

A prova genética e os direitos Humanos: aspectos civis e Constitucionais.

José Alfredo de Oliveira Baracho

I - INTRODUÇÃO

Os estudos sobre Bioética e Direito, implementados pela Biojurídica, pela Engenharia Genética ou pelo Biodireito, têm propiciado diversas indagações sobre a tutela e os fundamentos da dignidade do homem, com reflexões filosóficas e jurídicas, decorrentes do incessante progresso do conhecimento científico e das aplicações tecnológicas, que levam aos limites da admissibilidade das intervenções técnicas e científicas manipuladoras da vida. Indaga-se se é lícito utilizar as novas possibilidades de intervenção artificial sobre a vida, em decorrência do conhecimento científico e das aplicações tecnológicas.

As questões referentes à Bioética relacionam-se com a ética, além de afetarem os cidadãos. As pessoas, em todos os momentos, confrontam-se com problemas sobre a vida, a morte e à consciência, de um modo mais ou menos profundo. A Bioética passa por várias transformações, com os constantes progressos da ciência. Várias dificuldades aparecem entre os juristas, os biólogos e os moralistas. Com o progresso da biologia e da medicina surge a constitucionalização de temas ligados à matéria, com reflexos na legislação ordinária. Os progressos da biologia e da medicina, a respeito da pessoa, do conhecimento, do lucro e da responsabilidade do pesquisador, podem gerar uma legislação urgente e imediata, a respeito do corpo humano e das diversas formas de procriação médica assistida.¹

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.995; idem, Procriação artificiais e o direito, São Paulo, RT, 1995; idem, O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade, Revista da Faculdade de Direito, Renovar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Número 4, 1996, pp. 9 e ss.

O legislador constitucional e o infraconstitucional deve, primordialmente, proteger a pessoa, conciliando-se com o progresso científico, para diminuir os males do ser humano.²

Essas inquirições levam às discussões entre o conceito de pessoa, bioética e direito, com referências à dignidade da pessoa e os direitos da mesma. A fronteira da Biomética promove as discussões entre ciência, técnica, moral e direito. Tal debate leva às indagações sobre os limites éticos da licitude do avanço do progresso técnico científico, na Biomedicina.³

A crise e a revisão do conceito de pessoa têm sido frequentemente usados no âmbito da discussão bioética e biojurídica. Sarebe recorda a indeterminação etimológica do termo, derivado do grego *pròsopon*, do latino *personare* ou do etrusco *phersu*.⁴

As discussões filosóficas sobre a doutrina da pessoa, aparecem em J. Locke, D. Hume e Kant. Discute-se a influência da filosofia kantiana e a crise moderna do conceito de pessoa, com referências às noções de personalidade. É nesse sentido que se tematiza a filosofia sistêmica do conceito de pessoa, aplicado a Bioética e ao Biodireito, com indagações sobre a essência da pessoa, no contexto da vida humana. Predomina inicialmente um estatuto descritivo do conceito de pessoa, com perspectivas para a sua definição e identificação. Este entendimento aparece nas discussões do pluralismo filosófico contemporâneo, tendo em vista a identificação empírica da categoria e as dificuldades metodológicas da interdisciplinariedade da Bioética e do Biodireito. Essa complexidade do debate filosófico e político da bioética

² **BERNARD, Jean.** *La Bioéthique*, Dominos, Flammarion, Paris, 1.994; **MATEO, Ramón Martín.** *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1987; **RUIZ-CALDERON, José Miguel Serrano.** *Bioética, Poder y Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1993; **ANDORNO, Roberto L., RONCHIETTO, Catalina E. Arias de, CHIESA, Pedro J. M., MARTÍNEZ, Antônio R.** *El derecho frente a la procreación artificial*, Editorial A'bacó de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1.997; **ASCENSÃO, Oliveira; ROCHA, Nogueira da; RAPOSO, Mário; MONTEIRO, Sinde; CORREIA, Sérvulo; AMARAL, Freitas do; FARIA, Paulo Lobato de; AUBY, Jean-Marie.** *Direito da Saúde e Bioética*, LEX Ediciones Jurídicas, Lisboa, 1.991; **FERRAZ, Sérgio.** *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.991; **SÁ, Elida.** *Biodireito*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1.999; **BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei.** *O Mercado Humano. Estudo bioético da compra e venda das partes do corpo*. Editora UNB, Brasília, 1.996, trad. de Isabel Regina Augusto.

³ **SGRECCIA, E.** *Origini, diffusione e definizione della bioetica*, em *Manuale di bioetica I. Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 1994; **CAPPELLETTI, V.** *Etica della scienza e bioetica* em J. JACOBELLI (a cura di), *Scienza e etica. Quali limiti?*, Laterza, Bari 1990; **GRACIA, D.** *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid 1989; **CHILDRESS, J. F., KING, R. A., ROTHENBERG, K. H., WADLINGTON, W. J., GAARE, R. D.** (eds.), *Biolaw. A legal and ethical reports on medicine, healthcare, and bioengineering*, University Publications of America, USA 1986. **DAGOSTINO, F.** *Dalla bioetica alla biogiuridica*, em S. Biolo (a cura di), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Marietti, Genova, 1993, pp. 137 ss.

⁴ **SGRECCIA, E.** *La persona umana*, em ROMANO, C., GRASSANI, G. (a cura di), *Bioética*, Utet, Torino, 1995; **BERTI, E.** *Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico*, em AA. VV., *Persona e personalismo. Aspetti filosofici e teologici*, Gregoriana, Padova, 1992; **PALAZZANI, Laura.** *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, G. Giappicheli Editore, Torino, 1.996.

e do biodireito, reflete no conceito de pessoa quando se passa para um estatuto axiológico normativo que procura definir os princípios.

A teoria acerca da pessoa no debate bioético e biojurídico, decorre de formulações sobre o início da vida humana, a origem do sujeito humano e do organismo humano. Indagar sobre o início biológico e genético da vida do ser humano, significa individuar o momento preciso em que o gameta humano, óvulo ou espermatozóide, transformam-se em um embrião humano, que reflete uma entidade, a vida humana, unificada e organizada. Procede-se numa análise de precisão terminológica e semântica. A célula germinal humana surge com a característica de “vida humana”, que para muitos não é ainda a vida de um “ser humano”. Surge daí as discussões sobre a capacidade ontológica ou real e a própria discussão sobre quando se constitui biológica e geneticamente o ser humano.

