



**UMA CRÍTICA FILOSÓFICA PÓS-METAFÍSICA À DECISÃO
DO STF NO HC 71373/RS: POR UMA NOVA REFLEXÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA**

A POST-METAPHYSICAL PHILOSOPHICAL CRITICISM ABOUT
THE SUPREME COURT DECISION IN THE HC 71373/RS: FOR A NEW
REFLECTION OF FUNDAMENTAL RIGHT TO IDENTITY GENETICS

Fabrizio Castagna Lunardi

Possui Graduação em Direito (2004) e Especialização em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (2006). Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios desde 2009. Foi advogado privado em 2005 e 2006. Defensor público do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2006. Exerceu o cargo de Advogado da União (AGU) no período de 2006 a 2009. Foi professor de direito processual civil e de direito constitucional da UFSM e parecerista da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma Universidade no período de 2006 a 2007. Aprovado nos concursos públicos para os cargos de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional, Advogado da União, Promotor do Ministério Público do Paraná (1º lugar) e Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. É professor de processo civil dos Cursos de Aperfeiçoamento da Escola de Administração Judiciária do TJDF e dos cursos de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF). Ex-professor dos cursos de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF), do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) e da ATAME. Examinador em diversas Bancas de Concursos Públicos na área do Direito organizados pelo CESPE. É pesquisador e palestrante. Parecerista/avaliador da Revista Sociais e Humanas, com conceito Qualis. Possui diversos livros e artigos publicados na imprensa especializada. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Constitucional. E-mail: fabricioclunardi@yahoo.com.br

Resumo

O artigo insere-se no contexto do debate contemporâneo sobre direitos fundamentais e filosofia pós-metafísica. Nesse ínterim, tem por escopo analisar as bases de uma filosofia pós-metafísica e desenvolver o conteúdo do direito fundamental à identidade genética, a fim de verificar se, diante do paradigma atual do direito e da filosofia, os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 71373/RS, de 1994,

que impediu a condução coercitiva do investigado para realização de exame de DNA, ainda se sustentam ou, ao contrário, se tal decisão merece ser revista. Para tanto, faz-se uma investigação jurídico-propositiva, adotando-se os métodos de abordagem dialético e hipotético-dedutivo. Após analisar-se a referida decisão, discorre-se sobre as bases da filosofia moral e da filosofia política, a pós-modernidade e o pensamento pós-metafísico. Ao fim, propõe-se uma reflexão pós-metafísica ao direito fundamental à identidade genética e conclui-se pela possibilidade e constitucionalidade da condução coercitiva do investigado para realização do exame de DNA.

Palavras-chave: Filosofia pós-metafísica - Direitos fundamentais – Identidade genética.

Abstract

This paper is part of the context of the contemporary debate about fundamental rights and post-metaphysical philosophy. Meanwhile, has the scope to examine the foundations of a post-metaphysical philosophy and develop the content of the fundamental right to genetic identity, to verify if, according to the current paradigm of law and philosophy, the foundations of the Supreme Court decision in the HC 71373/RS, from 1994, which prevented the coercitive conduction of the investigated to DNA testing, still remains or, on the contrary, if the foundations deserve to be reviewed. Therefore, it is a propositional legal research, adopting the dialectical and hypothetical-deductive methods of approach. After that, the foundations of moral philosophy and political philosophy, post-modernism and post-metaphysical thought are discussed. Finally, we propose a post-metaphysical reflection on the fundamental right to genetic identity and it is concluded for the possibility and for the constitutionality of coercitive conduction to DNA testing.

Keywords: Post-metaphysical philosophy - Fundamental rights - Genetic Identity –Coercitive Conduction – DNA Testing.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 11 de novembro de 1994, no Habeas Corpus 71373/RS, impetrado contra decisão judicial proferida numa ação investigatória de paternidade, decidiu que o investigado não pode ser conduzido coercitivamente para realização de exame de DNA, devendo o investigador contentar-se com a presunção ficta de paternidade. Tal entendimento, embora aceito no âmbito dos tribunais pátrios, nunca deixou de ser criticado pela doutrina e, recentemente, voltou ao centro das discussões no âmbito da Corte Constitucional brasileira, quando, em dezembro de 2011, no julgamento do RE 363889/DF, o STF voltou a decidir questão envolvendo o direito fundamental à identidade genética, e três Ministros da Suprema Corte afirmaram expressamente que a questão da (im)possibilidade de condução coercitiva do investigado deveria ser novamente debatida. Assim, a partir dessa decisão, o debate ganha nova centralidade e desperta inclusive o interesse de uma investigação filosófica sobre a adequação da decisão sob a ótica de um pensamento pós-metafísico na sociedade contemporânea.

A par de tudo isso, o presente trabalho terá como objetivo precípua desenvolver construtivamente os fundamentos clássicos da filosofia moral e política, as principais bases da pós-modernidade e a filosofia pós-metafísica, a fim de que se possa propor

uma nova reflexão sobre a efetiva proteção do direito fundamental à identidade genética. Nesse ínterim, também é necessário verificar se, de outro lado, a condução coercitiva do investigado para a realização do exame de DNA fere a privacidade da identidade genética do investigado e a sua liberdade de dispor sobre o seu próprio corpo e material genético.

