



ANA BEATRIZ BIZZARRO TERRA

**O EXAME DE DNA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: um estudo
empírico.**

**Monografia de conclusão da
Escola de Formação, apresentada
à Sociedade Brasileira de Direito
Público – SBDP, sob orientação
de Brisa Lopes de Mello Ferrão.**

**SÃO PAULO
2006**

"No desdobramento da árvore genealógica, vemos as lições que nos tornam comunicáveis com tantas outras vidas e como, de ramo em ramo, estamos todos aparentados nessa infinita floresta que interminavelmente cresce desde o princípio do mundo.

Parece-me poético saber onde estava o meu sangue por esses séculos; e, em meio aos acontecimentos que dia a dia vão urdindo a história humana, onde se situavam esses antepassados que não previam os seus descendentes, como nós não prevemos os nossos."

Genealogia, Cecília Meireles

RESUMO

A presente pesquisa teve como escopo analisar a jurisprudência do STF sobre o exame de DNA. Utilizou-se, para tanto, três decisões julgadas após 88 em que a obrigação de realizar o exame foi questionada no Tribunal. Por meio de uma análise qualitativa dos votos dos Ministros, observou-se que todos os casos abordam o tema da colisão de direitos fundamentais. Como uma forma de resolução desse conflito entre princípios, os julgadores utilizam a regra ou princípio da proporcionalidade, ainda que não a mencionem expressamente nos votos. Além de investigar o uso dos princípios e da proporcionalidade pelo STF, um dos principais resultados alcançados sintetiza a *ratio decidendi* extraída do conjunto de acórdãos analisados, qual seja: o exame de DNA é obrigatório para se descobrir a paternidade, exceto quando demandar a realização de um exame invasivo e já se houver comprovado, por outro exame de mesma natureza, o reconhecimento da filiação por terceiro. Assim, o direito à identidade biológica ou ainda interesses de ordem pública como moralidade administrativa, segurança pública ou persecução penal prevalecem sobre a intimidade dependendo do meio que se pretende empregar para a realização do exame de DNA.

PALAVRAS-CHAVE: DNA; intimidade; prova; princípios; proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. OS CONCEITOS E AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS	8
1.1. Princípios jurídicos para o STF: há uma preocupação conceitual?.....	8
1.2. Princípios jurídicos e proporcionalidade	10
2. MÉTODO	16
2.1. Procura dos acórdãos.....	16
2.2. Critérios de análise qualitativa dos acórdãos.....	17
3. RESULTADOS E ANÁLISE QUALITATIVA	20
3.1. O HC 71373-4	20
3.1.1. Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA.....	21
3.1.2. Votos no sentido da presunção da paternidade.....	26
3.2. O HC 76060-4	32
3.3. A Reclamação 2040-1	36
3.3.1. Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA.....	37
3.3.2. Voto no sentido da não-obrigatoriedade do exame de DNA.....	42
4. CONCLUSÃO	44
5. BIBLIOGRAFIA	56
6. ANEXOS	57

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, a família tem grande valor social. Hoje não é diferente: até mesmo a Constituição Federal de 1988 reconhece a família como base da sociedade, garantindo-lhe especial proteção pelo Estado (art. 226).

Ao tratar da filiação, isto é, do vínculo existente entre pais e filhos, o texto constitucional proíbe quaisquer designações discriminatórias entre os filhos havidos ou não da relação matrimonial ou ainda daqueles havidos por adoção (art. 227, § 6º). Por esse motivo, todos os filhos gozam dos mesmos direitos.

Como é impossível de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções. O art. 1597 prevê as hipóteses em que os filhos presumem-se concebidos na constância do casamento dos pais. Essa presunção é *juris tantum* ou relativa, admitindo-se prova em contrário.

Quando, porém, a filiação decorre de relações extramatrimoniais, o Direito prevê o reconhecimento voluntário ou judicial de filho. O judicial se dá por meio da ação de investigação de paternidade ou de maternidade.

Com o avanço da ciência, o exame de DNA tornou-se um interessante meio de prova nessas ações para se descobrir a paternidade ou a maternidade. No entanto, apesar da confiabilidade do resultado, o embate jurídico se dá quando um dos envolvidos recusa-se a realizá-lo.

O Supremo Tribunal Federal já se defrontou com inúmeras situações envolvendo exame de DNA. Desde a promulgação da Constituição de 1988 ele julgou três casos cujo principal debate apresentava-se como um conflito de direitos fundamentais.

No HC 71373-4 a polêmica está em saber se, diante da resistência do suposto pai em fornecer a porção de sangue necessária para a realização do

exame de DNA para se descobrir a paternidade, pode o Judiciário, com base no ordenamento jurídico vigente, determinar a sua feitura com a condução forçada do investigado ao laboratório.

Esta recusa está amparada em um direito fundamental (como intimidade ou preservação da integridade corporal) e, se estiver, ela conflita com outro direito fundamental (dignidade, reconhecimento da origem genética pelo filho)? Nesse caso, havendo colisão de direitos fundamentais, qual deve prevalecer? Se do filho, o pai pode ser conduzido à força para o laboratório que realizará o exame? Se do pretense pai, o filho deve se contentar com uma mera presunção de que aquele que se recusou a fazer o exame é o seu pai? Afinal, o que cabe ao Direito: buscar a verdade real ou estabelecer uma verdade ficta sobre o tema?

No HC 76060-4 o pai que tem a seu favor a presunção da paternidade recusa-se a realizar o exame exigido por uma ação de reconhecimento de filiação promovida por um terceiro que acredita ser o pai biológico do filho. Que direitos estariam em conflito? O reconhecimento do filho de um lado e intimidade ou dignidade do outro? O direito ao reconhecimento da filiação é um direito fundamental?

Na Reclamação 2040-1 quem se opõe ao exame de DNA é a mãe. Glória Trevi estava sob custódia da polícia federal quando engravidou. Tentava impedir a iniciativa de policiais e presos para a produção da prova (o exame de DNA seria realizado a partir de material colhido da placenta) que poderia salvá-los da acusação feita por ela de estupro carcerário. Ela estaria amparada pelo direito à intimidade? E eles, pelo direito à honra, à imagem?

Apesar de serem situações bastante distintas, os acórdãos têm como pano de fundo uma discussão sobre meio de prova e resistência na realização do exame de DNA. Assim, uma das perguntas que os Ministros tentam responder é se o meio escolhido para a coleta de DNA (ex.: sangue, fio de cabelo, placenta etc.) é invasivo ou não, ou, em outras palavras, se ele não viola a integridade física ou intimidade do doador desse material. A

resposta influi diretamente na decisão: se o exame for invasivo, qual direito estaria sendo violado, integridade física ou intimidade? Tais direitos ponderados com outros direitos fundamentais prevalecem, presumindo-se a paternidade ou, ao contrário, decide-se pela obrigatoriedade do exame para que se descubra a verdade real sobre a identidade do filho?

Sendo este o foco central das decisões selecionadas, a presente pesquisa procurou investigar qual a fundamentação dos magistrados para se admitir ou não tal prova. Pôde-se, então, ampliar o estudo que resultou na análise de mais três aspectos: i) uso da proporcionalidade para solucionar a colisão de direitos fundamentais; ii) uso de precedentes e; iii) identificação da *ratio decidendi* de cada caso.

A regra da proporcionalidade, além de resolver a colisão de direitos fundamentais, clarifica o caminho argumentativo feito pelos Ministros. Isso, por sua vez, facilita a extração de uma *ratio decidendi* dos votos vencidos e dos vencedores que, quando comparados, deixam transparecer a relação com os precedentes.

Para alcançar os objetivos propostos no parágrafo anterior, estruturou-se o trabalho em quatro sessões. Entendeu-se necessário estabelecer, ainda que sucintamente, o que são princípios, motivo pelo qual, o item 1 é um capítulo teórico que tem por finalidade esclarecer quais foram as premissas que nos guiaram na análise crítica que se espera ter feito da jurisprudência do STF. O item 2 é destinado a explicitar como foram escolhidos os acórdãos utilizados na pesquisa, bem como os critérios que nortearam a análise qualitativa das decisões. O item 3 traz um quadro comparativo dos argumentos utilizados para fundamentar a decisão, e é realizada a análise crítica do raciocínio técnico-jurídico dos magistrados. E, por fim, no item 4 é apresentada a conclusão.

1. OS CONCEITOS E AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

1.1. Princípios jurídicos para o STF: há uma preocupação conceitual?

(...) penso que se resguardam os princípios constitucionais de privacidade e da legalidade, que favoreçam ao paciente;

Voto do Ministro Néri da Silveira no HC 71.373-4

Para isso teremos imperativamente que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótima estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros "mandatos de otimização";

Voto do Ministro Néri da Silveira na Reclamação 2040-1

Os trechos transcritos acima ilustram a dificuldade de se tentar entender qual conceito de princípio jurídico é utilizado pelo mesmo Ministro. O desafio é maior ainda se considerado o STF.

No primeiro recorte o Ministro Néri da Silveira faz menção ao "princípio da legalidade". Nesse exemplo, a legalidade é mesmo um princípio? Depende. Pode ter sido empregado para demonstrar a importância da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstraria o valor fundamental que tem perante outras normas. Por outro lado, se considerada a conceituação feita por Alexy, a legalidade não seria um princípio, mas, em verdade, uma regra. Isso porque a legalidade não pode ser ponderada. É absurdo pensar em cumprir em parte um mandamento legal. Ou cumpre ou não cumpre a lei. Assim, pode-se perceber que o termo "princípio" aqui utilizado pelo Ministro diverge da proposta de Alexy. O conceito utilizado não considera que a legalidade possa ser aplicada em

diferentes graus; considera, pois, o seu caráter fundamental para o Estado de Direito.

Já no segundo trecho o Ministro menciona Alexy expressamente, facilitando a conclusão de que seu voto foi orientado pela concepção de princípio desse doutrinador.

Com esses exemplos pretende-se demonstrar que a tarefa de determinar se o STF, ou mesmo cada Ministro individualmente, compartilha de uma mesma conceituação de princípios é difícil. Isso demandaria uma outra pesquisa, com ampla bibliografia bem como uma amostra maior de acórdãos a serem analisados.

Essa falta de clareza compromete o entendimento dos casos e, na pior das hipóteses, o seu próprio resultado. Não seria tão absurdo pensar que, pela falta de propriedade ao utilizar o termo princípio, fossem colocados dois valores em conflito para serem ponderados quando, na verdade, apenas um deles pode ser ponderado.

