

"O DIREITO À FILIAÇÃO INTEGRAL À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA"

Maria Christina de Almeida

1. Introdução.
2. A ética como eixo temático.
3. A filiação integral como direito fundamental.
4. O refrear da revelação da ascendência genética.
5. Considerações finais.

1. Introdução

No conto *O espelho*, de Machado de Assis, os personagens refletiam sobre a natureza da alma humana quando um deles, de nome Jacobina, justifica a todos tal natureza com a seguinte tese: "Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro; as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira".

Esta reflexão do personagem Jacobina é o tom dado ao tema desta conferência: a ontologia do ser humano é constituída, fundamentalmente, por fatores genéticos transmitidos ao novo ser quando da concepção, contribuindo para a formação da sua identidade pessoal - seja em sua dimensão absoluta ou individual, na qual cada ser humano tem uma identidade definida por si próprio, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível, o que o torna uma realidade singular, dotado de individualidade que o distingue dos demais, seja na sua dimensão relativa ou relacional, reveladora de que todo ser humano tem sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num direito à historicidade pessoal.

A revelação da progenitura - tanto paterna quanto materna - é dado que identifica o ser humano, seja em um nível de percepção individual ou particular (eu comigo mesmo), seja em um nível coletivo ou social (eu com os outros), integrando a sua existência e compondo a natureza de sua alma, identificando-se nos progenitores - segundo a idéia do personagem Jacobina - a alma exterior da pessoa humana.

A perda ou a não descoberta da progenitura, por ser este dado fundante da individualidade humana, pode acarretar - nas palavras de Jacobina - a perda da existência inteira, resultando na (de)formação ou má formação do ser humano que se veja impedido, por fatores de ordem jurídica na ótica desta conferência, de conhecer sua historicidade pessoal e ver-se inserido em uma ancestralidade.

Diante deste refrear na busca da filiação integral ou da bi-parentalidade genética, impõe-se um novo propósito: a necessidade de uma nova dimensão para o direito ao conhecimento da origem biológica - e aqui recorta-se o pensamento para focar a atenção na figura paterna - capaz de fazer-se suficientemente expressivo e fundamental a ponto de conduzir a um repensar do sistema jurídico vigente, extirpando deste, todo e qualquer óbice que possa significar um refreamento ao conhecimento da progenitura biológica paterna.

Este novo sentido que se quer dar à revelação da ascendência genética perpassa, necessariamente, por uma reflexão em torno da ética - como teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade - e da análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no campo da dogmática atual - em destaque o novo Código Civil, tendo, necessariamente, como vetor para esta nova concepção a tutela da dignidade da pessoa humana.

2. A Ética como eixo temático

Sendo a ética um dos eixos temáticos do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família promovido pelo IBDFAM, opta-se por fundar as reflexões ora expostas neste eixo, concebendo-a, nas palavras de Luciano Zajdsznajder, como o conjunto de normas codificadas ou não sobre como devem se conduzir as pessoas e as instituições nas diversas situações que se apresentam

na vida, servindo para distinguir o que é um bom ou um mau comportamento e estabelecendo de algum modo o que seria um comportamento correto ou ideal.

Com respaldo neste eixo, propõe-se uma nova ética - aqui no sentido de um repensar do corpo codificado de normas relativas ao direito ao conhecimento da progenitura paterna - importando em rever os comportamentos humanos nas relações concretas em que o direito à filiação ou o direito ao conhecimento da origem genética seja objeto de análise, invalidando perante o sistema o comportamento antiético, ou seja, aquele comportamento obstruidor à revelação da ascendência biológica.

Nas palavras de Adolfo Sanchez Vázquez, "a ética se defronta com fatos. Que estes sejam humanos implica, por sua vez, em que sejam fatos de valor. A ética estuda uma forma de comportamento humano que os homens julgam valioso e, além disto, obrigatório e inescapável". É deste comportamento, de fatos dotados de carga axiológica perante o sistema jurídico e perante a própria vida que se está a refletir e propondo-se um repensar.

3. A filiação integral como direito fundamental

O conhecimento da progenitura paterna foi, modernamente, concebido como direito subjetivo privado do ser humano, tendo sido caracterizado por uma história legislativa de avanços e conquistas na órbita infraconstitucional do sistema jurídico brasileiro.

