

# **IDENTIDADE GENÉTICA: UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL? Entre o reconhecimento e a efetivação<sup>1 2</sup>**

## **GENETIC IDENTITY: A NEW FUNDAMENTAL RIGHT? Between recognition and realization**

### **RESUMO**

O texto é resultado da investigação acerca do direito à identidade genética, especificamente no que diz respeito ao enquadramento deste enquanto direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Considera a possibilidade de serem reconhecidos outros direitos fundamentais não previstos no texto constitucional. Conclui pela insuficiência da ação de investigação de paternidade para o reconhecimento da identidade genética, e propõe a criação de uma ação própria, qual seja, a ação de investigação da origem biológica, capaz de satisfazer o direito personalíssimo do indivíduo ao conhecimento da sua origem biológica, dimensão individual da identidade pessoal. Sustenta a importância da verdade real para se atender eficazmente a pretensão do investigante, pelo que, entende que o exame de DNA seria, atualmente, a única prova capaz de atribuir, com elevado grau de precisão, a existência ou não de vínculo biológico entre investigante e investigado. Defende que sendo impossível a aplicação da presunção nesse tipo de demanda, é cabível condução coercitiva do investigado à realização do exame pericial, em caso de recusa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Identidade genética. Identidade pessoal

### **ABSTRACT**

The text is the result of research about the right to genetic identity, specifically with regard to this framework as a fundamental right under the principle of human dignity. Considers the possibility of other fundamental rights recognized in the Constitution not provided. Concludes that insufficient action of paternity for the recognition of genetic identity, and proposes the creation of a separate action, namely the action research of biological origin, capable of satisfying the personal right of the individual to the knowledge of their biological origin, individual dimension of personal identity. Supports the importance of real truth to effectively meet the pretense of investigating, therefore, believes that DNA testing would be currently the only test able to assign, with a high degree of accuracy whether or not a biological link between investigating and investigated. Argues that it is impossible to apply the presumption in such demand is appropriate coercive conduct of the investigation to the completion of the forensic examination, in case of refusal.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Genetic identity. Personal Identity.

---

<sup>1</sup> **Gláucia Nielle Santos Araújo.** Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia. Servidora pública efetiva do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Trabalha no Gabinete da 1ª Vara Cível e Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Santa Izabel do Pará - PA. Associada no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI.

<sup>2</sup> **Jéferson Antonio Fernandes Bacelar.** Doutorando em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela UNESA-RIO. Mestre em Direito do Estado pela UNAMA. Coordenador-geral do Curso de Direito da UNAMA. Diretor-geral da Escola Superior de Advocacia do Pará. Professor de Direito de graduação e de pós-graduação.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos seguem o ciclo mutacional da civilização, na medida em que têm como destinatários pessoas de uma época e de um lugar. Novas pretensões vão surgindo e precisam ser ajustadas a cada período histórico, pelo que, projetos de existência outrora inimagináveis ganham relevo e relevância, desafiando a sociedade e o Estado a assumirem posições de aceitação, proteção, garantia e promoção

A canção de Belchior, eternizada na voz de Elis Regina, já profetizava que “o novo... o novo sempre vem”!

Novos direitos se manifestam, quase sempre, para além do controle ou da iniciativa estatal, nascendo como resultado das relações vivenciadas na sociedade/comunidade. São inicialmente negados, e o processo de positivação sempre foi e ainda é um *a posteriori*. E mais, se direitos já reconhecidos há várias décadas ainda estão carentes de plena efetivação (se é que tal ideal não seja uma utopia), para os novos o desafio é maior ainda.

O objetivo do texto é discutir se a busca da identidade genética pode ser considerada um direito fundamental personalíssimo, desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, se fará um estudo acerca dos direitos fundamentais, passo necessário tendo em vista que o direito que se pretende ver reconhecido não possui, expressamente, previsão constitucional ou infraconstitucional.

Ao longo do texto buscar-se-á comprovar a necessidade e a pertinência de se reconhecer o direito fundamental à identidade genética, bem como a propor-se-á meio adequado para garantir sua efetividade. Assim, com base nos argumentos geralmente apresentados pelos investigados em ações de reconhecimento de paternidade, serão oferecidos contra-argumentos que podem proporcionar, para além das polêmicas inerentes à ideia defendida, justificção para a condução coercitiva do demandado para a feitura do exame pericial, em ação própria para investigação da origem biológica.

