O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* O DIREITO À PRIVACIDADE DA MÃE: ANÁLISE DE CASO PRÁTICO

ÍSIS BOLL DE ARAUJO BASTOS*

O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa [...]. Gerard Cornu.

RESUMO: No Brasil, não existe previsão para solucionar um conflito entre dois direitos fundamentais, cada vez mais presente no dia-a-dia de toda a sociedade: direito à identificação da paternidade genética *versus* direito à privacidade da mãe. Neste ensaio será analisado um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que há um conflito entre o interesse da filha em querer saber sua ascendência genética e o interesse da mãe em preservar sua privacidade em não revelar os nomes dos supostos pais. Em países como a Argentina tal conflito se resolve com uma responsabilização da mãe, já na França a privacidade da mãe prevalece em alguns casos. No que se refere a legislação brasileira não há previsão legal para resolver esse conflito. A discussão poderá ser solucionada com uma profunda análise do caso concreto e em sendo adequado, aplicar uma responsabilização. PALAVRAS-CHAVE: Identificação da Paternidade; Origem genética; Privacidade; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: In Brazil, there is no provision to solve a conflict between two fundamental rights that have been increasingly present in daily life of society as a whole: the right to determination of genetic paternity *versus* the right to mother's privacy. This essay analyzes a case tried by the German Federal Constitutional Court in which there was a conflict between a daughter's interest in knowing her genetic ancestry, and a mother's interest in preserving her privacy, not disclosing the names of supposed fathers. In countries like Argentina, such a conflict has been resolved by means of mother's responsibility, while in France mother's privacy has prevailed in some cases. Regarding Brazilian law, there is no legal provision to solve this kind of conflict. It might be resolved through a deep analysis of each case, and imposition of responsibility when appropriate. KEYWORDS: Identification of paternity; Genetic Origin; Privacy; Civil Responsibility.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O conflito entre a busca da identidade genética e o direito à privacidade da mãe; 1.1 Referindo o caso em análise; 1.2 Breves apontamentos teóricos: a busca da identidade genética e o direito à privacidade; 1.3 Analisando o caso propriamente dito e buscando possíveis soluções; Conclusão; Referências.

Artigo recebido em 8.09.2010 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 6.01.2010.

^{*} Advogada. Mestranda em Direito pela PUCRS. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUCRS.

SUMMARY: Introduction; 1. The conflict between the search for genetic identity and the mother's right to privacy; 1.1 Presenting the case under analysis; 1.2 Brief theoretical notes: the search for genetic identity and the right to privacy; 1.3 Case analysis and search for possible solutions; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Os pais são responsáveis por seus filhos, portanto, há um dever de reconhecimento da paternidade ou maternidade. Porém, como obrigar uma mãe a revelar a identidade do genitor caso esta se negue de forma peremptória a fazer tal declaração? É uma obrigação/dever da mãe a declarar quem é o pai ou quem são os possíveis pais?

Neste breve estudo será analisado um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que há um conflito entre o interesse da filha em querer saber sua ascendência genética e o interesse da mãe em preservar sua intimidade e de terceiros em não revelar os nomes dos supostos pais.

Neste contexto será analisado um pouco da história e algumas bases conceituais do direito de personalidade e da proteção à intimidade e à vida privada, bem como do direito, a saber, a identidade genética apenas para nos situarmos no tema em discussão.

A análise do caso em questão será feita com base nos conceitos expostos e analisando conjuntamente com o entendimento do nosso Tribunal gaúcho em relação ao assunto, revelando principalmente o conflito existente entre dois direitos fundamentais. Demonstrando a colisão entre eles e a forma de ponderação, utilizando o critério da proporcionalidade para sopesar direitos fundamentais confrontantes.

Neste entremeio sempre me posicionando sobre o tema, fazendo assim uma análise crítica devidamente motivada da decisão.

1. O CONFLITO ENTRE A BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À PRIVACIDADE DA MÃE

No Brasil a relevância dos direitos de personalidade nasce com a repersonalização do direito civil, momento em que a pessoa humana passa a ser, o centro das atenções.

Fachinni¹ refere que com a repersonalização do direito civil, tivemos o marco da valorização dos direitos de personalidade.

O ordenamento jurídico pátrio prevê os direitos de personalidade na Constituição Federal de 1988 no art. 5°, inciso X e a partir do art. 11 do Código Civil. Ainda, os direitos à intimidade e à vida privada estão albergados no art. 21 do mesmo diploma civil.