A fim de atingir esses escopos, o artigo abordará, inicialmente, a decisão paradigma do STF no HC 71373/RS. A seguir, discorre-se sobre as bases da filosofia moral e da filosofia política, sobretudo a partir das lições de filósofos como Platão, Aristóteles, Kant, Hegel. Após analisar as bases da pós-modernidade, desenvolve-se criticamente as bases do pensamento pós-metafísico, sobretudo com espeque nas lições de Nietzsche e Habermas. Na sequência, realiza-se uma investigação crítica sobre a decisão do STF no HC 71373/RS e propõe-se uma análise construtiva sobre o direito fundamental à identidade genética.

Para o desenvolvimento do trabalho, são adotados os métodos de abordagem dialético e hipotético-dedutivo, bem como os métodos de procedimento histórico, comparativo e estruturalista.

2. A DECISÃO PARADIGMA DO STF NO HC 71373/RS, DE 10/11/1994: IMPOSSIBILIDADE DE CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO PARA REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 71.373/RS, de 10/11/1994, em decisão majoritária (6 votos a 4), reconheceu a inadmissibilidade da condução coercitiva do investigado (suposto pai) para a realização de exame de DNA, numa ação investigatória de paternidade contra ele proposta por uma criança. Os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence votaram favoravelmente à condução coercitiva do investigado para realização do exame de DNA. Em divergência, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti adotaram a tese de que não seria possível essa condução coercitiva, entendimento que, na época, foi vencedor, não obstante a grande divergência.¹ Nesse julgamento, prevaleceu o entendimento de que a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano e o princípio da legalidade deveriam prevalecer, de modo que a questão da paternidade deveria ser decidida com base no plano jurídico-instrumental existente, ou seja, com base na presunção relativa de paternidade daquele que se nega a fazer o exame de DNA. Tal precedente da Suprema Corte brasileira serviu de paradigma para o desenvolvimento legislativo e jurisprudencial que se seguiu sobre a institucionalização dessa matéria.

¹ “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” (BRASIL, STF, 1996)

No voto condutor da tese vencedora, o Ministro Marco Aurélio fundamentou que “é irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório” e que “é irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame.”

Observa-se que, em seus fundamentos, a tese vencedora tomou por base fins idealizados, considerados inerentes à Constituição, desviando a atenção para formas abstratas, mediante a utilização de uma argumentação eminentemente retórica e dissociada do mundo real, dos interesses em conflito e das consequências da decisão na vida em sociedade.²

Assim, como os votos vencedores do referido julgamento foram proferidos ou com argumentos metafísicos, ou considerando os pressupostos fáticos e o direito existente à sua época, é preciso verificar se, no momento presente, com o atual desenvolvimento da filosofia e da teoria do direito, das ciências biológicas e da sociedade contemporânea, tal entendimento ainda se sustentaria.

Nesse íterim, é necessário investigar se as decisões judiciais baseadas em universalismos e na metafísica se legitimam na sociedade, na política, no direito e na filosofia contemporânea, ou, ao revés, se uma decisão somente encontraria legitimidade se considerasse, sobretudo os particularismos, e o direito vivencial, estruturado de acordo com a sociedade em que se vive e pensado de acordo com as suas consequências reais.

3. AS BASES DA FILOSOFIA MORAL E DA FILOSOFIA POLÍTICA: FUNDAMENTOS CLÁSSICOS

A política surge e se desenvolve ligada ao mundo do contingente, do variável e do concreto, e não a noções abstratas e universais.

Nesse íterim, Platão foi o grande precursor do desenvolvimento de uma abordagem abstrata e universal à atividade política. Para tanto, defende uma ordem social e política ordenada racionalmente, com um fundamento ideal, não circunstancial. Esse fundamento ideal estaria fora do mundo real e seria a noção abstrata, universal, absoluta e atemporal da ideia do bem comum (PLATÃO, 2005. p. 264). Ao conferir um caráter ético à política, propõe um abandono das noções míticas e poéticas da política, que era ligada a diversas divindades, e que não poderiam fornecer o critério de Justiça.

No entanto, para Platão, somente o filósofo, e não o homem prático, teria o acesso cognitivo à ideia abstrata do bem, fundamento da Justiça. Assim, segundo o autor, a natureza do bem universal comunica-se à personalidade do filósofo. Por conseguinte, a ordem social justa seria aquela instituída a partir do conhecimento filosófico da ideia do bem.

Portanto, Platão (2011, p. 63) prega um universalismo como paradigma da política, no sentido de uma perspectiva teórica que enfatiza a noção de aquisição da

² A esse respeito, Marcus Faro de Castro alerta que “é comum que juristas (...) analisem e concluem sobre o caso com base em fins ideais, considerados ínsitos à lei ou à constituição, que exigem o favorecimento das partes percebidas como mais fracas ou vulneráveis. Podem ainda os juristas, para determinar uma solução para o caso, proceder por meio de um tratamento formal da lei e da constituição, que desvia o olhar do julgador para as formas abstratas da lei e para longe dos fatos e possíveis consequências de sua decisão sobre a vida social”. (CASTRO, 2009, p. 19-20)

consciência do bem comum como fundamento da política, ou seja, como ponto de partida para a formação de uma ordem social. Além disso, o universalismo põe ênfase nas qualidades intrínsecas da personalidade do governante. Assim, o bom governo seria aquele em que o bem comum abstrato estivesse interiorizado na alma do governante, de tal sorte que isso somente aconteceria se os governantes praticassem a filosofia ou os filósofos se tornassem governantes.

