



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A
CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI

Rosane de Cássia Deminicis de Senna Gonçalves

Rio de Janeiro
2020

ROSANE DE CÁSSIA DEMINICIS DE SENNA GONÇALVES

O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A
CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI

Rosane de Cássia Deminicis de Senna
Gonçalves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá
no Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o artigo aborda como questão central a importância de uma certeza acerca da origem biológica do pretense filho e a consequente possibilidade de uma condução coercitiva do suposto pai face à sua negativa na realização do exame de DNA na investigação de paternidade. No passado, uma presunção relativa de paternidade revelava-se a melhor opção em razão da incerteza do contexto probatório, o que hoje não mais se sustenta face à evolução científica, que forneceu métodos mais precisos de detecção do vínculo biológico. Alicerçando-se nesta evolução científica e em princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, necessário uma reflexão quanto à necessidade de uma presunção absoluta de paternidade, que somente será obtida pelo exame de DNA, para que se verifique o respeito a direitos basilares para a formação da personalidade e capazes de assegurar a dignidade humana. Ocupa-se em ressaltar, em que pese as partes envolvidas no litígio terem seus direitos assentados em direitos fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, nenhum direito é absoluto, impondo-se ao julgador uma análise caso a caso para a verificação de qual direito fundamental apresenta maior efetividade possível.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Investigação de Paternidade. DNA. Condução coercitiva do suposto pai. Direito à intimidade. Direito à origem genética. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. O exame de DNA na investigação de paternidade: uma discussão pautada na importância do conhecimento da origem biológica. 2. O Precedente do Supremo Tribunal Federal pela não condução coercitiva do suposto pai para realização do exame de DNA. 3. Conflito entre direitos fundamentais: O direito à identidade do investigante e o direito à intimidade do investigado. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a necessidade de se conferir ao pretense filho, como direito fundamental, o conhecimento de sua origem genética por meio do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, ainda que a condução do suposto pai para o

fornecimento do material genético tenha que ser imposta pelo Estado, o que se contrapõe ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.

Ainda hoje, a despeito de toda a evolução constante dos direitos políticos e sociais no Brasil, por mais paradoxal que possa parecer, o direito ao conhecimento da origem biológica, não é acolhida no ordenamento jurídico pátrio como sendo um direito fundamental.

No tocante ao tema, prevalece em nosso sistema jurídico a tese da não condução coercitiva do suposto pai ao exame de DNA, caso este se negue a realizá-lo, tendo por base os fundamentos de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; o de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si e; por fim, a incolumidade do corpo físico.

Assim, o trabalho analisa o conflito entre o direito à intimidade do suposto pai e o direito à identidade do pretense filho. Para tanto serão observadas as seguintes questões norteadoras: Como o entendimento hoje adotado pelos Tribunais Superiores, que conferem, tão somente, uma paternidade presumida, em absoluto desprezo à evolução científica que disponibiliza um exame capaz de conferir uma paternidade com certeza de 99,9%, viola o direito fundamental do pretense filho, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e tem reflexos danosos e irreversíveis na formação do ser humano.

Para esse questionamento, o presente artigo inicia o primeiro capítulo apresentando a definição do exame de DNA, a evolução científica no conhecimento da origem biológica e sua importância nas ações de investigação de paternidade por efetivar o direito ao conhecimento da filiação, de forma absoluta, revelando o respeito à dignidade do investigante. Desse modo, é abordada a necessidade de uma readaptação da lei às inovações científicas e aos anseios da sociedade, a qual clama por meios mais eficazes para resolver conflitos.

Superada as necessárias premissas, o segundo capítulo aborda os fundamentos dos Tribunais para a não condução coercitiva na realização do exame de DNA e a disparidade da supremacia dos direitos do suposto pai face ao direito fundamental do pretense filho e o consequente impacto nos direitos da personalidade do investigante.