Um conflito entre dois direitos de personalidade será objeto de análise no caso a seguir, tal caso também adentra na discussão da relação entre o direito privado e os direitos fundamentais.

1.1 O Caso em Análise

O caso a ser analisado e contrastado com a legislação de outros países trata de uma reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão contra uma

 $^{^{1}\,}FACCHINI\,NETO,\,Eug\hat{e}nio.\,Reflex\~{o}es\,hist\'{o}rico-evolutivas\,sobre\,a\,constitucionaliza\~{c}\~{a}o\,do\,direito\,privado.$ In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11-60.

decisão judicial datada de 06 de maio de 1997. Tal reclamação foi proposta para que a decisão de segunda instância, favorável a filha requerente fosse reformada. O processo trata de pretensão baseada em motivos pessoais e para fins sucessórios que move a filha (reclamada) para obrigar que a sua mãe (reclamante) revele a identidade de seu genitor, requerendo ainda, o registro no tabelionato competente da sua paternidade biológica. Interessante salientar que, logo após o nascimento ela (filha-reclamada) foi entregue para um orfanato, sendo em seguida acolhida por pais adotivos que exerceram todos os deveres paternos.

A reclamante (mãe) sustentou que manteve relações sexuais com diversos homens à época da concepção e que até o pedido da reclamada (filha) havia decorrido 38 anos. Neste lapso temporal, tais homens constituíram famílias sólidas e por tal motivo não haveria necessidade de serem nominados.

O julgamento em primeira instância foi procedente quanto à pretensão da filha, por consequência condenando a mãe a revelar a identidade do pai. Nessa decisão prevaleceu o interesse da filha, sendo baseada no Código Civil Alemão (BGB) mais precisamente no que se refere ao direito de família e sucessões, com interpretação à luz do artigo 6°, V da Constituição Alemã (GG) que contém o mandamento de tratamento igual de filhos havidos dentro e fora do casamento. Realizando a ponderação entre a intensidade da intervenção na esfera privada da mãe (revelação da identidade de seus parceiros sexuais) e o direito fundamental geral da personalidade da filha (Art. 2, I GG).

Inconformada com a decisão em primeira instância a mãe recorreu ao Tribunal Estadual Alemão que reformou em parte a sentença, condenando a mãe a fornecer os nomes e respectivos endereços dos homens com quem havia mantido relações sexuais no período compreendido entre o 181º até o 302º dia antes do nascimento da filha. Sustentou o Colegiado que os interesses da autora (filha) prevaleceriam, no balanço geral, aos interesses da esfera privada da reclamante e de terceiros.

Por meio de Reclamação Constitucional a mãe questionou a decisão do Tribunal Estadual. O TCF julgou procedente a reclamação, no entanto, não reformou a decisão do órgão de segunda instância, apenas suspendeu e devolveu os autos para nova decisão do Tribunal de origem. Em sua decisão o TCF aduziu que o Tribunal Estadual desconsiderou o poder discricionário que lhe cabe a ponderação, ou seja, "ignorou o espaço de discricionariedade que cabe ao direito ordinário na concretização dos imperativos de tutela, e, por *esta* razão, ou seja, não porque, por exemplo, reprovasse o resultado da ponderação, do tribunal de primeira instância -, revogou a sentença."²

Referiu também que o Tribunal Estadual não atribuiu um peso decisivo ao aspecto, anteriormente considerado, de que a mãe teria forte interesse em não informar os nomes dos supostos pais, pois deu prioridade concreta aos interesses da filha.

Quando da nova decisão o Tribunal Estadual chegou a mesma conclusão. Nova Reclamação Constitucional fora proposta pela mãe. Nessa nova decisão o Tribunal

 $^{^2}$ CANARIS, Claus — Wilhelm. $\it Direitos$ $\it Fundamentais$ e $\it Direito$ $\it Privado$. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003. p. 91 e 92.

julgou a reclamação improcedente, porém conforme anotação de Jürgen Shcwabe a decisão não deve ser executável, fincando no papel e o processo foi inútil.

Tomando por base esta decisão é que o presente estudo será desenvolvido verificando o conflito existente entre busca da verdade (ascendência) biológica e a proteção à intimidade e à vida privada da mãe e de terceiros, ou melhor, o direito à identidade genética *versus* o direito à privacidade.