Ao lado da legalidade está outro valor que comumente é chamado de princípio: a dignidade da pessoa humana. Sem dúvida ele o é pela importância que tem no Direito. Não raro o evocam numa colisão de direitos fundamentais. Mas será que a dignidade é um princípio na definição de Alexy? Se se pretender resolver o conflito de princípios por meio da proporcionalidade essa pergunta deve ser a primeira a ser respondida. É preciso, pois, saber se o valor em questão pode ser ponderado. A televisão pode, em nome da sua liberdade de expressão, exibir um programa em que alguém seja submetido à constrangimentos, à tratamentos desumanos? Parece-nos que não. O que se deveria apurar é se aquela situação exibida é constrangedora ou desumana. Se o for, viola a dignidade. Não haveria, portanto, ponderação, isto é, a possibilidade de restringir esse direito para que outro tivesse ampliado o seu alcance.

Como se vê, seria bastante trabalhoso encontrar nos acórdãos selecionados conceitos de princípios jurídicos sem perder o foco da presente pesquisa.

No entanto, como se pretende analisar a forma pela qual os julgadores resolvem a colisão de direitos fundamentais, mais precisamente a regra da proporcionalidade, optou-se por fazer uma breve apresentação da teoria dos princípios de Alexy. Com isso espera-se esclarecer, ainda que minimamente, as bases teóricas que nos guiaram na análise crítica a seguir.

1.2. Princípios jurídicos e proporcionalidade

O termo *princípios* compreende diversos significados, fato que dificulta a compreensão exata do que sejam. Para o universo jurídico, esse é um tema que inflama as discussões: os princípios constituem uma categoria autônoma ou seriam normas jurídicas?

Um dos critérios considerados para identificar os princípios é a generalidade. A forma ágil de se adaptarem às novas realidades faz deles um mecanismo imprescindível para manter o direito atual e em sintonia com as necessidades sociais. De uma forma ou de outra, a maleabilidade dos princípios é reconhecida por aqueles que os têm como objeto de análise.

Entre os doutrinadores que classificam os princípios e as regras como partes completamente distintas dentro de uma categoria maior, as normas, estão Dworkin e Alexy.

Para Dworkin, as regras são aplicadas na “forma tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*). Isso quer dizer que ou a regra é válida, e aí se deve aceitar as suas conseqüências jurídicas, ou ela é inválida, não devendo ser considerada na decisão. Os princípios, por outro lado, não determinam necessariamente a decisão; apontam razões a favor de uma ou outra decisão. Além disso, os princípios têm uma dimensão de peso que se mostra na colisão de princípios. Quando conflitantes, se dá um valor

decisório ao princípio que naquele caso tenha um peso relativamente maior, sem que por isso seja invalidado o princípio de peso relativamente menor.

Alexy tem como ponto decisivo para a diferenciação entre regras e princípios o fato de que os princípios “são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas; são mandatos de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.¹ Ao contrário, regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, por esse motivo, são aplicadas por subsunção.

Outros autores debruçam-se sobre o estudo mais aprofundado dos princípios. No entanto, para o objetivo do presente trabalho essas breves explicações são suficientes. Isto porque, a partir das idéias já trazidas é possível identificar duas formas distintas de resolver conflito entre regras e conflito entre princípios.

As antinomias, isto é, o conflito entre regras, pode ser resolvido com a aplicação de três critérios: o cronológico, segundo o qual, entre duas normas incompatíveis prevalece a posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, segundo o qual, entre duas normas incompatíveis prevalece a de hierarquia superior (*lex superior derogat inferiori*) e; o da especialidade, segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, uma geral e outra específica, prevalece a última (*lex specialis derogat generali*).

Ainda como uma forma de se buscar desvendar qual regra é válida e qual é inválida, em complemento ao que já se disse, quando o intérprete se deparar com um conflito entre os critérios mencionados, deverá proceder da seguinte forma: se o conflito for entre o critério hierárquico e o cronológico², o hierárquico prevalece; se o conflito for entre o critério da

¹ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, p. 143.

² Esse conflito aparece quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior.

especialidade e o cronológico³, prevalece o da especialidade e; se o conflito for entre o critério hierárquico e o da especialidade⁴, não há uma resposta segura. Neste caso, como os dois critérios são fortes, a hierarquia envolvendo o respeito à ordem e a especialidade da justiça, que exige a adaptação gradual do direito às necessidades sociais, caberá ao intérprete decidir qual aplicará segundo as circunstâncias.

A colisão de direitos fundamentais resolve-se por meio do sopesamento dos valores envolvidos no caso concreto. O juiz, analisando as circunstâncias fáticas e jurídicas levadas ao seu conhecimento, deverá decidir qual direito prevalece naquela situação. Considerará, para tanto, “a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”⁵

Quando o assunto é este, costuma-se invocar o princípio (ou regra)⁶ da proporcionalidade e da razoabilidade⁷ para ajudar na resolução do conflito.

O STF utiliza a proporcionalidade de diversas maneiras. Primeiro ao tratá-la como sinônimo de razoabilidade, instituto originado nos EUA, enquanto aquele, a proporcionalidade, advém da jurisprudência alemã. A apropriação dessas palavras, contudo, não é seguida de qualquer ponderação de como elas podem ser adaptadas à realidade jurídica

³ Esse conflito aparece quando uma norma anterior-especial conflita com uma norma posterior-geral.

⁴ Esse conflito aparece quando uma norma superior-geral conflita com uma norma inferior-especial.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 40.

⁶ Isso depende da forma como cada qual define princípio.

⁷ No direito brasileiro é comum utilizar proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos. Virgílio Afonso da Silva, em artigo intitulado *O proporcional e o razoável*, afirma que “ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativas ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério” (p. 28). Para ele, dois são os critérios que distinguem proporcionalidade e razoabilidade: a origem (a razoabilidade seria utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e a proporcionalidade no tribunal Constitucional alemão) e a estrutura. A razoabilidade traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Estruturalmente, portanto, ela não poderia ser utilizada como sinônimo da proporcionalidade, pois abrangeria apenas o critério da necessidade dessa última.

brasileira. Segundo porque, quando os Ministros explicitamente se propõem a utilizarem nos votos a regra da proporcionalidade, o fazem de maneira desestruturada; analisam somente parte das sub-regras da proporcionalidade.⁸ Comum ainda é a decisão que não menciona a proporcionalidade, mas que, se analisada com mais atenção, fornece argumentos que deixam transparecer justificativas para as sub-regras da proporcionalidade.

Embora esse ponto seja retomado mais à frente, fica evidente a necessidade de se expor brevemente as regras de aplicação da proporcionalidade.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade é “uma regra de interpretação e aplicação do direito (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.”⁹

Em geral, os atos estatais que podem passar pelo controle da proporcionalidade são aqueles oriundos do Legislativo ou do Executivo que imponham restrição a um ou mais direitos fundamentais. No entanto, não é impossível que se demande do Judiciário uma medida para garantir um direito fundamental que, se for atendida, irá ferir outro direito fundamental. Quando, na ação de investigação de paternidade, o investigante pede que se realize o exame de DNA e o investigado recusa-se a fazê-lo, uma ordem judicial para que ele seja conduzido à força ao laboratório pode impor uma

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 34.

⁹ *Ibid.*, p. 24.

restrição considerável a outro direito fundamental (intimidade, p. ex.). Desta forma, pode-se entender que atos judiciais que limitem direitos fundamentais também podem passar pelo controle da proporcionalidade.

A questão do exame de DNA foi trazida, na hipótese, única e exclusivamente com o objetivo de demonstrar uma situação concreta em que outros atos estatais, que não do Legislativo e do Executivo, possam ser analisados para se conferir se não tomaram dimensões desproporcionais.

Nesse ponto, pode-se passar ao estudo específico de cada sub-regra da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma primeira consideração sobre o uso dessas sub-regras: há uma ordem pré-definida para sua aplicação. A análise da adequação precede à da necessidade que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, elas se relacionam de forma subsidiária, não devendo necessariamente o juiz apreciar todas elas. Citando novamente Virgílio Afonso da Silva, "(...) com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido resolvido com a análise da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesse casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito."¹⁰

Em relação às sub-regras tem-se que: uma medida estatal é *adequada* "quando o seu emprego faz com que o 'objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado"¹¹; um ato estatal que

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 34.

¹¹ *Ibid.*, p. 36.

limita um direito fundamental é somente *necessário* “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”¹²; o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, como já foi mencionado, consiste em um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”¹³.

Como se pode perceber, a ponderação de direitos fundamentais, ou sopesamento, é uma das etapas da proporcionalidade, utilizada em casos mais complexos que outros critérios mais simples não resolvem.

A definição de princípios e o modo de resolução de conflitos que envolvam dois ou mais direitos fundamentais, que em geral assumem forma de princípios, será de grande valia na análise qualitativa dos votos dos Ministros do STF que será realizada a seguir.

¹² Ibid., p. 38.

¹³ Ibid., p. 40.

2. MÉTODO

2.1. Procura dos acórdãos.

O trabalho foi realizado com base na jurisprudência encontrada no *site* do Supremo Tribunal Federal, www.stf.gov.br.

Para encontrar as decisões que serviram de subsídio à pesquisa, utilizou-se de diversas ferramentas de procura no *site*. Na seção “Pesquisa de Jurisprudência” os acórdãos foram pesquisados a partir das seguintes expressões: “DNA”, “exame de DNA”, “investigação de paternidade” e “condução de baixo de vara”¹⁴.

Essas mesmas expressões guiaram a busca em outros mecanismos de pesquisa, como no “Informativo” e na “Revista Trimestral de Jurisprudência”. O “Informativo” é um resumo das notícias semanais do STF e a “Revista Trimestral de Jurisprudência” tem o mesmo conteúdo, embora a periodicidade seja diferente.

Por fim, como último recurso, procurou-se na seção “Constituição e Justiça” os artigos¹⁵ da Constituição Federal que guardam relação com o caso para descobrir quais decisões eram mencionadas.

Como resultado desse processo de busca e do corte temporal estabelecido, isto é, análise apenas de decisões pós-88, chegou-se aos seguintes acórdãos: HC 71373-4¹⁶, HC 76060-4¹⁷ e Reclamação nº 2040-1¹⁸.

¹⁴ Essa expressão foi utilizada na ementa do HC 71373-4 como uma forma de dizer que o investigado que se recusar a realizar o exame de DNA poderá ser conduzido à força ao laboratório para colher o material necessário à feitura do mesmo. Como ela foi utilizada na ementa de um acórdão, poderia ser uma boa expressão para buscar outros casos.

¹⁵ Art. 5º, X e 227.

¹⁶ Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 10.09.1994 - caso referência; precedente citado em outras decisões.

¹⁷ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 31.03.1998.

¹⁸ Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 21.02.2002 - caso Glória Trevis.

É importante destacar que o STF não disponibiliza no *site* todos os seus julgados, razão pela qual a seleção de acórdãos feita aqui se limita àquela publicada pelo Tribunal.

Uma última nota sobre o processo de busca das decisões que merece ser lembrada é que a ferramenta “Constituição e Justiça” não contempla todos os casos que podem ser encontrados por meio da “Pesquisa de Jurisprudência” já que o Tribunal, mais uma vez, faz uma seleção dos acórdãos que irá disponibilizar, dando prioridade para aqueles mais importantes.