Em Platão, o conhecimento filosófico não é adquirido pelos mesmos meios que constituem o senso comum. O método filosófico por excelência é a lógica, sendo que a lógica original é a dialética (PLATÃO, 2005, p. 285/286). A dialética era a maneira de aquisição do conhecimento filosófico, que deveria conduzir à verdade (PLATÃO, 2005, p. 284). Logo, a consciência filosófica seria construída através da dialética.

Para Platão, o filósofo se afasta da realidade e enxerga um outro mundo, em que há a metáfora da realidade. Sendo a realidade tudo o que é perceptível aos sentidos, o filósofo desvia o olhar da realidade e afasta-se dela, entrando no âmbito do intelecto. Para descrever isso, Platão (2005, p. 284) utiliza-se da sua conhecida alegoria da caverna, segundo a qual o homem, ao adquirir o conhecimento filosófico, sai da caverna para encontrar o sol, deixa o mundo real e vai para outro mundo, o mundo ideal, perfeito, da consciência filosófica, do acesso cognitivo à ideia do bem. Isso é o que se chama de ascese de alma.

Certamente, Platão deixou um grande legado à filosofia, tendo servido de fundamento para muitos filósofos que o sucederam. No entanto, o universalismo platônico não foi imune a críticas, sendo inclusive contraposto pelo particularismo de Aristóteles.

Aristóteles (2006, p. 53) inicia a sua obra *A política* dizendo que “o homem é um animal cívico”, ou seja, “o homem é naturalmente feito para a sociedade política.” O estagirita rejeita a abstração da Ideia de Bem, preconizada por Platão como fundamento da política e da ordem social. Segundo Aristóteles, a utilização desse Bem Ideal como padrão não se ajusta ao procedimento real das ciências, na medida em que todas elas não se preocupam com um conhecimento do Bem Ideal. Para o autor, “é difícil perceber de que forma o conhecimento desse mesmo Bem Ideal auxiliará um tecelão ou um carpinteiro na prática de seu próprio ofício, ou como alguém se converterá num melhor médico ou general por ter contemplado a Ideia absoluta.” Aristóteles (2009, p. 46/47) propõe, em substituição, algo que seja a finalidade de todas as coisas executadas graças à ação humana, que é o bem praticável.

Além disso, o estagirita desenvolve a ideia de virtude como matiz de uma boa sociedade e de um bom governo (ARISTÓTELES, 2006, p. 65). Nesse ínterim, Aristóteles (2009, p. 83/84) prega que a virtude moral que deve nortear o comportamento humano é a mediania, que constitui o ponto mediano entre os extremos, entre o excesso e a deficiência. Assim, a virtude estaria na capacidade do ser humano de escolher, nas suas ações, o meio-termo entre os extremos.

No entanto, contrapondo-se ao paradigma universalista platônico, Aristóteles desenvolve seus estudos sobre política com base numa perspectiva particularista. Com efeito, ao contrário de Platão, Aristóteles tem grande preocupação em manter a pluralidade social. Nesse ínterim, critica a unidade do Estado proposta por Platão, argumentando que uma sociedade política se constitui exatamente numa multidão de pessoas, além do que, se fosse possível estabelecer uma perfeita unidade entre todos os membros de um Estado, seria necessário evitá-la, já que implicaria destruir a sociedade política. Com efeito, a essência da sociedade política é não apenas o grande número de pessoas, senão também serem elas diferentes (ARISTÓTELES, 2006, p. 256).

Além disso, para Aristóteles (2006, p. 63), não se pode tratar igualmente os desiguais, tampouco desigualmente os iguais, pois seria contrário à própria natureza. É preciso respeitar as individualidades, de modo que o melhor governo será aquele que permita que cada indivíduo encontre a melhor maneira de ser feliz, mesmo que prefira a vida contemplativa à vida ativa e política (ARISTÓTELES, 2006, p. 59). Ademais, buscar desmedidamente a unidade e a igualdade entre todos os cidadãos, sem respeitar a diversidade, seria fonte de eternas subversões, criando comportamentos facciosos (ARISTÓTELES, 2006, p. 199).

No entanto, observa-se que Aristóteles, Platão e diversos filósofos que os sucederam continuavam misturando, aos elementos racionais, elementos irracionais, como, por exemplo, a crença religiosa.