1.2 Breves apontamentos teóricos: a busca da identidade genética e o direito à privacidade

A personalidade³ deve ser entendida como o que determina sua distinção com as outras pessoas. Freud afirmou que a personalidade forma o "eu" e a relação entre o "eu" e o outro, sendo a personalidade uma qualidade ética, uma capacitação para a liberdade na qual o homem se deveria desenvolver.⁴

Mota Pinto⁵ destaca que:

A personalidade do Homem é para o direito um *prius* que o Direito encontra (não cria), e que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica – pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição de personalidade jurídica, resulta da consideração de um "conteúdo mínimo de direito natural" (no sentido de Hart), ou integra uma "ideia de direito" constitutivos do universo jurídico.

Tepedino refere que "poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os chamados direitos da personalidade".

Em que pese a integridade das pessoas ter sido matéria de direito público durante o liberalismo, o direito de personalidade tem exercido grande influência nas relações jusprivadas, principalmente após o regime totalitário (pós-guerra).

O marco histórico desta mudança paradigmática é o século XX, porém no século anterior, a Constituição de Weimar (1919) foi decisiva para que esta mudança acontecesse, pois propunha uma mudança metodológica que causaria grande impacto na tutela da pessoa humana, ou seja, os direitos pessoais deveriam ser efetivamente aplicados nas situações concretas em que estiver em jogo a personalidade.⁷

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N. 13 – OUT./DEZ. 2010

³ O substantivo feminino "personalidade" no dicionário quer dizer: 1. Caráter ou qualidade do que é pessoal; pessoalidade; 2. O que determina a individualidade duma pessoa moral; 3. O elemento estável da conduta de uma pessoa; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue da outra: 4. Traços típicos; originalidade". (Dicionário Aurélio eletrônico, verbete personalidade).
⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*. Tese de livre-docência em direito civil

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*. Tese de livre-docência em direito civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. Maio, 2003.

⁵ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In: Constituição Concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2004, p. 23.

⁷ DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil (artigo 11 a 21). *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Parte Geral do Novo Código Civil*: estudo na perspectiva civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60. CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Foi com a doutrina alemã e posteriormente na suíça que se enunciaram as regras gerais sobre os direitos da personalidade.8

O direito de personalidade se refere à pessoa que é ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direitos.

Na Alemanha, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, advém do reconhecimento doutrinário de dois princípios fundamentais: a liberdade e a igualdade, restando por consagrado no art. 2, I da Lei Fundamental alemã. 9 Estando tais direitos de personalidade submetidos ao chamado trio de limites: o direito de terceiros, a lei moral e a ordem constitucional.¹⁰

O primeiro passo rumo à consolidação jurisprudencial e posteriormente normativa na Alemanha teve início com o "caso do ginete", quando foi adotado o direito geral de personalidade para sancionar a utilização ilícita do ginete que salta a cerca. A decisão versava sobre a proteção da imagem e personalidade do falecido ginete (Gustav Gründgens), o que parece um tanto quanto estranho ou ao menos inquietante, já que o conceito de pessoa parte da idéia de existência de vida humana, por isso a jurisprudência alemã sempre se preocupou em estabelecer critérios e limites para fazer frente à argumentação jurídica por princípios¹¹.

Como bem destacado por Facchini¹², com a repersonalização do direito civil, teve-se no Brasil o marco da valorização dos direitos de personalidade, tanto que pela primeira vez nosso Código Civil de 2002 os regulamentaram nos primeiros artigos, como forma de fazer com que sua leitura fosse indispensável à correta compreensão de todo o restante das normas ali elencadas. Os direitos de personalidade operacionaram uma alteração da sistemática adotada para a proteção da pessoa humana.

Com a repersonalização das relações civis o ser humano passa a ser o centro do direito civil; passa a ser o centro das preocupações antes basicamente voltadas ao patrimônio e ao interesse econômico, a pessoa humana tornou-se objeto de tutela também nas relações privadas.¹³

Essa é a característica do novo direito privado constitucionalizado: despatrimonialização e repersonalização do direito civil, o eixo estrutural deixa de ser a propriedade e passa a ser a pessoa humana.

Como bem destaca Ingo Sarlet¹⁴, existe conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 13 – OUT./DEZ. 2010

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 32.

⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro. In: A reconstrução do Direito Privado: reflexos e princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado, Judith Martins-Costa

⁽Org), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 265-305.

10 MARTINS, Leonardo. Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad Adenauer Stiftung. 2005.

¹¹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro.

