inúteis, como a de que "os direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem". Ou ainda, leva a conceitos que, de tão abertos, pouco dizem por si mesmos, como a definição de direitos do homem como sendo aqueles "cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana" - o que não presta muita ajuda, pois não há univocidade quanto ao que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana; ao contrário, o tema é extremamente polêmico e tributário de ideologias hostis entre si."

O mesmo mestre registra que, para Vieira de Andrade²¹, a fundamentalidade material dos direitos humanos seria a explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Demonstrando a polêmica que o tema envolve, Paulo Gonet cita a crítica feita por Canotilho a essa tentativa de entrelaçar o princípio da dignidade humana na natureza dos direitos fundamentais:

*"Essa concepção, segundo o professor de Coimbra, "expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada". A inadequação estaria em que a Constituição portuguesa - como a brasileira - também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas, a denotar que a idéia de dignidade humana não seria sempre o vetor definidor dos direitos fundamentais."*²²

E arremata "De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos

²⁰ GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª Tiragem, Ed. Brasília Jurídica, pág. 115.

²¹ MENDES, Gilmar, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª Tir., Brasília Jurídica, pág. 115.

²² Idem. MENDES, Gilmar.

direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana."²³

De fato, se analisarmos numa perspectiva histórica, nos parece crer que essa denominação sempre esteve ligada ao valor essencial que cada ser humano traz em si, por mais simples, mais humilde, mais desabastado que seja, e cujo reconhecimento e respeito indicam menor ou maior grau de democracia e existência de um Estado de Direito.

Liberdade, igualdade e fraternidade, **slogan** da revolução francesa, são expressões que bem traduzem os princípios que norteiam os direitos fundamentais.²⁴

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais designam, "no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o (ordenamento jurídico) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"²⁵.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra não ser exaustiva a enumeração da Constituição Federal, quando estabelece os setenta e sete incisos do artigo 5º, pois de acordo com o § 2º do mesmo artigo: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regimes e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

²³ Ibidem. MENDES, Gilmar.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed. Renovar, pág. 240.

²⁵ GONET BRANCO, Paulo Gustavo, Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 2ª Tiragem, Ed. Brasília Jurídica, pág. 117.

Decorre disso a classificação de direitos explícitos e implícitos aventada por Ferreira Filho, para quem direitos implícitos seriam os "direitos a integridade moral"²⁶, a saber direito à honra, ao recato, à imagem, ao segredo, à identidade etc, encampando a lição de Limongi França.

Os direitos explícitos seriam agrupados em três categorias "conforme seu objeto imediato, pois o mediato se pode dizer que é sempre a liberdade"²⁷.

"I - Direitos cujo objeto imediato é a "liberdade":

- 1) *de locomoção - art. 5º, LXVIII;*
- 2) *de pensamento - art. 5º, IV, VI, VII, VIII, IX;*
- 3) *de reunião - art. 5º, XVI;*
- 4) *de associação - art. 5º, XVII a XXI;*
- 5) *de profissão - art. 5º, XIII;*
- 6) *de ação - art. 5º, II;*
- 7) *liberdade sindical - art. 8º;*
- 8) *direito de greve - art. 9º;*

II - Direitos cujo objeto imediato é a "segurança";

- 1) *dos direitos subjetivos em geral - art. 5º, XXXVI;*
- 2) *em matéria penal - art. 5º, XXXVII a LXVII;*
- 3) *do domicílio - art. 5º, XI;*

III - Direitos cujo objeto imediato é a "propriedade";

- 1) *em geral - art. 5º, XXII;*
- 2) *artística, literária e científica - art. 5º, XXVII a XXIX;*
- 3) *hereditária - art. 5º, XXX e XXXI."*

Portanto, é legítimo dizer-se, com supedâneo na autoridade desses doutrinadores de ponta, serem os direitos fundamentais inerentes à essência da vida do ser humano, em sua plenitude, sendo afirmado por muitos serem os direitos fundamentais o centro gravitacional do sistema jurídico.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Manual de direito civil, vol. 1, pág. 330.

²⁷ FERREIRA, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional, pág. 289/290.

4.2 - Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade

Nenhum direito é absoluto, todavia, e traz em si um relativismo intrínseco que o amolda e o conforma às mais variadas situações da vida prática. O mesmo se afirma em relação aos direitos fundamentais.