Não se pretende superar as polêmicas. É o novo! Riscos há. Como cantava Ivan Lins “No novo tempo, apesar dos perigos. Da força mais bruta, da noite que assusta, estamos na luta. Pra sobreviver... Pra que nossa esperança seja mais que a vingança Seja sempre um caminho que se deixa de herança”.

## 2. NOVOS DIREITOS PARA NOVOS SUJEITOS E NOVAS DEMANDAS SOCIAIS

Novos direitos trazem em seu bojo formas inovadoras de pensar a existência, as relações sócio-jurídicas e o próprio conceito do justo. Como assevera Wolkmer (2008, p. 202) exige-se uma “nova” justiça, para atender as demandas dos “novos sujeitos sociais”.

É emblemático o pensamento de Bobbio (2004, p. 25) ao defender a historicidade dos direitos do homem, destacando que são “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. E, chegado o momento do nascimento de um novo direito, sendo possível a sua aplicação em virtude do avanço tecnológico, este deve ser implementado pelo Estado, afim de que se confira ao indivíduo mecanismos eficazes, capazes de proporcionar uma existência completa, mais próxima possível do vive digno.

Na mesma senda Dussel (2010, p. 230) explica que direitos vigentes são aqueles aceitos pela coletividade na medida em que fundados em consenso político e social, gozando de legalidade e legitimidade, bem como protegidos pela coação estatal. Abrangeriam tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais, bem como todo o ordenamento jurídico que substanciaria a atuação dos magistrados vinculados ao Judiciário. Por sua vez, os novos direitos seriam aqueles ignorados pelo direito vigente, e, portanto, negados e rejeitados pelo sistema das leis e pelo sistema de justiça. Destarte, quando se deflagra o processo de reconhecimento dos novos direitos estaria em curso uma crise de legitimidade. Para o mesmo filósofo é a consciência de necessidades não satisfeitas pelo direito vigente que produz a crise do sistema. A seguir surge uma luta social que pode demandar considerável tempo até que o “[...] nuevo derecho, en un primer momento ilegal e *ilegítimo* para el derecho vigente presente, hasta que llegue a *ser legal y legítimo* en el momento de un derecho vigente *futuro*”. (DUSSEL, 2010, p. 232).

Novamente Bobbio (2004, p. 83), sob a perspectiva sociológica, acrescenta que a multiplicação ou proliferação de direitos, ou seja, “novos direitos” em um novo ciclo, ocorre por três razões: o aumento da quantidade de bens que passam a ser considerados merecedores de proteção e reconhecimento; a ampliação da titularidade de direitos típicos a “sujeitos diversos de direitos”; e a nova significância dada ao ser humano, não mais um ser abstrato (ente genérico), mas sim como um ser concreto, específico, ampliando seu “status” individual.

Novos bens, novos sujeitos, novos *status* exigem, e continuarão exigindo, novos direitos. E se a legitimidade e legalidade dos mesmos é indispensável, da mesma forma sua fundamentação, justificação e efetivação.

## 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVOS DIREITOS

As declarações de direitos tiveram, durante muito tempo, apenas um sentido jurídico-político, limitando-se a estabelecer garantias de ação ao indivíduo/cidadão, contra o Estado. Segundo Reale (1995, p. 266), no decorrer do século XX, as declarações passaram a ter um caráter mais social e econômico, representando, na verdade, continuação de um processo histórico iniciado em épocas anteriores. Desse processo, afirma Reale, resultou o reconhecimento não apenas do direito de livre pensamento ou direito de reunião, mas destacaram-se, especialmente, os direitos fundamentais da pessoa humana, tais como os inerentes à tutela da intimidade e dos meios indispensáveis à realização dos valores da liberdade e de uma existência condigna.