A gradual proteção ao direito à paternidade dos filhos engendrados fora da relação de casamento - posto que nesta a paternidade é determinada pela presunção pater is est - armazena em suas etapas uma relação dependente entre a sociedade, moldada por uma escala de valores mutável de tempos em tempos, e a elaboração de leis destinadas a regular o comportamento sexual do ser humano dentro do seu contexto social.

Os marcos legislativos consubstanciam-se na legislação codificada de 1916 e seu tormentoso artigo 358, atravessando os microssistemas editados, até chegar-se à Constituição Federal de 1988 que consagra o tratamento isonômico da filiação, proibindo qualquer forma de discriminação. Este preceito constitucional fez que com que a expressão filhos ilegítimos fosse extirpada do sistema jurídico, em respeito ao resguardo da dignidade dos filhos, cujo tratamento sempre fora preconceituoso e estigmatizado de espuriedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge, em 1990, em decorrência dos postulados constitucionais inerentes ao novo estado de filiação. O Capítulo III - Do direito à convivência familiar, o Título II - Dos Direitos fundamentais - e a Seção II - da Família natural, são marcadores dos novos princípios jurídicos dignificantes ao estado de filiação.

Em 1992, surge a Lei nº 8.560 que tratou da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial e constituiu-se em um passo a mais dado em favor da igualdade de direitos entre os filhos. Segundo este texto legal, os filhos havidos fora do casamento, aí compreendidos também os advindos da união estável, poderão ser reconhecidos, sem qualquer espécie de barreiras, por um ou por ambos os pais, conjunta ou separadamente, garantindo ao filho reconhecido exclusivamente pela mãe o direito à averiguação oficiosa da paternidade.

A edição de microssistemas permitindo, aos poucos, a inserção da pessoa em sua ancestralidade paterna, foi caracterizada como a construção e a dignificação de um direito subjetivo privado, de cunho eminentemente funcional ou instrumental. Ou seja, aos poucos o legislador infraconstitucional vai cedendo à possibilidade de o filho, engendrado fora do seio do casamento, inserir-se na linhagem de parentesco consangüíneo paterno para, com esta inserção, alcançar o status de filho e conquistar os direitos que lhe são imanescentes, como o direito ao nome, o direito a alimentos, o direito à herança, o direito ao, então, pátrio poder. Quer isto dizer que o conhecimento da origem biológica paterna foi sempre, nesta perspectiva infraconstitucional, o instrumento para a conquista ou o alcance de outros direitos subjetivos, imanescentes ao status de filho e de ordem, eminentemente, patrimonial.

Contudo, a concepção moderna deste direito começa a sofrer mutação com a nova ordem axiológica estampada em documentos internacionais, em textos constitucionais do direito comparado - notadamente dos direitos germânico e lusitano, e na Constituição Federal brasileira de 1988, seguida pelos expressivos textos legislativos pátrios do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei da Averiguação e Investigação Oficiosa da Paternidade Extramatrimonial, anteriormente referidos.

Está-se a falar de um novo tempo e de um novo espaço que recepcionam o direito ao conhecimento da origem biológica paterna: o tempo - a contemporaneidade; o espaço - o direito

civil-constitucional.

A nova vitalidade ao direito subjetivo em questão é a consagração do direito à revelação da ascendência genética paterna como direito fundamental, mais humanitário e personalista, e menos funcional ou instrumental, ainda, despatrimonializado, direito este que busca garantir à pessoa o estabelecimento da sua origem biológica como ponte para ascender ao status de filho e fundar sua ampla personalidade como pessoa humana, constituída de uma organização dinâmica a partir de características inatas que surgem no momento de sua concepção e que a acompanham por toda a vida.

Esta nova concepção pode ser visualizada, no âmbito do direito internacional, no artigo 7º da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas - Resolução nº 44/25, de 20 de novembro de 1989, que consagrou o interesse superior da criança em ver estabelecida a sua filiação, recebendo a conotação de um valor básico a ser protegido pelo sistema jurídico.

Ainda, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, aprovada pelo Conselho da Europa, estabeleceu em seu artigo 1º a obrigação de proteger "a dignidade e a identidade de todos os seres humanos" e de garantir "o respeito pela sua integridade e pelos outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina".