12 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgan. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

de personalidade em geral. Sérgio Cavalieri Filho¹⁵ complementa este entendimento ao referir que a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos, é o verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Tepedino¹⁶ argumenta que os preceitos elencados no Código Civil, ganham algum significado se interpretados em conjunto com a cláusula geral de tutela e promoção da personalidade prevista no Art. 1°, III da CF – a dignidade da pessoa humana. Pois, como valor máximo do ordenamento constitucional brasileiro tem-se a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade.

O direito de personalidade surgiu tendo por base a dignidade da pessoa humana elencada no artigo 1°, inciso III da Constituição Federal; o rol exemplificativo de valores fundamentais dispostos no at. 5° da Constituição Federal e seus incisos – destaca-se também o artigo 170 da Constituição Federal que se refere à ordem econômica e financeira referindo o livre desenvolvimento da personalidade –.

O Código Civil de 2002 tem capítulo próprio destinado a tutela dos direitos de personalidade, dedicando dez artigos, onde são elencados alguns direitos de personalidade.

No direito pátrio ao contrário no que acontece no direito português e no direito alemão, não se tem um reconhecimento constitucional expresso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto na Constituição Portuguesa é o fundamento para o direito geral de personalidade no direito português¹⁷, a exemplo da Lei Fundamental Alemã que consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Entende-se como cláusula geral da tutela da personalidade no direito civil brasileiro a cláusula geral esculpida no texto constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana. Como bem refere Tepedino "a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana". ¹⁸

Um dos direitos da personalidade é o direito à privacidade que possui como núcleo o direito à intimidade, previstos no artigo 21 do Código Civil.

O direito à privacidade, nas palavras de Regina Ruaro¹⁹ "é o que torna a vida da pessoa uma só, diferente de todas as demais vidas", ao referir sobre o direito à intimidade destaca que este "corresponde a todos os fatos, informações, acontecimentos, entre outros, que a pessoa deseja manter dentro de seu foro íntimo, somente ela tem acesso".

_____ 284

 ¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.
 ¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *In. Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2004, p. 37.

¹⁷ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.

¹⁹ RUARO, Regina Linden. Responsabilidade Civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. *In: Direitos fundamentais & Justiça*, n. 1, Porto Alegre: HS Editora, Out./Dez. 2007, p. 238.

O direito à intimidade se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais, vedando-se qualquer interferência arbitrária em relação a esses bens. É caracterizado por um direito negativo, isto é, a não-exposição a conhecimento de terceiros dos elementos particulares da esfera privada de cada um.²⁰

Para constatar os verdadeiros parâmetros do direito à intimidade e à vida privada necessário se faz saber o que é público o que é privado, o que deve ser mantido em segredo e o que deve ser mostrado ou visto. No entanto estaríamos adentrando em outra seara que não seria o real objeto deste estudo, até mesmo porque para se saber o que é público ou o que é privado deve ser analisado com base em circunstâncias concretas de análise.²¹

É possível extrair o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, do princípio da dignidade da pessoa humana, como já referido alhures, a fim de que se promova a tutela da personalidade, mesmo fora do rol elencado no código civil.

A razão de ser do rol elencado no Código Civil é que o legislador optou por legislar sobre assuntos já razoavelmente correntes e com tendência jurisprudencial já definida, pois dos 11 artigos sobre o assunto apenas o 11 e o 12 tratam da natureza e da tutela destes direitos os demais se referem a específicos direitos de personalidade, porém esta disciplina não é exaustiva. Moreira Alves aduz o não estabelecimento de uma disciplina completa para os direitos de personalidade, mas os seus princípios fundamentais.²²

O direito a identificação genética enquadra-se no direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Neste sentido vale ressaltar o que assinala Lôbo²³:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parente biológicos próximos para a prevenção da própria vida.

Não há que se confundir a filiação decorrente do afeto e a filiação genética, uma tem relação direita com o amor mútuo entre pais e filhos e a outra é apenas diz com a origem genética que cada um tem direito de saber. Uma filiação não anula a outra, e ainda possuem naturezas distintas a primeira tem "natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade".

Contudo, após essas breves premissas devemos levar em conta até que ponto o direito da mãe em se negar a falar o nome dos supostos pais e em sendo obrigada

Direitos Fundamentais \mathcal{E}_{r} Justiça n' 13 - Out./Dez. 2010

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade.