É quando deve ocorrer a "concordância prática", para usar as palavras de Bobbio, onde verificado o peso de cada direito, naquela situação específica, faz-se prevalecer um em detrimento do outro.

Ressalte-se, por importante, que o peso diz respeito às razões, aos argumentos de cada parte naquela situação específica, e que o direito fundamental mitigado naquele caso concreto não sofre nenhum desvalor ou invalidação em seu sentido absoluto, podendo, muitas das vezes, prevalecer em circunstâncias distintas.

Nessa linha de raciocínio, releva destacar o fenômeno dos limites imanentes, tratado por diferentes constitucionalistas, seja quando se fala nas relações horizontais, cidadão x cidadão, seja sobre o confronto entre direitos individuais e bens jurídicos da comunidade.

Suzana de Toledo Barros, mencionando José Carlos Vieira de Andrade, afirma que os limites imanentes "decorreriam da idéia de não perturbação: cada direito seria limitado pela existência de outros direitos, evitando-se o abuso e o prejuízo."²⁸

Citando Canotilho, a mesma Autora fala igualmente em cláusula de comunidade "em termos em que os direitos fundamentais estariam sempre limitados desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade".²⁹

²⁸ BARROS, Suzana de Toledo, 3ª ed., Ed. Brasília Jurídica, pág. 171.

²⁹ Idem, BARROS, Suzana de Toledo.

Agora, com Alexy, Suzana de Toledo Barros lembra que os limites imanentes dos direitos fundamentais "não decorrem da idéia de que as liberdades são de antemão limitadas". Para o autor, diz ela, "os direitos fundamentais transportam dimensões objetivas que supõem uma otimização contextual, razão por que, quanto mais dilargado o seu âmbito de proteção, maior possibilidade de realização encontram, ainda que uma tal concepção tenha o inconveniente de gerar maior número de conflitos. Não haveria, assim, nenhuma precedência de um valor constitucional sobre outro. Só mediante a ponderação desses bens em um caso concreto, necessária e ineliminável, pode-se chegar a um resultado restritivo".³⁰

Pode-se dizer, dessa forma, que os limites imanentes são parte do conteúdo do direito e não um elemento externo que vem conformá-lo. A interpretação do direito fundamental, a identificação do seu âmbito de proteção delimitará o direito em relação a outros direitos e bens da comunidade.

Assim como Suzana de Toledo Barros, outros estudiosos³¹ do assunto afirmam ser "supérfluo do ponto de vista dogmático" o conceito de limites imanentes, importando reter que não há direito limitado por direitos imanentes, mas sim "direito fundamental delimitado mediante interpretação constitucional".³²

Frise-se serem os limites imanentes fenômeno distinto da colisão concreta de direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, conflito melhor decidido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A doutrina e a jurisprudência denominam de colisão de direitos fundamentais a situação de conflito oriunda do exercício desses direitos por pessoas diversas.

³⁰ BARROS, Suzana de Toledo, 3ª ed., Ed. Brasília Jurídica, pág. 172.

³¹ RORIZ, Liliane, Conflito entre Normas Constitucionais, 2ª ed, América Jurídica, RJ, 2002.

³² Wilson Steinmetz, Colisão de direitos fundamentais e Princípio da proporcionalidade.

Pode, também, ocorrer colisão entre direitos fundamentais de um cidadão e um bem jurídico tutelado constitucionalmente, como a saúde pública.

Adverte-nos, no entanto, Gilmar Mendes que a idéia de colisão comporta temperamento, pois "nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção", cuja precisa identificação informa se a conduta está ou não protegida por aquele direito fundamental invocado.³³

Ou seja, a autêntica colisão ocorre apenas quando "um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual."³⁴

Ensina o mesmo mestre que, quando se trata de direitos submetidos à reserva legal expressa, a competência é do legislador para "traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes."³⁵

E, ainda, lembra que a doutrina alude à colisão em sentido estrito ou sem sentido amplo, valendo transcrever a lição:

"As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito podem-se referir a:

- a) direitos fundamentais idênticos; ou*
- b) direitos fundamentais diversos.*

Em relação à colisão de direitos fundamentais idênticos, podem ser identificados quatro tipos básicos:

- a) colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa: v.g., a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça pública;*
- b) colisão de direito de defesa de caráter liberal e direito de proteção: como exemplo, mencione-se a decisão de atirar no seqüestrador para proteger a vida do refém ou da vítima.*

³³ MENDES, Gilmar Ferreira, Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF, Vol.I.