Ademais, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, consagrou que "o genoma humano é a base da unidade fundamental da família e do reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas".

No âmbito do Direito Constitucional, Alemanha e Portugal são exemplos paradigmáticos desta nova ordem de idéias em torno do direito ao estado de filiação.

A lei fundamental alemã, aprovada em Bonn em 23 de maio de 1949, não prevê expressamente o direito ao conhecimento da origem biológica como direito fundamental, mas tal concepção emana da conjugação de dois direitos fundamentais expressos no Texto Constitucional germânico: o artigo 1º, (1) - que concebe a proteção da dignidade do homem como direito intangível - e o artigo 2º, (1) - que consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O reconhecimento constitucional desse direito foi dado pelo Tribunal Constitucional Alemão - BVerfG, em decisão histórica datada de 31.1.1989, ao asseverar que o direito ao conhecimento da própria ascendência se estende além dos contornos jurídicos estabelecidos pelo Código Civil alemão (BGB), que prevê as regras para o reconhecimento judicial da paternidade.

O BVerfG, na avaliação dos dispositivos constitucionais acima referidos, baseou-se, sobretudo, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por se tratar de direito ao desenvolvimento autônomo da condição de pessoa e da conservação da individualidade como ser humano. Neste sentido, o BVerfG compreendeu o conhecimento da própria ascendência como um direito com uma dimensão juridicamente distinta e autônoma, uma vez que, como atributo de individuação assume na consciência do indivíduo uma posição-chave para a criação da individualidade e do auto-entendimento, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade.

A Constituição Federal portuguesa é outro aporte no reconhecimento pelo sistema jurídico, em sua tutela máxima, do direito imanente da pessoa em conhecer sua origem genética e, tal como a Lei Fundamental alemã, a lusitana parte do princípio da dignidade da pessoa humana expresso em seu artigo 1º, como valor no qual se baseia a República Portuguesa e como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, de que decorrem direitos, liberdades e garantias pessoais, elencados no Capítulo I, do Título II, da Constituição Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976.

Dentre tais direitos, consagrado está, na conjugação dos artigos 25 (Direito à integridade pessoal) e 26 (Outros direitos pessoais) da Lei Fundamental portuguesa, o direito ao conhecimento da ascendência genética, ganhando com tal consagração uma suprema relevância que permite considerá-lo como um dos direitos fundamentais da pessoa - designadamente, como uma faceta do direito à integridade e à identidade pessoais, que tutelam a localização social do indivíduo.

Adicione-se a essa conjugação a consagração pela Lei Fundamental lusitana da maternidade e paternidade como valores sociais eminentes (artigo 68), de forma que se retira dessa garantia e do princípio fundante da Nação - dignidade da pessoa humana - o interesse do Estado voltado à necessidade de cada cidadão possuir um pai e uma mãe, biologicamente considerados.

No direito brasileiro, a mutação da natureza do direito ao conhecimento da origem genética como um direito fundamental e personalíssimo, e não meramente instrumental ou funcional, é consagrada por duas normas infraconstitucionais.

A primeira delas foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 27 dispôs ser o

reconhecimento ao estado de filiação um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível da pessoa humana.

A segunda delas foi a Lei da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial (Lei nº 8.560/92), que consagrou o direito ao conhecimento da origem biológica paterna como um direito indisponível e de interesse público, deslocando tal direito do eixo subjetivo privado para o eixo fundamental público.

Não obstante tais consagrações, é de ver-se que no Brasil a concepção do direito ao conhecimento da ascendência genética como um direito fundamental revela-se, em princípio, no plano infraconstitucional. Contudo, tal assertiva não é de todo adequada, isto porque, aplicando-se a exegese do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, é possível conceber-se a consagração pelo ordenamento civil-constitucional brasileiro de um direito fundamental à filiação integral, levando-se em conta tanto o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana quanto a recepção da Convenção dos Direitos da Criança da ONU pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 99.710, de 22.11.1990. A isso, pode-se somar a contribuição do princípio da paternidade responsável previsto no artigo 226, § 7º, do Texto Constitucional brasileiro.