O terceiro capítulo aponta a necessidade, diante do método da ponderação dos princípios envolvidos no tema, de ser assegurada a presunção absoluta nas ações de investigação de paternidade como a melhor opção para a solução das demandas e como garantia de direitos fundamentais, amparada, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho materializa a preocupação com aqueles que buscam a verdade real sobre sua origem. Amparado nessa importância, busca-se demonstrar, contrariando o

posicionamento adotado pela Suprema Corte, os princípios relevantes que devem prevalecer para a resolução de casos dessa natureza.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que elege um conjunto de proposições hipotéticas viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. O EXAME DE DNA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

De princípio, importante informar que¹ “O Ácido desoxirribonucleico é um composto orgânico formado por moléculas responsáveis pelo armazenamento do material genético dos seres vivos” e que transmitem as características hereditárias de cada ser vivo.

²O DNA pode ser detectado no núcleo de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemáceas) que não tem núcleo e, portanto, não tem DNA – é formado desde a concepção e jamais sofre qualquer alteração ao longo da vida da pessoa. Nesse sentido³:

DNA é a abreviação do ácido desoxirribonucleico, considerado o tijolo de construção genética da vida. É a extrema variabilidade a nível de DNA que supera a variabilidade de outros sistemas utilizados anteriormente (ABO, Rh, HLA, etc). Através de sua análise podemos diferenciar um indivíduo do outro, já que todas as pessoas apresentam um padrão único em seu DNA [...]

Na linha de descoberta desse método revolucionário, Eduardo de Oliveira Leite⁴ informa que:

em 1953, Francis Crick e James Watson descreveram, pela primeira vez, a estrutura molecular do DNA. Em 1985, Alec Jeffreys descobriu que a partir de determinadas sequências de combinações químicas, contidas na molécula, era possível diferenciar cada indivíduo, com a única exceção dos gêmeos monozigóticos, de idêntica herança genética.

¹BORGES, Dayane. *Acido desoxirribonucleico. O que é? Definição, estrutura e funções*. Disponível em: <<https://conhecimentocientifico.r7.com/acido-desoxirribonucleico/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/538/dna-e-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

³ Ibid.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *DNA como meio de prova da filiação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 222.

Nesse raciocínio, Elza Spanó Teixeira⁵ relata que “o experimento inaugurado pelo geneticista Alec Jeffreys, ganhou espaço no Brasil em 1986, com o médico Sérgio Danilo

Junho Pena, do Núcleo de Genética MReveja, por favRédica (Gene-MG), localizado em Belo Horizonte, Minas Gerais” [...].

Conforme estudos realizados pela Universidade Federal do Paraná⁶ a análise da ancestralidade pode evitar erros nas pesquisas, inclusive, sobre doenças e suas causas genéticas. A depender do caso, o direito à vida pode depender dessa confirmação, pois se uma pessoa fica privada do conhecimento das doenças características de sua ancestralidade ficará impedida de prevenir, de atuar positivamente, na prevenção de doenças como diabetes, câncer e etc, pois desconhecia a tendência de seus familiares para o desenvolvimento dessas doenças.

Nessa linha de conhecimento, Maria Edwiges Hoffmann, em seu estudo sobre os marcadores genéticos da dependência química, informa que⁷:

estudos sobre o comportamento de abuso de drogas por humanos mostram que a dependência do álcool e de substâncias psicoativas é influenciada por fatores biológicos e ambientais. A pesquisa atual evidencia claramente que a dependência de álcool, do tabagismo e de drogas como a maconha e cocaína sofre influências familiares. [...]

Esse e outros estudos, como o da professora em genética humana e coordenadora do centro de estudos do genoma humano, Mayana Zatz⁸ revelam porque algumas pessoas tornam-se dependentes e outras têm aversão às mesmas substâncias, bem como diferentes trabalhos indicam, inclusive, ⁹que o bom-humor e o otimismo, também teriam influências genéticas, revelando um caminho eficiente para o conhecimento e, quem sabe, solução de questões importantes que afligem o ser humano.

Acerca do grau de certeza e confiança, desse exame, Eduardo de Oliveira Leite¹⁰ enfatiza que “o índice de confiabilidade do DNA, quando todos os cruzamentos de sequências são devidamente testados, permite hoje atingir um grau de certeza não inferior a 99,9999%, tanto de determinação quanto de exclusão da paternidade”.

⁵ TEIXEIRA, Elza Spanó; SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. *Medicina legal e genética aplicada à defesa penal*. São Paulo: LTr, 1998, p.15.