³⁴ Idem, MENDES, Gilmar Ferreira.

³⁵ Ibidem, MENDES, Gilmar Ferreira.

Ressalte-se que, nessa hipótese, a colisão entre a vida do seqüestrador e da vida revela apenas uma parte de um problema mais complexo (colisão complexa). A colisão poderia ser solvida com a aceitação das condições impostas pelo seqüestrador. Não se pode, porém, desconsiderar um terceiro elemento da colisão, que é o dever de proteção em face da comunidade. Daí decorre o dever de atuar para evitar novos atos de violência?

c) colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião, como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.

d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade.

Nas colisões entre direitos fundamentais diversos assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e do direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.

Finalmente, mencionem-se as colisões em sentido amplo, que envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g., à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna enquanto valor constitucional."³⁶

A lei de colisão formulada por Alexy descreve a estrutura lógica da solução de colisão e indica que o resultado da ponderação deve ser fundamentado.³⁷

Abstratamente, os princípios possuem uma mesma hierarquia, no caso concreto, fática e juridicamente, um limita a realização do outro; é a idéia de que os princípios não são absolutos e "não se enquadram

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF*, Vol.I.

³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Decretos Fundamentales*, pág. 90.

na lógica do tudo ou nada, da dimensão de validade das regras, mas na dimensão do peso".³⁸

No plano dos direitos fundamentais esse raciocínio se revela de suma importância, uma vez terem esses direitos natureza de princípios.

Desta forma, numa colisão de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados constitucionalmente, mediante a ponderação de bens (um juízo de peso) observadas as circunstâncias específicas, um direito ou bem prevalecerá sobre o outro.³⁹

Frise-se, ainda uma vez, que, ao se falar de "peso", está se referindo às razões suficientes, e sempre naquele caso concreto.⁴⁰

4.2.1 - O princípio da proporcionalidade

Buscou-se demonstrar neste trabalho que há colisão de direitos fundamentais quando, em um caso concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe um direito fundamental de um outro titular (colisão horizontal) ou da coletividade (colisão vertical).

Nessas hipóteses, embora a interpretação constitucional seja indispensável, na busca da otimização e harmonização dos direitos, não é suficiente.

Para que os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática se efetivem é necessário produzir-se uma norma de decisão mediante ponderação.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed. Renovar, pág. 126.

³⁹ RORIZ, Liliane, Conflito entre Normas Constitucionais, 2ª ed. América Jurídica, RJ, 2002.

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed. Renovar, pág. 127.

Distinguindo ponderação de interpretação

Canotilho ensina:

*"Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens."*⁴¹

Essa distinção, não é muito precisa, é verdade, porque a ponderação parece ínsita à proporcionalidade ou que a proporcionalidade pressupõe a ponderação.

O que os doutrinadores têm afirmado é que a ponderação concreta de bens se operacionaliza mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Suzana Toledo Barros ensina que o germe do princípio da proporcionalidade foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da Administração. E que remonta aos séculos XVII e XVIII essa consciência de direitos oponíveis contra o próprio Estado, como consequência das teorias jusnaturalistas, em face do absolutismo reinante à época.⁴²

O princípio da proporcionalidade, a utilização pela Europa ocidental e o princípio da razoabilidade - ligado e desenvolvido pelo direito anglo-americano (Reasonableness) destinam-se, originalmente, a controlar a relação entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, nas ações do Poder Público, limitadas a essa justa proporção.

⁴¹ STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade, Ed. Livraria do Advogado, pág. 141.

A célebre frase de Jellinek sintetiza a exigência de proporcionalidade : "não se abatem pardais disparando canhões."⁴³

Gilmar Ferreira Mendes, referindo-se ao Direito Constitucional alemão registra que "outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) em ao princípio da proibição do excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, e molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais".⁴⁴

Importante salientar que, enquanto a expressão razoabilidade, largamente utilizada pelos Tribunais enseja uma idéia de adequação, logicidade, equidade, a expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois "a representação mental que lhe corresponde é a do equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas", conforme ensina Suzana Toledo Barros.

Acrescenta, ainda, a Autora, que a proporcionalidade em sentido amplo envolve considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito, na linha do que pensa Gilmar Ferreira Mendes.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, cuja identificação é necessária a uma correta compreensão.

Subprincípio da Adequação ou idoneidade:

Esse juízo é o primeiro a ser considerado na observância do princípio da proporcionalidade e diz respeito à relação de

⁴² STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade, Ed. Livraria do Advogado, pág. 46.