A hermenêutica que ora se aplica propugna que o conhecimento da origem genética paterna requer mais do sistema jurídico, e é assim que se deve conceber um novo direito - um direito a descender, com dignidade - de forma a possibilitar ao filho o livre acesso aos dados de sua progenitura paterna, emergindo deste novo pensar um bem jurídico tutelado pelo direito civil-constitucional brasileiro, que recepcione e garanta - ampla e efetivamente - o direito à filiação integral à luz da dignidade humana.

4. O refrear da revelação da ascendência genética

O refreamento do direito à filiação integral, concebido na perspectiva que ora se expõe, é caracterizado por óbices extraídos da leitura do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo e consubstanciam-se nas seguintes temáticas: (a) a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame pericial em DNA e (b) a ausência de lei que regulamente e fiscalize a implantação de laboratórios de análise em DNA para fins de atribuição de paternidade.

O viés ético permeia as reflexões sobre este refrear e, é com esta conotação que se propõe redescobrir o sentido do Direito para o ser humano que busca realizar, integralmente, seu processo de descoberta e auto-conhecimento com a revelação de sua ascendência genética paterna.

Neste sentido, impõe-se a defesa da idéia de que o sistema jurídico necessita atender a vida do ser humano e que isto somente será possível, no atual contexto, se o comportamento humano dentro das relações privadas e a codificação jurídica que molda tais relações forem revistos, a partir de uma nova ética.

A primeira reflexão que se propõe fazer diz respeito à recusa do suposto pai a contribuir com a revelação da verdade biológica por meio da análise do exame pericial em DNA.

No sistema jurídico brasileiro, a legitimidade da recusa nasceu de um entrave estabelecido entre dois direitos: de um lado, o direito do filho de conhecer sua ascendência genética por meio da análise em DNA, e de outro, o direito do suposto pai negar-se à realização da perícia. Trata-se de uma hipótese colisão de direitos fundamentais. De um lado, como conteúdo da tutela da dignidade humana do filho - o direito à integridade psíquica que se perfaz com a revelação de sua origem genética, o direito à paternidade responsável, o direito à tutela de sua personalidade humana que se consubstancia, dentre outros aspectos, no direito à filiação integral ou à biparentalidade genética. De outro, também inseridos no conteúdo da tutela da dignidade humana, o direito do suposto pai à integridade física, à liberdade, à intimidade e à vida privada, além da tutela invocada em relação ao princípio da legalidade.

Desta colisão de direitos fundamentais, prevaleceu no sistema jurídico brasileiro o direito do investigado que se consagrou, em julgamento histórico da Suprema Corte em 10 ed novembro de 1994 (HC 71.373-4) como prevalente e, em razão disso, tornou-se o primeiro e mais veemente óbice ou refreamento à revelação da verdade científica da filiação, impedindo o conhecimento da ascendência genética por meio do exame pericial em DNA. A consagração dessa prevalência foi objeto da decisão proferida no plenário do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, concedeu a ordem ao paciente para não realizar o exame pericial em DNA. Nesta decisão, encontram-se as vigas mestras da presente reflexão,

traduzidas nas seguintes passagens do voto do Ministro-Relator :

"O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou do indigitado pai à sua intangibilidade física.

É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica".

Não obstante a decisão em comento ter respeitado as prerrogativas do suposto pai, é importante destacar que ela patenteia no Direito brasileiro a importância da descoberta da ascendência genética paterna, reforçando o debate teórico da construção de um direito fundamental da pessoa humana de conhecer sua origem biológica.

O julgado histórico e fundante da Suprema Corte de 1994, ao contrário do que se pudesse pensar, não finda o debate sobre o tema, mas sim inicia toda uma jornada de discussões e reflexões teóricas e empíricas, tais como a solução da colisão de direitos fundamentais, os efeitos da recusa legítima do suposto pai, a presunção de paternidade por confissão ficta, a inversão do ônus da prova na investigação de paternidade, até chegar-se ao Código Civil que, em seus artigos 231 e 232 contempla a matéria em exame.

A indagação que se põe, no viés ético desta exposição, é: julgou adequadamente o Supremo Tribunal Federal ao consagrar a tutela da dignidade do suposto pai como bem jurídico proporcionalmente de maior relevância, quando colidente com a tutela da dignidade do filho?