Os demais casos encontrados nessa busca têm conteúdo diverso do objeto do presente trabalho, motivo pelo qual foram desprezados. Versam, principalmente, sobre a legitimidade do Ministério Público de ajuizar ação de investigação de paternidade e sobre a obrigatoriedade do Estado ao pagamento dos honorários periciais em exame de DNA decorrente de ação de investigação de paternidade de beneficiário da justiça gratuita.

2.2. Critérios de análise qualitativa dos acórdãos.

Na presente pesquisa pretendeu-se fazer uma análise qualitativa dos votos dos Ministros do STF nos casos em que, de alguma forma, houve recusa em realizar o exame de DNA. Com essa análise, esperava-se identificar o modelo de argumentação utilizado nos acórdãos pesquisados.

Para tanto, foram considerados os seguintes critérios de análise: (1) reconhecimento pelo julgador dos direitos contrapostos; (2) identificação do fundamento constitucional desses direitos; (3) reconhecimento do conflito entre princípios; (4) modo como esse conflito foi resolvido; (5) coerência dos julgadores em sua argumentação em um e outro caso.

Com o critério 1 buscou-se saber quais são os direitos contrapostos que surgiram no caso, porque não é incomum que o direito ou os direitos sejam um desdobramento de um direito maior, este sim expresso na Constituição. Identificados os direitos, se eles já não forem “evidentemente

constitucionais”, no sentido de estarem, da forma tal como foram apontados no voto, na Constituição, esperou-se que o Ministro informasse qual o fundamento constitucional para esses direitos (critério 2).

Para esclarecer melhor esses critérios pode-se valer de um exemplo encontrado nos casos analisados: um dos direitos em jogo no HC 71373-4 é o direito das filhas ao reconhecimento do seu estado de filiação ou, em outras palavras, reconhecimento de sua identidade biológica. Esse direito, exatamente com essas palavras, não se encontra no texto constitucional. Isso não quer dizer, no entanto, que não tenha um fundamento na Constituição. Ele pode ser uma decorrência do princípio da dignidade humana ou do direito à convivência familiar (art. 227), ou ainda de outro dispositivo constitucional.

Pode ocorrer dos Ministros fundamentarem de forma diferente o mesmo direito. Por isso esses dois critérios são importantes, para saber se, 1, concordam com os direitos invocados pelas partes e se, 2, concordam com o seu fundamento constitucional.

A partir do reconhecimento do fundamento constitucional de um ou dos demais direitos, procurou-se nos votos, identificar quais princípios estavam em conflito (critério 3) e a forma como tal conflito foi resolvido (critério 4). Na história, o exame de DNA é recente e, por esse motivo, a legislação pátria, apesar de regulamentar a ação de investigação de paternidade, é omissa em vários pontos. Um deles envolve justamente o problema encontrado nos acórdãos analisados, a recusa do investigado em realizar o exame. Nesses casos, quando o Judiciário é chamado a decidir, como ele resolve o conflito de direitos? Pondera os princípios, com base na proporcionalidade, ou diz que, em razão da omissão legal, não pode obrigar a pessoa a se submeter ao exame? Outras soluções são possíveis, daí a relevância de se pesquisar os argumentos dos Ministros que os conduziram àquela decisão.

Relacionado ao critério 4, ainda, pretendeu-se descobrir qual a importância que os magistrados deram ao meio (sangue, placenta, cabelo

etc.) de constituição da prova. O fato de ele ser mais ou menos invasivo (o sangue representando o mais e a utilização da placenta representando o menos, por exemplo) interferiu de maneira significativa para o resultado final da decisão?

Além disso, buscou-se compreender qual a relação e a justificativa dada entre os argumentos trazidos pelos Ministros e a regra da proporcionalidade. Portanto, ainda dentro da preocupação de como é que o conflito entre princípios foi resolvido, tentou-se entender a forma como a proporcionalidade é utilizada.

A finalidade última de se analisar qualitativamente os votos, a partir desses critérios, é poder, ao final, identificar a *ratio decidendi*¹⁹ dos julgados. Conhecendo os motivos e os argumentos preponderantes no conjunto dos votos, responsáveis pelo convencimento dos Ministros, será possível antever em que outras situações essas decisões poderão ser utilizadas como precedentes.

Se uma das exigências que se faz da corte constitucional brasileira é para que seja coerente a fim de garantir segurança jurídica à sociedade, é preciso dedicar mais atenção aos precedentes, conferindo principalmente como o Tribunal lida com eles, se (e por que) confirma a decisão anterior, se (e sob quais argumentos) afasta a sua aplicação num determinado caso ou se muda (também sob quais argumentos), finalmente, de posicionamento.

Essa observação de como o Tribunal trabalha com seus próprios precedentes também foi um dos critérios de análise (5), que pode ser traduzido por “coerência entre a argumentação” produzida em uma e outra decisão.

¹⁹ A *ratio decidendi* (razão de decidir) corresponde aos fundamentos definitivos para decidir, cuja prescrição pode ser aplicada a casos futuros.

3. RESULTADOS E ANÁLISE QUALITATIVA.

3.1. O HC 71373-4

Dentre os casos selecionados para a realização da presente pesquisa, o HC 71373-4 é o mais antigo. Julgado em 10 de novembro de 1994, ele define o entendimento do Tribunal, com seis votos a favor da presunção de paternidade contra quatro votos a favor da obrigatoriedade da realização do exame de DNA, sendo considerado um precedente. Tanto é assim que as duas outras decisões referem-se a esse acórdão nessa qualidade.

Na tabela 1, pode-se observar um resumo dos fatos do presente HC, bem como o nome dos Ministros que tomaram uma ou outra posição.

Tabela 1: Resumo dos fatos e disposição dos votos dos Ministros no HC 71373-4

<p>Fatos: Em ação de investigação de paternidade promovida contra o impetrante, a juíza de 1º grau determinou que o exame de DNA é obrigatório para se descobrir a verdade real sobre a identidade biológica das investigantes e que, diante da recusa do impetrante em fazê-lo, este deveria ser conduzido “debaixo de vara”, ou seja, à força ao laboratório para a coleta de sangue indispensável à feitura do exame. O Tribunal manteve a decisão de 1º grau, por dois votos a um. Mesmo tendo ajuizado recurso especial e extraordinário, o prazo determinado para o exame aproximava-se, motivo pelo qual foi impetrado o presente <i>habeas corpus</i>. O impetrante quer se ver livre da obrigatoriedade de contribuir, fornecendo um pouco de seu sangue, para a realização do exame de DNA.</p>	
<p>O investigado não pode se recusar a realizar o exame de DNA, pois o direito dos filhos de terem reconhecida a sua identidade biológica tem um peso relativamente maior do que o direito do suposto pai à sua intangibilidade física.</p>	<p>Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo, que atinja a sua integridade física e dignidade.</p>
Min. Francisco Rezek	Min. Marco Aurélio
Min. Ilmar Galvão	Min. Sydney Sanches
Min. Carlos Velloso	Min. Néri da Silveira
Min. Sepúlveda Pertence	Min. Moreira Alves
	Min. Octavio Gallotti
	Min. Celso de Mello

3.1.1. Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA

Da análise dos argumentos dos votos vencidos, fica nítida a leitura que os Ministros fizeram: o caso representa uma colisão de direitos fundamentais. De um lado estaria, é certo, o direito à intangibilidade física do investigado e, do outro, o direito das filhas ao reconhecimento da sua identidade biológica.

Tabela 2: Seleção dos principais argumentos dos Ministros que votaram a favor da obrigatoriedade do exame de DNA no HC 71373-4

O investigado não pode se recusar a realizar o exame de DNA, pois o direito dos filhos de terem reconhecido a sua identidade biológica tem um peso relativamente maior do que o direito do suposto pai à sua intangibilidade física.	
Min. Francisco Rezek, Relator	<p>“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) <u>identidade</u>, ou o do indigitado pai à sua <u>intangibilidade física</u>.” (p. 409)</p> <p>“A lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.” (p. 413)</p>
Min. Ilmar Galvão	<p>“Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida <u>conotação de ordem pública</u>, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na <u>incolumidade física</u>, no caso, afetada em proporção ridícula. Não é por outra razão que, nas ações de espécie, que são ações de estado (status familiae), a intervenção do Ministério Público é obrigatória (art. 82, II, CPC)” (p.415).</p>
Min. Carlos Velloso	<p>“Esse interesse não fica apenas no mero interesse patrimonial. A conseqüência da não submissão do ora impetrante ao exame, apontou o Sr. Ministro Marco Aurélio, seria emprestar a essa resistência o caráter de confissão ficta. Isso, entretanto, se tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando estamos diante de interesses morais, como o direito à <u>dignidade</u> que a Constituição</p>

	assegura à criança e ao adolescente, certo que essa mesma Constituição assegura ao filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Também desse dispositivo constitucional - § 6º do art. 227 - defluem interesses morais que vão além dos interesses patrimoniais. Ora, Sr. Presidente, não há no mundo interesse maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai biológico." (p.422).
Min. Sepúlveda Pertence	Acompanhou o voto do Relator.

Entretanto, apesar de assumirem posição favorável às investigantes, quando justificam o porquê de garantir os seus direitos, recorrem a fundamentos distintos.

O principal dispositivo legal na argumentação do Ministro Francisco Rezek é o art. 27 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90) que, por sua vez, está amparado no *caput* do art. 227 da Carta Constitucional que assegura à criança e ao adolescente, o direito à convivência familiar. O reconhecimento do estado de filiação de que fala o mencionado art. 27 protegeria, segundo o Ministro, a real identidade do filho.

O Ministro Carlos Velloso faz referência à dignidade da criança e do adolescente, também assegurada no art. 227 da Constituição. O ECA, em seu art. 18, estabelece parâmetros do que seria violação à dignidade: cita o tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Muito embora esse rol não seja taxativo, sendo ainda vedadas outras situações que desrespeitam a dignidade, o Ministro não demonstra em qual dessas hipóteses, ou ainda em outra que não esteja ali descrita, se enquadraria a recusa do suposto pai de realizar o exame de DNA.

Os Ministros empregam todo um esforço para enquadrar o direito pleiteado pelas filhas na categoria de direitos fundamentais. Em relação ao Ministro Rezek fica a pergunta: o reconhecimento do estado de filiação, ou ainda o direito à convivência familiar é um direito fundamental da criança,

mesmo não estando entre os direitos enumerados no art. 5º? A essa pergunta há, pelo menos, duas respostas possíveis. Uma que entende que os direitos fundamentais não se limitam aqueles direitos expressos no art. 5º e trazem à discussão o § 2º do citado artigo que faz referência a “outros [direitos e garantias] decorrentes do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Outra, mais rígida, é firme na posição de que direitos fundamentais são somente aqueles previstos no art. 5º. Para quem entende, por exemplo, que a inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos (art. 228) não é cláusula pétrea²⁰, por não estar no art. 5º, igualmente o direito à convivência familiar não o seria, já que está no art. 227.