Kant, ao constatar essa impureza da filosofia, propõe desenvolvê-la a partir de uma depuração de tudo o que é empírico, buscando uma Filosofia Pura. Nesse ponto, Kant acusa Platão de não ter se afastado do mundo sensível na busca de um referencial de inteligibilidade universal (CASTRO, 2005, p. 68). Assim, Kant pretende extirpar da filosofia as razões empíricas, os elementos circunstanciais do mundo sensível, a fim de que a Filosofia Pura apresente apenas princípios *a priori*.³

Ao tratar da filosofia moral, Kant (2009, p. 69-71) pretende expurgar do seu conteúdo tudo aquilo que possa ser empírico e pertença à Antropologia. Segundo o autor, “a lei moral, em sua pureza e genuinidade (...) não deve ser buscada em nenhum outro lugar senão em uma Filosofia pura”. Para Kant (2009, p. 75-77), “a que mistura esses princípios puros com os empíricos não merece sequer o nome de uma Filosofia [...], muito menos o de uma Filosofia moral, porque, justamente com essa confusão, acaba por derrogar à pureza dos costumes eles próprios, procedendo contrariamente ao seu próprio fim.”

Assim, Kant extrai os conceitos morais da razão, sendo desconsiderado qualquer conhecimento empírico e meramente contingente. Para o autor, é nessa pureza da sua origem que está a dignidade dos conceitos morais e a sua dignidade para servirem como princípios práticos supremos (2009, p. 179).

Na pureza da sua filosofia moral, Kant (2009, p. 179) cria o conceito abstrato e idealizado de “boa vontade”, que corresponde àquilo que é absoluta e irrestritamente bom. Para determinar o que significa essa abstração (a boa vontade), o autor retira da vontade todos os impulsos que poderiam resultar na observância da lei, de modo que a pessoa deve proceder de tal maneira que a sua máxima se torne uma lei universal (KANT, 2009, p. 133). Nesse ínterim, surge para o indivíduo um princípio objetivo, necessário para a boa vontade, que “chama-se um *mandamento* (da razão) e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*” (KANT, 2009, p. 185).

Segundo a filosofia moral kantiana, esses imperativos da vontade mandam hipotética ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos são aqueles que representam a necessidade prática de uma ação como meio para conseguir outra coisa que se quer; o imperativo categórico, por sua vez, representa uma ação como objetivamente necessária em si mesma, sem referência a qualquer outro fim.⁴ Assim,

³ Kant denomina a Filosofia Pura formal de Lógica, e chama de Metafísica a Filosofia Pura que se restringe a objetos determinados do entendimento (KANT, 2009, p. 61-65).

⁴ Assim, “se ação é boa meramente para outra coisa, enquanto meio, o imperativo é *hipotético*; se ela é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão enquanto princípio da mesma (vontade), então ele é *categórico*.” (KANT, 2009, p. 189-191).

para Kant (2009, p. 213-215), “o imperativo categórico é um único apenas e, na verdade, este: *age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.*” Segundo o autor, desse imperativo uno, podem ser derivados todos os imperativos do dever. Em razão disso, infere que “o imperativo universal do dever poderia ter o seguinte teor: *age como se a máxima de tua ação devesse se tornar por tua vontade uma lei universal da natureza*” (KANT, 2009, p. 215).

Kant leva ao extremo o universalismo platônico. A esse respeito, constata-se que a abstração do acesso cognitivo à idéia do bem, para as formulações de Platão, equivale ao imperativo categórico, para a metafísica kantiana.

De qualquer modo, Kant mantém o desiderato de fundamentar o direito na metafísica, ficando claro que todo o seu esforço é concentrado em depurar o discurso da filosofia, retirando dela elementos irracionais ou religiosos.

Por todas essas razões, Kant é um grande marco na filosofia, de modo que, a partir dele, fica difícil sustentar que a filosofia poderia continuar a ser praticada da mesma forma que antes.

Hegel (1997), por sua vez, contrapõe-se ao universalismo kantiano. Além disso, para Hegel, é insustentável a separação kantiana entre o mundo do universal e inteligível e o mundo sensível e empírico. Assim, desenvolve a filosofia trazendo elementos que vão além da metafísica.

De outro lado, Hegel (2008) se vale da noção de espírito como sendo consciência humana, racionalidade e vontade. Assim, Hegel também não consegue se desvencilhar da metafísica, porquanto pressupõe essa ideia de espírito com um sentido eminentemente metafísico.

4. A PÓS-MODERNIDADE: UMA NOVA ERA

O delineamento da pós-modernidade, neste trabalho, é de salutar relevância para demonstrar o ambiente em que a filosofia contemporânea está inserida, mas sem a pretensão de redefinir filosófica ou conceitualmente a sua significação, tampouco reduzir os estudos sobre o tema a poucas linhas de reflexão.

A pós-modernidade é uma desconstrução de tudo aquilo que é moderno. Atualmente, não se tem uma definição precisa do que seja a pós-modernidade, mas se sabe o que ela não é.

A modernidade foi marcada sobretudo pela era do progresso, pelos ideais do Iluminismo, pela Revolução Francesa e pela Revolução Industrial, pela crença na verdade decorrente da razão, na linearidade histórica rumo ao progresso.

O Iluminismo, com a pretensão de colocar luz nas trevas, criou o mito do saber absoluto, de que o conhecimento científico descoberto seria eterno, perfeito e imutável.