A resposta de que tal ocorre no momento da fertilização, apresenta contestações, quando se examina que a fecundação não é um evento simples, instantâneo e estático, mas um processo dinâmico e complexo que se estabelece no tempo, do momento da penetração do espermatozóide no óvulo.⁵

Estes debates levam ao questionamento sobre o início de fato do indivíduo humano, como ser ontologicamente vivo, decorrente do começo da existência da pessoa humana. As teorias acerca da aquisição da autonomia e autodeterminação têm refletido sobre o início do estatuto pessoal e o correspondente início da vida do ser animal, quando tratam da morte biológica natural e da identificação da pessoa como sujeito adulto, normal e autônomo, capaz de autodeterminar-se.

A genética que apareceu como a ciência da hereditariedade e da variação, tem passado por profundas transformações com a Engenharia Genética, através das características genéticas da vida e suas alterações: “Pelos meados do século, os genes foram dissecados até ao ponto de se poder identificar neles a molécula química responsável pelas diversas características. Essa molécula é o DNA (ácido desoxirribonucleico) o qual produz, por um mecanismo químico altamente específico, cada uma das proteínas que, aos milhares, dominam a estrutura e funcionamento dos organismos. Passou, então, a chamar-se *gene* a cada segmento de DNA, responsável pela síntese de uma proteína ou cadeia polipeptídica. Cada célula humana, por exemplo, contém algo como 50 a 100 mil genes, distribuídos ao longo de 23 pares de

⁵ ST. VICENT'S BIOETHICS CENTER, *Identifying the origin of a human life*, “St. Vincent's Bioethics Letter”, 5 (1), 1987; SANTAMARIA, J. N. *Syngamy and all that*, “St. Vincent's Bioethics Center Newsletter”, 5, 1987; TONTI-FILIPPINI, N. *Further comments on the beginning of life*, “Linacre Quarterly”, 59 (3), 1992; BUCKLE, S., DAWSON, K., SINGER, P. *The syngamy debate: when precisely does a human life begin?*, in P. SINGER, H. KUHSE, S. BUCKLE, K. DAWSON, P. KASIMBA (eds), *Embryo experimentation. Ethical, legal and social issues*, Cambridge University Press, Cambridge 1990; MALHERBE, J. F. *L'embryon est-il une personne humaine?*, “Lumière et Vie”, 172 (34), 1985.

cromossomas. Qualquer alteração na composição química de um dado gene acarreta, normalmente, uma alteração correspondente na proteína respectiva, que pode estar na origem de uma determinada doença genética.

A compreensão do gene foi levada a tal pormenor químico, que veio a permitir, em combinação com outras descobertas, iniciar a *engenharia genética*, pela qual se pode introduzir e pôr a funcionar, num ser vivo, um gene que ele não tinha e que foi retirado de um outro ser vivo (Archer, 1992).

Através das técnicas de engenharia genética é possível construir microrganismos que passam a sintetizar, mais economicamente e em quantidades ilimitadas, uma variedade de produtos de interesse comercial. Pode-se, também, alterar geneticamente as plantas e os animais que povoam o ambiente. Finalmente, pode até modificar-se o património genético da humanidade, através da terapia génica e da engenharia genética de melhoramento.

Na natureza, seres vivos pertencentes às espécies diferentes, não se cruzam normalmente entre si. Por isso, só por processos excepcionais podem realizar permutas do seu material genético. O mundo biológico está assim construído sobre fortes barreiras de separatismo interespecífico, o que contribui para a estabilidade e individualidade das várias espécies.

A recente conquista da engenharia genética permite, em casos pontuais com interesse, ultrapassar as barreiras desse separatismo e transferir, para um ser vivo, genes de um outro que pode ser muito afastado dele.

Essa tecnologia usa a descoberta das chamadas *enzimas de restrição* produzidas por alguns microrganismos. Isoladas e purificadas, estas enzimas têm a propriedade de cortar, *in vitro*, DNA previamente extraído de qualquer ser vivo, mas só em pontos de composição muito específica, existentes em todas as espécies.

Ao conjunto de todo o DNA de uma célula chama-se *genoma*. Enquanto seres vivos da mesma espécie têm um genoma basicamente semelhante, organismos de espécies distintas têm-se diferente, e tanto mais quanto mais afastadas forem essas espécies.”⁶

Os estudos sobre manipulação genética, reprodução artificial, diagnóstico pré-natal e tráfico de órgãos humanos, ocupam diversos estudos que ressaltam seus fundamentos éticos, com preocupações sobre a normatividade, ao lado de questões sobre direitos

⁶ ARCHER, Luís. *Características genéticas da vida e suas alterações, em Bioética*, Coordenação de Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald. Editorial Verbo, Lisboa - São Paulo, Edição realizada em colaboração com o Centro de Estudos de Bioética. Editora Verbo, 1.996, págs. 223 e 224; *Ética e Bioética. Novo Direito e Ciências Médicas*, sob a direção do professor Doutor Volnei Ivo Carlin, Editora Terceiro Milênio, Ilha de Santa Catarina, 1.998.

fundamentais, dignidade da pessoa humana, direito à vida e sua inviolabilidade.

A tecnologia propicia, cada vez mais, os diversos envolvimento do corpo humano com a experimentação sobre o homem, a interrupção voluntária da gravidez, o embrião humano, inseminação artificial, aborto, eutanásia, fertilização “in vitro”, esterilização ou sexualidade.⁷

Os temas mencionados e outros envolvem situações ligadas à privacidade, honra, imagem e intimidade, que por sua vez vinculam-se aos direitos fundamentais, aos direitos humanos e à “igual proteção”.⁸

II - O INDIVÍDUO NA SUA ESFERA PRIVADA. CORPO HUMANO.

As preocupações com o estatuto jurídico do corpo humano, estão vinculadas aos seus laços com a pessoa, sendo que tais

⁷ **GROMB, Sophie.** Le Droit de L'Experimentation Sur L'Homme. Droit français, règles supranationales, Éditions Litec, Paris, 1.992; **MINTIER, Brigitte Feuillet-Le** (Sous la direction), Obra Coletiva, L'Embryon Humain. Approche multidisciplinaire, Préfácio Axel Kahn, Síntese dos trabalhos de Gérard Cornu, Economica, Paris, 1996; **CAMPOS, Ramón Herrera.** La Inseminación Artificial. Aspectos Dotrinales y Regulación Legal Española, Derecho, Universidad de Granada, Granada, 1.991; **BARBOSA, Heloísa Helena.** A Filiação. Em face da Inseminação Artificial e da Fertilização “In Vitro”, Renovar, Rio de Janeiro, 1.993; **POSNER, Richard A.** Sex and Reason, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994; **POSNER, Richard A., SILBAUGH, Katharine B.** A Guide to America's Sex Laws, The University of Chicago Press, Chicago, 1.996; **TRIBE, Laurence H.** Abortion. The Class of Absolutes, W. W. Norton & Company, New York. London, 1.992; **RIPOLLÉS, José Luis Díez. SANCHEZ, Juan Muñoz** (Coordinadores), El Tratamiento Jurídico de la Eutanasia: Una perspectiva comparada, Obra Coletiva, Instituto Interuniverso de Criminología, Tirant lo Bllanch, Valencia, 1996; **BARON, Charles H.** Droit Constitutionnel et Bioéthique. L'Expérience Américaine, Presses Universitaires Economica, D'Aix-Marseille, Paris, 1.997; **MEYERS, David W.** The Human Body and the Law, Stanford University Press, Stanford, Califórnia, 1.990; **GOROSTIAGA, Víctor Angoitia,** Extracción y Trasplante de Órgãos y Tejidos Humanos, Problemática Jurídica, Prólogo de Jacinto Gil Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 1.996.