Seguindo esta tendência, das declarações de direitos de caráter mais social, a Constituição Federal de 1988 elencou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e dedicou um título específico para tratar dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, seguindo a tendência de outras Constituições estrangeiras, não exclui a possibilidade da existência de direitos não previstos expressamente, pois no art. 5º, §2º admite o surgimento ou reconhecimento de outros direitos fundamentais decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição Federal

Miranda (2000, p. 162), ao tratar da abertura a novos direitos fundamentais, lembra da existência de um sentido material de direitos fundamentais, que abrangeriam não apenas as normas enunciadas pela Constituição, mas também os “direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”. Explica que se trata de enumeração aberta, pois “[...] sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento”.

É partindo dessa possibilidade, do reconhecimento de direitos não previstos expressamente no texto constitucional ou outra legislação infraconstitucional, que se pretende identificar o direito à identidade genética como direito fundamental inerente ao ser humano e, portanto, merecedor da proteção do Estado, a fim de que se possa adotar meios eficazes capazes de efetivá-lo. Seria, portanto, primeiro um direito humano, mas também um direito fundamental.

Na mesma direção inaugurada por Miranda, Pereira (2006, p. 75-ss) entende que ao se falar em direito fundamental aborda-se categoria jurídica complexa, podendo esta ser analisada a partir de múltiplos enfoques. Pode-se decompor a ideia de direito fundamental em sentido material e em sentido formal, dependendo do prisma analítico, que pode ser jurídico ou somente relativo à ética dos direitos. Aduz a autora que do ponto de vista formal, “[...] os direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais”. Já sob o ponto de vista material, são aqueles cujo reconhecimento pelo ordenamento jurídico traduz-se em algo imperativo, imprescindível para validade e legitimidade de uma Constituição, em razão da sua relevância.

Nesse sentido, a mesma autora afirma que:

[...] a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para a implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante, pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo (PEREIRA, 2006, p. 76-77).

Tal princípio, o da dignidade da pessoa humana, é basilar no ordenamento jurídico, elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na Constituição Federal de 1988, art.1º, inciso III.

Sobre dignidade da pessoa humana, Sarlet (2004, p. 84) afirma que:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Assim, pode-se dizer que as descobertas científicas relativas ao DNA<sup>3</sup> geraram a possibilidade de se reconhecer um novo direito humano fundamental: o de se conhecer a identidade genética, a origem genética e a histórica de cada um dos seres humanos, viabilizando verdadeiramente o exercício desse direito por meio de técnicas científicas na área da engenharia genética.

---

<sup>3</sup> No outono de 1951, em Cambridge, Inglaterra, James Watson e Francis Crick decidiram associar-se no trabalho de decifrar a estrutura do ácido desoxirribonucleico, abreviadamente ADN, em português, ou DNA, em inglês, já que em anos precedentes tinha sido demonstrado que o ADN, isto é, o ácido encontrado na parte central das células, carregava as mensagens químicas da hereditariedade, de uma geração para outra. O trabalho de Watson e Crick logrou êxito e, na sequência, o gene, que contém DNA, tornou-se a unidade fundamental da hereditariedade. Iniciou-se em 1906 com William Bateson, inventor do termo "genética", seguido por Watson e Crick em 1953, que decifraram o "código genético" do DNA, ou seja, o segredo contido nos genes. Em 1985, Alec Jeffreys reconheceu, em suas experiências com sondas moleculares radioativas, as variações do DNA e, por elas, afirmou ser possível determinar a individualidade genética do ser humano. SÉVE, Lucien. Para uma crítica da razão bioética. Lisboa: Instituto Piaget, 1997 apud ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

## 2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA

A Carta Política de 1988 elencou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e dedicou um título específico para tratar dos direitos e garantias fundamentais. E longe de apresentar rol exaustivo de direitos, incluiu a possibilidade do reconhecimento de novos direitos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, portanto, para além dos previstos expressamente, conforme o art. 5º, §2º do Texto Magno.

É partindo dessa possibilidade, do reconhecimento de direitos não previstos no texto constitucional (ou em legislação infraconstitucional), que se pretende identificar o direito à identidade genética como direito fundamental inerente ao ser humano e, portanto, merecedor da proteção do Estado, a fim de que se possa adotar meios eficazes e capazes de efetivá-lo.

