

ADOÇÃO, DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E A HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Clarissa Bottega*

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.¹

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

O atual Código Civil, projeto antigo, datado das décadas de 60/70, ainda mantém algumas características do antigo ordenamento jurídico, onde o estatuto civil era a fonte da regulamentação das relações privadas, entendia-se até mesmo que o Código Civil seria a Constituição das relações privadas. Seu foco era eminentemente no patrimônio e na pessoa como titular de direitos, individualizada.

Como exemplo desse fato histórico podemos citar o grande número de artigos previstos no Livro IV do atual Código Civil que trata do Direito de Família, que regula a situação patrimonial das pessoas envolvidas (regime de bens, bem de família, usufruto e administração dos bens dos filhos, administra-

* Advogada, professora universitária da cadeira de Direito de Família e Bioética e Sucessões na Universidade de Cuiabá-UNIC, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá-UNIC, MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-RJ, especializanda em Direito de Família pela PUCMG, mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra – Portugal, membro do IBDFAM e membro da 5ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-MT.

1 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

ção dos bens na tutela e na curatela, etc.), deixando as relações pessoais em segundo plano de importância.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a visão da pessoa e do ser humano foi alterada. Já em seu art. 1º é possível a constatação imediata da mudança de paradigmas, pois trouxe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]²

Dessa forma, verifica-se que a nova ordem constitucional apresenta o ser humano como valor eminente e fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Como já dito, o atual Código Civil ainda mantém algumas disposições que se voltam para a realidade anterior à Constituição Federal de 1988, sendo necessária e indispensável a realização de uma interpretação dos dispositivos infraconstitucionais conforme a nova ordem, com o ser humano como valor fundamental de proteção.

O presente trabalho tem como objetivo a análise dessa nova hermenêutica civil-constitucional em julgado recente acerca de matéria pertinente ao ramo do direito de família, como forma de adequar à nova realidade social e cultural as disposições da legislação infraconstitucional, no mais das vezes, já defasadas e afastadas da realidade prática pelo decurso do tempo ou mesmo pela mudança nos costumes.

A jurisprudência escolhida se refere a um julgado acerca da possibilidade da investigação das origens genéticas de uma criança adotada, fato este sequer imaginado pelo legislador do atual Código Civil, e, podemos ressaltar fato não imaginado sequer pelo legislador constitucional.

Assim, na análise e interpretação de casos como este que vamos aqui discutir, o julgador desenvolve uma atividade essencial para o bom andamento

2 BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28/05/2008.

do direito e da justiça, interpretando, principalmente, os dispositivos constitucionais acerca dos direitos fundamentais, do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Pietro Perlingieri já se manifestava em 2002 da seguinte forma:

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.³

Esse fenômeno – interpretação, adaptação e aplicação dos valores constitucionais sobre matéria infraconstitucional – chamamos constitucionalização do direito civil ou desapatrimonialização do direito civil, ou ainda, repersonalização do direito civil.

Nessa nova ordem de idéias ocorre a substituição do direito frio, liberal, patrimonialista, individualista por novos conceitos e valores baseados numa visão mais humanista, tendo o ser humano e suas emanções como figura central e não mais o patrimônio.

É bem verdade que o fenômeno da constitucionalização do direito civil pode ser encarado sob duas vertentes: a primeira se refere ao fato (novo) de que institutos que eram tipicamente da ordem do direito privado passam, agora, a fazer parte da ordem constitucional, como, por exemplo, as questões relativas à família e à propriedade. Tal fenômeno, como bem ressalta Eugênio Facchini Neto⁴, é chamado por muitos doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas.

Na segunda vertente temos exatamente o que aqui se propõe com a nomenclatura própria de constitucionalização do direito civil, ou seja, o exercício da hermenêutica contemporânea baseada nas forças normativas dos princípios constitucionais e a interpretação do direito civil conforme a Constituição.

3 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4-5.

4 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.13-62.