Já o Ministro Carlos Velloso associa o direito ao reconhecimento do estado de filiação ao direito à dignidade, sem contudo explicitar porque se pode estabelecer essa relação. Aqui fica mais evidente a tentativa do magistrado de construir uma argumentação forte para fazer frente ao outro direito fundamental em jogo, a integridade do impetrante.

Se a única solução para o caso consiste na ponderação de princípios (ou na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito), método interpretativo complexo que, por qualquer descuido pode aniquilar ou deixar praticamente sem efeito um direito fundamental, espera-se da suprema corte brasileira um ônus argumentativo forte para que justifique a sua posição. Como a última decisão é do STF, órgão julgante, e não dos Ministros isoladamente, para se garantir a segurança jurídica ou ainda se identificar a *ratio decidendi* dos acórdãos analisados, poder-se-ia cobrar dos julgadores que em seus votos, dialogassem com os já proferidos pelos outros colegas, de maneira que, ao final, seja possível saber exatamente quais são os pontos de concordância e divergência na decisão.

Essa linha raciocínio fica ainda mais clara se tomarmos os argumentos do Ministro Ilmar Galvão. Diferentemente dos Ministros já citados, ele considera que o direito à identidade biológica é um interesse de

²⁰ Ver, por exemplo, PEC 171/03 e anexos.

ordem pública já que o Ministério Público seria um dos titulares do direito de ação na investigação de paternidade. Ele não remete esse direito ao art. 227 da Constituição, como se relacionado fosse com a dignidade ou ao convívio familiar; busca na legitimidade para agir, requisito processual do direito de ação, o fundamento da sua decisão.

De outro lado, quando analisam o direito do investigado, concordam que a decisão atinge a sua integridade física, uma vez que o exame será realizado a partir de uma amostra do seu sangue. A natureza invasiva do exame ganha menor relevo para que se possa garantir o exercício de um outro direito, que na situação, tem um peso relativamente maior, o direito da criança e do adolescente à identidade biológica.

Como se vê nos argumentos selecionados na tabela 2, os Ministros não dizem de forma explícita nos votos que estão aplicando a regra da proporcionalidade. Nem mesmo o fazem em outras passagens dos votos. No entanto, algumas construções argumentativas parecem “responder” ao teste das sub-regras da proporcionalidade.

Assim, a medida judicial que determinar a condução forçada do impetrante ao laboratório para a realização do exame de DNA é adequada, pois pode alcançar o fim pretendido, qual seja, revelar o estado de filiação das investigantes.

A medida seria também necessária já que o fim pretendido não pode ser promovido com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Eles afastam o reconhecimento da paternidade por meio da presunção por entenderem que essa medida alternativa não garante, com a mesma intensidade, o fim pretendido: ao final, as filhas ainda ficarão sem conhecer a verdade real sobre a sua identidade.

Como última opção para resolverem o caso, aplicaram a análise da proporcionalidade em sentido estrito para solucionarem a colisão de direitos fundamentais.

Por mais que a regra da proporcionalidade não tenha sido aplicada exatamente da forma como descrito, entendeu-se que a organização dos argumentos dessa maneira facilitaria a compressão do raciocínio técnico-jurídico dos Ministros, bem como a comparação com os votos divergentes.

Todos os magistrados lêem o conflito de direitos fundamentais vendo o direito do reconhecimento do estado de filiação da criança e do adolescente. Pode-se perguntar, entretanto, como eles decidiriam um caso em que o autor da ação de investigação de paternidade já não é mais criança ou adolescente. Um adulto que tenha passado vários anos sem conhecer a sua real identidade não pode mudar de idéia e procurar o Judiciário para conhecê-la? Qual direito estaria em conflito com o direito do suposto pai nessa hipótese?

Nos votos vencidos, a *ratio decidendi*, isto é, a razão de decidir dos Ministros pode ser apresentada da seguinte maneira: nas ações de investigação de paternidade, o investigado não pode se recusar a realizar o exame de DNA, pois o direito dos filhos de terem reconhecido a sua identidade biológica tem um peso relativamente maior do que o direito do suposto pai à sua integridade física. Em outras palavras, o direito dos filhos se sobrepõe ao direito do investigado.

Essa *ratio decidendi* poderia ser utilizada para fundamentar uma ação de investigação de paternidade em que o filho tenha sido gerado em laboratório, a partir de um banco de sêmen? Como se sabe, os laboratórios que trabalham com esse tipo de inseminação garantem o anonimato tanto para quem doa o sêmen quanto para quem recebe. Não há legislação a respeito desse tratamento para infertilidade, mas apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1358/92). Dessa maneira, não havendo lei sobre o assunto, poderia, então, um filho gerado a partir de um banco de sêmen procurar o Judiciário para que sua identidade seja revelada? O seu direito prevaleceria sobre a intimidade e o direito ao anonimato do doador?

Os votos pautaram a discussão em torno do direito à intangibilidade física, pouco, ou nada dizendo sobre a intimidade. Entretanto, o desfecho dos votos vencidos indica que, se nem mesmo a integridade física do suposto pai prevaleceu, nula é a chance de a intimidade prevalecer. A intimidade aqui poderia ter espaço na discussão se o exame não fosse invasivo (ex.: fio de cabelo achado no chão).

3.1.2. Votos no sentido da presunção da paternidade.

O Ministro Marco Aurélio é o Relator para Acórdão, uma vez que redigiu o voto dissidente, marcando uma nova trajetória na votação. Mesmo considerando a colisão de direitos fundamentais tal como os Ministros que indeferiram o HC, ele não chega a realizar uma ponderação entre os valores envolvidos no caso. A sua estratégia argumentativa considera, sobretudo, a falta de lei que obrigue o impetrante a realizar o exame de DNA, mesmo contra a sua vontade. Portanto, qualquer ato judicial, que decida o contrário, estará violando o princípio constitucional da legalidade.

Como rejeita a opção dada pelos outros Ministros, propõe uma nova solução para o caso: ao invés de determinar a condução forçada do impetrante ao laboratório para a realização do exame e DNA, aplica a penalidade imposta pelo Código de Processo Civil àquele que não coopera com a Justiça para o descobrimento da verdade, ou seja, o reconhecimento dos fatos alegados pelas investigantes como se fossem verdadeiros, ou ainda, em outras palavras, o reconhecimento da presunção da paternidade.

Nessa nova argumentação há, ao menos, dois pontos consideráveis. O que o Ministro está dizendo é que o STF não pode tomar uma medida, ao arrepio da lei, para garantir um direito se isso tiver como consequência a restrição de outro direito, igualmente fundamental. A legitimidade, portanto, para limitar um direito fundamental é do legislador; ao juiz cabe apenas aplicar a lei ao caso concreto. Isso só é possível porque entende que a lei processual civil oferece uma resolução para o conflito existente, o reconhecimento ficto da paternidade. Portanto, considerou a existência de um dispositivo legal capaz de dar uma resposta às investigantes, ainda que

presumidamente, sem interferir de modo a aniquilar o direito do impetrante.

Além disso, afirma que o ato de obrigar o investigado a submeter-se compulsoriamente ao exame viola não só a sua integridade física, mas também a sua dignidade, já que teria de permitir, contra a sua vontade, que lhe tirassem uma porção de sangue das próprias veias.

Tabela 3: Seleção dos principais argumentos dos Ministros que reconheceram a presunção da paternidade no HC 71373-4

Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo, que atinja a sua integridade física e dignidade.	
Min. Marco Aurelio, Relator para acórdão	<p>O Ministro faz das palavras do Desembargador, que teve o voto vencido, as suas: "(...) se, por um lado, entendo que a inspeção corporal não pode ser feita coativamente, acho (...) que a recusa do agravante, além de inverter o ônus da prova, faz com que leve a uma <u>presunção de paternidade</u>, porque essa negação ao exame constitui uma renúncia tácita à tese da negatória da paternidade." (p. 419)</p> <p>"<u>Inexiste lei</u> reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste <i>habeas corpus</i> – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade." (p. 419)</p> <p>"Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova?" (p. 420)</p> <p>"É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação da paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu." (p. 420)</p>

<p>Min. Sydney Sanches</p>	<p>“Não me parece possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me pareceria razoável forçá-lo à ejaculação, para obtenção de esperma, nem forçar alguém a fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico.” (p. 425)</p> <p>“A recusa, obviamente, poderá repercutir, negativamente, contra aquele que dela se vale, podendo-se até, considerar provado o que se pretendia provar com o exame recusado.” (p. 425)</p> <p>“Parece-me repugnar à natureza das coisas e à própria natureza humana compelir alguém, contra sua vontade, a servir como objeto de prova, com violação à intimidade até do corpo (art. 5º, inciso X, da C. F.).” (p. 425)</p> <p>“Aliás, em situação como a dos autos, a recusa do paciente pode facilitar, ainda mais, o êxito da ação de investigação de paternidade, de sorte que <u>não há prejuízo para a parte contrária.</u>” (p.426)</p>
<p>Min. Néri da Silveira</p>	<p>“Penso que se resguardam os princípios constitucionais da <u>privacidade e da legalidade</u>, que favorecem ao paciente; <u>não resulta</u> do <i>decisum</i>, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, <u>prejuízo</u> definitivo ao autor, porque há uma conseqüência dessa negativa, qual seja, a <u>confissão</u>, o reconhecimento dessa paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame de DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade.” (p. 429)</p> <p>“O que considero, aqui, em debate, não é bem esse resultado da ação cível, mas, sim, <u>questão concernente à liberdade</u> e aos direitos individuais. Ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo.” (p. 430)</p>
<p>Min. Moreira Alves</p>	<p>“... o direito à investigação da paternidade é um <u>direito disponível</u>, tanto assim que se pode deixar de propor a ação. Ademais, ninguém pode propô-la, já que é um <u>direito personalíssimo</u>, depois da morte do filho que poderia pretender essa investigação. Estamos, pois, diante de dois valores: um disponível; outro, que a Constituição resguarda, e que é o da inviolabilidade da intimidade. Em favor daquele não se pode violar este.” (p. 431)</p>
<p>Min. Octavio Gallotti, Presidente</p>	<p>“Se, a tal convicção própria do autor, vem a juntar-se a declaração do juiz extraída, ou não, de uma presunção, a decorrer, por sua vez, do procedimento da parte contrária, - penso que não poderá o autor, legitimamente, considerar que não esteja estabelecida a verdade.” (p. 432)</p>

Min. Celso de Mello	Segundo consta no Extrato de Ata, o Ministro Celso de Mello estava presente à sessão e não foi indicado como Ministro que teve o voto vencido. Desta forma, pode-se concluir que ele acompanhou o voto do Relator para Acórdão, o Ministro Marco Aurélio.
----------------------------	---

O Ministro Sydney Sanches contribui para o debate exemplificando que outros tipos de prova feririam a intimidade e a dignidade de alguém. Cita, além da extração de sangue, a ejaculação para obtenção de esperma e o fornecimento de elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico. Isso é bastante relevante uma vez que, em todas as situações por ele indicadas, a prova pericial é invasiva, dependendo, e muito, da cooperação do réu. Talvez, se o exame fosse feito a partir de um fio de cabelo ou, como se verá, da placenta quando do nascimento do filho, a decisão pudesse ser outra.