⁶ SANTONS, Jones. *Jornal da Universidade Federal do Paraná. Ancestralidade ajuda a justiça e a medicina*. Disponível em: <<http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2007/31-edicao-49/368-ancestralidade-ajuda-a-justica-e-a-medicina>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

⁷HOFFMANN, Edwiges. *Marcadores genéticos da dependência química*. Disponível em:<<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/especial/drogas/drogas06.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

⁸MAYANA, Zatz. *Projeto genoma humano e ética*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392000000300009&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁹ Ibid.

¹⁰ LEITE, op. cit., p. 222-223.

Na área criminal, a importância e repercussão da descoberta do exame de DNA¹¹ permitiu, em 1986, pela primeira vez, identificar a autoria de um crime. O geneticista Alec Jeffreys foi solicitado a auxiliar na solução desse caso, que ocorreu numa cidade da Inglaterra, onde duas jovens foram estupradas e assassinadas.

Uma vez revelada a incontestável eficiência dessa nova técnica de investigação criminal para que crimes dessa natureza sejam desvendados com o confronto das demais provas do processo judicial, abriu-se perspectivas nunca antes imaginadas, contribuindo para a identificação do criminoso. Possibilitando tanto a condenação de uma pessoa quanto sua absolvição.

No tocante às ações investigatórias de paternidade, o exame de DNA permite a certeza absoluta da exclusão da paternidade ou, ainda, da descendência ou não, o que traduz a entrega de uma prestação jurisdicional eficaz.

Denota-se que antes do exame de DNA, uma paternidade presumida se justificava e, por certo, revela-se a melhor solução, mas sua permanência nos dias atuais, reflete gritante violação aos direitos do investigado, inobservância de um avanço tecnológico que pode, inclusive, prevenir e tratar doenças herdadas geneticamente, bem como impeditivo para a realização da justiça e descoberta da verdade real.

Vale ressaltar, ainda, que a credibilidade e o grau de certeza, gerada pelo sistema de análise do DNA, culminou na possibilidade de rever resultados obtidos pelas técnicas pré-existentes à evolução da ciência, admitindo-se, inclusive, a relativização da coisa julgada em casos onde a paternidade e até a maternidade, não havia sido totalmente aceita antes do advento desta técnica, conforme agravo de Instrumento nº 2005.0020033360¹²:

o direito à filiação é um direito humano fundamental, reconhecido constitucionalmente e integrante da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil. (...) A segurança representada pela coisa julgada e o direito à filiação, devem ser sopesados e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, impera que prevaleça o direito do filho em saber quem é seu ascendente.

E tal modificação justifica-se, pois, de princípio esbarrava-se no direito fundamental da coisa julgada consagrado no artigo 5º, XXXV da CRFB¹³, que objetiva dar segurança às

¹¹CÂMARA, Bruno. *Primeiro caso de identificação criminal através do DNA*. Disponível em: <<https://www.biomedicinapadrao.com.br/2013/01/primeiro-caso-de-identificacao-criminal.html>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

¹²JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento nº 2005.0020033360*. Relator: Ministro Vasquez Cruxên. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258457/agravo-de-instrumento-ai-20050020033360>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

¹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

relações jurídicas. Todavia, as normas jurídicas são mutáveis e buscam conformidade com a evolução de sua sociedade, guiando-se pelas transformações desta, o que permite mudanças legislativas a adequar o ordenamento jurídico às novas realidades sociais. E guiando-se por essas evoluções os Tribunais passaram a acolher a relativização da coisa julgada em casos como o acima informado.

E esse entendimento foi confirmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 900521¹⁴, em que informou que a identidade genética, o direito a descoberta da ascendência genética, é personalíssimo, imprescritível, direito fundamental e decorrente da dignidade humana.

Da mesma forma que o Direito partiu de um total descaso dos filhos havidos fora do casamento e passou a vedar a discriminação entre filhos, sejam eles havidos ou não de uma união legítima, assegurando a todos direitos iguais, a ciência evoluiu de empíricos estudos de semelhança externa para atingir a certeza da identificação através do DNA.