No entanto, as duas grandes guerras e a guerra-fria demonstraram que as bases da modernidade não eram sólidas.⁵ A história dos vinte anos que se seguiram à grave crise mundial que se instaurou a partir de 1973 solaparam da sociedade mundial qualquer confiabilidade no sistema ou na estrutura internacional estabelecida.

⁵ Sobre o assunto, Eric Hobsbawm ensina que “a história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise. E, no entanto, até a década de 1980 não estava claro como as fundações da Era de Ouro haviam desmoronado irrecuperavelmente.” (HOBESBAWN, 2010, p. 393)

O Século XX acabou em problemas para os quais ninguém tinha nem dizia ter soluções. Como salienta Hobsbawn, “enquanto tateavam o caminho para o terceiro milênio em meio ao nevoeiro global que os cercava, os cidadãos do fin-de-siècle só sabiam ao certo que acabara uma era da história. E muito pouco mais.” Segundo o autor, “pela primeira vez em dois séculos, faltava inteiramente ao mundo da década de 1990 qualquer sistema ou estrutura internacional” (HOBESBAWN, 2010, p. 397/398).

Em razão do fracasso desses modelos e ideais, rompe-se com o paradigma da modernidade e cria-se um novo paradigma.⁶

As premissas e métodos que inspiraram e nasceram na Revolução Francesa não são mais suficientes na nova complexidade social. Como salienta Habermas (2010, p. 249), “na esteira de despedidas pós-modernas, somos convidados a tomar distância desse evento exemplar, que orientou nossa vida durante duzentos anos.”

Assim, a pós-modernidade emerge como um construto, sobretudo social, político, científico, histórico e filosófico, com ideias reacionárias às concepções e às ideologias associadas à modernidade, sendo menos categorizantes, menos formalistas, mais abertas, propondo novos valores e uma nova compreensão da precariedade de si mesma.

Do ponto de vista filosófico, reconhecem-se as pretensões abusivas da racionalidade humana, buscando-se a superação do mito da sociedade moderna, que seria capaz de revelar verdades eternas, imutáveis, a-históricas, bem como reconhecem-se as consequências desastrosas da crença nesse mito.

Concebe-se que a verdade não é um dado, não pode existir independente da racionalidade humana. A verdade é diuturnamente construída e reconstruída pela mente humana através da linguagem.

A ciência da pós-modernidade reconhece-se precária e contingente, pois se sabe que tudo que se produz é incompleto – embora se busque a maior completude –, tem limitações em si mesmo e é sempre aperfeiçoável. Ao mesmo tempo em que busca o conhecimento não fragmentado, multidimensional, não redutor, possui a autocrítica de ser sempre uma obra inacabada e incompleta.

Sob o enfoque histórico e sociológico, surgem, como contraposição à modernidade, os movimentos de igualdade racial, o movimento feminista, os movimentos a favor dos direitos dos homossexuais, os ambientalistas, os movimentos a favor da paz mundial.

Conhecer esse contexto é imprescindível para entender a filosofia pós-metafísica, com todas as suas implicações. A leitura que se faz do mundo é uma compreensão da sua época, limitada no tempo e no espaço.

5. O PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO

Com Nietzsche (2009, p. 16), ocorre uma ruptura com o pensamento metafísico.

⁶ O termo paradigma é aqui usado no sentido que lhe empresta Thomas Kuhn: “O termo 'paradigma' aparece nas primeiras páginas do livro e a sua forma de aparecimento é intrinsecamente circular. Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. [...] As comunidades podem e devem ser isoladas sem recurso prévio aos paradigmas; em seguida esses podem ser descobertos através do escrutínio do comportamento dos membros de uma comunidade dada. [...] De acordo com essa concepção, uma comunidade científica é formada pelos praticantes de uma especialidade científica.” (KUHN, 2011, p. 221/222)

O autor faz duras críticas aos filósofos que o antecederam, desprezando a metafísica dos conceitos formados a partir de abstrações a-históricas. Para Nietzsche (2009, p. 16), “todos eles pensam, como é velho costume entre filósofos, de maneira essencialmente a-histórica; quanto a isso não há dúvida. O caráter tosco da genealogia da moral se evidencia já no início, quando se trata de investigar a origem do conceito e do juízo 'bom'.”

Nietzsche (2009, p. 16-17) pretende desconstruir as próprias bases da metafísica clássica e também da medieval. O autor é um marco da passagem para a filosofia pós-moderna, com o desaparecimento do sujeito transcendental. Há um desprezo da metafísica (tanto clássica quanto cristianizada), de todo o discurso racionalista que nasceu com Platão.

A partir disso, os autores pós-modernos passam a procurar uma terceira via para construir a filosofia.

A abertura para a pós-metafísica estaria na filosofia da linguagem, que substitui a filosofia da consciência. O trabalho de constituição do mundo, sob o viés filosófico, deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais (HABERMAS, 2002, p. 15).

Habermas (2002), intitulando-se pós-metafísico, procura apoio em Kant (mas com um novo modo de situar a razão), na sociologia (teoria dos sistemas) e na filosofia da linguagem.