⁸ **MIGUEL, Carlos Ruiz.** La Configuración constitucional del derecho a la intimidad, Editorial Tecnos, S. A, Madrid, 1.995, **HERRERO-TEJEDOR, Fernando.** Honor, Intimidad y Propria Imagen, Editorial Colex, Madrid, 1994, 2ª edição; **DÍAZ, Elvira López.** El Derecho Al Honor y El Derecho à la Intimidad: Jurisprudência y Doctrina, Dykinson, 1.996; **CASSIO, Manuel de.** Derecho al honor. Técnicas de protección y límites, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; **YUSTE, Olga Estadella.** La Protección de la Intimidad Frente a la Transmisión Internacional de Datos Pesonales, Generalitat de Catalunya, Centro d'Investigació de la Comunicació, Editorial Tecnos, S. A, Madrid, 1.995; **LAGUÍA, Ignacio Muñagorri.** Eutanasia y Derecho Penal, Ministério de Justiça e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1.994; **SAN MIGUEL, Luís García** (Editor) Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Universidad de Alcalá de Henares, Editorial Tecnos, Madrid, 1.992; **SÁNCHEZ, Clemente Crevillén.** Derechos de la Personalidad, Honor, Intimidad Personal y Família y Propria Imagem en la Jurisprudencia, Doctrina y Jurisprudencia, Actualidad Editorial, S. A, Madrid, 1.994; **VALLEJO, Antonio Orti.** Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de la titularidad privada), Editorial Comares, Granada, 1.994, **ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline.** The Right to Privacy, Alfred A . Knopf, New York, 1995; **BOLING, Patricia.** Privacy And the Politics of Intimate Life, Cornell University Press, Ithaca e London, 1.996; **FORER, Lois G.** Unequal Protection. Women, Children, and the Elderly in Court, W. W. Norton & Company, New York London, 1991.

determinações são aplicáveis em princípio ao embrião e ao cadáver. Os direitos de todos os indivíduos acerca de seu próprio corpo são encontrados nas constituições e na legislação infraconstitucional. Entende-se a primazia da pessoa, respeitando-se a sua dignidade, como ser humano desde o começo da vida. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional.⁹

As dificuldades sobre as categorias fundamentais próprias dos direitos essenciais das pessoas, levam as discussões sobre o direito à proteção do próprio corpo. A opinião dominante tende a considerar o corpo humano como um conjunto de células e órgãos, protegidas pela liberdade individuais, como fundamento do *substratum de la personne*.

As legislações têm consagrado o respeito ao corpo humano, no que se refere a utilização dos elementos e produtos do corpo humano, à assistência médica, à procriação e ao diagnóstico pré-natal. Certos trabalhos têm destacado a proteção constitucional do corpo humano, ao lado da legislação ordinária. A lei de 29 de julho de 1.993 na França, incluiu no Código Civil, no livro 1º e título 1º, no segundo capítulo, parte destinada ao “respeito do corpo humano”. O Conselho Constitucional reconheceu a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, como um princípio constitucional.¹⁰

Os direitos humanos, vistos em seus aspectos civis e constitucionais, envolvem diversas análises que partem da compreensão da diversidade dos direitos da personalidade, que revelam uma concepção mais extensiva, que envolve esta categoria de todos os direitos relativos à integridade da pessoa. O Código Civil de Québec, em seu artigo 3º, de 1.994, afirma: toda pessoa é titular de direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à inviolabilidade e à integridade de sua pessoa, no que diz respeito a seu nome, sua reputação e sua vida privada. A jurisprudência alemã, tendo em vista o artigo 2º da Lei fundamental, defere a cada um o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sem atentados aos direitos dos outros, à ordem constitucional e à lei moral.

Examinando-se a temática dos direitos fundamentais, indaga-se sobre a natureza dos direitos que protegem a personalidade. No

⁹ CARBONNIER, J. *Droit Civil, Les personnes*, PUF, Thémis, 19ª éd., 1994, n. 4; TERRÉ, F e FENOUILLET, D. *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz 1996, 6ª edição; CABRILLAC, R. *Le nouveau Code civil du Québec*, D. 1993, 267; TORRES, Jesús García. Jiménez-Blanco. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, S. A, Madrid, 1.986, 1ª edição; Sous la direction de CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1.996, 3ª edição.

¹⁰ ARNOUX, I. *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse, Bordeaux, 1994; CABRILLAC, A. *Le droit civil et le corps humain*, thèse, Montpellier, 1962; DECOCQ, A. *Essai d'une théorie générale des droits de la personnalité*, thèse, LGDJ, 1960; DRAI, R., HARICHAUC, M e outros. *Bioéthique et droit*, PUF, 1988.

direito francês indaga-se o valor desse princípio, inscrito no artigo 9º do Código Civil.¹¹

Entre os direitos particulares relacionados à personalidade, destacam-se as referências ao direito à imagem, à vida privada, à intimidade e a proteção dos mesmos.¹²

As preocupações em torno da família, possibilitam múltiplas indagações sobre questões referentes à filiação e sua proteção. Nesse sentido surgem os temas sobre a vida familiar e a noção de direitos e liberdades aplicáveis à mesma. Esses assuntos têm sido objeto de estudos sobre as suas relações com o direito internacional e o direito comunitário, com convenções que tratam da matéria.¹³

As liberdades e o exercício da vida familiar, levam a diversos questionamentos sobre os pontos constitucionais e legais da filiação. Temas como a configuração das condições do estabelecimento da filiação natural e da filiação legítima são formulados, nos critérios de proteção da família natural e da família legítima. Algumas dessas matérias trataram de aspectos sobre a presunção de paternidade e os direitos fundamentais da criança.¹⁴

Os direitos fundamentais tiveram o reconhecimento internacional no quadro da Convenção relativa aos direitos da criança, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 26 de janeiro de 1.990.