As ciências biomédicas evoluíram sensivelmente e de modo visível, procurando conhecer melhor o ser humano, com o claro objetivo de desvendar os mistérios da vida e sua origem, não cabendo recusas infundadas a revelar verdadeiro abuso de direito chancelado pelo Estado e a confirmar um retrocesso na busca da verdade biológica.

2. O PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA NÃO CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA

De início, é essencial abordar o *Habeas Corpus* nº 71.373-4¹⁵, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 10 de novembro de 1994 decidiu, por 6 votos a quatro, que “a condução forçada de indivíduo à realização de exame de verificação de paternidade viola os princípios da dignidade humana, da integridade física, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade”.

Esse *Habeas Corpus* foi provocado em razão do acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶ que havia confirmado a decisão da Juíza da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado de Porto Alegre, que determinou que o investigado fosse “conduzido debaixo de vara” para a realização do exame de DNA, caso

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 900521*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323622>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.373-4*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms>. Acesso em: 30 mai. 2020.

¹⁶ MORAES, op. cit., p. 218.

houvesse sua recusa e, desta forma, se estabeleceria a certeza ou a exclusão quanto a paternidade de duas meninas menores, gêmeas.

No julgamento do caso pelo STJ, discutiu-se a teoria do abuso de direito constitucional, porque os dois, tanto o investigante quanto o investigado, têm direitos fundamentais envolvidos no tema tratado. O investigante tem o direito de saber quem é seu pai e tem os direitos correlatos dessa paternidade, direito à sua identidade como ser humano, direito a respostas sobre determinadas indagações que podem mudar sua vida completamente - e o investigado tem o direito à sua intimidade.

E os sábios argumentos utilizados na decisão do STJ, para a condução coercitiva do pretenso pai, foram no sentido de que ele tem sim o direito à intangibilidade do seu corpo, tem direito a sua integridade, mas o que ele ganharia com isso? - Ou seja, a teoria do abuso de direito, que muito foi discutida no STJ, informa que ao exercer um direito de forma legítima, se o sujeito acaba não tendo proveito, não alcançando a finalidade do exercício do direito que lhe é assegurado e, ainda, causa danos a outrem, o seu exercício é abusivo, razão pela qual ele começa lícito e termina como ilícito.

E no julgamento do *Habeas Corpus* no STF também se discutiu o abuso de direito, contudo, diverso da posição do STJ, a maioria dos Ministros entendeu que não precisaria violentar a integridade física do investigado, porque haveria outra solução para atender ao interesse do filho, que seria a imputação de uma paternidade presumida.

E, assim, o entendimento que hoje prevalece é o de que o suposto pai tem o direito de negar-se a realizar o exame de DNA que busca a comprovação de sua paternidade, a considerar os princípios da legalidade, artigo 5º, II da CRFB¹⁷; da dignidade humana na figura da intangibilidade do corpo físico, artigo 1º, III da CRFB¹⁸; e o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, artigo 5º, LXIII da CRFB¹⁹.

É de fácil verificação que o STF buscou garantir ao filho um nome em seu registro de nascimento, uma vez que a recusa do pai somada à ausência de prova para contrapor aquelas constantes na inicial lhe imputará uma paternidade presumida. E esse entendimento tem amparo nos artigos 231 e 232 do Código Civil 2002²⁰. Contudo, com essa posição o STF garante ao filho o nome do pai, garante o direito de conhecer um pai registral, mas não lhe garante a certeza absoluta do pai biológico. Sob esse restritivo olhar não se faria necessária a

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 18.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1 jun. 2020.

submissão compulsória do investigado ao exame de DNA para se alcançar o almejado.

Esse entendimento foi seguido pelo STJ, consagrado na Súmula nº 301²¹, de 2004, que informa “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Em 2009, a Lei nº 12.004 alterou a Lei nº 8.560/1992, regulamentando a investigação de paternidade e seguindo o entendimento adotado pelo STF e pela súmula do STJ.

Ocorre que, dá a impressão de que os Ministros que votaram pela não condução coercitiva confundem dois direitos: direito de filiação e direito de conhecer a ascendência biológica. São dois direitos totalmente distintos, porque se o vínculo biológico fosse condição necessária para se atribuir vínculo de paternidade eu não teria a adoção, a posse de estado de filho, não teria diversas situações em que você prescinde do vínculo biológico para gerar um vínculo de filiação.