Também resolve a questão no plano instrumental, com a presunção da paternidade, acrescentando que essa medida é melhor porque não viola a "intimidade do próprio corpo"²¹ e dignidade do impetrante e mais, porque não causa prejuízo às filhas. Como ele não desenvolve essa idéia, fica difícil de compreender a que tipo de prejuízo ele se refere. O que incomoda os Ministros vencidos, que estão preocupados com a verdade real, é que a mera presunção define apenas que o investigado terá de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar (pagar alimentos, p. ex.), mas deixa completamente sem resposta a questão da identidade biológica. O Ministro Sydney Sanches parece, então, preocupar-se somente com as questões patrimoniais, chamadas assim por alguns magistrados. Talvez isso indique e reconheça a própria limitação do Direito, que não é capaz de responder satisfatoriamente a todos os interesses sociais.

O voto do Ministro Néri da Silveira segue a mesma linha argumentativa dos Ministros Marco Aurélio e Sydney Sanches. Acrescenta, no entanto, que o seu dever é proteger a privacidade e a liberdade do

²¹ Ao que tudo indica, ao utilizar essa expressão o Ministro está preocupado com a intangibilidade física do investigado; o argumento não se restringe à intimidade.

impetrante de não se ver forçado a fornecer o seu próprio sangue para a realização do exame. Como é possível perceber, há um novo enfoque quanto ao direito ameaçado com a demanda judicial. Afinal, privacidade é o mesmo que intangibilidade física? É o mesmo também que intimidade?

O significado de intangibilidade física é aquele que mais se diferencia dos outros dois valores mencionados. Está relacionado à preservação do corpo, que inclui o direito de não se submeter a exames invasivos contra sua vontade. Assim, a colheita de sangue, por exemplo, se não tiver a concordância do doador pode violar a sua integridade física.

A intimidade vai além da preservação do corpo; está ligada à própria identidade da pessoa. A intimidade faz “uma divisão linear entre o ‘eu’ e os ‘outros’, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.”²² Isso significa que o exame de DNA, independentemente do meio escolhido para se realizar o teste, pode atingir a intimidade do indivíduo ao revelar um segredo que ele não queria compartilhar com ninguém. Se esse direito deve permanecer intacto ou não frente a outras pretensões, tal como o reconhecimento da identidade biológica do filho, é outra questão que pode e deve ser levada ao Judiciário. Inegável, contudo, a ligação entre intimidade e exame de DNA.

Já a privacidade está mais relacionada à vida social: “deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios.”²³ Muito embora o resultado do exame de DNA influa na vida familiar, esse direito não está diretamente relacionado à problemática do acórdão. A discussão está muito mais centrada na questão da intangibilidade física e da intimidade.

O Ministro Moreira Alves, por seu turno, apesar de concordar com a presunção da paternidade, fundamenta a sua decisão de outra forma.

²² ARAÚJO, Alberto Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 111.

²³ *Ibid.*, p. 110.

Reconhece o direito à investigação de paternidade como um direito disponível e que, por esta razão não poderia se sobrepor à intimidade do investigado.

O voto limita-se a um parágrafo, exatamente aquele transcrito na tabela 3. Ao que tudo indica, o conflito não seria entre dois direitos fundamentais, o direito à identidade biológica pelas filhas e a integridade do suposto pai, mas seria entre o direito de ação (investigação de paternidade) e a citada integridade. Entretanto, por trás do direito de ação há um direito (fundamental) a ser tutelado e este, evidentemente, não é disponível. O titular do direito pode escolher entre ajuizar ou não a ação investigativa de paternidade, mas não pode escolher entre ter ou não o direito de saber a sua identidade biológica.

O Ministro Octavio Gallotti retoma a idéia de que a presunção da paternidade não causa prejuízos às investigantes, motivo pelo qual acompanha o voto do Ministro Marco Aurélio.

Da mesma forma como nos votos vencidos, a argumentação dos Ministros que decidiram pela presunção da paternidade assume um formato interessante, como se tivesse justificando o resultado das sub-regras da proporcionalidade.

Dessa forma, a medida judicial que determinar a condução forçada do impetrante ao laboratório para a realização do exame de DNA é adequada, pois pode alcançar o fim pretendido, qual seja, revelar o estado de filiação das investigantes.

No entanto, ela não é necessária uma vez que há uma medida alternativa, prevista em lei e tão eficiente quanto à pleiteada, que limita em menor proporção o direito do impetrante.

Como o meio almejado inicialmente para o reconhecimento da paternidade não passou no teste da necessidade, pode-se concluir que aquela medida é desproporcional, não podendo o judiciário aplicá-la. Para

resolver o caso, os Ministros buscam aplicar a solução alternativa que foi indicada, não aplicando a proporcionalidade em sentido estrito.

Como se vê, ainda que os Ministros não tenham feito referência expressa à proporcionalidade ou às suas sub-regras, o arranjo argumentativo indica a preocupação em responder àqueles critérios e, de certa maneira, parece haver uma análise mais objetiva do caso. Isso vale para o esforço argumentativo empreendido pelos Ministros vencidos também.

De tudo quanto foi dito, pode-se extrair a seguinte *ratio decidendi* dos votos que deferiram o HC: presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo, que atinja a sua integridade física e sua dignidade.

3.2. O HC 76060-4

Julgado em 31 de março de 1998, pela 1ª Turma do STF, o HC 76060-4 também é um interessante precedente da corte constitucional brasileira. A Reclamação 2040-1, que será analisada em seguida, remete-se a essa decisão, bem como ao HC 71373-4, nessa qualidade.

Nesse segundo caso sobre exame de DNA, como não poderia deixar de ser, uma das questões mais relevantes é: os fatos que ensejaram esse HC são os mesmos do HC 71373-4? Se forem, como será utilizado o precedente? E se não forem, quais circunstâncias e sob qual fundamento os Ministros afastam o precedente?

O Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, redige o voto aprovado por unanimidade. Ele retoma o HC 71373-4 para demonstrar que a situação do HC 76060-4 é diferente. Esta última situação seria atípica porque o autor da ação de reconhecimento de filiação atesta ser o pai biológico, trazendo inclusive como prova um exame de DNA onde o seu sangue foi comparado com o da criança, do filho nascido na constância do casamento do réu, ora impetrante, e sua mulher.

Como já há prova constituída que demonstra a identidade biológica do filho, a determinação para que se realize exame de DNA com a finalidade de se fazer nova prova sobre o mesmo fato torna-se desnecessária. Isso seria o que o Ministro chamou de “prova de reforço”.

Portanto, a decisão que obriga o marido a realizar uma prova pericial para demonstrar que o filho nascido durante o seu casamento em realidade não é seu, mas de sua mulher com um terceiro, já sendo isso provado, afrontaria a dignidade do impetrante.

Tabela 4: Resumo dos fatos e seleção dos principais argumentos dos Ministros que reconheceram a não-obrigatoriedade do exame de DNA se esta se constituir em uma prova de reforço.

<p>Fatos: Em ação ordinária de reconhecimento de filiação com pedido de retificação de registro o impetrante, pai presumido do filho nascido na constância do seu casamento, tem contra si ordem judicial para submeter-se ao exame de DNA já que terceiro afirma ser o pai biológico da criança. Recusando-se a realizar tal exame, impetrou esse HC.</p>	
<p>Não se admite a obrigatoriedade do exame de DNA para se comprovar paternidade que tenha sido provada suficientemente por meio de outro exame de mesma natureza, em razão do seu caráter de reforço.</p>	
<p>Min. Sepúlveda Pertence, Relator</p>	<p>“De minha parte, não obstante o respeito à maioria formada no HC 71.313 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido – explícito no meu voto vencido – de que se pode opor o mínimo ou – para usar da expressão do eminente Ministro Relator – o risível sacrifício à inviolabilidade corporal (decorrente da ‘simples espetadela’, a que alude o voto condutor do em. Ministro Marco Aurélio) – ‘à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade’.</p> <p>A digressão, entretanto – e com as minhas escusas – vale apenas a título de reserva do eventual e oportuno reexame da tese do precedente lembrado.</p> <p>Na espécie, por certo, não estão presentes as circunstâncias – que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética – me induzem a insistir na ressalva prudente.</p> <p>Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o</p>

	<p>processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem por isso, se dirige a ação.</p> <p>(...)</p> <p>O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.</p> <p>(...)</p> <p>Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando à evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/ f.853).</p> <p>Esse o quadro, o primeiro e mais alto obstáculo constitucional à subjugação do paciente a tornar-se objeto da prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita de material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a afronta à sua dignidade pessoal, que, nas circunstâncias, a participação na perícia substantivaria.” (p. 137-139)</p>
Min. Octavio Gallotti	Acompanham o voto do Relator.
Min. Ilmar Galvão	
Min. Sydney Sanches	
Min. Moreira Alves, Presidente	

O raciocínio jurídico do Ministro, que fora acompanhado por seus colegas, indica que a obrigatoriedade do exame, sob essas circunstâncias fáticas, é reprovada pela análise da proporcionalidade. Embora afirme que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade seja “de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o magistrado não o aplica de forma estruturada, limitando-se a citá-lo.

O professor Virgílio Afonso da Silva, em artigo já mencionado sobre o tema da proporcionalidade, analisa esse mesmo trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence e conclui que, “na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente:

- a constituição consagra a regra da proporcionalidade.
- o ato questionado não respeita essa exigência.
- [portanto] o ato questionado é inconstitucional.”²⁴

No entanto, empregando um esforço para compreender a formulação do voto do Ministro, é possível perceber que as sub-regras da proporcionalidade foram consideradas implicitamente, isto é, sem que o argumento viesse precedido do rótulo “análise da adequação” ou “análise da necessidade”. Talvez não importe tanto o que o Ministro diz que irá fazer, mas sim, o que ele realmente faz. Se da leitura do texto puderem ser extraídas respostas às sub-regras da proporcionalidade, pode-se dizer que o Ministro aplicou o princípio ou regra da proporcionalidade.