A listagem dos direitos fundamentais da criança analisa diversos pontos de vistas sobre esses direitos, no que se refere à situação do pai e da mãe, sendo que esses direitos levam a considerá-los não como um objeto. Passou-se a tratar dos direitos referentes a procriação natural e a procriação medicalmente assistida.

¹¹ **ROUSSILLON, Henri.** *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, “Connaissance du droit”, 2ª edição, 1994; **BERTRAND, Mathieu.** *Droit constitutionnel et droit civil*, R.T.D. Civi. 1994; **FRANGI, Marc.** *Constitution et droit privé*, th. Presses Univ. Aix, 1993;.

¹² **MALAURIE e AYNES.** *Le droit de la personnalité*, Paris, 1994, coleção Que-sais-je? N. 2703; **LUCHAIRE, F.** *Les fondements constitutionnels de droit civil*, R.T.D.C. 1982.

¹³ **GARÉ, T.** *Les grands parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant*, Mélanges Huet-Weiller, 1.994; **BOULANGER, F.** *Droit civil de la famille: aspects internes et internationaux*, t. 1, Paris, Economica, 2ª edição, 1992; **COHEN-JONATHAN, G.** *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, et Aix-Marseille, Economica, 1989; **KAYSER, P.** *La protection de la vie privée* (Préface H. Mazeaud), Paris et Aix-Marseille, 1984; **NEIRINCK, Cl.** *Le droit de l'enfant après la Convention des Nations Unies*, Paris, Delmas, 1993; **SUDRE, F.** *Droit international et européen des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Collection “Droit Fondamental”, 2ª edição, 1.995; **GARÉ, Th.** *Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant* “Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Paris, Strasbourg, 1.994.

¹⁴ **TURPIN, D.** *L'enfant dans tous ses droits: Les Petites Affiches*, 10 janvier 1990, p. 17 - **RAYMOND, G.** *La Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance: JCP 1990, I, 3451* - **NEIRINCK, C.** *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations-Unies: Encyclopédie Delmas*, 1992; **RUBELLIN-DEVICHI, J.** *La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille: D. 1994.*

III - CONSTITUIÇÃO E DIREITO PRIVADO. O DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL. A FAMÍLIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CLÁSSICO. A FAMÍLIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL MODERNO. O DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO. O DIREITO E A BIOÉTICA PERANTE OS LIMITES DA VIDA HUMANA.

No domínio dos direitos relativos aos indivíduos, o direito de família, o direito das pessoas e o estado das pessoas têm grande importância. A noção de “estado das pessoas” é explicitamente utilizada em certos textos constitucionais, como os artigos 34 e 53 da Constituição francesa. Este entendimento permite chegar a constitucionalização do direito de beneficiar um certo estado e as regras principais que regulam a matéria referente aos grandes princípios constitucionais, com destaque para o princípio da igualdade. A constitucionalização dos direitos das pessoas, compreende um conjunto de qualidades do indivíduo, com o exame do estado das pessoas e da capacidade.¹⁵

A constitucionalização do direito de família, deve ser examinada à luz das constituições do tipo clássico, sendo que elas tratam de certos temas como: a origem da família matrimonial ou livre e da filiação legítima, natural, adulterina ou incestuosa, para determinação dos respectivos direitos.

O novo Direito Constitucional passou a conter disposições constitucionais relativas à família, tal como elas ocorrem nas relações privadas. No Direito Constitucional clássico, ocorreu a influência da concepção jurídica da família, com assento na doutrina do direito natural do cristianismo. Houve, também, preocupações com a noção “constituição da Família”, tratando das regras relativas a mesma. Várias foram as manifestações vinculadas ao direito de família nas Constituições clássicas, onde ela é, por vezes, mencionada diretamente no texto da Constituição. A família é tratada como instituição, com a preocupação do estatuto constitucional da família.

¹⁵ ALONSO, Eduardo Serrano. *Derecho de la persona*. La Ley-Actualidad, Madrid, 1.996, 2ª edição revista e atualizada; CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Cívitas, S. A, Madrid, 1.993; MARCIA, Antonio Borrel. *La Persona Humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerte de otros hombres*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1.954; VIDE, Carlos Rogel. *Bienes de la Personalidad, Derecho Fundamentales y Libertades Públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha, 1.985; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem. Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*, Del Rey, Belo Horizonte, 1.996; TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*, Editora LTR, São Paulo, 1.998; AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental*, Editora Lumen-Juris, Rio de Janeiro, 1.999; SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*, Editora Oliveira Mendes, São Paulo, 1.998; CARVALHO, Luis Gustavo Giandinetti Castanho. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Renovar, Rio de Janeiro, 1.994; MIRANDA, Rosângela Rodrigues de. *A Proteção Constitucional da Intimidade*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1.996; GIANNOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*, Forense, Rio de Janeiro, 1.987.

As constituições, como a Constituição Portuguesa de 11 de abril de 1.933, reconhecem a constituição da Família, “que repousa sobre o casamento e a filiação legítima. A lei fundamental de Bonn, no seu artigo 6, prevê na alínea 5^a, que a legislação deve assegurar às crianças naturais as mesmas condições das crianças legítimas, no que concerne ao seu desenvolvimento físico, moral e sua situação social. A Constituição italiana de 27 de dezembro de 1.947, determina que a república reconhece os direitos da família, como uma sociedade natural, fundada sobre o casamento.¹⁶

O Direito Constitucional moderno tem destacado certas questões acerca da família, sendo que o preâmbulo da Constituição francesa de 1.946, afirma que a nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento. Na França a comissão da constituição tratou de completar o substantivo “família” pelo adjetivo “legítima”, tal objetivo visou a concepção de família legítima e família natural.¹⁷

As regras do direito de família passam a ser examinadas de conformidade com o seu valor constitucional. A concepção de família, no seu sentido amplo, torna-se objeto de proteção constitucional, sendo que essa ampliação terá uma influência direta na noção de filiação. A evolução da noção de família passa por diversas explicitações¹⁸ que examinam o vínculo matrimonial, o princípio da liberdade matrimonial, as consequências da concubinação, as condições de validade do casamento, o direito de divórcio e o princípio constitucional da igualdade de sexos.¹⁹

As indagações sobre a filiação estão vinculadas ao sistema de provas que por sua vez, vincula-se a procriação. O estabelecimento da filiação tem como finalidade essencial determinar os verdadeiros pais com objetivo de atender a verdade biológica. A utilização de provas científicas decorre do progresso da ciência da vida, com desenvolvimento da biologia, da genética, do estudo comparativo dos grupos sanguíneos, que propiciam a prova positiva da paternidade que se realiza com mais segurança, sendo que a prova negativa da não paternidade é hoje possível, com critérios de certeza. Os laboratórios levantam as probabilidades da paternidade, com alto grau de certeza.²⁰

¹⁶ **D'ONORIO, J-B**, em “*La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe*”, RTDC, 1988.