Não se pode recorrer ao maniqueísmo para responder a tal indagação a ponto de infirmar-se a dignidade humana de um e isolar a dignidade humana do outro, até porque quando se trata de princípio da dignidade humana não se está diante de um princípio absoluto - que conduziria à aplicação da lógica do tudo ou nada - mas sim, de uma hipótese de relativização do princípio constitucional da dignidade humana, da qual decorre o processo de ponderação que se opera no nível do conteúdo do próprio princípio.

Voltando-se, então, para tal ponderação e analisando o conteúdo da invocada tutela da dignidade humana do filho e do suposto pai que firmam o conflito em exame, tem-se no conteúdo da dignidade do filho a busca da revelação da sua ascendência genética paterna para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa - a filiação integral e o status de filho -, que contribuem para a formação integral de sua personalidade a partir da identidade pessoal de seus ancestrais.

De outro viés, o conteúdo da dignidade do suposto pai revela-se pela proteção à sua integridade física, à sua intimidade e vida privada ao impedir que se extraia uma gota de sangue, a raiz de um cabelo, saliva ou qualquer outro material de onde se possa extrair DNA, exercitando seu direito de liberdade com base, inclusive, no princípio da legalidade.

A partir da problemática ora exposta, o que se pretende pontuar aqui é a defesa de uma nova forma de conceber o direito ao estado de filiação, para dele emergir uma releitura do sistema jurídico brasileiro no sentido de se fazer prevalecer o direito do filho, em decorrência da premissa teórica de que se está diante de um direito de caráter humanitário e personalíssimo, não mais meramente funcional ou instrumental, de forma a atribuir à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao 'atentado' à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo para proteger aquela das partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo fato de seu nascimento.

Corroborando a idéia que ora se lança, cumpre destacar que o direito à revelação da ascendência genética e o estado de filiação tem, no contexto atual do sistema jurídico brasileiro, conotação pública, de onde justificar-se que, na hierarquia de valores, prevalece o interesse do filho em relação ao interesse do suposto pai, cujo pleito de proteção à integridade física pode parecer mero interesse particular se contraposto ao direito ao estado de filiação integral, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar do ser humano, configura, acima de qualquer dúvida, interesse de toda a coletividade.

Esse interesse público, além de estar demonstrado no Brasil pela edição das leis ordinárias já referidas (Leis nº 8.069/90 e 8.560/92), após a consagração constitucional do princípio isonômico da filiação - artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 - é asseverado pelo advento da prova pericial em DNA, que fez surgir, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta ou presumida, decorrente de provas indiciárias ou subjetivas, a exemplo da prova testemunhal, pela verdade científica ou biológica com resultado seguro às

partes, seja apontando pela exclusão ou pela inclusão de paternidade, evolução esta que não pode ser desconsiderada nos dias atuais na avaliação das provas em demandas investigatórias de paternidade.

A prevalência desse direito é defendida, no contexto europeu, por Pietro Perlingieri, que busca ressaltar, além do direito fundamental ao conhecimento da origem genética, quais os interesses juridicamente relevantes a prevalecerem na revelação da ascendência. Nas suas palavras, "(...) o menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce".

A prevalência do direito do filho deve-se, ainda, à consideração ao direito natural da individualidade e da diversidade, que servem com fundamento para outro direito, o da identificação - pessoal (eu comigo) e social (eu com outros). Neste viés, tal direito deve fazer com que os direitos fundamentais do investigado cedam em favor daquele - sujeição que encontra respaldo no processo de ponderação e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessa sujeição, abre-se uma outra reflexão deste estudo, quer perpassa, também, pelo viés ético: a implementação no Direito brasileiro da obrigatoriedade de submissão à prova genética em DNA, já que se está a tutelar um direito fundamental e de relevância pública, de forma a contribuir com o desvelar da verdade biológica e com o livre desenvolvimento da personalidade, abandonando o jogo de presunções e da verdade ficta que sempre assombrou as lides investigatórias de paternidade.

Essa obrigatoriedade encontra fundamentos que afastam a hipótese de torná-la uma regra jurídica que possa se caracterizar como uma afronta à dignidade da pessoa do investigado, a qual permanece preservada, mas é relativizada no processo de ponderação e por razões que justificam a própria obrigatoriedade.