²¹ Neste sentido ver: CACHAPUZ, Maria Cláudia. A proteção à intimidade e à vida privada no Novo Código Civil: Análise dos arts. 21 e 187. *In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: TC-RS, v. 22, n. 37, 2005, p. 324-338.

²² DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil (artigo 11 a 21). p. 47.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.
In: Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 524.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, p. 523.

judicialmente a revelá-los, teria guarida no direito e não violaria a sua esfera privada, em detrimento do direito da filha saber sua identidade genética.

1.3 Analisando o caso propriamente dito e buscando possíveis soluções

Preocupante sempre foi a descoberta da "identidade biológica" ou "origem genética", tanto pelos pais, como pelos filhos. Isso resultou em inúmeros casos nos Tribunais pátrios e também nos Tribunais estrangeiros.

Exemplo disso é o caso em análise colhido do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual a filha, já com 38 anos de idade, resolve entrar em juízo em face da sua mãe requerendo a identidade de seu genitor, embora tenha sido adotada logo que nascera por outra família. Curiosidade natural, compreensível, já que nunca pôde saber de onde são suas semelhanças físicas e psíquicas. Tais demandas, a cada dia, mais comuns no judiciário, em que os filhos procuram saber sua verdadeira ascendência genética e parental.

Mas, até que ponto a esfera privada da mãe deve ser ameaçada para dizer quem são os supostos pais de sua filha? Porque a decisão seria inexequível? O que fazer diante da falta de obrigatoriedade para que a mãe revele os nomes dos prováveis pais? Essa obrigação de informar possui arrio, guarida na nossa legislação brasileira?

Tema inquietante e sem muitas respostas, mas que deve ser pensado sob as óticas, jurídica e psicológica.

O caso analisado sob a égide do Tribunal Constitucional Federal Alemão não satisfez o interesse da filha.

A decisão do Tribunal Estadual Alemão foi favorável a pretensão da filha em condenar a mãe a dizer o nome e o endereço dos homens com quem mantivera relações sexuais.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão em sua primeira decisão julgou a reclamatória procedente no mérito. Considerou que a decisão do Tribunal Estadual ignorou o espaço de discricionariedade que cabe ao direito ordinário na concretização da função de imperativo de tutela. Houve falta de ponderação concreta dos valores constitucionais em jogo pelo Tribunal Estadual, sendo que a decisão estaria "quase que inteiramente limitada a nível constitucional". Ou seja, o Tribunal Estadual desconheceu sua margem discricionária de avaliação no que se refere ao seu dever de tutela.

Canaris²⁷ refere que o Tribunal Estadual poderia ter chegado numa nova decisão com o mesmo resultado situando-se ao nível do direito civil e não de direito constitucional. Destacando ainda "o resultado depende de considerações situadas ao nível do direito civil, e não de uma ponderação de direitos fundamentais especificamente jurídico-contitucional."

No caso em apreço o Tribunal Estadual saiu de um papel de aplicador de normas para o de uma instância produtora de normas²⁸.

²⁵ CANARIS, Claus – Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. p. 91.

²⁶ CANARIS, Claus – Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. p. 91.

²⁷ CANARIS, Claus – Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. p. 92-93.

²⁸ MARTINS, Leonardo. Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. p. 212.

Não se pretende no decorrer desse texto, adentrar no mérito da discussão acerca das fundamentações as quais o Tribunal Estadual chegara à decisão, mas sim discutir o conflito entre dois direitos de personalidade. O que se pretende é tentar visualizar uma possível solução ao caso concreto, o que o Tribunal Constitucional Federal Alemão deixou apenas no papel.

Em casos como este, em que dois direitos fundamentais entram em conflito, deve ser usado o critério de ponderação como bem destaca Robert Alexy²⁹, afirmando que a ponderação deve ser relacionada com as circunstâncias próprias de cada caso.

O método de ponderação foi inaugurado pelo TCF com a sentença proferida no caso Lüth, quando houve decisão sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental.³⁰

O conflito existente entre o direito de personalidade da filha e a proteção à intimidade e à vida privada da mãe devem ser sopesados, para que na solução do caso concreto seja dada a melhor decisão, procurando evitar maiores danos para as partes envolvidas.

No direito civil a paternidade sempre foi presumida, pelo fato de ser muito difícil conferir a paternidade a alguém. Atualmente com o avanço das pesquisas genéticas existem outras presunções, como o exame de DNA. Caso alguém se recuse a fazê-lo, será sua renúncia considerada confissão ficta.