E os princípios invocados no *Habeas Corpus* para assegurar a não condução coercitiva deixam de observar algumas peculiaridades envolvendo o caso analisado.

No que toca o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, importante observar que trata de um princípio do direito penal aplicado no âmbito civil analogicamente, o que parece um contrassenso, já que o que se investiga é a paternidade. Em caso de resultado positivo, ao pai será atribuída a paternidade e não um crime.

Ponto importante a ser também analisado nesse princípio é que a recusa na realização do exame pode resultar numa paternidade presumida e, diversamente, com a realização do exame somente será imputará a paternidade caso provada, efetiva, de onde cabe concluir que a sua negativa é o que constitui uma prova contra si e não a realização do exame.

Argumento que igualmente não se sustenta diz respeito ao princípio da legalidade, que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Na decisão, o STF entendeu pela impossibilidade da condução coercitiva por ausência de uma lei no caso tratado e foi além, afirmando que ainda que existisse uma lei nesse sentido ela seria inconstitucional. Contudo, o voto do Ministro Relator, Francisco Rezek, como informado por Maria Celina Bodin²² derruba esse entendimento:

colhem-se, no voto do Ministro Rezek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do artigo 27 do ECA e o do artigo 378 do CPC. O primeiro estabelece que o conhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa significará restrição. O segundo

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2020.

²²MORAES, op. cit., p. 228.

estipula que todos têm o dever de colaborar com o poder judiciário para o estabelecimento da verdade.

E prossegue a referida autora²³:

cita, ainda, o Ministro Francisco Rezek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São eles os artigos 369 e 370, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro, a admitir não apenas meios legais, mas também meios “moralmente legítimos”, desde que hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação.

Quanto à intangibilidade do corpo físico, estabelecida como violadora da dignidade humana, caso o investigado fosse conduzido coercitivamente, revela que no entendimento do STF um minúsculo furo de agulha no braço do suposto pai para extração de apenas umas gotas de sangue, apto a comprovar uma paternidade com 99,9999% de certeza, ou a coleta de alguns fios de cabelo ou gotas de saliva, violaria a dignidade humana, mas negar a uma pessoa o conhecimento de sua identidade biológica e estabelecer, tão somente, uma paternidade presumida não violaria. Como salientado por Maria Celina Bodin de Moraes²⁴ “O sacrifício imposto ao pretense pai é, como notou em seu voto o Ministro Francisco Rezek, de considerar-se “risível”.

Nesse entendimento, o Ministro Ilmar Galvão²⁵, ressaltou que:

não se busca com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral(...). 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.

Tema que igualmente merece destaque é o dever de todos que participam do processo de comportar-se de acordo com a boa-fé e lealdade processual, conforme determina o artigo 5º do Código de Processo Civil²⁶. Nesse sentido informa Ada Pellegrini²⁷:

é reprovável que as partes se sirvam do processo faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos para que possam obter respostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõem esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., p.227.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVE, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo. Malheiros. 2010, p. 77.

Mister ressaltar, em que reste evidente, o julgamento do Supremo foi por maioria e não por unanimidade, o que evidencia a Complexidade do tema também em nosso Órgão de Cúpula, guardião da Constituição, pois embora esta decisão tenha sido no sentido de atender o pedido do impetrante, alguns votos foram brilhantes, inclusive, o do Ministro relator do caso, Francisco Rezek, no sentido de negar o pedido do suposto pai e garantir o direito das filhas de investigarem suas origens biológicas, o que, infelizmente, não prevaleceu.

Os votos vencidos são os que traduzem a verdadeira essência do que estava se discutindo ali, porque revelam que quando um filho quer investigar sua paternidade, ele não quer um pai apenas para lhe dar nome e sustentá-lo, ele quer saber algo que está para além da relação de filiação, ele quer saber de onde ele veio, e negá-lo esse direito, além de violar o princípio basilar do ordenamento jurídico, revela distanciamento das necessidades essenciais do ser humano, e uma premente necessidade de atenção face ao caminho que se está a trilhar enquanto humanidade.

3. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À IDENTIDADE DO INVESTIGANTE E O DIREITO À INTIMIDADE DO INVESTIGADO

Os direitos fundamentais são delineados como os princípios corporificados em um determinado sistema jurídico.

A colisão de princípios ocorre quando um princípio autoriza algo que o outro proíbe. Nenhum dos dois deve ser declarado inválido, pois os princípios podem coexistir.

Não se estuda os princípios como se fossem regras já que, havendo conflito de regras, uma será declarada inválida, o conflito se resolve no plano da validade. Os princípios, ao contrário, podem conviver e a colisão se resolve na dimensão do valor. Havendo confronto entre dois princípios, o de menor valor, no caso concreto, deve ceder, através da técnica da ponderação.

Contudo, antes da utilização da técnica da ponderação deve-se tentar a harmonização entre os princípios envolvidos, segundo informa Rodrigo Padilha²⁸:

quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto fundamental como sua finalidade precípua.

²⁸PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro:Método, 2018, p 375.

Não obtida a harmonização, adota-se a técnica da ponderação de valores, a ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificando-se o valor de cada direito fundamental diante do caso concreto.

Deve-se notar que, ainda que não exista hierarquia formal entre normas constitucionais, é possível identificar, na história constitucional de um país, os princípios ou valores que são mais caros à sociedade, estabelecendo-se com isso, uma hierarquia imaginária. Contudo, deve prevalecer aquele princípio que maior proteção conferir aos direitos fundamentais envolvidos, ou que menor restrição impuser aos direitos fundamentais. Essa conclusão é obtida após o percurso das duas fases que a técnica da ponderação de interesses deve percorrer que são: A verificação do peso genérico dos princípios envolvidos e a atribuição de peso específico de cada um deles no caso concreto.

O método de ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Diversamente, a ponderação incorpora uma inquebrantável proporção essencial, na medida em que suas repercussões devem se guiar para a elevação dos valores humanísticos superiores, latente à ordem constitucional. Esses valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que infere propósito a todos os demais princípios e regras que compõem o Ordenamento Jurídico Constitucional e infraconstitucional.

O conflito entre o direito à intimidade do suposto pai e o direito à identidade do pretense filho, direitos fundamentais, nas ações de investigação de paternidade, é evidente.

Não se questiona aqui o direito à intimidade, sendo esta, como bem ensina a professora e promotora de justiça, Carla Rodrigues Araújo Castro²⁹ “inerente ao ser humano, que desde os primórdios de nossa legislação luta pelo direito de ser deixado em paz e de não sofrer intromissão de terceiros indesejados”.

Trata-se de uma garantia constitucional que deve ser observada, sob pena de retrocesso. Entretanto, nenhum direito é absoluto. Nesse sentido, dentro de uma interpretação sistemática da própria constituição federal e na busca dos valores que ela consagra, contrário ao entendimento adotado pelos Tribunais, o artigo 227 da CRFB³⁰, estabelece que é dever do Estado, da Sociedade e da Família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à dignidade, à convivência familiar, dentre outros, além de colocá-

²⁹ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 58.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 20.

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse entendimento, o Estatuto da criança e do adolescente³¹ garante tutela integral à criança e identificar a verdadeira filiação é pressuposto para a observância das garantias constitucionais que lhe são asseguradas. Conforme informa Maria Celina Bodin de Moraes³²:

embora o direito à identidade pessoal pudesse, por si só, abranger tanto o direito ao nome - como normalmente se considera - quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo assim a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade, o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais em matéria, entendeu dever dispor, expressamente no artigo 27 do estatuto da criança e do adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

E também descreveu que³³:

a *ratio legis* está, evidentemente, na consideração de que a paternidade é um valor social eminente e, em consequência, o direito ao reconhecimento do estado de filiação surge, como um seu corolário, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, especificado, neste caso, no direito à identidade pessoal.

A considerar esta premissa, conceder ao investigado o direito de negar-se a realizar o exame, sem qualquer fundamento e, assim, negar ao filho o direito de ter certeza quando ao seu estado de filiação, é conceder ao investigado a disposição de um direito indisponível do investigante.