No que diz respeito à identificação de direitos fora do catálogo, ou seja, direitos cuja a existência ainda não tenha sido validamente reconhecida, Alexy (1999, p. 58- 62), no estudo Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático, aponta caracteres (marcas) necessários para que um direito seja inscrito entre os direitos do homem, devendo as mesmas estar combinadas. Assim, devem ser: direito universais, direitos morais, direitos preferenciais, direitos fundamentais e direitos abstratos.

Quanto ao direito material à identidade genética estariam tais “marca” presentes? Acredita-se que sim! A primeira característica está presente no direito material à identidade genética, uma vez que a existência de uma origem biológica é fato ínsito a todo ser humano, pois este é necessariamente fruto do encontro bem sucedido entre as células masculinas e femininas, que a partir da fecundação tornam-se um embrião, contendo a junção do material genético paterno e materno, dando origem a uma nova célula, com a totalidade das informações genéticas, portanto, um novo ser.

As demais também se fazem presentes no direito que se pretende ver reconhecido em sua plenitude formal e material. Uma porque inerente a todo ser humano a sua origem genética, outra porque direito decorrente do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pois revelando-se a identidade genética do indivíduo estar-se-á possibilitando que este conheça sua história, alcançando com plenitude o ideal de uma existência digna.

Há alguns anos a efetivação desse direito era impossível, todavia, após a decifração da estrutura do ácido desoxirribonucleico, unidade fundamental da hereditariedade, tornou-se possível a descoberta da identidade genética de cada indivíduo, e se afirmou praticável

determinar a individualidade genética do ser humano. Segundo Almeida (2003, p.26), a precisão científica trazida pela descoberta do código genético passou a comandar a identidade biológica.

Permitiu-se, destarte, lançar mão de uma descoberta científica aliada ao Direito a fim de auxiliar o indivíduo a gozar com plenitude a sua existência, conhecer as suas origens e maximizar a eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, cabe mencionar Baracho para quem “[...] a identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é expressão da dignidade do ser humano”. Por sua vez Petterle (2007. p. 25-26) afirma que o termo identidade genética está:

[...] focalizado no indivíduo; na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, individualmente considerado. Sob este prisma, significa dizer que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto as diferenças de cada um.

Portanto, pelas transcrições acima, verifica-se que há distinção entre identidade pessoal e identidade genética, pois a primeira não se resume a esta última. Identidade pessoal é noção mais abrangente, possuindo dois componentes, um referencial biológico, representado pelo código genético do indivíduo, e um referencial social, cuja construção se dá ao longo da vida, nas relações com os outros. Dessa forma, pode-se dizer que a identidade genética integra a noção de identidade pessoal (PETTERLE, 2007. p. 25-26).

De acordo com entendimento de Sparenberguer (2010, p. p.54-56) “O direito à identidade genética deve permitir ao indivíduo o direito de saber sua história, assegurar a certeza da origem genética [...]”, não necessariamente implicando no reconhecimento de outros direitos. A autora afirma, ainda, que: “[...] não pode ser renunciado por quem não seja seu titular, muito menos ser objeto de obstaculização pelo Estado que deve oferecer mecanismos necessários para a sua concretização normativa”.

No sentido de reconhecer a importância da busca da identidade genética, o Supremo Tribunal Federal recentemente aplicou a técnica da ponderação para, em 02 de junho do ano de 2011, no RE 363.889 (BRASIL, 2011), afastando a alegação de segurança jurídica, reconhecer e fazer valer o direito fundamental que toda pessoa tem de conhecer a sua origem, entendendo ser aplicável o princípio da busca da identidade genética, especialmente, se à época da decisão que julgou ação de investigação de paternidade desfavoravelmente ao investigante, não havia a possibilidade de fazer o exame de DNA, prova que fornece certeza quase absoluta quanto ao vínculo biológico. Dessa forma, no recurso extraordinário acima

mencionado, por maioria de votos, a Suprema Corte concedeu ao recorrente o direito de voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA.

Portanto, o direito à investigação da identidade genética traduz-se verdadeiramente no exercício pleno do direito da personalidade do indivíduo, sendo assim, o exercício desse direito não pode, e não deve, ser dificultado pelo Estado.

