

O PROBLEMA DA ELABORAÇÃO EXTROVERSA DE PERÍCIA JUDICIAL (O CASE DO EXAME DE DNA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL)

THE PROBLEM OF THE JUNK SCIENCE IN THE LAW OF EVIDENCE (THE CASE OF RIO GRANDE DO SUL ABOUT DNA ISSUE)

Cássio Benvenutti de Castro¹

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

ÁREA(S) DO DIREITO: processo civil.

RESUMO: O judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em tempos passados, efetuava o exame de DNA para verificação da paternidade, no Departamento Médico Judiciário (DMJ), órgão desconcentrado do próprio Tribunal de Justiça. Com o *overload* da jurisdição, esse ato processual foi delegado, por meio de convênio, para as dependências do Poder Executivo. Ocorre que a delegação de serviço público – seja extrajudicial ou no bojo de processo judicial – atende a limites vinculados à Constituição e à legislação nacional de regência. Nesses termos, logicamente, o exame não pode apontar um resultado ao arrepio da plena identificação dos pacientes, seja por imagens, seja pela

descrição pormenorizada dos alelos, sob pena de invalável vício de forma e de conteúdo do ato administrativo alavancado. A prova científica é séria, assim como o convênio que a ajustou, daí que imperativos normativos se tornam cogentes. Do contrário, não se tem prova técnica pericial, antes se tem um arremedo ordálico e não identificado de quem se está examinando, o que fere de morte a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a moralidade e a eficiência do serviço público.

ABSTRACT: *The judiciary of the State of Rio Grande do Sul, in the past, made the DNA test, to verify paternity, in the Judicial Medical Department, a decentralized body of the Court of Justice itself. By the overload of jurisdiction, this procedural act was*

¹ Especialista em Ciências Criminais, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). Doutorando em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). E-mail: cassiobc@tj.rs.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/640619434767796>.

transferred, through an agreement, to the dependencies of the Executive issue. It occurs that the delegation of public service – whether extrajudicial or in the judicial process – complies with limits regulated by the Constitution and national legislation. In these terms, of course, the examination can not point to a result in spite of the full identification of the patients, either by images or by the detailed description of the alleles, under penalty of improper form and content of the leveraged administrative act. The scientific proof is serious, just like the agreement that has adjusted it, that is, normative imperatives become cogent. Otherwise, there is no expert law of evidence, besides that, there is an unidentified game between the patients, relationship that damages the dignity of the human person, the rights, the morality and the rational gestion in the public service.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil; verdade; prova pericial; serviço público.

KEYWORDS: *civil process; truth; scientific proof; public issue.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Escorço histórico do caso recorrente no Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul; 2 O convênio entre órgãos ou instituições da Administração Pública; 3 A terceirização imprópria de atividade-fim; 4 A ausência do padrão de qualidade exigido por lei nacional: a falta de identificação do paciente, seja pela inexistência de registro por imagem, seja pela inexistência do elenco de alelos em confronto – uma prática corriqueira em qualquer laboratório, e normativamente cogente, conforme padronagem internacional e ISO/ABNT 17025/17; 5 A impossibilidade de o LACEN fazer uma contraprova; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Historical resume of the case in the judiciary of the State of Rio Grande do Sul; 2 The agreement between organs or institutions of the Public Administration; 3 The improper contract to planify ending activity; 4 The loss of the quality standard required by national law: the lack of identification of the patient, either by the lack of registration by image or by the absence of the cast of confronting alleles – a common practice in any laboratory, and normatively cogent, according to rules and ISO/ABNT 17025/17; 5 The impossibility of checking by LACEN; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A realização de convênios entre entidades ou entre órgãos públicos é prática assentada e com fundamento na legislação nacional. A partir disso, inclusive, também se faculta a terceirização de eventuais atividades decorrentes das necessidades do serviço público encerrados pelas temáticas conveniadas. Contudo, é necessário que as tarefas cuja execução é delegada (no sentido largo) a terceiros atendam a requisitos

legais predeterminados, sob pena da violação frontal tanto da Constituição quanto da legislação nacional de regência.

O objeto do presente estudo é desencobrir o sentido do convênio e, por decorrência, da terceirização no serviço público, em especial no serviço público que desempenha atividade específica em matéria de saúde, em matéria técnica no desempenho de perícia judicial – porque, notoriamente, a perícia judicial se trata de atividade-fim logicamente encadeada ao desenlace do mister jurisdicional e ao serviço público de qualidade.