Na mesma linha, a convenção de 1989³⁴, patrocinada pela Organização das Nações Unidas, sobre os direitos da criança, em que o Brasil é parte, em seu artigo 8º dispõe que os Estados membros comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade. O vínculo biológico faz parte da identidade sendo uma dimensão desta.

Denota-se que não basta a existência de uma legislação, pois já a temos o suficiente capaz de conferir absoluta proteção ao ser humano quanto ao conhecimento de sua origem biológica, com a consequente observância da dignidade da pessoa humana. Todavia, não basta a legislação, conforme afirma Ingo Sarlet³⁵, “cabe ao Estado guiar as ações de preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, criando meios que permitam o pleno exercício e

³¹BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

³² MORAES Apud LEITE, op. cit., p. 219.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

³⁵SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 48.

fruição desse direito”. Esse princípio, em que pese ser facilmente compreendido, é de difícil definição, talvez por ser o mais permeado por sentimentos, como bem sintetizado pela Professora Flávia Bahia³⁶:

[...] Como unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade aos quais confere legitimidade. Apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano(...) Significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações (...) Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade.

A dignidade da pessoa humana constitui o fundamento de um Estado Democrático de direito. Mais do que um princípio, a dignidade da pessoa é um valor supremo, e suas raízes alcançam a ordem jurídica, social política e econômica. De igual modo, informa a Promotora de justiça Carla Rodrigues Araújo Castro³⁷, “a ordem infraconstitucional está sob seu manto, não podendo contrariá-la ou atenuá-la”.

Nesse mesmo sentido, Maria Christina de Almeida³⁸ observa que “A identidade da pessoa cumpre funções básicas, dentre as quais, pode-se destacar ser o elo de ligação entre ela e a sociedade, permitindo o seu reconhecimento individual e como cidadão”, sendo verdadeiro direito fundamental.

Nesse olhar, Rezek³⁹ informa que “é alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética”.

Os Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão descreveram, como bem sintetizado por Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁰ que “na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois direitos subjetivos em conflito, quais sejam: o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança”. E também descreveram que⁴¹:

a certeza científica do exame de DNA oferece importante elemento para construção da verdade que se compatibiliza com o direito ao conhecimento da origem e à identidade da criança e do adolescente. Assim, a verdade jurídica deixaria de ser

³⁶BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife: Amador, 2017, p. 117.

³⁷CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 53.

³⁸ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 20

⁴⁰SARLET, op. cit., p. 218.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 20.

fundada em presunções para se basear na verdade científica. Entendeu-se, também, que a recusa do investigado implicaria descumprimento do dever processual de colaboração com o Poder Judiciário, previsto no artigo 339 do Código de Processo Civil. Por fim, argumentou-se que o direito privado à intangibilidade do corpo não seria absoluto, pois cederia espaço ao direito à identidade da criança, caracterizado como nítido interesse público.

Haverá de chegar-se à conclusão inexorável de que é um direito fundamental de qualquer pessoa, o conhecimento da paternidade biológica, de ter definida e saber qual é a sua ascendência genética, pois tal privação implica, dentre outros aspectos, a negativa de sua história, a negativa do contexto de vida de seus antepassados, de sua cultura e de seus valores. Quando chegarmos a esse patamar de evolução humana, a recusa imotivada do investigado será considerada um crime contra toda a humanidade, pois violadora da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Em conformidade com a legislação vigente, a filiação oriunda ou não do matrimônio tem os mesmos direitos e deveres, vedada qualquer distinção ou discriminação, o que encontra-se em perfeita harmonia com o estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, que consagra a dignidade da pessoa humana como direito fundamental e princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Quando o reconhecimento de filiação não se realiza de forma espontânea, o meio para sua obtenção é a Ação de investigação de paternidade.

Em que pese a evolução científica no que se refere à descoberta do exame de DNA, os Tribunais Superiores entendem, diante da negativa do suposto pai em realizar o referido exame, por inadmitir uma condução coercitiva para sua realização e imputar uma paternidade tão somente presumida.

E em conformidade com esse entendimento foi editada a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça e Lei nº 12.004/09 que modificou a Lei nº 8.560/92, acrescentando a presunção de paternidade àquele que se recusar à coleta de material genético para a realização do exame de DNA, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Com a edição da Súmula e lei acima informadas os Tribunais tentaram pacificar um tema nada pacífico.