O primeiro desses fundamentos refere-se ao reconhecimento da hegemonia da prova pericial em DNA, notadamente quando utilizada como fonte da verdade genética da filiação. Na sociedade contemporânea, o DNA passou a ser história e destino na vida de quem vem ao mundo sem conhecer sua ascendência genética, e desvelá-la torna-se um direito fundamental na construção da identidade pessoal.

Neste rumo, colhe-se do sistema jurídico alemão o exemplo paradigmático que reforça a proposta de reflexão em comento.

Na Alemanha, assim como no Brasil, no bojo das demandas investigatórias de paternidade, são considerados todos os meios de prova para se aferir a verdade da filiação. Contudo, no direito germânico, visando a produção das provas periciais e pelo significado robusto do exame em DNA, porquanto realiza ou concretiza um direito fundamental da pessoa humana, com respaldo no § 372 a ZPO (Código de Processo Civil alemão), ordena o sistema jurídico a obrigação de todos de tolerar exames, sobretudo a coleta de sangue, se a análise, segundo os princípios da ciência, prometer um esclarecimento do caso e isto for exigível dos candidatos a exame. Na hipótese de recusa injustificada, podem ser impostas multas administrativas e em caso de recusas repetidas, aplica-se a realização forçada do exame. Diz o § 372 referido:

"Verificação para a comprovação da descendência.

(1) Nos casos dos arts. 1600c e 1600d do CC, ou em outros casos em que a comprovação da descendência seja necessária, toda pessoa tem que permitir a coleta de sangue para o fim de identificar o seu grupo sanguíneo, desde que o exame, feito de acordo com as normas científicas reconhecidas, indiquem o esclarecimento do caso sob exame e para o examinado de acordo com a técnica do teste, que as consequências dos resultado para si ou para qualquer dos dependentes citados no § 383, item 1 até 3 e sem risco para sua saúde, possam ser exigidas.

(2) As normas do § 386 até 390 são, respectivamente, para ser aplicadas. NO caso de reincidência da recusa para o exame, poderá ser aplicada coação, principalmente para o fim do exame determinado.

Importante destacar que na Alemanha, a submissão coativa ao teste em DNA fica bastante facilitada pela visualização do direito fundamental da pessoa de conhecer sua ascendência genética, superando assim suas origens na legislação totalitarista de 1938, que consagrou a regra de tal submissão, desde que essa medida fosse necessária ao exame de filiação de uma criança.

Tal inserção surgiu no auge no nacional-socialismo quando, por força da política racial do regime totalitário, as pesquisas sobre as origens raciais e genéticas conheceram importância crescente. Contudo, no pós-guerra, a regra da compulsoriedade não foi estigmatizada como vinculada ao pensamento nazista. Ao contrário, subsistiu à democratização, à reforma processual de 1950 e à reforma de 1997, permanecendo até os tempos atuais justificada como decorrência do princípio inquisitório que domina, no Direito alemão, os procedimentos relativos à filiação, tendo em vista o conhecimento da ascendência genética paterna constituir-se como um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade humana que se sobrepõe à resistência do suposto pai em contribuir para tal revelação, tendo a Corte Constitucional alemã assentado que não se configura uma agressão à pessoa do suposto pai a coleta de uma pequena amostra de sangue.

O segundo fundamento é a transformação da natureza jurídica do direito ao conhecimento da origem genética. De uma concepção de direito subjetivo privado, garantido por normas infraconstitucionais, construído ao longo da segunda metade do Século XX, passa-se à concepção de um direito de interesse público, assentado pela legislação nacional, com feição de direito fundamental, personalíssimo e indisponível.

Assim, na conjugação destes dois fundamentos, num caráter nitidamente interdisciplinar do Direito, propugna-se a releitura do sistema jurídico brasileiro no sentido de extirpar do ordenamento o óbice em que se consubstancia a recusa ao exame pericial em DNA para torná-lo compulsório, numa aplicação mais adequada dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade frente à colisão de direitos fundamentais a que se está a analisar. Outro ponto que diz respeito à análise ética do sistema jurídico brasileiro, pertinente ao tema em questão, é a proliferação de Centros que realizam os testes em DNA e que, por vezes, sem a devida habilitação técnica e destituídos de ética profissional, ensejam a banalização do método e a conseqüente imprecisão dos resultados.