⁴³ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade. 3ª ed. Brasília Jurídica, 2003, pg. 46

⁴⁴ Controle de Constitucionalidade

congruência meio e fim.⁴⁵

Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.

Suzana Toledo Barros adverte para o aspecto de que sob a perspectiva da adequação "resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios para alcançar o fim desejado", cuja discussão se circunscreve ao âmbito do subprincípio da necessidade.⁴⁶

Subprincípio da necessidade

Também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima, pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado.⁴⁷

Identificam-se, aqui, no mínimo, quatro notas essenciais: a primeira é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular; a segunda é a de que se haveria uma alternativa menos gravosa; a terceira é a comparabilidade dos meios de restrição, adotando-se o critério de menor prejudicialidade; a quarta é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.

Para Alexy⁴⁸, as máximas da adequação e da necessidade derivam dos princípios definidos como mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas.

⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade, Ed. Livraria do Advogado, pág. 78.

⁴⁶ BARROS, Suzana de Toledo, 3ª ed., Ed. Brasília Jurídica.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade, Ed. Livraria do Advogado, pág. 80.

⁴⁸ ALEXY, Rosert, Colisão de direitos Fundamentais e Realização de direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.

Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

Esse terceiro princípio diz da relação razoável que os meios adotados devam ter com o objetivo perseguido. Uma relação meio-fim que guarda uma reciprocidade racional.

Conforme síntese de Gavara de Cara, citado por Steinmetz:

*"El principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido descrito por el Tribunal Constitucional (TCF alemán) de diversas maneras: la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados [BV erfGE 17, 306 (314)], la medida debe ser racional para los afectados [BV erfGE 37, 1 (19)] o los límites de la racionalidad deben ser garantizados (BV erf-GE 30, 292 (316))."*⁴⁹

Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito é a concretização da ponderação de bens.

Importa, ainda dizer, trazendo a lição de Alexy, que, diferentemente dos subprincípios da adequação e da necessidade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais como mandato de otimização segundo as possibilidades jurídicas.

É a idéia do equilíbrio entre valores e bens que é exalçada, segundo Suzana Toledo Barros. *fonte?*

A propósito do tema aqui suscitado parece não se afigurar racional ou equilibrada a solução até hoje alvitada pela excelsa Corte, pois finda por acarretar uma carga excessiva ao investigando.

⁴⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade, Ed. Livraria do Advogado, pág. 152.

4.3 - O direito do suposto pai à recusa ao exame de DNA

O Supremo Tribunal Federal, quando se pronuncia sobre o tema, lastreia o direito à recusa nos incisos II e X e LXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

"art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

....

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

....

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

....

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

São, portanto, invocados os princípios da reserva legal, da intangibilidade do corpo humano e princípio da desobrigatoriedade da auto-incriminação.

O Ministro Marco Aurélio Melo, no julgamento do HC 71373-4, alude, ainda, ao artigo 343, do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 2º:

"art. 343 - Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 2º - se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão."

O dispositivo retroaludido é apresentado, na verdade, como forma de solução do conflito, diante da recusa, mas não como um fundamento do direito do suposto pai.

4.4 - O direito do suposto filho ao conhecimento de sua origem genética

O artigo 227, da Constituição Federal estabelece:

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

O Parágrafo 6º do mesmo artigo 227, dispõe:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente, relativamente ao direito de filiação, assim dispõe em seu artigo 27:

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

Sem exclusão de outros dispositivos, sobretudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, essas regras constituem o cerne do direito fundamental à dignidade pessoal da criança e, no caso em estudo, do investigando.

4.5 - A exposição da intimidade da mãe

Nos termos do artigo 1.634, inciso V, do Código Civil vigente, o filho menor de 16 anos será representado pelos pais ou responsáveis.

Por outro lado, tanto o artigo 227 e seu parágrafo 6º retrocitados quanto o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem aos pais o dever de zelar pelos seus filhos, com absoluta prioridade, assegurando-lhes, dentre outros, a dignidade, o respeito, colocando-lhes a salvo "de toda forma de negligência e discriminação."

Nesse passo, a mãe de uma criança cujo pai se recusa a reconhecê-la, se não tem a obrigação legal expressa, pois implícita o tem em abundância, tem o dever moral de buscar todos os meios disponíveis para que essa criança tenha o registro do nome do pai e por ele seja assistido.