Para Habermas, a ruptura com o que é moderno, não se deveu tanto à modificação do método, senão muito mais em razão da ruptura que houve nos motivos do pensamento. Segundo o autor, “quatro motivos caracterizam a ruptura com a tradição. Os tópicos podem ser caracterizados da seguinte maneira: pensamento pós-metafísico, guinada lingüística, modo de situar a razão e inversão do primado da teoria frente à prática, ou seja, superação do logocentrismo” (HABERMAS, 2002, p. 14).

Nesse tocante, Habermas critica o próprio Nietzsche, pois, quando este recusa o platonismo, não consegue se desvencilhar do desejo de ter um acesso cognitivo privilegiado à verdade, nem se afasta do conceito tradicional forte de teoria. Para Habermas, o conceito enfático de teoria – que pretendia tornar o mundo compreensível a partir de estruturas internas – somente pôde ser superado quando se impuseram as premissas básicas do pensamento pós-metafísico. Habermas defende que somente com a racionalidade do método científico, apoiado em procedimentos, pode se decidir sobre a possibilidade de uma proposição ser verdadeira ou falsa (HABERMAS, 2002, p. 14).

Para Habermas, o mundo encontra o seu ponto de apoio na prática do entendimento da linguagem. Segundo o autor, a formação lingüística do consenso se dá pelas interações que ocorrem no espaço e no tempo, bem como é independente das tomadas de posição autônomas dos participantes da comunicação. Assim, conclui que “a guinada lingüística havida na filosofia preparou os meios conceituais através dos quais é possível analisar a razão incorporada no agir comunicativo” (HABERMAS, 2002, p. 52/53).

O direito da pós-modernidade, nesse ambiente filosófico pós-metafísico, é um construto discursivo e vivencial, não podendo ser dissociado do contexto histórico, político, econômico, social e cultural em que se vive, pois se sabe que não é atemporal, pois, pelo contrário, é precário, limitado e multidimensional, um construto do seu tempo.

A partir desse escorço da filosofia política e diante do novo paradigma pós-metafísico, torna-se possível investigar criticamente as bases teóricas e pragmáticas para a concretização do direito fundamental à identidade genética.

6. DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS INTERESSE DO INVESTIGADO DE NÃO FORNECER O MATERIAL GENÉTICO PARA O EXAME DE DNA: POR UMA NOVA REFLEXÃO PÓS-METAFÍSICA

Por tudo o que foi acima exposto, fica claro que, na linha do pensamento aristotélico e hegeliano, o direito é relacional, deve ser construído verificando-se a relação com as demais pessoas e com a sociedade.

De outro lado, rejeita-se o paradigma platônico e kantiano, pois o direito não pode ser construído com base na metafísica, sem pensar o direito de acordo com o contexto social, sob pena de tornar o direito um instrumento de opressão. Segundo o Professor Marcus Faro de Castro,

[...] muitas vezes, as teorias e conceitos abstratos mostram-se completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos. E insistir na utilidade ou validade prática de conceitos abstratos e amplamente abrangentes pode conduzir o jurista a adotar o expediente de escamotear a insuficiência ou inadequação das formas intelectuais empregadas para fundamentar decisões sobre problemas concretos. O direito corre, então, o risco de tornar-se um instrumento de opressão. (CASTRO, 2012, p. 15/16)

Nesse novo contexto, também não se pode simplesmente admitir que se negue à pessoa humana o direito de conhecer o seu verdadeiro pai, sob fundamentos metafísicos, dissociados da realidade, como fez o STF na decisão do HC 71373/RS, de 1994.

Não é argumentativamente válido, mediante o uso de abstrações, afirmar que determinada conduta simplesmente deve ser adotada, sem se justificar com base no contexto social e na situação concreta, como se o intérprete e o juiz tivessem um acesso cognoscitivo privilegiado à ideia de bem (matiz platônica) ou pudessem eleger uma determinada conduta como boa em si mesma (imperativo categórico kantiano). Com efeito, o direito atual não pode se prender aos seus próprios dogmas e estruturas internas, quando criados no vazio e sem o real amparo de um valor fundamental.

Pelo contrário, devem-se examinar quais são os direitos e interesses mais caros à sociedade e, amparado nisso e nas normas constitucionais, decidir, com justificação no sistema jurídico e no mundo real, se deve prevalecer, no caso concreto, o interesse do investigado de não ser submetido a exame de DNA ou o interesse da criança de descobrir a sua verdadeira identidade biológica.

Nesse contexto, sob uma perspectiva kantiana liberal,⁹ inicialmente se poderia argumentar que a condução coercitiva para realização de exame de DNA não seria possível, fundamentando-se no direito à integridade física do indivíduo e na presunção de paternidade que ocorreria em razão da sua recusa à realização do exame.

⁹ A concepção liberal tem base em Kant, mas o seu precedente mais remoto é Platão. Os liberais optam por uma concepção de Constituição-Garantia que tem a função de preservar o conjunto de liberdades negativas, que asseguram autonomia moral dos indivíduos, em que a interpretação da constituição deve ocorrer a partir de normas e princípios de sentido deontológicos. A esse respeito, vide: CITTADINO, 2004, p. 146-149.