No caso, o Ministro considerou a medida pleiteada judicialmente adequada, já que o exame de DNA pode dar uma certeza científica ao problema da paternidade. Contudo, ela foi reprovada no teste da necessidade uma vez que outra medida, tão eficiente quanto – o exame de

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 31.

DNA realizado a partir de amostras de sangue da criança e do autor da ação, já foi tomada, desvendando a dúvida quanto ao verdadeiro pai biológico da criança.

Portanto, como resultado da análise dos argumentos selecionados na tabela 4, chega-se à seguinte *ratio decidendi*: não se admite a obrigatoriedade do exame de DNA para se comprovar paternidade que tenha sido provada suficientemente por meio de outro exame de mesma natureza, em razão do seu caráter de reforço.

3.3. A Reclamação 2040-1

Essa reclamação, julgada em 21 de fevereiro de 2002 foi, até onde pesquisado, a última decisão do Tribunal acerca do exame de DNA. Num julgamento de dez votos contra um, tendo sido vencido o Ministro Marco Aurélio, decidiu-se, por bem, afastar os precedentes já estudados, o HC 71373-4 e HC 76060-4, por ser o caso em questão distinto, cujas circunstâncias não guardam relação alguma com aquelas consideradas nas citadas decisões, como se verá adiante.

Tabela 5: Resumo dos fatos e disposição dos votos dos Ministros na Recl. 2040-1

Fatos: Glória Trevi engravidou, no período em que estava presa nas dependências da polícia federal, em razão de ter sofrido um possível estupro carcerário. Como ela não quis dizer quem a teria violentado, tanto os presos quanto os policiais que tiveram contato com ela, como uma forma de defenderem sua intimidade, honra e imagem, forneceram espontaneamente uma porção de sangue para que fosse realizado o exame de DNA, e descoberto o verdadeiro pai do seu filho. Quando já se encontrava internada no Hospital, descobriu que se pretendia, contra a sua vontade e por ocasião do parto do seu filho, realizar a coleta da placenta, com a finalidade de se fazer o exame.

Como Glória Trevi estava submetida ao processo de Extradicação nº 783, isto é, à disposição do STF, o caso foi recebido como reclamação.

<p>QUESTÃO DE ORDEM</p> <p>Discute-se a competência do STF para processar e julgar a presente reclamação</p>
<p>Embora essa questão processual não seja objeto da presente pesquisa, registre-se que os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio não conheceram do pedido formulado como reclamação.</p>

<p>NO MÉRITO</p>	
<p>O exame de DNA é obrigatório quando se pretender proteger interesses coletivos como moralidade administrativa, segurança pública ou persecução penal desde que o meio de prova não seja invasivo.</p>	<p>O exame de DNA não deve ser obrigatório se o meio utilizado para a sua realização vulnerar ou agredir o direito à intimidade de quem a ele se opôs.</p>
Min. Néri da Silveira	Min. Marco Aurélio
Min. Maurício Corrêa	
Min. Ilmar Galvão	
Min. Carlos Velloso	
Min. Sepúlveda Pertence	
Min. Sydney Sanches	
Min. Ellen Gracie	
Min. Nelson Jobim	
Min. Celso de Mello	
Min. Moreira Alves	

3.3.1. Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA

Logo no início de seu voto, o Relator, Ministro Néri da Silveira, recupera a decisão e as razões de decidir do precedente para demonstrar que não os ignora, mas que, a situação tratada na reclamação, por ser nova e por trazer circunstâncias diferentes (os supostos pais não se recusam a realizar o exame, por exemplo), merece um outro destino.

Depois dessa primeira consideração, segue por um caminho argumentativo cujo desafio é apresentar, diante da complexidade da

matéria, todos os possíveis conflitos que poderiam aparecer.²⁵ Depois do exercício de identificá-los ele tenta demonstrar, um a um, que nem todos são relevantes ou objeto da reclamação, até que faz um recorte, e separa um para análise, o que envolve, de um lado, o direito fundamental de Glória Trevi em não ver divulgada a identidade do pai de seu filho, em contraposição ao interesse do Estado de prosseguir nas investigações tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal.

Do sopesamento desses dois valores, ele conclui que prevalece aquele que protege os interesses da coletividade, tomando como fundamento principal o fato do exame poder ser feito a partir da placenta. Como o meio de prova não é invasivo, porque a placenta é considerada lixo biológico, não há qualquer violação à sua intangibilidade física e, por consequência, à sua intimidade. Sendo assim a determinação para que se realize o exame não afetaria, em nada, o direito da extraditanda.

Na tabela 6 a seguir, é possível perceber que o direito ameaçado da extraditanda ora é rotulado de intangibilidade física ora de intimidade. No caso, que direito realmente está em jogo? O "direito fundamental de Glória Trevi em não ver divulgada a identidade do pai de seu filho" refere-se à sua integridade física ou à sua intimidade?

Tabela 6: Seleção dos principais argumentos dos Ministros que reconheceram a obrigatoriedade do exame de DNA na Recl. 2040-1

O exame de DNA é obrigatório quando se pretender proteger interesses coletivos como moralidade administrativa, segurança pública ou persecução penal desde que o meio de prova não seja invasivo.	
Min. Néri da Silveira, Relator	"Viu-se que em ambos os julgados [HC 71373-4 e HC 76060-4], a Suprema Corte entreviu colisão de direitos fundamentais. No primeiro, confrontou-se o 'direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética' com 'a intimidade, a vida privada, a honra e a

²⁵ Direito do nascituro a sua determinação genética X oposição de qualquer suposto pai ao exame; intimidade da mãe em ver preservada a identidade do pai X direito do nascituro a sua determinação genética; intimidade da mãe em ver preservada a identidade do pai X interesses da coletividade.

	<p>imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (art. 5º), (...) a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa’, com o tribunal pendendo por assegurar esses últimos em detrimento daquele. No segundo acórdão, colidiram o ‘direito fundamental à própria e real identidade genética’ e a ‘dignidade pessoal’, com prevalência desse último. (...)</p> <p>Aqui, entretanto, <u>a hipótese é completamente distinta</u>: não há colisão de direitos fundamentais.</p> <p>Clama por proteção, isolado, sem concorrência ou oposição de direitos de terceiros, o direito ao reconhecimento da paternidade do nascituro, filho da extraditanda Glória Trevi. (...)</p> <p>Isto porque <u>não há oposição de qualquer suposto pai ao exame</u>, já tendo sido colhido, espontaneamente, o material apropriado para a consecução do exame de DNA de todos os supostos envolvidos – nada menos que sessenta e um homens. (...)</p> <p>Não ocorre, portanto, na hipótese, colisão de direitos fundamentais de sorte a exigir, deste Juízo, ponderação de valores –tomando por ferramenta a proporcionalidade – com resultado desfavorável a um deles. (...)</p> <p>A hipótese é de autêntica <u>convergência de direitos fundamentais</u>, já que ao direito do nascituro à sua determinação genética alinham-se direitos de vários envolvidos igualmente fundamentais –sediados no domínio da honra, da intimidade, da dignidade. Com efeito, é ocioso ressaltar que somente com o cabal conhecimento da paternidade todos os outros envolvidos/ acusados poderão se livrar do grave encargo moral que injustamente viram recair sobre seus nomes, com conseqüências funestas do ponto de vista pessoal, familiar, profissional e social. (...)</p> <p>Uma objeção da extraditanda quanto à realização do exame ao argumento de que se descobrirá com quem teve relações sexuais também não poderá, <i>data vênia</i>, prevalecer sobre o direito da criança quanto a saber de sua origem genética. Embora essa fosse a única hipótese de colisão, este Juízo não teria a maior dificuldade em reconhecer que, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, haveria de reconhecer que <u>o direito à intimidade da extraditanda</u> é numérica e substancialmente inferior aos direitos à intimidade, à honra e à dignidade dos sessenta injustiçados, acrescidos do direito fundamental da criança acerca do conhecimento de sua paternidade.</p> <p>(...) passemos a fazer a imperativa <u>ponderação entre o direito fundamental de intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz em não ser divulgada a identidade do pai de seu filho e o interesse do Estado em prosseguir nas investigações, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da</u></p>
--	--

	<p><u>persecução penal</u>. (...)</p> <p>No que concerne ao nascituro e a sua genitora, <u>não será necessária, também, a realização de nenhum procedimento invasivo para a coleta de material apto ao exame de DNA</u>. Isso porque existe a possibilidade da realização deste exame somente com a utilização da placenta, a qual, de acordo com o laudo pericial... é 'descartada como lixo biológico'. (...)</p> <p>Assim, sem qualquer espetadela ou agressão ao menor ou à sua mãe, será possível retirar da <u>placenta</u>, que é considerada <u>lixo biológico</u>, o material genético suficiente para a realização do exame de DNA, sem a necessidade de procedimento invasivo que importe em inserção de instrumento médico-cirúrgico no corpo...</p> <p>Portanto, a realização do exame de DNA <u>não acarretará qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal</u> de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz ou do recém-nascido. (...)</p> <p>Desse modo, <u>sopesando o direito à intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz</u>, que, caprichosamente recusa-se a identificar o pai do menor, <u>com os bens jurídicos constitucionais em conflito</u>, deverão prevalecer este bens em detrimento daquele direto, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, as circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor." (p. 129-220)</p>
<p>Min. Maurício Corrêa</p>	<p>Acompanha o voto do Relator destacando "apenas a questão da proporcionalidade, tendo em vista que, opondo-se aos direitos fundamentais da reclamante, existem os direitos daqueles sessenta policiais e demais detentos na situação de suspeitos com relação à autoria desse suposto engravidamento da reclamante... Isso, por si só, justifica a peculiaridade do caso." (p. 222)</p>
<p>Min. Ilmar Galvão</p>	<p>"(...) não tenho por configuradora de constrangimento ilegal a submissão compulsória da pessoa a exames como o de DNA, de identificação datiloscópica, de verificação de teor alcoólico ou toxicológico... sempre que estiver em jogo interesse público, contra o qual não pode prevalecer o pretense direito à intimidade.</p> <p>No caso da extraditanda, considerando que o material orgânico sujeito ao exame já se acha separado da pessoa da paciente, com maior razão ainda, não tenho por que me opor à pretensão do Ministério Público." (p. 223)</p>
<p>Min. Carlos Velloso</p>	<p>Acompanha o voto do Relator.</p>

Min. Sepúlveda Pertence	Acompanha o voto do Relator.
Min. Sydney Sanches	Acompanha o voto do Relator.

Às vezes os conceitos de intangibilidade física e de intimidade se confundem, mas eles têm significados próprios: pode ser que a intimidade seja violada sem, contudo, haver violação da integridade física. Quebra do sigilo bancário é um dos exemplos de violação à intimidade frequentemente lembrado. O próprio STF já se manifestou sobre isso no HC 84758, Rel. Min. Celso de Mello. Evidentemente nessa situação, o desrespeito à intimidade não é precedido da violação da intangibilidade física. São portanto, direitos diferentes que podem ou não estar relacionados.