¹⁷ **CARBONNIER, J**. *Droit civil, La famille, les incapacités*, PUF, Thémis, 1984.

¹⁸ **MAZEAUD, H**. “*Une famille dans le vent: la famille hors mariage*”. D. 1971.

¹⁹ **FRANGI, Marc**. *Constitution et Droit Privé*, Les Droits Individuels et les Droits Economiques, Préface de Louis Favoreu, Economica, Presses Universitaires D'aix-Marseille, Paris, 1.992.

²⁰ **SAVATIER, R**. *Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie*, D. 1948; **NICOLAU, Gilda**. *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses universitaires de Bordeaux, 1989; **GEBLER**, *Le droit français de la filiation et la vérité*, th. L.G.D.J. 1970; **VIDAL, J**. *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, Mélanges G. Marty; **LABRUSSE C. e CORNU, G**. *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, 1982.

Nos casos de paternidade legítima ou natural, principalmente nos conflitos de paternidade, a participação da prova científica é um dado constante da prática judiciária. A comprovação da não paternidade se faz juridicamente sobre a forma de instrução, de conformidade com as técnicas consagradas atualmente. A prova científica ou prova biológica passou a ser reconhecida como prova judiciária, reconhecida entre os métodos autônomos de prova da filiação natural. Não se pode reduzir o direito à filiação, apenas a procura da verdade biológica, desde que existe outros caminhos que completam o sistema probatório.

Entende-se que o sistema de provas não é um sistema científico perfeito. Existem provas ordinárias no direito de filiação, que aparecem sobre a denominação de modos de provas tradicionais, decorrentes das manifestações da vontade, declarações de interessados, testemunhas e atos jurídicos.²¹

As reflexões sobre a constitucionalização do Direito Civil e a disciplina civil das relações familiares passaram a ter lugar de relevo no sistema jurídico brasileiro. Nesta orientação, Gustavo Tepedino destaca que “as alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal nas relações de família; a tutela constitucional das entidades familiares: o art. 226, § 3º, CF. Da família como instituição à família como instrumento para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.”²²

Francisco Amaral ressalta que: “Os princípios de direito de família são de natureza constitucional e pertinentes 1) aos direitos familiares pessoais, como o princípio do casamento civil (C.F. art. 226, p. 1º); o princípio da admissibilidade do divórcio (C.F. art. 226, p. 6º); o princípio da igualdade dos cônjuges (C.F. art. 226, p. 5º); o princípio da igualdade dos filhos (C.F. art. 227, 6º) e 2) aos direitos familiares sociais, como o princípio da proteção da família (C.F. art. 6º e art. 226, p.8º); o princípio da proteção da infância e da adolescência (C.F. art. 227, e seu p. 1º)”.²³

Quanto à Bioética e à tecnologia, Luiz Edson Fachin menciona “a tecnologia da filiação” ou a “biotecnologia aplicada às relações de descendência genética”, um novo horizonte jurídico a desvendar.²⁴

²¹ CORNU, Gérard. *Droit civil La famille*, Montchrestien, Domat Droit Privé, Paris, 1.996, 5ª edição, pp. 273 e ss; BRUN, *La Recherche de la Paternité*, pág 109; SAVATIER, *La Recherche de la Paternité*, pág. 106.

²² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1.999; idem, *Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família não Fundada no Matrimônio*, em *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-Rio, n. 5, 1.994; idem, *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*, em *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Organizador Vicente Barretto, Rio de Janeiro, Renovar, 1.997; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*, Belo Horizonte, Del Rey, 1.994; SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nasci. Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, 1.998.

²³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, 2ª edição aumentada e atualizada, p. 135.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família. Curso de Direito Civil*, Ricardo Pereira Lira, Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 1.999, p. 226; idem *Da Paternidade. Relação*

O Direito e a Bioética, perante os limites da vida humana, têm promovido estudos sobre as Ciências Biomédicas, que procuram examinar todas as possibilidades que as ciências têm, atualmente, em utilizar as novas tecnologias, que refletem sobre o ser humano, expressão que, muitas vezes, vem sendo examinada ao lado do conceito moderno de pessoa. Em muitas ocasiões, ocorrem dificuldades no ajustamento da Biomédica, com as normas jurídicas que passam por alterações ou merecem novas formas de interpretação. O significado e a transcendência do direito à vida está vinculado à compreensão do mesmo, bem como sua vinculação aos paradigmas dos direitos essenciais, inclusive os não escritos, conforme a jurisprudência constitucional da Corte Constitucional da Itália e do Tribunal Constitucional da Alemanha, que vêm tratando até da “lacuna constitucional”. A vida humana é um bem jurídico, objeto de tutela do direito. Destaca-se aí, a validade do conceito de pessoa, para estabelecer o começo das consequências jurídicas do começo da vida humana, sua proteção, tipologia e identificação paterna ou materna.²⁵

Antes do surgimento da prova genética, a doutrina e a jurisprudência geral estabeleciam critérios para a determinação da paternidade. Segundo Tito Fulgêncio era admissível todos os gêneros de provas, referindo-se a expressão latina *domestica domesticis probantur*. O acompanhamento desta temática propicia o levantamento da doutrina clássica brasileira, que consolidou o sistema probatório anterior, através de várias análises. A questão da paternidade diferencia-se da maternidade, desde que *mater semper certa est*. A prova em geral, nas ações de investigação de paternidade eram sempre indiretas, circunstanciais e indiciárias. O método de apreciação de tal sistema de prova não pode ser ditado por meio de regras rígidas na pesquisa da verdade em tais ações.²⁶ A posse de Estado, pela doutrina brasileira,

biológica e efetiva, Belo Horizonte, Del Rey, 1.996; idem, Estabelecimento da Filiação Presumida, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1.992; idem, Impugnação da Paternidade. Crise e superação da doutrina clássica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 107, jan./marc. 1993; **MORAES, Maria Celina Bodinde**. A Caminho de um Direito Constitucional, em Revista de Direito Civil, vol. 65; **VELOSO, Zeno**. Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade, São Paulo, Malheiros, 1.997; **OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de**. Emocionando a Razão. Aspectos Sociosafetivos no Direito de Família (União Conjugal e Entidades Familiares), Inédita, Belo Horizonte, 1.999; **FIUZA, César**. Direito Civil, Curso Completo, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1.999.