No entanto, caso se analise o conteúdo desse direito, dando-se prevalência à substância e não à forma, chegar-se-á à conclusão de que a via desse ônus processual é inadequada para garantir o núcleo essencial do direito fundamental à verdadeira identidade genética. Como direito indisponível que é, a paternidade de uma pessoa não pode ser reconhecida com base numa ficção jurídica. O direito fundamental à identidade genética compreende o conhecimento do verdadeiro pai e não a atribuição de qualquer pai à criança.

Reconhecendo-se judicialmente a paternidade com base numa mera ficção, viola-se o núcleo essencial do direito fundamental à identidade genética, que pressupõe a verdade real e não uma verdade meramente formal ou processual. Aliás, a “constituição” da paternidade com base na mera presunção é capaz de violar ainda mais o direito à identidade genética, pois, além de poder atribuir um falso pai, ainda se estaria impedindo que a criança buscasse o seu verdadeiro pai.

De outro lado, somente o mecanismo da realização do exame de DNA seria capaz de proteger eficazmente o direito fundamental à verdadeira identidade biológica do ser. Com efeito, tal exame genético é capaz de demonstrar a paternidade e a maternidade em percentual próximo a 100% (99,99999997%), o que representa certeza científica.

Além disso, deve-se considerar que, de acordo com os avanços da medicina, o conhecimento da origem genética pode ser imprescindível para o tratamento de doenças. Assim, a descoberta da verdadeira paternidade pode ser fundamental para a concretização do direito à saúde e, quiçá, para garantir a própria vida.

O direito à identidade genética envolve não somente o conhecimento do seu pai, mas também de toda a sua família paterna. E não é só isso. Também diz respeito ao seu patronímico, sinal identificador do indivíduo na sociedade.

Além de tudo isso, a não descoberta do verdadeiro pai implica repercussões psicológicas inestimáveis para a criança. Toda criança, na sua criação e no seu desenvolvimento, necessita da figura paterna. É essencial à integridade psicológica e à dignidade da criança descobrir o seu verdadeiro pai. Todo indivíduo tem direito de conhecer aquele que tem a responsabilidade pela sua criação, com quem estará ligado, por um vínculo de sangue, até o final de seus dias.

Ademais, é direito fundamental do ser humano conhecer a sua herança genética, de onde provêm suas características comportamentais, doenças hereditárias, cor da pele, dos olhos, estatura, compleição física, dentre diversos outros fatores.

De outro lado, observa-se que, com a condução coercitiva para a realização do exame de DNA, o direito à integridade corporal não será violado no seu núcleo essencial, haja vista que a intervenção corporal é mínima, não sendo necessária nem mesmo a retirada de uma gota de sangue, pois os métodos científicos atuais permitem o referido exame com a coleta da saliva ou do fio de cabelo.

Demais disso, não se pode dizer que seria cruel levar o suposto pai “conduzido sob vara” ou em “uma camisa de força”, palavras fortes, de uso retórico, que foram utilizadas na decisão do HC 71373/RS, de 1994, apenas para tentar travestir a condução coercitiva com uma feição que ela não tem. O direito deve ser interpretado racionalmente de acordo com o mundo vivencial e não com a metafísica de um mundo imaginário, criando-se personagens ou contextos que não existem. Caso fosse determinada a condução coercitiva para realização de exame de DNA, diante da força da decisão judicial, o conduzido, na grande maioria dos casos, acompanharia sem resistência o oficial de justiça, sem que se precisasse de qualquer outra medida (como a força policial), sendo imaginária, ilusória e falaciosa qualquer tentativa de vitimizar o réu

ao argumento de que seria levado “sob vara” ou com uma “camisa de força”.

Também não se pode argumentar que a condução coercitiva para fornecimento de material genético deva ser obstada pelo direito à liberdade de ir e vir. Primeiramente, porque a condução coercitiva é meio amplamente admitido no direito processual para oitiva de testemunha, que tem constrita a sua liberdade em nome da verdade processual; em segundo lugar, porque não se pode admitir que haja violação a um direito fundamental – no caso, ao direito fundamental à identidade genética – em nome de uma liberdade do vazio.

Por outro lado, também é inaplicável ao caso o direito de “não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo”, amplamente difundido no direito processual penal.¹⁰ No processo penal, tem-se, de um lado, o cidadão e, de outro, o Estado, sendo que este possui uma ampla estrutura para produzir a prova sem a participação do acusado.¹¹ Na relação entre a criança e o suposto pai, este carrega consigo o único meio de prova capaz de demonstrar a verdadeira identidade biológica. Além disso, não é questão de produzir prova contra si mesmo, senão de produzir prova para consagrar o direito fundamental do outro. Não está em jogo uma punição ao suposto pai por ter se recusado a fornecer material genético, senão o direito fundamental da criança em saber com segurança quem é o seu pai.

De outro lado, não se pode simplesmente dizer que a condução coercitiva para realização de exame de DNA fere a privacidade, pois é preciso explicar como e em que medida isso acontece. Nesse ínterim, observa-se que a privacidade da pessoa é sim de certa forma atingida por ser desvendado o seu código genético no exame. No entanto, o interesse no conhecimento da paternidade é um direito muito superior, que deve prevalecer. Além disso, há possibilidade de mitigar a violação à privacidade, na medida em que somente se disponibilize o conhecimento do código genético do investigado para as partes do processo e seus advogados.