Tais técnicas de aplicação do direito, instrumento hermenêuticos obrigatórios, apresentam-se ainda reforçados pela possibilidade que o ordenamento concede ao juiz de considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade. Cabe, pois, também ao Magistrado a operação de controle e verificação do respeito à supremacia do documento constitucional.⁵

Além da dignidade da pessoa humana, a justiça social, a solidariedade e a igualdade substancial também são valores inerentes à boa aplicação das leis e à busca da justiça e do bem-estar do ser humano.

O JULGADO PROPOSTO PARA ANÁLISE E APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

É necessário que a magistratura esteja radicalmente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, consciente da dimensão político-social da jurisdição, a qual tem outros aspectos além do estritamente jurídico.⁶

Após as breves considerações acerca da hermenêutica civil-constitucional, apresentamos a jurisprudência que nos propomos a analisar:

EMENTA: 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, § 6º). 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 prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível Nº 70014442743. Sétima Câmara Cível. Relator: Desa. Maria Berenice Dias. Julgado em 26/04/2006).

5 TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Estado, direito e sociedade* (PUC – Rio de Janeiro). São Paulo, 1991, v.1, p. 29.

6 FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit.

O julgado em discussão, como pode ser observado, retrata um caso no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu ser possível a ação de investigação de paternidade de filho adotivo para fins de busca e conhecimento de suas origens genéticas.

É fato que tal entendimento do E.TJRS é novo, e para alguns, menos avisados, seria até mesmo contraditório, pois se a adoção é irrevogável, muitos poderiam se perguntar para que serviria o conhecimento das origens genéticas, vez que tal conhecimento não altera o Registro Civil.

Ledo engano.

O conhecimento das origens da pessoa, no caso em tela, a origem genética, faz parte da identidade da pessoa, faz parte dos direitos da personalidade do indivíduo e assim sendo a discussão parte para a análise do conceito da dignidade da pessoa humana.

O que é bastante interessante no julgado é o fato do E.TJRS ter possibilitado a busca da verdade biológica, da origem genética, sem desconstituição do vínculo da adoção, ou seja, descortina-se a possibilidade e o reconhecimento jurídico do descolamento entre a filiação registral, afetiva, e a origem biológica.

Esse fato – descolamento da filiação registral e origem genética – não tem ainda previsão legal no ordenamento infraconstitucional e também não tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, pois foi o avanço da ciência e da tecnologia que, aprimorando as técnicas de pesquisa, possibilitou que o filho adotivo, como no caso em apreço, pudesse um dia a vir conhecer suas origens genéticas através da realização do famoso exame de DNA.

Então, como justificar o julgado se não existe previsão legal acerca do assunto debatido??

Em verdade, os julgadores do caso fizeram uma interpretação civil-constitucional das regras relacionadas ao direito de família para adaptar o caso concreto à previsão legislativa e ainda assim fazer a correta aplicação, e por que não dizer, justa aplicação, da lei.

O julgado demonstra claramente a necessidade da atualização e reinterpretação dos institutos jurídicos positivados, de acordo com as realidades sociais e culturais de cada época.

Vejamos: a relação paterno-filial e a relação materno-filial até tempos atrás eram basicamente fundadas na verdade biológica ou genética, não existia para o direito, até então, a questão socioafetiva.

A socioafetividade e a possibilidade da verdade biológica não corresponder à verdade registral são assuntos novos e polêmicos, aos quais nem a

sociedade nem o direito ainda estão bem adaptados.

Em verdade, é fato que o avanço social e cultural, e até mesmo a ciência, acontecem de forma muito mais ágil e rápida do que a legislação. O avanço independe mesmo do direito positivado. Isso é normal, o fato social acontece antes da previsão legal, é muito difícil – ou mesmo impossível – o legislador conseguir realizar a previsão de todos os fatos sociais de forma antecipada.