Assim, ao se considerar a busca da identidade biológica desatrelada da paternidade, do vínculo parental e de quaisquer direitos dele decorrentes, vislumbra-se a necessidade de um procedimento próprio, cujos mecanismos possibilitem o exercício do direito à busca da identidade biológica, enquanto direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido a qualquer tempo, aqui se aplicando, analogicamente, o previsto no art. 27 da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe ser o direito à filiação um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Partindo-se da identificação dessa necessidade é que se cobra, como alternativa à viabilização desse direito, o que aqui se ousa chamar de Ação de Investigação da Origem Biológica, onde o único objetivo seria desvendar a origem genética do investigante, para assim, averiguar a existência, ou não, de vínculo biológico entre investigante e investigado, podendo, desta forma satisfazer direito personalíssimo do demandante.

O Direito, enquanto ciência eminentemente social, não pode estagnar-se e ignorar a evolução comportamental e tecnológica em curso, relegando a segundo plano os conflitos legais e sociais que existem, sob pena destes permanecerem insolúveis, afligindo a sociedade. O Estado e o Direito devem acompanhar a evolução social, científica e tecnológica, a fim de que uma atuação anacrônica não venha a eternizar injustiças, deixando insolúveis conflitos que poderiam ser resolvidos sem gerar prejuízos juridicamente relevantes a qualquer cidadão, sujeito de direitos.

### **3 A BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA**

Partindo-se da premissa de que a identidade pessoal do ser humano possui duas dimensões, negar-lhe qualquer delas seria negar ao indivíduo sua própria identidade, ou, pelo menos, seria negar-lhe o pleno gozo da mesma, porquanto essas duas dimensões, a dimensão individual e a dimensão relativa, se complementam.

Destarte, tendo em vista que a identidade genética integra o conceito de identidade pessoal e, sendo assim, representa a dimensão individual desta, e, considerando-se a

existência de uma pessoa que não conhece sua origem biológica (em geral a paterna), imperioso concluir que o único meio de suprir tal lacuna seria por intermédio do exame técnico, sendo o DNA o mais eficaz na atualidade.

Todavia, em que pese se reconhecer a importância da busca da identidade genética, esta esbarra em alguns empecilhos como, por exemplo, a recusa do investigado/demandado a fornecer o material necessário à realização do exame que poderá comprovar a origem biológica do investigante/demandante.

Por este motivo, faz-se necessária a utilização de mecanismos capazes de garantir ao investigante a efetivação do seu direito fundamental ao conhecimento da sua identidade genética, da sua origem biológica.

### 3.1 SUBMISSÃO COERCITIVA AO EXAME DE DNA: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao se considerar a identidade genética parte integrante da identidade pessoal do indivíduo, a busca do conhecimento da origem biológica traduz-se na expressão dos direitos da personalidade do investigante. Conhecer a sua ascendência genética é direito fundamental, considerado bem jurídico constitucional, embora não previsto de forma explícita na Constituição ou qualquer outra lei infraconstitucional.

Neste sentido, Bobbio (2004, p. 38), afirma que: “[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Por este motivo é que se defende a fundamentalidade do conhecimento da identidade genética do indivíduo. Nesse passo, ao se considerar um direito como fundamental à existência digna de outro ser, é plausível que, em algum momento, havendo conflito com outros, aplicando-se a técnica da ponderação, se possa realizar uns direitos em detrimento de outros, até porque os direitos fundamentais não são absolutos.

Contudo, alerta Miranda (2000, p. 167) que esta absolutização negativa alcança tanto os “velhos” como os “novos” direitos, portanto:

“[...] cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade (aliás, mais valorativa do que lógica) do sistema. A abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo”.

No caso em análise, de um lado há o investigador em busca do conhecimento da sua identidade biológica e de outro o investigado, em geral alheio aos interesses do investigador e com a possibilidade de recusar-se a fornecer material genético para a feitura do exame de DNA.

Via de regra, em demandas investigatórias de paternidade, o que não é o objeto desta empreitada acadêmica (apenas cita-se para efeito de estudo análogo), o investigado quando não se dispõe voluntariamente a realizar o exame pericial, alega, em suma, que a sua obrigatoriedade em se submeter à realização do exame de DNA acarretaria constrangimento ilegal, além de ofender outros princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (verdadeiro paradoxo).