Apesar da imprecisão quanto ao direito fundamental que deve ser ponderado, a linha argumentativa do Ministro parece resolver o problema da integridade física apoiando-se no meio de prova escolhido: colheita de DNA a partir da placenta. Por ser um exame não invasivo, não há que se falar em violação da intangibilidade física.

Mas será este de fato o único valor que Glória Trevi gostaria de ver respeitado? O seu receio estava fundado no modo que se extrairia a sua amostra de DNA?

Parece que se pretendia ter preservada a sua intimidade, coisa que poderia ser abalada qual fosse o meio de prova. Dessa maneira, a falta de propriedade em definir o direito em conflito não poderia ser entendida como um artifício para deslocar o foco de debate uma vez que o Tribunal estava pressionado pela mídia para julgar com rapidez o caso?

Os demais Ministros que votaram a favor da obrigatoriedade do exame de DNA passaram despercebidos por essa questão. Somente o Min. Marco Aurélio chamou atenção para à intimidade, motivo pelo qual foi o único dissidente como se verá adiante.

O Ministro Maurício Corrêa refere-se à proporcionalidade, mas passa longe de aplicá-la de maneira estruturada. Ao invés de analisar as suas sub-regras, ele faz um comentário simplista, concordando com a realização do exame porque os direitos dos sessenta policiais e detentos suspeitos pesam mais do que o direito da extraditanda. Parece que a complexidade do caso é reduzida a uma operação matemática, se de um lado há 60 pessoas com o mesmo interesse, este deve prevalecer.

Entretanto, como já exercitado anteriormente, a partir da seleção de alguns argumentos trazidos no voto, é possível perceber, mesmo de maneira implícita e não estruturada, que a regra da proporcionalidade foi utilizada. A ordem para que se faça o exame de DNA é adequada, pois ela permite que se conheça, com segurança científica, a paternidade. Também é necessária, pois o meio (utilização da placenta) atinge o fim proposto, identificação do pai, da melhor maneira possível, sem que haja outra alternativa tão eficiente quanto essa. Por fim, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, há razões relativamente maiores que justificam a preservação dos interesses coletivos em detrimento da "intimidade" da extraditanda.

O Ministro Ilmar Galvão reforça o argumento segundo o qual, o meio para obtenção da prova, em sendo a placenta, material estranho à mãe e ao filho após o parto, facilita a resolução do conflito, enquanto que os demais Ministros acompanham o relator sem maiores comentários.

De tudo quanto foi dito, pode-se extrair a seguinte *ratio decidendi*: o exame de DNA é obrigatório quando se pretender proteger interesses coletivos como moralidade administrativa, segurança pública ou persecução penal desde que o meio de prova não seja invasivo.

3.3.2. Voto no sentido da não-obrigatoriedade do exame de DNA

O voto do Ministro Marco Aurélio foi o único dissidente nessa decisão, quanto ao mérito.

Um dos pontos controvertidos, e que parece ter tido um peso grande em seu voto, é a utilização da placenta como forma de realizar o exame de DNA. Muito embora ela seja considerada lixo biológico, se utilizada contra a vontade da extraditanda, atingirá a sua intimidade. Desta forma, pode-se entender que ele reconhece a colisão de direitos fundamentais, alterando um dos pólos dessa relação conflituosa: no lugar da integridade física²⁶ coloca a intimidade.

Tabela 7: Seleção do principal argumento do Ministro que reconheceu a não-obrigatoriedade do exame de DNA na Recl. 2040-1

O exame de DNA não deve ser obrigatório se o meio utilizado para a sua realização vulnerar ou agredir o direito à intimidade de quem a ele se opôs.	
Min. Marco Aurelio	<p>“Eu diria que a placenta, realmente, é desprezada, mas, no caso, não cabe potencializar esse fato. É preciso perquirir se estará em jogo a intimidade da extraditanda, com a busca dessa placenta no lixo e com o exame. E essa resposta, aqui, é positiva. Uma coisa é desprezá-la, outra coisa é dar-lhe uma utilidade que vulnere, agrida o bem protegido constitucionalmente: a intimidade da própria pessoa.” (p 234)</p>

A partir desse ponto de vista, a *ratio decidendi* do voto vencido pode ser assim simplificado: o exame de DNA não deve ser obrigatório se o meio utilizado para a sua realização vulnerar ou agredir o direito à intimidade de quem a ele se opôs.

²⁶ Como visto, muito embora os votos vencedores mencionem a intimidade, a argumentação se refere à intangibilidade física; pode-se constatar a impropriedade dos julgadores ao trabalharem com esses dois direitos.

4. CONCLUSÃO

1. O STF, a partir de 1988, manifestou-se em três ocasiões sobre a obrigatoriedade do exame de DNA para se descobrir a paternidade. No HC 71373-4 o suposto pai recusava-se a fazer o exame com fundamento no seu direito à intimidade e à intangibilidade física. De outro lado, por se tratar de um caso de colisão de direitos fundamentais, estaria também em jogo o direito das filhas à identidade biológica. No HC 76060-4 o pai presumido, em nome da sua dignidade, recusa-se a fazer o exame, pois terceiro afirma ser o pai biológico do filho nascido na constância de seu casamento já tendo, inclusive, realizado exame com sangue da criança, da mãe e dele. Por fim, na Reclamação 2040-1, Glória Trevi opõe-se a realização do exame de DNA a partir de material colhido da placenta, quando do nascimento de seu filho, com fundamento no seu direito à intimidade, porque ela não quer que seja descoberta a identidade do pai, que a teria engravidado num ato de violência sexual. Policiais e detentos acusados do estupro carcerário, em contraposição, forneceram uma porção de sangue para a realização do exame como forma de garantir sua honra e imagem.

2. No exame dos acórdãos já mencionados, não foi possível identificar uma única conceituação de princípio utilizada pelos Ministros, nem mesmo se os considerarmos isoladamente. Os votos trazem características de uma e outra classificação. Como foi possível identificar a aplicação, ainda que não estruturada, da regra da proporcionalidade, optou-se por descrever o conceito de princípio de Alexy e sua proposta de resolução de conflitos entre princípios no item 1 dessa pesquisa.

3. Os Ministros identificaram uma colisão de direitos fundamentais, notadamente apresentados como princípios, em todas as decisões, conforme os quadros abaixo:

Tabela 8: Conclusão quanto ao conflito entre princípios e seu fundamento constitucional no HC 71373-4

HC 71373-4	
<p>Conflito entre princípios</p> <p>Comum a todos os votos, com exceção do Min. Moreira Alves.</p> <p>Direito da criança à sua real identidade X Direito do pai à sua intangibilidade física</p>	
Ministro	Fundamento constitucional
Francisco Rezek, Relator	<p>Direito à convivência familiar (art. 27, do ECA e art. 227, da CF) X Direito à intangibilidade física (art. 5º, X, da CF)</p>
Ilmar Galvão	<p>Não menciona.</p> <p>(O direito à identidade biológica é um interesse de ordem pública já que o Ministério Público seria um dos titulares do direito de ação na investigação de paternidade – Lei nº 8560/92)</p>
Carlos Velloso	<p>Direito à dignidade da criança e do adolescente (art. 227, da CF) X Direito à intangibilidade física (art. 5º, X, da CF)</p>
Sepúlveda Pertence	Acompanhou o voto do Relator, Min. Francisco Rezek.
Marco Aurélio, Relator para acórdão	Não menciona.
Sydney Sanches	Apresenta somente os fundamentos constitucionais do direito do pai: intangibilidade física e dignidade (art. 5º, X e art. 1º, III, da CF)
Néri da Silveira	Apresenta somente o fundamento constitucional do direito do pai: liberdade (art. 5º, <i>caput</i> , da CF)

	Conflito entre princípios	Fundamento constitucional
Moreira Alves	Direito das filhas à investigação da paternidade X Direito do pai à intangibilidade física	Não menciona. (Reconhece o direito à investigação de paternidade como um direito disponível e que, por esta razão, não poderia se sobrepor à intimidade do investigado)
Octavio Gallotti, Presidente	Acompanhou o voto do Relator para acórdão, Min. Marco Aurelio.	
Celso de Mello	Acompanhou o voto do Relator para acórdão, Min. Marco Aurelio.	

Como se pode ver, o conflito de princípios foi estabelecido entre o direito da criança à sua real identidade biológica e o direito do pai à sua intangibilidade física. Os dispositivos constitucionais que estariam em conflito seriam, portanto, o art. 5º, X e o art. 227. No entanto, se em caso semelhante o investigador for adulto ou tiver sido gerado em laboratório, a partir de um banco de sêmen, essa mesma argumentação poderia ser utilizada? O fundamento constitucional trazido e a ponderação feita entre esses princípios seriam os mesmos?

Tabela 9: Conclusão quanto ao conflito entre princípios e seu fundamento constitucional no HC 76060-4

HC 76060-4	
Conflito entre princípios Direito do pai biológico ao reconhecimento do filho X Direito do pai presumido à sua intimidade e dignidade	
Ministro	Fundamento constitucional

Sepúlveda Pertence, Relator	Não menciona.
Octavio Gallotti; Ilmar Galvão; Sydney Sanches; Moreira Alves, Presidente	Acompanharam o voto do Relator.

Tabela 10: Conclusão quanto ao conflito entre princípios e seu fundamento constitucional na Recl. 2040-1

Recl. 2040-1	
<p>Conflito entre princípios</p> <p>Direito de Glória Trevi em não ver divulgada a identidade do pai de seu filho (integridade física ou intimidade?) X Interesse do Estado de prosseguir nas investigações tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal.</p>	
Ministro	Fundamento constitucional
Néri da Silveira, Relator	Apresenta somente o fundamento constitucional do direito de Glória Trevi: intimidade ²⁷ (art. 5º, X, da CF)
Maurício Corrêa; Ilmar Galvão; Carlos Velloso; Sepúlveda Pertence; Sydney Sanches	Acompanharam o voto do Relator.
Marco Aurélio	Apresenta somente o fundamento constitucional do direito de Glória Trevi: intimidade (art. 5º, X, da CF)

²⁷ No item 3.3.1 pode-se constatar que os Ministros utilizam “intimidade” com sentido de “intangibilidade física”.