É possível um paralelo entre as ciências biomédicas e jurídicas, e cabe ao Poder Judiciário, enquanto não há uma norma que obrigue a realização do exame de DNA, encontrar

o equilíbrio daquelas para o bem da humanidade, não sendo razoável, diante de um exame apto a comprovar a paternidade com precisão de certeza científica, entregar ao filho apenas uma paternidade presumida. Até porque o desenvolvimento científico existe para que a humanidade utilize-o com responsabilidade, ética e justiça social e não é outro sentido o fim precípua do Direito.

O presente trabalho ocupou-se em demonstrar, em que pese as partes envolvidas no litígio, terem seus direitos assentados em direitos fundamentais expressos na CRFB, nenhum direito é absoluto, impondo-se ao julgador uma análise caso a caso para a verificação de qual direito fundamental apresenta maior efetividade. É salutar que o direito à intangibilidade do corpo físico para retirada de algumas gotas de sangue, ou o fornecimento de alguns fios de cabelo ou gotas de saliva para a realização do exame de DNA não se revelam, por óbvio, mais importantes do que o direito do pretense filho ao acesso à sua história genética que pode, inclusive, prevenir doenças pré-existentes.

Se almejou denotar a necessidade de um repensar o que é dignidade da pessoa humana, pois hoje, com toda a interpretação do texto constitucional e legislação esparsa, não há vida com dignidade na medida em que não é conferido ao cidadão, como um direito fundamental, o direito de saber de onde veio, reflexão que culmina, factivamente, na necessidade de uma presunção absoluta de paternidade, que somente será obtida pelo exame de DNA, para que se verifique o respeito a direitos basilares para a formação da personalidade e capazes de assegurar a dignidade humana e, assim, transformando direitos formais em efetivos.

Hoje, é possível sustentar que as relações de filiação são de interesse evidente e direto do Estado, protegendo valores de certeza, segurança e, conseqüente harmonia social. Contudo, tais valores somente serão alcançados se oportunizado ao investigante a certeza de sua origem genética.

Todos os textos legais, doutrinários, bem como julgados informados neste trabalho somente confirmam que faz parte da dignidade de qualquer pessoa conhecer uma das dimensões da sua identidade, que é a sua identidade genética, e isto tem que ser considerado como um direito fundamental, porque a essência do ser humano está na consideração da sua própria dignidade, tendo em vista que a ideia de humanidade perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Da perspectiva abordada, é evidente que o assunto não se esgota neste compacto estudo, pois requer uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade

clama como forma de minimização das injustiças e danos na estrutura basilar da formação do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Amador, 2017.

BORGES, Dayane. *Acido desoxirribonucleico. O que é? Definição, estrutura e funções*. Disponível em: <<https://conhecimentocientifico.r7.com/acido-desoxirribonucleico/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 jun. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 mai 2020.

_____. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Jurisprudencia/Sumulas>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 900521*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323622>>. Acesso em: 2 jun 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.373-4*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms>. Acesso em: 30 mai. 2020.

CÂMARA, Brunno. *Primeiro caso de identificação criminal através do DNA*. Disponível em: <<https://www.biomedicinapadrao.com.br/2013/01/primeirocasodeidentificacaocriminal.html>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVE, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

HOFFMANN, Edwiges. *Marcadores genéticos da dependência química*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/especial/drogas/drogas06.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de instrumento nº 2005.0020033360*. Relator: Ministro Vasquez Cruxên. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258457/agravo-de-instrumento-ai-20050020033360>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova de filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAYANA, Zatz. *Projeto genoma humano e ética*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010288392000000300009&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 28 mai. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/538/dna-e-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTONS, Jones. *Jornal da Universidade Federal do Paraná. Ancestralidade ajuda a justiça e a medicina*. Disponível em: <<http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2007/31-edicao-49/368-ancestralidade-ajuda-a-justica-e-a-medicina>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

TEIXEIRA, Elza Spanó; SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. *Medicina legal e genética aplicada à defesa penal*. São Paulo: LTr, 1998.