²⁵ **CASALONA, Carlos Marío Romero**. El Derecho y la Bioetica ante los Limites de la Vida Humana, Editorial Centro de Estudios, Ramón Areces, S. A, Madrid, 1994; **MARTINS, António Carlos**. Bioética e Diagnóstico Pré-Natal. Aspectos Jurídicos, Coimbra Editora, 1.996.

²⁶ **FULGÊNCIO, Tito**. Do Desquite. (Theoria Legal Documentada - Processo, Jurisprudência Nacional), Livraria Acadêmica, São Paulo, 1.923, págs. 40 e 41; **RODRIGUES, Sílvio**. Direito de Família, VI - 615; **SANTOS, J. M. de Carvalho**. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. V, pág. 475; **GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nelson**. Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos, 1º volume, pág. 87; **BEVILÁQUA, Clóvis**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Comentado, Vol. II, pág. 263; **PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Legítima, pág. 40; **MEDEIROS, Arnaldo Fonseca de**. Investigação de Paternidade; **MAXIMILIANO, Carlos**. Direito de Sucessões, Vol. I, pág. 276; **ALMEIDA, Estevam**. Manual do Código Civil, Vol. VI, pág. 155; **ZICARELLI FILHO**. Investigação de Paternidade Natural; **FARIA,**

constitui-se por três fatos característicos: “nomem, tractatus e famo ou reputatio”.

IV - A NOVA GENÉTICA.

Os estudos sobre a nova genética têm desenvolvido diversos procedimentos de análise da estrutura do DNA,²⁷ sendo que a doutrina ressalta que tais tendências revelam aspectos essenciais da biologia e da medicina, no que se refere a genética humana. Nos últimos anos a genética teve grande importância na prática médica para os diagnósticos pré-natais, com pesquisas sobre o genes dos diferentes organismos, propiciando estudos sobre o mapa do genoma humano. Todas essas indagações tiveram importância para os estudos sobre a saúde humana. O crescimento da genética colocou também problemas éticos e legais para a sociedade.

Soares de. Investigação de Paternidade Ilegítima, pág. 96; **LACERDA, Paulo de.** Manual do Código Civil, Vol. VI, pág. 154, n. 171; **AZEVEDO, Filadélfio,** em Revista Forense, vol. 81, pág. 581; **GONÇALVES, Cunha.** Tratado de Direito Civil, Vol. II, pág. 310, núm. 190; **FONSECA, Arnaldo Medeiros da.** Investigação de Paternidade, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1.958; **BEVILÁQUA, Clóvis.** Direito de Família, 8ª edição, atualizada pelo Desembargador Isaías Beviláqua, Livraria Freitas Bastos S. A, Rio de Janeiro, 1956; **PEREIRA, Lafayette Rodrigues.** Direitos de Família, Anotações e Adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada E. Silva, 5ª edição, Livraria Freitas Bastos S. A, Rio de Janeiro, 1956; **NELSON CARNEIRO.** Divórcio e Anulação de Casamento, Rio de Janeiro, 1951; **GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nelson.** Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos (Interpretação da Lei n. 883), Edição Revista Forense, Vol. I, e II, Rio de Janeiro, 1958; **CABRAL, Pedro Manso.** Paternidade Ilegítima e Filiação, Editora Saraiva, São Paulo, 1983; **FIDA, Orlando e ALBUQUERQUE, J. B. Torres de.** Investigação de Paternidade, Teoria, Formulários, Jurisprudência e Legislação, 4ª edição, Revista e Atualizada, Editor: Julex Livros Ltda., Biblioteca e Livraria Jurídica, Campinas, São Paulo, 1987; **DAYRELL, Carlos.** Da Filiação Ilegítima no Direito Brasileiro, Doutrina, Jurisprudência e Legislação, Forense, Rio de Janeiro, 1.983; **AZEVEDO, Álvaro Villaça.** Dever de Coabitação, Inadimplemento, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1976; **MOURA, Mário Aguiar.** Tratado Prático da Filiação, Ações negativas de paternidade, Doutrina, Jurisprudência, Ações de impugnação de filiação e ações correspondentes, Modelos práticos de petições, Completo índice alfabético-remissivo, Aide Editora, 1987, 2ª edição, Vols. I, II e III. **TAVARES, José de Farias.** O Código Civil e a Nova Constituição, Forense, Rio de Janeiro, 1.990; **BITTAR, Carlos Alberto** (Coordenador) O Direito de Família e a Constituição de 1.988, Novos Rumos do Direito de Família, Carlos Alberto Bittar, O Nascimento no Código Civil e no Nosso Direito Constituendo, Silmara J. A, Chinelato e Almeida, A Repersonalização das Relações de Família, Paulo Luiz Neto Lôbo, A Nova Ordem Familiar, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida, A Defesa dos Interesses da Família, Cláudio Antonio Soares Levada, Os Direitos Patrimoniais da Mulher Casada, Maristela Basso Tamagno, O Estatuto da Relação Concubinária, Júlio César Viseu Júnior, O Novo Estatuto da Filiação, José Luiz Gavião de Almeida, O Regime da Adoção, Airton Percy Barrichello, A Terminação do Vínculo Conjugal, Geralda Pedrosa Freitas, A Questão do Nome da Mulher, Flávio Luiz Yarshell, Editora Saraiva, 1.989; JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, Investigação de Paternidade, Últimos julgados, Matéria Diversa, Editora Juruá, Curitiba, 1982.

²⁷ **WATSON, James & CRICK, Francis.** *Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid*, 171 Nature 737 (1953); **WATSON, James, HELIX, Double.** *A Personal Account of the Discovery of DNA* (1968).

O primeiro problema legal para a moderna genética recorre a aspectos do diagnóstico pré-natal, com estudos sobre “wrongful birth” e “wrongful life”. Tais compreensões evoluem para caminhos diferentes que tratam da questão do nascimento, do sistema legal e das questões morais. A jurisprudência constitucional tem apreciado diversas formas sobre as possibilidades genéticas e os testes genéticos. Destaca-se a decisão ocorrida em Minnesota (*Pratt v. University of Minnesota Affiliated Hospitals and Clinics*, 414 N. W. 2d 399 (Minn. 1987) que discutiu questões sobre genética e o futuro da criança.

Os estudos sobre genética têm propiciado discussões sobre as informações genéticas e outras espécies de informações médicas. A informação genética e as informações familiares levam a diversos aspectos sobre os diagnósticos e os diversos tipos de situações para a compreensão desta temática.²⁸

V - A PROVA GENÉTICA. A PROVA DE DNA.