Vislumbra-se oportuno destacar que a realização do exame de DNA não pode ser uma imposição violenta, como ocorrido no *leading case* no âmbito do direito de personalidade, quando o STF reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proibindo a condução compulsória ao laboratório e a obrigação do réu fazer sob coação o exame de DNA para determinação da paternidade.

O STF entendeu que haveria outras formas para que fosse obtida a proteção das menores que não o uso de "condução sob vara" (expressão utilizada pela juíza de 1º grau), ou seja, há maneiras de acordo com o ordenamento constitucional que não ofenda ao princípio da inviolabilidade da intimidade, da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, dentre outros que não foram observados na decisão em primeiro grau e em segundo grau.

Oportuno destacar o entendimento de Lôbo referindo que em tese "negar o direito ao conhecimento da origem genética é tão lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto a submissão compulsória ao exame"³¹. Salvo melhor juízo, com as devidas ponderações realizadas pelo autor ao referir que somente o caso

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. SILVA, Virgílio Afonso (Trad.) São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140. No caso Lüth houve colisão entre o direito fundamental à livre manifestação de opinião e a proteção à atividade industrial em face de um incitamento ao boicote. Sobre este caso ler: MARTINS, Leonardo. Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, p. 527.

concreto poderá indicar qual irá prevalecer, entende-se a submissão compulsória ao exame medida demasiada excessiva.

Concorda-se com autor no sentido da dar máxima importância e tutela à descoberta da identidade genética. Entretanto, não se pode concordar com a possibilidade de violência atentatória à pessoa humana, isto é, uma submissão compulsória ao exame.

Retomando a discussão sobre a identidade genética, destaca-se que a família atual não é apenas baseada na genética, mas sim na afetividade, importante não esquecer a distinção, já referida, entre direito de personalidade ao conhecimento da origem genética e o direito a filiação que nem sempre será genético.

Gischkow³² refere que são três as grandes características do direito de família moderno: a revalorização do aspecto afetivo, busca de autenticidade nas relações e preservação do interesse de crianças e adolescentes.

A identificação da origem genética ou biológica, não irá afetar o "ninho"³³, construído com base no amor e no afeto, o que se vislumbra é reconhecer a todos o direito a ter sua origem genética reconhecida.

No caso em comento a filha foi adotada logo que nascera e embora sendo a adoção irrevogável (art. 48 ECA), não se torna óbice para investigação da origem genética, até mesmo porque não há de se impedir que alguém conheça sua verdadeira ascendência, sua real identidade, o que estaria associado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Em decisão semelhante a ora analisada, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a relatora Maria Berenice Dias destaca que "de qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para efeitos médicos, é possível obter a declaração de paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção".³⁴

Recentemente o Desembargador André Luiz Planella Villarinho foi Relator na Apelação Cível nº 70032527533, julgada em 09 de junho de 2010, e proferiu a seguinte decisão "O filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana."

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 13 – OUT./DEZ. 2010

³² GISCHKOW PEREIRA, Sérgio. Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31. ³³ Expressão utilizada por Michele Perrot, no texto: O Nó e o Ninho. *In: Revista Veja 25 anos*: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

³⁴ ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE

A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, §6°). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o proseseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70014442743, 7ª Câmara Cível TJRS, Julgamento 26.04.2006. Rio Grande Do Sul, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br Acesso em 05 ago. 2008.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 17 jan. 2011.

A melhor solução para o caso seria a ponderação dos direitos, de um lado o direito de personalidade do investigante ao conhecimento de sua origem genética e de outro a proteção à intimidade e à vida privada da mãe. Portanto, somente o exame de DNA seria apto a definir a real origem genética, primeiramente é necessário impor a mãe obrigação de fornecer os nomes dos supostos pais.

Como obrigar a mãe a dizer os nomes, já que se nega indubitavelmente a fornecê-los? Foi destacado pelo TCF que a decisão não deve ser executável, ela fica no papel e o processo foi inútil. Como fica a situação da filha, na época uma adulta com 38 anos de idade, em querer saber sua paternidade biológica, quais as seqüelas psíquicas que no decorrer de sua vida se entranharam na sua formação como ser humano?

Perguntas que ficam sem resposta, já que na lei não há previsão para tal situação, cabendo a nós pensadores do direito refletir sobre como se poderão amenizar os efeitos desta falta de coercibilidade do judiciário diante de situações de cunho psíquico-social.