Tratando-se de ação de investigação de paternidade, na quase totalidade dos casos, é a mãe quem representa o menor e, em face desse seu dever materno, as circunstâncias impõem seja completamente devassada a sua intimidade.

Ainda hoje, em pleno século XXI, são utilizados contra essa mulher expedientes vexatórios que remontam a um obscurantismo inexplicável.

São convocados vizinhos, porteiros de prédio, colegas de trabalho para se provar o relacionamento dos pais. Expressões profundamente constrangedoras são utilizadas para se qualificar o comportamento dessa mãe, sendo certo que, rotineiramente, nos Tribunais, são ouvidos testemunhos de homens, desconhecidos pela mulher, assegurando ter tido relacionamento íntimo com a mesma durante o período suposto da concepção, com o objetivo de demonstrar a pluralidade de parceiros, a "desonestidade" da mulher, com o objetivo de inviabilizar a demanda.

Estando o suposto pai adotando uma postura de boa-fé e seguro de que não é verdadeira a alegação feita, inexistente razão plausível para a recusa.

Somente o abuso do direito de defesa e uma tentativa de esquivar-se às suas obrigações justificam tal comportamento, que muitas das vezes, pela deficiência de provas, pela precariedade da formação dos profissionais que atuam no processo, pela própria desinformação da parte acerca da conduta a ser adotada em um feito dessa natureza, levam ao insucesso da ação, mesmo sendo legítima a pretensão do autor.

O dano moral sofrido pela mãe desse indivíduo que busca o conhecimento da sua origem biológica, estranhamente, não tem sido sequer objeto de menção nos julgados sobre o tema.

Por essa razão, também, reitera-se o convite à reflexão sobre o excesso de proteção concedido ao suposto pai, desobrigando-o do exame pericial.

Na grande maioria das ações de investigação de paternidade é autor uma criança, representada por sua mãe. E essa mulher, por igual, é detentora de direitos a serem respeitados pela outra parte envolvida e, sobretudo, pelo Estado.

Os tribunais estão cheios de ações reivindicando ressarcimento por danos morais causados, por exemplo, por devolução de cheques com fundos suficientes para o pagamento.

Parece crer que o dano à honra e à imagem dessa mulher que vai em busca do direito do seu filho, e não em benefício próprio, sofre agressão significativamente superior essa, oriunda de um entrave burocrático, despercebida, muitas das vezes, até mesmo por parentes mais próximos.

CONCLUSÃO - Uma proposta alternativa mais consentânea com a hermenêutica constitucional

Alexy afirma serem as técnicas de interpretação constitucional necessárias mas não suficientes para a solução na colisão de direitos fundamentais.

Resulta, pois, que mesmo não sendo bastantes, são necessárias e mesmo imprescindíveis, pode-se dizer, tais técnicas, para se avaliar uma questão como esta.

Permite-se afirmar aqui ter o Supremo Tribunal Federal apegado-se em demasia à interpretação literal do princípio da reserva legal para conceder ao suposto pai o direito à recusa do exame discutido, sem contudo, observar para os métodos histórico, teleológico e sistemático de interpretação, e, ainda, de princípios específicos da interpretação constitucional como, por exemplo, o princípio da unidade da constituição, princípio da concordância prática, princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora e, ainda, do princípio da efetividade.

Disso resultou uma hipertrofia do direito do investigado, deixando transparecer um ranço de discriminação na pré-compreensão dos julgadores em relação à figura do filho ilegítimo, cuja trajetória, ao longo da história da humanidade, tem sido marcada pelo preconceito (aqui no sentido leigo e pejorativo da expressão) e pelo aviltamento do seus direitos da personalidade, em nome da proteção à paz doméstica.

Parece haver uma grande desarmonia entre a linha adotada na Constituição Federal para defesa dos direitos da criança e do adolescente e a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Entre outras mais evidentes, como a garantia prioritária à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à educação, à profissionalização, a Constituição confere igualdade de tratamento até mesmo a filhos havidos entre parentes próximos, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por isso, questiona-se o resultado da ponderação de valores levada a cabo no HC 71373-4. Não se afigura a conclusão a que ali se chegou fruto da melhor interpretação constitucional, ou alicerçada no princípio da proporcionalidade.

O conteúdo essencial do direito fundamental do investigando foi afetado ao sofrer uma restrição não-adequada, não-necessária e não-proporcional em sentido estrito.