4. Pelo arranjo argumentativo dos Ministros, foi possível identificar a aplicação da regra ou do princípio da proporcionalidade em todos os casos. Nas três situações pesquisadas, não há referência expressa às sub-regras da proporcionalidade, sob os rótulos da “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. Portanto, pode-se concluir que os julgadores utilizam a proporcionalidade, muito embora não digam com todas as letras que o fazem. Do resultado a que se chegou analisando a seleção de argumentos dos Ministros, pode-se extrair as respostas do teste das sub-regras da proporcionalidade, conforme as seguintes tabelas:

Tabela 11: Aplicação da proporcionalidade no HC 71373-4

HC 71373-4	
	Aplicação da regra ou do princípio da proporcionalidade
Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA	<p>Adequação: a medida judicial que determinar a condução forçada do impetrante ao laboratório para a realização do exame de DNA é adequada, pois pode alcançar o fim pretendido, qual seja, revelar o estado de filiação das investigantes.</p> <p>Necessidade: a medida seria também necessária já que o fim pretendido não pode ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.</p> <p>Proporcionalidade em sentido estrito: prevalece o direito da criança à sua identidade biológica.</p>
Votos no sentido da presunção da paternidade	<p>Adequação: a medida judicial que determinar a condução forçada do impetrante ao laboratório para a realização do exame de DNA é adequada, pois pode alcançar o fim pretendido, qual seja, revelar o estado de filiação das investigantes.</p>

	<p>Necessidade: ela não é necessária uma vez que há uma medida alternativa, prevista em lei (presunção da paternidade) e tão eficiente quanto à pleiteada, que limita em menor proporção o direito do impetrante.</p> <p>Proporcionalidade em sentido estrito: ---</p>
--	--

Tabela 12: Aplicação da proporcionalidade no HC 76060-4

HC 76060-4	
Aplicação da regra ou do princípio da proporcionalidade	
<p>Adequação: a medida pleiteada judicialmente é adequada já que o exame de DNA pode dar uma certeza científica ao problema da paternidade.</p>	
<p>Necessidade: a medida não é necessária uma vez que há outra, tão eficiente quanto – o exame de DNA realizado a partir de amostras de sangue da criança e do autor da ação, que já foi tomada, desvendando a dúvida quanto ao verdadeiro pai biológico da criança.</p>	
<p>Proporcionalidade em sentido estrito: -----</p>	

Tabela 13: Aplicação da proporcionalidade na Recl. 2040-1

Recl. 2040-1	
	Aplicação da regra ou do princípio da proporcionalidade
Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA	<p>Adequação: a ordem para que se faça o exame de DNA é adequada, pois ela permite que se conheça, com segurança científica, a paternidade.</p> <p>Necessidade: a ordem para que se faça o exame de DNA também é necessária, pois o meio (utilização da placenta) atinge o fim proposto, identificação do pai, da melhor maneira possível, sem que haja outra alternativa tão eficiente quanto essa.</p> <p>Proporcionalidade em sentido estrito: há razões relativamente maiores que justificam a preservação dos interesses</p>

	coletivos em detrimento da intimidade da extraditanda.
Voto no sentido da não-obrigatoriedade do exame de DNA	<p>Adequação: a ordem para que se faça o exame de DNA é adequada, pois ela permite que se conheça, com segurança científica, a paternidade.</p> <p>Necessidade: a ordem para que se faça o exame de DNA também é necessária, pois o meio (utilização da placenta) atinge o fim proposto, ou seja, a identificação do pai, da melhor maneira possível, sem que haja outra alternativa tão eficiente quanto essa.</p> <p>Proporcionalidade em sentido estrito: deve-se respeitar a intimidade da extraditanda, não sendo possível utilizar a placenta, ainda que esta seja considerada lixo biológico.</p>

5. Um dos principais desafios dessa pesquisa foi a tentativa de sintetizar a *ratio decidendi* de cada acórdão, considerando-se, inclusive, os argumentos dos votos vencidos, como indicado no seguinte quadro:

Tabela 14: *Ratio decidendi* das decisões analisadas

Acórdão	<i>Ratio decidendi</i>
HC 71373-4 Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA	Nas ações de investigação de paternidade, o investigado não pode se recusar a realizar o exame de DNA, pois o direito dos filhos de terem reconhecida a sua identidade biológica tem um peso relativamente maior do que o direito do suposto pai à sua intangibilidade física. Em outras palavras, o direito dos filhos se sobrepõe ao direito do investigado.
HC 71373-4 Votos no sentido da presunção da paternidade	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo, que atinja a sua integridade física e dignidade.
HC 76060-4	Não se admite a obrigatoriedade do exame de DNA para se comprovar paternidade que tenha sido provada

	suficientemente por meio de outro exame de mesma natureza, em razão do seu caráter de reforço.
Recl. 2040-1 Votos no sentido da obrigatoriedade do exame de DNA	O exame de DNA é obrigatório quando se pretender proteger interesses coletivos como moralidade administrativa, segurança pública ou persecução penal, desde que o meio de prova não seja invasivo.
Recl. 2040-1 Voto no sentido da não-obrigatoriedade do exame de DNA	O exame de DNA não deve ser obrigatório se o meio utilizado para a sua realização vulnerar ou agredir o direito à intimidade de quem a ele se opôs.
<p>É possível extrair uma <i>ratio decidendi</i> única desses casos?</p> <p>O exame de DNA é obrigatório para se descobrir a paternidade, exceto quando: demandar a realização de um exame invasivo, porque isso violaria a integridade física, e já se houver comprovado, por outro exame de mesma natureza, o reconhecimento da filiação por terceiro.²⁸</p>	

Por fim, cruzando-se as informações da tabela, foi possível delinear uma única *ratio decidendi* sobre a matéria envolvendo exame de DNA na jurisprudência do STF: o exame de DNA é obrigatório para se descobrir a paternidade, exceto quando demandar a realização de um exame invasivo, porque isso violaria a integridade física, e já se houver comprovado, por outro exame de mesma natureza, o reconhecimento da filiação por terceiro.

Se bem analisada essa *ratio decidendi*, pode-se concluir que por ora, atentando-se para a imprecisão dos Ministros quanto ao conceito de intangibilidade física e intimidade, o que foi decidido em verdade, para ser considerado como precedente, é que o exame de DNA não pode ser invasivo. Acredita-se que a questão da intimidade ainda esteja em aberto, podendo ser rediscutida no Tribunal se as incoerências na argumentação dos Ministros forem apresentadas.

²⁸ Para chegar a essa *ratio decidendi*, ignoraram-se os argumentos do Ministro Marco Aurélio, especialmente os apresentados na Recl. 2040-1, visto que não admite, em nenhuma hipótese, a limitação da intimidade para ver solucionada a dúvida acerca da paternidade.

6. Um dos critérios de análise qualitativa dos acórdãos estabelecido foi “coerência dos julgadores em sua argumentação em um e outro caso”. A partir da *ratio decidendi* de cada caso pode-se comparar o posicionamento dos Ministros para analisar como lidam com os precedentes do Tribunal.

Tabela 15: Coerência da argumentação dos Ministros nos casos analisados

Ministro	HC 71373-4	HC 76060-4	Recl. 2040-1
Francisco Rezek	O exame de DNA é obrigatório, ainda que o meio de prova seja invasivo.	-----	-----
Ilmar Galvão	O exame de DNA é obrigatório, ainda que o meio de prova seja invasivo.	O exame de DNA é desnecessário se tiver caráter de reforço.	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Carlos Velloso	O exame de DNA é obrigatório, ainda que o meio de prova seja invasivo.	-----	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Sepúlveda Pertence	O exame de DNA é obrigatório, ainda que o meio de prova seja invasivo.	O exame de DNA é desnecessário se tiver caráter de reforço.	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Marco Aurélio	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	-----	O exame de DNA não deve ser obrigatório se o meio utilizado para a sua realização vulnerar ou agredir o direito à intimidade de quem a ele se opôs.

Sydney Sanches	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	O exame de DNA é desnecessário se tiver caráter de reforço.	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Néri da Silveira	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	-----	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Moreira Alves	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	O exame de DNA é desnecessário se tiver caráter de reforço.	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Octavio Gallotti	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	O exame de DNA é desnecessário se tiver caráter de reforço.	-----
Celso de Mello	Presume-se a paternidade sempre que se demandar do investigado a realização de um exame invasivo.	-----	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Maurício Corrêa	-----	-----	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.
Ellen Gracie	-----	-----	O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja

invasivo.

Nelson Jobim

O exame de DNA é obrigatório desde que o meio de prova não seja invasivo.

Os Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, no HC 71373-4, argumentam que o exame de DNA é obrigatório, ainda que o meio de prova seja invasivo. Na Reclamação 2040-1 acompanham o voto do Relator pela obrigatoriedade do exame. Se desde o início concordavam que o exame era obrigatório, independentemente do meio de prova, é mais do que compreensível que se ele não for invasivo o exame também deva ser obrigatório.

Os Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello decidiram pela presunção da paternidade no HC 71373-4. Já na Reclamação 2040-1, votaram pela obrigatoriedade do exame. O ponto central dessa mudança foi o meio de prova. Não sendo ele invasivo, não haveria desrespeito à integridade física da impetrante. A questão da intimidade não foi claramente enfrentada. Sendo o caso diverso do anterior, o precedente foi justificadamente afastado.

No HC 71373-4 o Ministro Marco Aurélio votou pela presunção da paternidade visto que o meio de prova escolhido afrontava a intangibilidade física do investigado. Já na reclamação 2040-1 posicionou-se contra a realização do exame, ainda que o meio escolhido não tenha sido invasivo, por entender que o resultado violaria o direito à intimidade. Pode-se constatar que o meio de prova não interferiu no seu voto. No entanto, se comparados seus votos nessas decisões, pode-se encontrar uma incongruência. Tudo indica que ele se omitiu ao analisar o direito à intimidade no HC 71373-4 tendo decidido pela presunção da paternidade. Sem dúvida essa solução alternativa poderia ser questionada: ela não desrespeitaria a intimidade? Se isso fosse admitido, poder-se-ia encontrar

no seu voto uma análise da proporcionalidade em sentido estrito, o que não ocorreu.

Como o HC 76060-4 é bastante diferente dos outros acórdãos analisados, como bem justificou os Ministros, não há necessidade de contrastá-los aqui.

7. A trajetória percorrida pela pesquisa, partindo da identificação dos direitos fundamentais em conflito e de sua fundamentação na Carta Constitucional, passando pela análise da proporcionalidade até a extração de uma *ratio decidendi* para cada voto vencido ou vencedor facilitou o entendimento dos casos. Com a leitura atenta dos acórdãos pretendeu-se desvendar aspectos pontuais sobre o exame de DNA, mas foi possível também ampliar o debate para entender o uso que o Tribunal faz da proporcionalidade e de seus precedentes, contribuindo um pouco mais com aqueles que estudam a jurisprudência do STF.

8. De tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que a orientação do STF sobre exame de DNA ainda é recente, tendo sido julgados poucos casos para que se pudesse reproduzir aqui algo definitivo. Muitas questões continuam em aberto, podendo ter respostas bastante diferentes das indicadas nesse trabalho.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas Internacionales de lógica e informática Jurídicas celebradas em San Sebastián em septiembre de 1998.

ARAÚJO, Alberto Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 23-50, 2002.

6. ANEXOS

- HC 71373-4
- Recl. 2040-1
- HC 76060-4