A legislação brasileira não faz previsão no que se refere a omissão da mãe em revelar o(s) suposto(s) pai(s). A Lei 8.560/92 faz referência apenas ao reconhecimento da paternidade pelo pai. O §1° do art. 2° da referida lei aduz que o juiz "ouvirá a mãe sobre a paternidade", logo se entende que esta é, ou ao menos, deveria ser a regra: a mãe indicar o nome do(s) pai(s).

Muito embora nosso ordenamento pátrio não traga regra específica acerca da obrigação da mãe em revelar os nomes dos supostos pais, entretanto, veda-se o *non liquet*. Assim, conforme nossa Lei de Introdução ao Código Civil, mesmo havendo lacuna, o juiz deve julgar lastreado na analogia, princípios, costume, jurisprudência e doutrina, dentre outros mecanismos, a fim de dar uma resposta satisfatória a todos os casos concretos.

Este seria um típico exemplo de *hard case*, a colisão entre direitos fundamentais, já que estes possuem mesma hierarquia constitucional. Não é fácil encontrar uma solução em caso de tamanha repercussão tanto na esfera íntima da mãe como na da filha.

Retomando as perguntas anteriormente formuladas e tentando respondê-las, podemos dizer que a esfera privada da mãe deve ser com certeza ponderada em relação a busca pela ascendência genética da filha, nestes *hard cases* o uso da ponderação e do critério da proporcionalidade são indispensáveis para a solução mais acertada.

Com definido por Steinmetz "não há caso constitucional sem interpretação constitucional, sem atribuição de sentido normativo a disposições ou enunciados normativos constitucionais".

Os valores atribuídos a cada um dos bens jurídicos tutelados postos em discussão devem ser analisados sob o viés constitucional, acredito que a melhor decisão foi realmente a dada pelo Tribunal Estadual Alemão em dar prevalência a pretensão da filha, todavia a fundamentação da decisão proferida não merece apoio, como referido pelo TCF, pois não ponderou concretamente os valores postos em conflito em nível de direito ordinário, não concretizando a função dos imperativos de tutela.

-

³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. p. 210.

Teria sido adequado e razoável, face as circunstâncias do caso, que fosse utilizado o critério da proporcionalidade, fazendo com que ocorra uma harmonização dos direitos conflitantes, pois "a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução mais justa para o conflito de bens"37.

Porém, o que de fato se repudia na decisão final pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão foi efetivamente a falta de solução concreta para o caso.

Deveria existir no direito de família uma responsabilização dos pais, por omissão da identidade genética dos filhos, a exemplo do direito argentino que faz referência a uma responsabilidad civil intrafamiliar³⁸, considerando um ressarcimento moral, pelo fato de os pais negarem o reconhecimento da identidade genética, pois o reconhecimento do vínculo paterno - filial é um dos tantos direitos-deveres que se consagram no direito de família.

Na França existe una corrente doutrinaria e jurisprudencial que privilegia o direito do pai ou da mãe de ocultar ou manter em segredo a filiação biológica em detrimento do direito do filho em conhecer sua origem genética. Em decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso 'Odièvre v. France', proferida em 13.02.2003 foi resolvido em favor da prevalência do direito à liberdade ou a intimidade dos genitores sobre o direito que tem toda a pessoa de reconhecer sua própria origem.³

Casos como estes não ocorrem na America Latina, até mesmo porque o Pacto de San José da Costa Rica consagra e protege os direitos do menor, sendo assim que na maioria dos casos prevalecerá o direito do filho em saber sua ascendência em detrimento da privacidade e da vida privada da mãe.

No presente caso não estamos tratando de menor, fato pelo qual a filha quando entrou em juízo possuía 38 anos de idade, mas acredito que a proteção se estenderia a todo o filho que não sabe de sua ascendência, porque em muitos casos estes adultos de hoje no decorrer sua trajetória podem ter consolidado problemas psíquicos pela falta de sua real identidade, podendo isso acarretar danos irreversíveis.

Ao dar o direito ao filho, de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos oferecendo-lhe a possibilidade de buscar nos pais biológicos explicações para questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca das características genéticas, da personalidade e do comportamento social, das disponibilidades ou resistências a certas doenças, etc⁴⁰.

O Brasil seguindo o exemplo do direito argentino deveria impor a mãe uma responsabilização, já que o direito a identidade genética é um direito personalíssimo e necessário a sanidade mental de casa ser humano.