Sopesando os valores, inexistem motivo ou justificação suficientes para a limitação imposta ao direito fundamental do investigando, direito esse que findou por perder sua eficácia na vida social.

Poder-se-ia dizer que, adotada a compulsoriedade desse exame nas ações investigatórias, estar-se-ia criando perigoso precedente em desfavor das garantias individuais, sobretudo no âmbito penal, pois haveria uma mitigação do conteúdo do artigo 186 do CPP.

Todavia, o recurso do princípio da proporcionalidade pressupõe a análise das condições concretas de caso, não se podendo estender uma conclusão tirada numa relação específica de conflito de direitos, que caracteriza uma colisão horizontal indivíduo x indivíduo, para uma situação absolutamente distinta e que, no caso, envolveria uma colisão vertical, indivíduo x Estado.

Portanto, a compulsoriedade do exame de DNA se, "em princípio, repugna aqueles que, com razão vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece providência legítima e necessária, a ser adotada pelo Juiz, quando pode impedir que o exercício contrário à finalidade

do direito 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."⁵⁰

Alexy⁵¹ faz menção a uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, segundo ele, pode ser formulada da seguinte maneira:

"cuanto mayor es el grado de la no satisfaccion o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacci6n del outro"

A conclusão a que se chega é a de que a afetação do direito do investigando e do de sua mãe e representante legal não justifica a satisfação do direito do investigado à recusa de submissão ao exame de DNA.

⁵⁰ Maria Celina Bodin de Moraes, in recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade.

⁵¹ ALEXY, Robert, Teoría de Los Decretos Fundamentales, pág. 161.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzon Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
2. ALEXY, Robert. *Colisão dos direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo da Faculdade do Rio Grande do Sul, nº 217, 2002.
3. ALMEIDA, Maria Chirstina. *DNA e Estado de Filiação à luz da dignidade humana*. Livraria do advogado. 2003. SP.
4. BAHENA, Marcos. *Investigando a Paternidade*. Editora de Direito. 2ª ed. SP. 2001.
5. BARROS. Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
6. BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação*, SP. RT. 2002
7. COELHO. Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Faris, 2003.
8. DAVID. René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª Ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
9. FIDA, Orlando e ALBUQUERQUE, J B Torres de. *Investigação de Paternidade*. 7ª ed. M E editora, SP. 2000.
10. GOMES, Orlando. *Direito de Família*, ed. Forense, 14ª ed. SP
11. LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 11ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1990.
12. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Noticia do Direito Brasileiro nº 07: UNB.
13. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
14. MENDES, Gilmar Ferreira . *Colisão dos direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, repertório de jurisprudência IOB, nº 05, 2003.

15. MORAES, Maria Celina Bodin. *Recusa à realização do Exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade*. Revista de Direito. PUC/RIO. ?
16. NETO, Algomiro Carvalho. *Investigação de Paternidade*, SP. BestBook, 1ª ed.
17. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 3ª Ed. 1991.
18. RORIZ, Liliane. *Conflito entre Normas Constitucionais. Doutrina da Identificação e da Solução de Conflitos e Jurisprudências do STF*. 2ª Ed. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002.
19. SALOMON, Délcio Vieira. *Como Fazer uma Monografia*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
20. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª Ed. São Paulo; *Revista dos Tribunais*. 1989.
21. STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. *Incompleta*
22. WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*, 13ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2000.
23. WANBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, V. I.,

LEGISLAÇÃO UTILIZADA

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988

Lei nº 10.406 DE 10.01.2002 – Código Civil

Lei nº 5869, de 11.01.1973 – Código de Processo Civil

Lei nº 8560, de 29.12.92 - Investigação de Paternidade

Lei nº 8.069, de 16 de julho de 1990

JURISPRUDÊNCIA :

- a) HC 71371-4/RS, Supremo Tribunal Federal, relator p/ acórdão Exmo. Ministro Marco Aurélio de Melo, DJ 22.11.96.
- b) HC 76060/SC - Supremo Tribunal Federal, relator Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.98.

- c) RESP 222.436/PR, Superior Tribunal de Justiça, relator Exmo. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 06.02.2002.
- d) RESP 472608, Superior Tribunal de Justiça, relator Exmo. Desembargador Aldir Passarinho Júnior, DJ 09.06.2003.
- e) RESP 189360, Superior Tribunal de Justiça, relator Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, DJ 14.10.02.

PERIÓDICOS E INTERNET :

www.in.gov.br

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.tjdf.gov.br

www.unb.br