Os estudos de Bioética têm feito diversas indagações que procuram examinar seus aspectos civis, constitucionais, com destaque para os direitos humanos.

A interpretação dos direitos humanos vem sendo acompanhada das preocupações em torno das transformações da sociedade tecnológica, com destaque para os novos direitos da criança. O significado da Bioética passou a ocupar lugar de relevo nas indagações sobre os direitos. Estudos sistemáticos da conduta humana, principalmente nas áreas da ciência da vida e do cuidado com a saúde, passam a destacar a matéria à luz de valores e princípios morais. A Bioética questiona problemas sobre a deontologia médica e o direito à proteção do corpo. Nesse aspecto são destacados os direitos humanos da mulher. O direito à procriação, as questões referentes a naturalidade e a artificialidade, com destaque para o direito à maternidade.

A informação genética e a manipulação genética e os direitos sobre o corpo ocupam lugar de relevo na presente temática.²⁹

²⁸ **DWORKIN, Roger B.** *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1996.

²⁹ **FROSINI, Vittorio.** *Derechos Humanos y Bioética*, Editorial Temis S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1.997; **CASSESE, Antonio.** *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, S. A, Barcelona, 1.993; **ESQUIVEL, José Carlos Rojano.** *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, (breve ensayo). Comisión Estatal de Derechos Humanos; **CAMPOS, Germán J. Bidart.** *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1.993; **GOLDSTEIN, Leslie Friedman.** *Contemporary Cases in Women's Rights*, The University of Wisconsin Press, 1.994; **SEGADO, Francisco Fernandez.** *La Dogmática de los Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima-Peru, 1.994; **LEBRETON, Gilles.** *Libertés publiques & droits de l'Homme*, Armand Colin, Paris, 1.996; 2ª edição; **FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.** *Direitos Humanos Fundamentais*, Editora Saraiva, São Paulo, 1.995.

A paternidade e a sua investigação tem gerado diversas situações jurídicas, em vista dos avanços tecnológicos que propiciam investigações doutrinárias e decisões judiciais, com grande alcance na processualística contemporânea.

A variedade de casos de paternidade nos Tribunais leva ao exame das provas de laboratório para estabelecer a filiação.³⁰ Os debates para o reconhecimento da paternidade têm grande relevo, quando se pretende a determinação científica que decorre da manifestação dos laboratórios que realizam este tipo de prova. As provas serológicas de DNA ou ADN (em inglês) ou provas de ácido deoxiribonucleico têm levado a diversas preocupações sobre a sua concretização, no que diz respeito as litigações e determinações das relações filiatórias. Reconhece-se que não existe outro tipo de prova com maior confiabilidade, especificidade e capacidade para a descoberta da filiação. Surgem questões em torno da natureza da prova e as presunções sobre a validade e a metodologia, bem como a confiabilidade do processo, seguido pelo laboratório. A preocupação com um juízo justo surge quando se entende que os resultados de laboratório são os únicos em que se estabelece as discussões sobre a metodologia cientificamente correta e confiável.

As provas do DNA devem estar assentadas em rigor científico, no que se refere a sua análise e interpretação. O valor probatório do DNA é de grande importância, inclusive quando é comparado com outras provas prestadas em juízo. O procedimento “DNA Typing”, termo genérico que inclui a diversidade de métodos de variações genéticas, através das quais pode-se determinar as relações filiais, é muito complexo, no que se diz respeito ao julgamento e a interpretação dessa prova. Certas decisões têm admitido que se deve ponderar o resultado dessas provas, para compreender-se o seu valor probatório. A faculdade judicial de aceitar esse tipo de prova, não é apenas do pronunciamento científico. O sistema probatório do DNA, como prova de filiação é compreendido por muitos como dotado de infalibilidade. Esta prova científica, de grande complexidade exige grande rigor processual para as decisões judiciais. A prova do DNA, não se pode duvidar, é um instrumento valioso, mais não se deve abusar de sua interpretação.³¹

A prova do DNA deve ser compreendida em sua metodologia, processo e valorização. Aceita-se que a valoração dessa

³⁰ **HERNÁNDEZ, Rivero.** *La Presunción de Paternidad Legítima*, 1.971; **TRINIDAD, Angel Rodríguez.** *Prueba DNA en filiación: experiencia en Puerto Rico (separata)*, Estudios Inmunológicos; **AMAR, Ayusch Morad; AMAR, Marcelo J. Ayush.** *Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico legais do DNA*, São Paulo, I'cone, 1.991.

³¹ **COSTAS LUGO, Carolyn.** *Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio*, Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Vol. 37, núms. 2-3, 1998, págs. 371 e segs; **MORAES, Maria Celina Bodin de.** *Recusa à Realização do Exame de D.N.A. na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade*, em *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* /Org. Vicente Barretto, Rio de Janeiro, Renovar, 1.997.

prova pode gerar certas interrogações, nas ocasiões em que se pretende utilizar este tipo de prova, como evidência. Os resultados da prova do DNA para a compreensão da filiação, são usados nas situações matrimoniais ou extra-matrimoniais.

A certeza científica e tecnológica dos estudos do DNA decorre do reconhecimento de sua importância, como um dos meios mais utilizados para determinação de relações biológicas, nos pleitos de paternidade. O DNA ou Acido Deoxiribonucleico é o código genético de cada pessoa. Os cromossomas humanos acompanham e contém o DNA de cada indivíduo. O conteúdo genético é expressão hereditária recebida, em partes iguais, do pai e da mãe. Dessa compreensão identifica-se a composição do material genético dos pais no DNA do filho. Trata-se da molécula que contém, de forma codificada, a informação genética de cada indivíduo, que se encontra nas células do corpo humano: “El ADN, DNA por sus siglas en inglés, es la molécula que contiene, de forma codificada, la información genética de cada individuo y se encuentra en las células del cuerpo humano. Está organizada en forma de una larga escalera en espiral, cuyos ‘escalones’ lo componen cuatro bases repetitivas conocidas como adenina, guanina, citosina y timina (AGCT), las cuales se combinan de dos en dos, formando unos **pares básicos**, ya sea A-T ó C-G (como escalones). Cada célula en su núcleo tiene 46 cromosomas, excepto el esperma y el huevo de la mujer que contienen 23 cromosomas cada uno. En el momento de la concepción habrá entonces los 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por ende, cada persona hereda de su padre y de su madre mitad y mitad de su material genético.