³⁷ CANOTILHO apud STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. p. 141-2.

³⁸ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. FILIACION Y DAÑO MORAL RESARCIBLE - Por desconocimiento malicioso del nexo biológico o por lesiones al establecimiento del vínculo paterno-filial. Disponível em Acesso em 5 ago. 2008.

³⁹ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. FILIACION Y DAÑO MORAL RESARCIBLE.

⁴⁰ NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito à Identidade Genética*. Disponível em: http://www.unigran.br/revistas/ juridica/ed_anteriores/19/artigos/identidade%20genetica.pdf Acesso em: 4 jul. 2010.

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem *biológica* para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida.

No momento da não revelação da identidade genética, feriu-se a dignidade desta pessoa. Aqui, não se trata da dignidade inata como prevê nossa Constituição, mas sim na dignidade como um "atributo", como um "espaço de luta" para que a pessoa se reconheça. Esse "espaço" é necessário para que cada pessoa possa exercer suas potencialidades de maneira livre, pois a dignidade nada mais é do que um espaço de reconhecimento. 42

CONCLUSÃO

O caso no Tribunal Constitucional Federal Alemão espelha bem o conflito entre os direitos de personalidade. Está mais do que assente tanto na doutrina quanto no direito constitucional, de que a leitura do direito material (no caso direito civil) deve ser feito sob o viés constitucional.

O direito civil brasileiro assim como todos os outros ramos vem sofrendo reconstrução. Tomamos como exemplo nosso Código Civil de 2002, no qual o direito civil foi repersonalizado, transmudando-se de um caráter eminentemente patrimonialista para características personalíssimas e socializantes. O novo direito civil busca na pessoa a sua principal fonte de inspiração.

Assim, cotejando regras de direito de família combinadas com regras do Estatuto da criança e do adolescente, aliadas aos princípios da constituição, fundamentalmente a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e inspirados em algumas posições da doutrina estrangeira (como dantes mencionado) chegamos a uma solução, acredita-se, consentânea com o caso em tela.

A melhor solução não seria a adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em simplesmente dizer que a sentença seria inexeqüível por não se poder obrigar a mãe a revelar o nome dos supostos pais, sem fundamentação suficiente.

Salvo melhor juízo, esta inação, omissão por parte da mãe deve ser repudiada pelo direito, considerada como um ilícito, levando à sua responsabilização. Servindo tal pena talvez como coerção para que a mãe venha a revelar os nomes dos supostos pais. A fim de que ações desse tipo não sejam uma constante no cotidiano jurídico.

O que efetivamente importa é que se obtenha uma solução sistematicamente adequada e que guarde compatibilidade com os princípios e regras da Constituição. Somente as circunstâncias do caso concreto, poderão assegurar a solução mais razoável e menos danosa às partes.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, p. 525.
⁴² Sobre dignidade como um actilitate.

⁴² Sobre dignidade como um atributo, como espaço de luta, ler: FUCHS, Mariane Kliemann. *Dignidade e Igualdade - Aproximações*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A proteção à intimidade e à vida privada no Novo Código Civil: Análise dos arts. 21 e 187. *In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: TC-RS, v. 22, n. 37, 2005, p. 324-338.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil (artigo 11 a 21). *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Parte Geral do Novo Código Civil:* estudo na perspectiva civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11-60.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *FILIACION Y DAÑO MORAL RESARCIBLE – Por desconocimiento malicioso del nexo biológico o por lesiones al establecimiento del vínculo paterno-filial.* Disponível em http://www.direitofamilia.net> Acesso em 5 ago. 2008.

FREITAS, Luís Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FUCHS, Mariane Kliemann. *Dignidade e Igualdade – Aproximações*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro. In: *A reconstrução do Direito Privado: reflexos e princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado*, Judith Martins-Costa (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*. Tese de livre-docência em direito civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. Maio, 2003.

MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad Adenauer Stiftung. 2005.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito à Identidade Genética*. Disponível em: http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/19/artigos/identidade%20genetica.pd Acesso em: 04 jul. 2010.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: *Constituição Concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PERROT, Michele. O Nó e o Ninho. In: *Revista Veja 25 anos:* reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br.

RUARO, Regina Linden. Responsabilidade do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. In: *Direitos Fundamentais & Justiça, n. 1,* Porto Alegre: HS editora, Out./Dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. *In: Temas de Direito Civil.* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.