Desse modo, após o ajuizamento da ação de investigação de paternidade, negando-se o investigado a fornecer voluntariamente o material para a realização do exame de DNA, só restariam duas alternativas: a primeira seria condução “sob vara” do investigado à realização do exame; a segunda seria a aplicação da presunção *juris tantum* e atribuição da paternidade presumida, desde que houvesse, nos autos, indícios suficientes de paternidade.

No Habeas Corpus nº71373-4 impetrado pelo investigado/demandado contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual manteve a sentença proferida pelo juízo singular nos autos da ação de investigação de paternidade, em que foi determinada a condução “debaixo de vara” do investigado à feitura do exame de DNA caso este não comparecesse espontaneamente (BRASIL, 1996), o Supremo Tribunal Federal acatou a justificativa do impetrante, tendo deferido o pedido de Habeas Corpus.

A decisão atacada foi reformada pela Suprema Corte, pois o entendimento dominante foi de que a obrigatoriedade do investigado a submeter-se à realização do exame de DNA representa ofensa ao princípio da inviolabilidade da intimidade, da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade. Por ser oportuno, segue ementa do acórdão proferido pelo pleno do STF, o qual alterou a decisão proferida pela autoridade coatora no Habeas Corpus supramencionado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e

a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL, 1996).

Assim, vê-se que os argumentos invocados pelo investigado em demandas investigatórias de paternidade, em regra, eram/são acatados pelos tribunais superiores.

Sabe-se que a recusa do investigado, havendo indícios suficientes, acarreta a presunção de paternidade, de acordo com o que dispõe o enunciado da Súmula 301 (BRASIL, STJ) do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, considerando que no caso analisado não se vislumbra a desconstituição da paternidade já estabelecida por qualquer forma, tampouco objetiva reconhecer relação de parentesco entre investigador e investigado com consequentes reflexos patrimoniais, acredita-se ser o entendimento mais acertado a relativização dos direitos invocados pelo investigado para legitimar a sua recusa, vez que boa parte deles também assiste ao investigador, e, aplicada a técnica da ponderação e o princípio da igualdade, dever-se-ia assegurar ao investigador o conhecimento da verdade real acerca da sua origem biológica, se esta é a sua vontade, ante a insuficiência da atribuição da paternidade por presunção.

De outra banda, considerando que em uma demanda de investigação da origem biológica o investigador buscaria, necessariamente, a verdade real, a sua origem biológica, não seria possível a aplicação de qualquer instituto jurídico que não lhe proporcionasse o conhecimento desta verdade qualificada, pelo que o sistema jurídico-estatal seria impelido a adotar mecanismos mais eficazes, capazes de atender plenamente ao interesse do investigador.

É certo que, em qualquer processo, seja qual for a sua natureza, busca-se a verdade. Todavia, frise-se, por oportuno, que, com base na ideia sustentada por Fonteles nos autos do Habeas Corpus nº71373-4, quando o conflito se põe entre a sociedade e o indivíduo, para privá-lo ou preservar a liberdade, visão típica do processo penal, ninguém pode ser impelido a autoincriminar-se. No entanto, se o conflito se põe entre investigador e investigado, a que se estabeleça, ou não, o vínculo biológico, perspectiva típica do processo civil, ninguém pode furtar-se à colaboração na definição deste vínculo, entendimento este em conformidade com o já mencionado art.339, do Código de Processo Civil.

Desse modo, não se deve caracterizar como constrangimento ilegal a obrigatoriedade de submissão do investigado ao exame de DNA, somente porque a lei, expressa e especificamente, não o obriga a submeter-se ao exame pericial, se há outros dispositivos que autorizam a condução coativa no caso de não submissão voluntária ao exame pericial, como forma de colaborar com a justiça.