A perícia deve ser - é recomendável que seja, ao menos - realizada em laboratórios especializados que devem estar sob a direção de um médico, de preferência com título de mestre ou doutor em genética, biologia molecular ou bioquímica e com comprovada competência prática e teórica em determinação de paternidade.

No Brasil, o parecer do Conselho Federal de Medicina nº 29/97 considera o exame de paternidade efetuado pela técnica em DNA um ato médico, esclarecendo o CFM que somente profissionais que atuem na área possuem em seu currículo disciplinas que o capacitam a realizar tal exame e para a execução desta importante tarefa, necessário se faz o aprimoramento em nível de pós-graduação, visto que a manipulação do DNA requer conhecimento técnico e científico diferenciados.

Não obstante ser considerado um ato médico, o Conselho Federal de Biologia, por meio da Resolução nº 1, de 11.01.1993, atribuiu competência ao Biólogo legalmente habilitado para a realização de exames em DNA e emissão de laudos técnicos para a caracterização da relação familiar entre pessoas.

O Conselho Federal de Farmácia, por sua vez, também determinou na Resolução 271, de 26.04.1995, as atribuições do profissional farmacêutico-bioquímico em análises clínicas e coleta, interpretação e emissão de laudos ou pareceres, bem como, a responsabilidade técnica por laboratórios que realizam exames de DNA em substâncias orgânicas, pêlos, anexos da pele e outros.

A preocupação com a qualidade do profissional que realiza os testes em DNA levou à elaboração do Projeto de Lei nº 2642/2000, que dispõe sobre as condições dos laboratórios para a realização de exames genéticos em seres humanos, justificando o autor do projeto que o exame em DNA vem sendo feito por engenheiros agrônomos, veterinários, engenheiros florestais, entre outros profissionais que não possuem titulação acadêmica especializada para este fim.

Outra questão de extrema relevância é a que diz respeito à falta de padronização e normatização dos laudos de exames de DNA no Brasil, ao lado da falta de fiscalização dos laboratórios que vem realizando testes em DNA.

É importante afirmar que nos Estados Unidos, o FBI - Federal Bureau of Investigation - é o responsável pela supervisão e instalação dos laboratórios que realizam análises pelo DNA. O órgão introduziu uma técnica a ser seguida, o que permite a comparação dos resultados obtidos nos diferentes laboratórios. Também estipula normas de segurança e controle para testes, bem como, fiscaliza o credenciamento de estabelecimentos que realizam perícias forenses.

No Brasil, inexistente qualquer lei cogente que regulamente o assunto e a necessidade de adoção

de uma técnica padronizada e de um controle rigoroso e eficaz dos Centros de realização dos exames torna-se inquestionável, não sendo suficiente o conteúdo das Resoluções do CFM e da Sociedade Brasileira de Medicina Legal, que expediu documento intitulado 'Recomendações para Laboratórios de Teste de Paternidade', em abril de 1999, posto que são regramentos de mera orientação aos profissionais atuantes, mas que não se revestem de juridicidade, restando como simples preceito ético.

5. Considerações finais

Tomando como vetor a ética na análise do comportamento humano, notadamente quando este encontra-se absorvido pelo sistema jurídico, e voltando os olhos ao tema da filiação no Direito brasileiro, a presente reflexão conclui que é preciso repensar e redimensionar a concepção do direito ao estado de filiação, à luz da tutela da dignidade humana.

Este redimensionamento alcança uma releitura das regras jurídicas que norteiam a concessão ao estado de filiação, de forma a concebê-las como fiel garantidoras deste direito, extirpando do ordenamento todo e qualquer óbice que possa refrear o acesso aos dados da progeneritura paterna.

Somente assim é que se poderá entender o estado de filiação como um direito fundamental de toda pessoa humana, em seu viés humanitário e personalíssimo, e não meramente funcional ou instrumental.

Sendo toda a pessoa humana dotada de dignidade, esta proteção constitucional deve amparar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que é um dos atributos que compõe a realização integral de um novo ser - consigo mesmo e com os outros, em sociedade, já que se está a tratar da origem genética, fundante de todo o ser humano.