Acerca do tema, historicamente sabemos que o registro civil de nascimento é um documento ‘imutável’, sendo inviável tratar da possibilidade de revogação do estado de filiação ou mesmo alteração de registro civil (que só acontece em casos extremos com autorização judicial), pois que o registro civil retratava a realidade ou verdade biológica e era essa verdade biológica que embasava todo o ordenamento jurídico acerca da filiação em tempos passados.

Em épocas remotas, o filho adotado, sendo a adoção ato irrevogável, não poderia investigar sua origem biológica ou genética. Devemos ressaltar que não há proibição expressa para tanto, mas nem poderia, pois o DNA e as inovações da ciência e da tecnologia aconteceram muito mais rápido do que o legislador conseguiu prever.

Assim, o pedido poderia parecer, em análise superficial, impossível, vez que não há previsão legal expressa para tal pedido até nos dias atuais – investigar a verdade genética sem desconstituição da relação de parentesco estabelecida no registro civil.

Um outro questionamento que poderia surgir seria se no caso em que a investigação das origens genéticas ocorra e a parte consiga identificar sua origem biológica teríamos que reconhecer, no caso, dois pais? Ou duas mães?

Ou até mesmo poderíamos questionar se, com o conhecimento da verdade biológica, a realização da alteração do registro civil para adequar a realidade registral com a realidade biológica seria indispensável?

Ora, devemos mesmo superar o clássico positivismo jurídico, a aplicação da lei não deve ser mais embasada em letras frias e desconexas com a realidade social, o julgador não pode e nem deve aplicar a lei de forma mecanicista.

A aplicação da lei deve ser feita de maneira a fazer justiça no caso concreto de forma ágil e eficaz, é a busca da solução mais justa para o caso concreto.

Não podemos mais ficar presos a conceitos jurídicos rígidos e ultrapassados, a metodologia dos códigos ‘fechados’ é antiga e não atende aos anseios da sociedade.

Acerca do Código Civil atual e os direitos da personalidade, Danilo Doneda assim se manifesta:

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe da base normativa necessária para proporcionar uma proteção adequada à personalidade, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade. Para sua efetividade, porém, é importante uma atualização metodológica e cultural do direito civil, e o passo dado com o Código, apesar de importante, demonstra-se tímido. A identificação dos direitos da personalidade com os direitos subjetivos e, portanto, com uma técnica de tutela característica dos direitos patrimoniais, continua presente no espírito da nova legislação.⁷

Caminhamos para um ordenamento jurídico formado por uma rede de princípios, valores e interpretações que têm como objetivo primordial dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam: proteção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a justiça social, a igualdade substancial.

O objetivo maior a ser atingido é a mudança de foco principalmente no que se refere às relações jurídicas, pois atualmente o ser humano deve ser visto como fim único e fundamental de todo o ordenamento jurídico. O homem deixa de ser instrumento para o alcance de outros objetivos, tornando-se, por si só, o ponto central.

Pelos novos princípios, preceitos e idéias introduzidos pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessária uma nova interpretação do sistema jurídico que possibilite a colocação do ser humano como ponto central de todo o sistema, buscando-se o ser humano em sua plenitude.

Para atingirmos esse novo estágio do desenvolvimento da sociedade e do Estado no que se refere ao ordenamento jurídico atual, precisamos realizar uma nova interpretação da legislação infraconstitucional, chamada de hermenêutica civil-constitucional.

É dessa forma que o julgado proposto para análise traz em seu bojo a possibilidade jurídica do pedido de investigação da origem genética, pois reconhece o direito fundamental e constitucional da identidade como uma das facetas do direito da personalidade, direito este intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

7 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60.