Ademais, pode o magistrado determinar a produção das provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, a fim de formar motivadamente, e com acerto, o seu convencimento, amparado pelo disposto no art.130<sup>4</sup> complementado pelo art.332<sup>5</sup>, ambos do Código de Processo Civil

Dessarte, é clara a relação entre a prova pretendida - realização do exame pericial - e o objeto da ação, qual seja, investigação da origem genética do demandante/investigante. Nessa medida, vale destacar, em relação ao direito à intangibilidade do corpo humano, que este não é absoluto, tampouco ilimitado. Há casos em que este direito pode, e deve, ceder espaço a um interesse preponderante, como por exemplo, a vacinação, em nome da saúde pública.<sup>6</sup>

Tanto assim o é, que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Rezek, no Habeas Corpus nº 71373-4 RS (BRASIL, STF, 1996), ao proferir seu voto, sustentou a necessidade de o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege interesse particular, ceder lugar ao direito à identidade genética, que salvaguarda, em análise mais ampla, um interesse também público. Ainda mais, invocar referido princípio para eximir-se da obrigatoriedade da realização do exame de DNA é, no mínimo, uma afronta à pretensão do investigante, uma vez que o “sacrifício” imposto à integridade física do investigado é mínimo, se confrontado com o interesse do investigante, bem como com a certeza que o exame pode proporcionar à decisão do magistrado (BRASIL, STF, 1996).

Neste sentido também é o voto proferido pelo ministro Galvão, do qual se extrai um pequeno trecho:

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 (BRASIL, STF, 1996).

Ultrapassado mais um argumento utilizado pelo investigado para legitimar a sua recusa em se submeter à feitura do exame de DNA, passa-se a outro, qual seja, o da inviolabilidade da intimidade, que aqui se coloca também como um direito fundamental não absoluto, passível, portanto, de ser relativizado se colidente com outro direito também fundamental.

---

<sup>4</sup> Cf. Código de Processo Civil. Art.130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>5</sup> Cf. Código de Processo Civil. Art.332.Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

<sup>6</sup> Cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 71373-4 RS.

Dessa forma, verifica-se que todos os direitos que podem ser invocados pelo investigado para eximir-se da realização e da condução coativa à feitura do exame de DNA podem ser relativizados, se, no caso concreto, for aplicada a técnica da ponderação, adotando-se interpretação sistemática e unitária da constituição, com adequação dos bens e valores constitucionais, conduzindo-se a concordância prática com outro direito ou bens jurídicos colidentes (SAMPAIO, 2002, p. 726-728).

Neste caso, a aplicação da ponderação implica ir somente até onde for estritamente necessário para produzir a concordância dos bens jurídicos colidentes.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado observando-se três subprincípios dele decorrentes, o da adequação ou idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito (MIRANDA, 2000, p. 207).

A adequação objetiva averiguar se o meio escolhido guarda pertinência com o fim pretendido, mostrando-se apto a realizá-lo. No caso da busca da origem biológica, a coleta de material afigura-se como meio necessário à realização do exame, e, conseqüentemente, a constatação, ou não, do vínculo biológico entre investigador e investigado.

No que atine ao subprincípio da necessidade, este se traduz, na verdade, na exigência de que o Estado opte pelo meio menos gravoso, no caso de existirem outros meios igualmente aptos à finalidade pretendida. Ocorre que em eventual ação de investigação da origem biológica, o único meio capaz de aferir a existência de vínculo biológico entre investigador e investigado é a realização do exame pericial – DNA.

Ademais, com os avanços tecnológicos a feitura do referido exame não representa sacrifício significativo ao investigado, de modo que não seria razoável obstar o exercício de direito personalíssimo tão caro ao investigador, se o ônus imposto ao bem jurídico colidente não representa ônus significativo ao investigado, senão à sua própria recusa egoística.

Com relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, este visa averiguar se o grau de restrição de um princípio é proporcional ao grau de realização do princípio oposto (MIRANDA, 2000, p. 207).

Ora, é evidente por tudo já exposto, que no caso de condução coercitiva do investigado à feitura do à realização do exame de DNA, os direitos fundamentais deste seriam restringidos em proporção infinitamente inferior se comparados ao direito fundamental do investigador ao conhecimento da sua identidade genética, desdobramento lógico da dignidade da pessoa humana, pois segundo Jorge Miranda, esta explica a garantia da identidade genética do ser humano (MIRANDA, 2000, 185-186).

Assim, cabe ao Estado viabilizar a efetivação do direito do indivíduo ao conhecimento da sua identidade genética. Não se concebendo que, embora exista meio idôneo capaz de comprovar com elevado grau de certeza a origem biológica do indivíduo, a realização do direito à identidade genética esbarre em argumentos tão frágeis, conforme já demonstrado em parágrafos anteriores.