La materia genética está codificada por esas cuatro bases repetitivas que forman los pares básicos. La mayor parte del orden de los tres mil millones (3,000,000,000) de **pares básicos** del ADN que se encuentran en cada una de nuestras células es la misma de individuo a individuo. De allí a que todos tengamos dos orejas, una nariz, dos ojos, respiremos, etc.; es lo que nos hace seres humanos. Esos **pares básicos** compartidos se conocen como **monomórficos**. El resto de ADN, aproximadamente tres millones de pares básicos (3,000,000), es significativamente distinto de un individuo a otro. Estos pares básicos distintos se conocen como **polimórficos**, y constituyen una décima parte de un uno por ciento (0.1%) de los pares que componen nuestro ADN.

Al ser el ADN de cada persona único y específico, excepto el de los gemelos idénticos, estos **fragmentos polimórficos** particulares de cada individuo constituyen la huella personal en cada núcleo celular. Son estos fragmentos polimórficos los que ayudan a establecer patrones discriminatorios en aras de establecer las relaciones filiales. Es en esos **fragmentos (locus) polimórficos** donde encontramos unas **localidades específicas (loci)** que representan determinadas **expresiones genéticas**

heredadas (alelos). De forma tal que, al examinar una localidad genética en los cromosomas del menor obtenemos un fragmento aportado por la madre y otro aportado por el padre que comúnmente serán distintos.

La prueba de ADN que analiza estos fragmentos polimórficos o locus se conoce técnicamente como “Restriction Fragment Length Polymorphism” (RFLP, por sus siglas en inglés). Un fragmento polimórfico o locus específico es el resultado de un número de **secuencias básicas** formadas por las bases pareadas de A-T ó G-C (o sea una secuencia específica de escalones) y dependiendo de la cantidad de secuencias básicas (escalones) que contenga ese fragmento, será el tamaño o longitud del mismo. Esas **secuencias básicas** que difieren en el número de repeticiones se conocen como “Variable Number of Tandem Repeats” (VNTR) o secuencias repetitivas lineales de número variable. La prueba ADN se basa en la determinación del tamaño o peso molecular de diferentes segmentos (“VNTR”) del ADN polimórfico.

Existen varias técnicas de laboratorio que se utilizan para el análisis molecular del ADN. Siendo el análisis de RFLP uno de los más utilizado en los tribunales de justicia de Puerto Rico en los casos de filiación, nos limitaremos a describir el proceso de esta prueba como uno representativo de la complejidad que caracteriza el estudio del ADN. El primer paso conlleva romper el núcleo celular, extraer el ADN (escalera en espiral) y separar las dos cadenas del ADN (o las barras paralelas de la escalera) heredadas una de la madre y la otra del padre. Cada cadena tendrá su correspondiente secuencia de bases (o cada barra paralela de la escalera se quedará con la mitad de cada escalón compuesto por las bases antes mencionadas - AGCT). Siguiendo el ejemplo visual de la escalera, estudiamos, con esta prueba, el tamaño de los pedazos de la escalera después de cortarla selectivamente por ciertos lugares. Para esto último se utilizan unas sustancias conocidas como “enzimas de restricción”. Estas sustancias son capaces de reconocer ciertas secuencias repetitivas específicas de bases o escalones y cada vez que encuentran una secuencia de nucleótidos determinada cortarán la cadena de ADN, separando esse fragmento, sin cortar dentro de la secuencia identificada. El resultado de estos cortes traerá consigo la producción de varios trozos de ADN (VNTR), que variarán en tamaño y peso molecular. Es decir, tendremos varios trozos de las dos barras paralelas, con diferentes números de escalones cada uno.

Estos fragmentos (locus) son colocados en una matriz gelatinosa a la cual se le aplican corrientes eléctricas que hacen que los fragmentos se deslicen por la base gelatinosa en proporción a su tamaño, donde los fragmentos más pequeños se moverán más lejos, mientras que los más grandes se distanciarán menos. Estos fragmentos separados de ADN serán transferidos a una membrana de nilón o nitrocelulosa, la cual se expone a una determinada sonda o “probe” de ADN, cuya secuencia

de bases es conocida previamente. Estos “probes” reconocen los fragmentos del ADN que le son complementarios (según las bases A-T o C-G) y se unirán a su contraparte única y específica. Esto se conoce como hibridización.

Esta membrana de nilón se coloca contra una película de rayos X, que cuando se revela, la radiografía muestra bandas negras donde los probes se unen a los fragmentos de ADN. Esto se conoce como **autoradiografía**. El patrón de bandas visible del niño es único, mitad empareja con los del padre biológico y la otra mitad con los de la madre biológica. Es así como obtenemos la base de comparación para determinar paternidad.”³²

Estas técnicas têm variantes cujas diferenças surgen da quantidade de lugares ou localidades genéticas analisadas. O resultado da auto-radiografia da criança se compara a auto-radiografia da mãe do alegado pai. As bandas não maternas são consideradas como referenciais do pai biológico ou bandas paternas.

Surgem dúvidas sobre os resultados da prova do DNA em casos de filiação, quando se examina os dados estatísticos e as decisões judiciais. Os cientistas estão de acordo com a validade dos princípios gerais decorrentes das provas de DNA, circunstância que leva a reconhecer o valor do resultado produzido por estas provas. O DNA varia entre os seres humanos, sendo que estas distinções reconhecidas no laboratório servem para distinguir uma pessoa de outra, por meio da tipificação do DNA.

Os modos de manipulação genética, seus riscos, inclusive com a utilização do DNA, têm atentado para certos tipos de experimentação, que não podem ficar alheias aos direitos fundamentais.

A negativa de submissão ao exame de DNA, provoca controvérsias, quando são levantadas as questões sobre a obrigatoriedade de sua realização e os direitos fundamentais, que se desdobram através da preservação da privacidade. Mas para contraposição deste entendimento coloca-se o direito à filiação e o esclarecimento da legitimidade da origem, como garantia constitucional que se configura no esclarecimento da filiação, através de prova genética.³³

³² **COSTAS LUGO, Carolyn.** *Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio.* Ob. cit., p. 382 a 385; **TRINIDAD, Rodríguez.** *Prueba DNA en Paternidad (separata),* U.P.R., Recinto de Ciencias Médicas, Escuela de Medicina, Departamento de Patología, Laboratorio de Histocompatibilidad, 12 de octubre de 1993; **SOZER, Carr A , et als.** *DNA and its Use in Paternity Determination,* FORUM 13 (1991); **MELÉNDEZ, Rivera R. e TRINIDAD, Rodríguez A .** *Perfil DNA: Consideraciones Técnico-Legales,* FORUM 3 (1991).

³³ **SANTOS, Maria Celeste Cordeiros dos.** *O Equilíbrio do Pêndulo. Bioética e a Lei. Implicações Médico-Legais.* Ícone Editora Ltda., São Paulo, 1.998, p. 160 e ss.