Portanto, fazendo-se uma análise dos interesses em conflito, de forma conectada ao mundo real - e não a um mundo ideal ou metafísico -, fica claro que o direito fundamental à verdadeira identidade genética deve prevalecer sobre o interesse do suposto pai de não realizar exame de DNA.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do STF HC 71373/RS, de 10/11/1994, foi construída argumentativamente considerando pressupostos fáticos e o direito existente à época, sendo imprescindível analisá-la reflexivamente à luz do direito vigente e do contexto social, com o atual estágio de desenvolvimento da filosofia e da teoria do direito, das ciências biológicas e da sociedade contemporânea, a fim de que se verifique se tal entendimento ainda se sustentaria, ou se os pressupostos da referida decisão não são mais válidos, merecendo revisão.

¹⁰ Segundo tal princípio, um indiciado em inquérito policial ou um acusado no processo penal não podem ser obrigados a produzir prova contra si mesmo.

¹¹ No processo penal, vigora o princípio do *in dubio pro reo*, enquanto o direito da criança e do adolescente é informado pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança (*The Best Interest of the Child*). Nesse ínterim, não é válido afirmar, com base nesses fundamentos, que a condução coercitiva seria vedada no caso, sobretudo porque visa a garantir mais do que uma prova processual, pois é a única forma de concretizar o direito fundamental à identidade genética.

De plano, nesse caso, já se pode concluir que, como a inovação tecnológica e evolução social é muito rápida, o passado não serve. Nesse ínterim, deve haver um esforço do discurso jurídico para rediscutir e renovar as instituições jurídicas, de forma menos conceitualista e com uma abertura para a práxis. É preciso desenvolver categorias jurídicas novas que atendam a realidade.

Nesse contexto, não se pode construir as decisões com base em critérios metafísicos, dissociados da realidade vivencial, utilizando-se formas jurídicas vazias, sem se analisar o conteúdo dos direitos de que se está tratando, como se a utilização de palavras simbolicamente belas pudesse validar o discurso. Com efeito, é totalmente nocivo à efetiva proteção dos direitos fundamentais o uso de abstrações e universalismos platônicos e kantianos, sem justificção no contexto social e no mundo real, pois o intérprete e o juiz não possuem um acesso cognoscitivo privilegiado à ideia de bem, tampouco têm individualmente um acesso privilegiado à verdade capaz de eleger uma conduta como boa em si mesma.

O direito atual não pode se prender nos seus próprios dogmas e estruturas internas, quando criados no vazio e sem o real amparo de um valor fundamental para a sociedade. Assim, é imprescindível se libertar dos dogmas do passado, criar novas categorias jurídicas com base no mundo real, considerando um direito relacional, produzido com base no contexto social.

Nesse ínterim, é preciso se fazer uma nova reflexão sobre o conteúdo do direito fundamental à identidade genética, pois vedar a condução coercitiva para o exame de DNA implica impedir a única medida capaz de estabelecer com segurança a paternidade. Ao se aferir o referido conflito de interesses no mundo real e não num mundo ideal ou metafísico, conclui-se que o direito à verdadeira identidade genética deve prevalecer sobre o interesse de não realizar exame de DNA.

Portanto, nessa perspectiva, é imprescindível que haja uma mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira, criando-se novas categorias jurídicas, para que institucionalmente seja assegurada a efetiva fruição do direito fundamental à identidade genética.

8. BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. A política. (Tradução de Roberto Leal Ferreira). São Paulo : Martins Fontes, 2006.

_____. Ética à Nicômaco. (Tradução de Edson Bini). 3. ed. Bauru, SP : Edipro, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373/RS, Relator: Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17-70, jun. 2009.

_____. Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. Política e relações internacionais: fundamentos clássicos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2005.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade: doze lições. (Tradução de Luiz

Sérgio Sepa; Rodnei Nascimento). São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos (Tradução de Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

HEGEL, G. W. F. Fenomenologia do espírito. (Tradução de Paulo Menezes). 5. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2008.

_____. Princípios da filosofia do direito. (Tradução de Orlando Vitorino). São Paulo : Martins Fontes, 1997.

HOBESBAWN, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. (Tradução de Marcos Santarrita). 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. (Tradução de Varerio Rohden). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes. (Tradução de Guido Antônio de Almeida). São Paulo : Discurso Editorial – Barcarolla, 2009.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. (Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). 10. ed. São Paulo : Perspectiva, 2011.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. (Tradução de Eliane Lisboa). 4. ed. Porto Alegre : Sulina, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral. (Tradução de Paulo César de Souza). São Paulo : Companhia das Letras, 2009.

PLATÃO. A república. (Tradução de Ana Paula Pessoa). São Paulo : Sapienza, 2005.

PLATÃO. Cartas e epigramas. (Tradução de Edson Bini.). Bauru : Edipro, 2011.

RORTY, Richard. Contingência, ironia e solidariedade. (Tradução de Vera Ribeiro). São Paulo : Martins Fontes, 2007.

Recebido em 04/04/2013
Aprovado em 19/05/2013