No caso como o ora estudado, que pretende unicamente o conhecimento da existência, ou não, de vínculo genético entre investigante e investigado, sem atribuição de parentesco ou quaisquer reflexos patrimoniais, a aplicação da presunção, sistemática adotada nos casos de investigação de paternidade, obstaculizaria em absoluto o exercício de um direito fundamental - direito fundamental à identidade genética - relativo à personalidade do indivíduo.

Ao se considerar que o direito à identidade genética decorre do direito à dignidade da pessoa humana - previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>7</sup> - inerente a todo ser humano, é justificável, portanto, e plenamente aceitável, que uma pessoa queira conhecer a sua origem biológica, a sua identidade genética, resgatando a dimensão individual da sua identidade pessoal, para que assim possa alcançar a quietude pessoal, e como corolário, uma existência minimamente digna.

#### **4. CONCLUSÃO**

O Direito, nas suas múltiplas expressões, não é estático e tampouco possui regras absolutas ou imutáveis.

Direitos que outrora não tinham visibilidade, ou sequer tinham sido imaginados em épocas pretéritas, atualmente ganharam importância tendo em vista os novos arranjos sociais, novas tecnologias e necessidades. Nesse sentido é que se destacou o direito fundamental à identidade genética como um direito novo, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental à identidade genética, em seus espectros formal e material, não pode ser negado, uma porque inerente a todo ser humano, outra porque direito decorrente do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pois revelando-se a identidade genética

---

<sup>7</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 1º, inciso III. Saraiva, 2012.

do indivíduo estar-se-á possibilitando que este conheça sua história, alcançando com plenitude o ideal de uma existência digna.

Foi utilizada como parâmetro para a busca da identidade genética, a busca pelo status filial por meio da ação de investigação de paternidade, através da qual, aliás, o direito analisado ganhou visibilidade. Concluiu-se pela inadequação deste instrumento ou instituto para a busca da identidade genética desatrelada da atribuição do vínculo parental. Em virtude desta constatação foi sugerida uma ação específica para satisfazer a pretensão do investigante, qual seja, ação de investigação da origem biológica.

A partir disso, verificou-se a necessidade da garantia de uma prova segura, capaz de atribuir ou negar a existência do vínculo biológico com elevadíssimo grau de certeza, garantido, dessa forma, a satisfação da pretensão do investigante. Por fim, o exame de DNA foi indicado como prova pericial fundamental para desvendar a origem biológica do indivíduo, sendo a única atualmente capaz de atribuir ligação genética entre investigante e investigado de forma segura, possibilitando ao investigante o conhecimento da verdade real.

Por este motivo foi defendida a obrigatoriedade da produção dessa prova, ainda que contra a vontade do investigado. Este deveria ser compelido a fornecer o material para a feitura do exame tendo em vista que a alegada lesão aos seus direitos seria demasiadamente frágil e não justificaria a obstaculização da realização de outro direito também fundamental, qual seja, o direito do investigante ao conhecimento da sua origem genética, biológica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: **Revista de direito administrativo**. v. 217. Jul/set. 1999. p. 55-66.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Saraiva: São Paulo, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em 10 ago.2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal Processual civil e constitucional. Recurso Extraordinário. Investigação de paternidade. **Recurso extraordinário nº 363.889**. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffli. Brasília, DF, 02.06.2011. DJE de 16.12.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal **Habeas Corpus nº 71373-4 RS. Investigação de paternidade**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek. Data de julgamento: 09/11/1994. Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs-stf>>. Acesso em 10 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/25926324/djpa-08-04-2011-pg-262>>. Acesso em 10 ago.2012

LENZA, Pedro. **Princípio da busca da identidade genética: desdobramentos processuais – “relativização da coisa julgada” – novo posicionamento do STF**. Disponível em:<<http://cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=8351>>. Acesso em 26 mai 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. rev. e atual Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. In: **A estrutura dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. TIESEN, Adriane Beresi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. In: **Revista direitos fundamentais e democracia**. nº07, v.07, 2010, p. 33-65.