O direito à identidade genética apresenta-se como reflexo do direito personalíssimo do filho no conhecimento de sua ascendência biológica, como decorrente da proteção de sua integridade moral. É direito fundamental o conhecimento de sua ascendência genética, é direito essencial e básico para o desenvolvimento da personalidade.⁸

O direito garantido pelo julgado nada mais é do que o exercício efetivo e prático das garantias e princípios embaixadores da nova ordem constitucional que se apresenta com o ser humano como foco central do ordenamento jurídico, afinal, como ressalta Paulo Otero em terras portuguesas: “O patrimônio genético de cada indivíduo, [...] passou a ser objecto de uma tutela constitucional autônoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico-constitucional [...]”⁹.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, podemos concluir facilmente que a hermenêutica civil-constitucional deve, obrigatoriamente, fazer parte das interpretações dos tribunais pátrios no julgamento de todas as questões, especialmente no julgamento de causas que tratem do direito de família, por se tratar de medida justa e necessária nessa nova roupagem dos direitos e garantias fundamentais.

No caso proposto para análise, podemos verificar que houve realmente a atividade jurisdicional de interpretação do ordenamento infraconstitucional de acordo com os atuais preceitos e valores constitucionais.

Pode-se verificar na ementa proposta que os julgadores afastaram o impedimento implícito constante no Código Civil vigente de acesso às informações acerca da origem genética da pessoa pelo simples fato desta mesma pessoa ter sido adotada e a adoção e o estado de filiação serem direitos personalíssimos, indisponíveis e imprescritíveis.

O tribunal brilhantemente invocou o princípio da dignidade da pessoa humana, fator fundamental para nosso Estado Democrático de Direito para justificar e autorizar a possibilidade da busca e conhecimento da origem genética.

8 BOTTEGA, Clarissa. Reprodução humana medicamente assistida e o direito à origem genética. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá. v. 8, n. 2, p. 69-92. jul./dez. 2006.

9 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85.

Maria de Fátima Alfen da Silva, com brilhantismo próprio, assim se manifesta acerca da necessidade da observância no plano infraconstitucional do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] abre-se um novo tempo para a efetivação das normas e princípios constitucionais: o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, i.e., a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, o que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos de liberdade e de garantias que por meio dos tempos granjearam assento nos estatutos supremos das nações.¹⁰

É extremamente necessária a observância da hermenêutica civil-constitucional que se propõe já há algum tempo pelos mais diversos doutrinadores, uma vez que, além de garantir uma unicidade, legalidade e conformidade ao ordenamento jurídico, também proporciona a aplicação efetiva e imediata dos novos contornos acerca dos direitos fundamentais, deixando de lado a interpretação legal patrimonialista para colocar o ser humano e seus reflexos no cerne do ordenamento jurídico, fazendo com que sejam garantidos os direitos de liberdade, igualdade substancial, solidariedade, dignidade, justiça e paz social.

O jurista atual deve se abrir para as novidades constitucionais, deixando que os valores máximos trazidos pela Carta Magna de 1988 iluminem todo o ordenamento jurídico, fazendo com que as relações privadas sejam aclaradas e interpretadas conforme os novos valores máximos elencados pela Constituição Federal que têm como objetivo final o ser humano em si mesmo.

A brilhante manifestação de Edinês Maria Sormani Garcia não poderia aqui ser esquecida:

A título de sugestão, portanto, afirma-se que o novo Código Civil seja visto como uma pedra a ser lapidada, objetivando mecanismos de acesso à cidadania e como instrumento de humanizar o Direito de Família.¹¹

10 SILVA, Maria de Fátima Alfen da. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 116.

11 GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora de Direito, 2003, p. 153.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTEGA, Clarissa. Reprodução humana medicamente assistida e o direito à origem genética. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Cuiabá. v. 8, n. 2, p. 69/92. jul/dez. 2006.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28/05/2008.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil – estudos 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: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 70014442743*. Sétima Câmara Cível. Relator: Desa. Maria Berenice Dias. Julgado em 26/04/2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24/05/2008.

SILVA, Maria de Fátima Aflen da. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Estado, direito e sociedade* (PUC – Rio de Janeiro). São Paulo, 1991. v.1.