A justiça, os valores da segurança jurídica bem como o seu vértice realista – a verdade – acabam sendo afetados pelas práticas administrativas do convênio e da terceirização. Logo, apreender o sentido dessas questões remete à perspectiva do método (do “como” fazer) esse desdobramento, o que ele devolve, se for o caso, em termos de validade do convênio e da terceirização, no serviço público, para a execução de perícia, em processo judicial.

Uma perspectiva analítico-funcional: a partir do objeto (o sentido ou o estado das coisas) se vislumbram finalidades; desde as finalidades a serem atingidas pelo serviço público (o processo justo), de maneira operativa, pode-se acatar, ou não, a modalidade de elaboração administrativa desencadeada. Daí que o ensaio recorta, pontualmente, escolhas que Administração Pública efetuou e que, em seus procedimentos de escolhas, acabam sendo desconformes à natureza dos institutos administrativos em seus próprios fundamentos.

Uma relação de circularidade – o sentido do objeto demonstra o fundamento; e o fundamento da natureza dos institutos remete a um objeto cujo variação “proteiforme” é desconforme ao direito, porque viola a Constituição e a legislação nacional de regência.

Portanto, é decisiva a questão sobre a quem é “delegada” a execução de perícia judicial. Ela pode se tornar judicialiforme ou uma inesperada *junk science*.

1 ESCORÇO HISTÓRICO DO CASO RECORRENTE NO JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

As perícias para a investigação de paternidade, pela técnica do exame de DNA, quando o sujeito era agraciado pela gratuidade da justiça, seriam efetuadas pelo Departamento Médico Judiciário (DMJ) ou por intermediação desse órgão,

que dispõe de servidores estatutários² e está coarctado à desconcentração do TJRS. Até se poderia contratar empresas, por licitação, para elaborar um laudo, com a supervisão ou com a coleta de material genético perante os agentes públicos do Judiciário.

O que interessa é a maneira como se operava a perícia: por órgão do TJRS ou por desconcentração prevista a órgão especializado com função específica para tal mister.

No ano de 2007, a Corregedoria-Geral de Justiça chegou a traçar o programa “Paternidade Legal”, no qual, na própria audiência, perante servidores públicos e perante o juiz de direito, a coleta de material genético seria efetuada. Ou seja, tratava-se de uma demanda com caráter oficial, porque celebrada *com e pela* a supervisão de servidores de carreira.

Afinal, tratava-se de serviço público *in fine*, na acepção estrita da natureza das coisas.

Saliente-se que tal serviço era prestado àqueles que gozavam, dentro da legalidade, da justiça gratuita – na época do CPC/1973 –, da AJG. Portanto, a “paternidade legal” não ocorria indiscriminadamente, para qualquer parte, ou

² Comumente adotado em Estados que exprimem uma organização governamental hierárquica, o perito é figura auxiliar do Tribunal. Assim, ele ganha em “neutralidade” a partir da nomeação pelo juiz. A participação do juiz é nota candente no tema dessa prova técnica, porque a confiança depositada, na prova pericial, está relacionada ao grau de “desinteresse” do perito em relação ao objeto do processo. Assim como se fala na imparcialidade ou estraneidade do juiz, o perito deve ser um desinteressado no objeto do processo e não apresentar tendência de parcialização para com os litigantes. Ver DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, *passim*.

Ocorre que, no caso, quando o Judiciário transfere a execução da perícia para o Poder Executivo, duas contingências devem ser levadas em conta: ou a perícia é realizada com os cuidados das normas técnicas de referência (o que não acontece, comumente – sem imagem e sem determinação do conteúdo dos alelos) ou os técnicos encarregados devem estar protegidos pelas mesmas garantias que os agentes públicos do Judiciário.

Aqui o ponto – o Poder Executivo do Rio Grande do Sul conta com um quadro de pessoal com salários parcelados e uma sistemática de notória desestruturação. Tanto que o convênio firmado entre o TJRS e o Poder Executivo foi desfeito, no despertar do ano de 2018.

Nesses termos, impossível denominar o Lacen (ou quem faça as respectivas vezes) de DMJ. Eles compõem órgãos diversos, com estrutura diversa, com salários diversos, com possibilidades e contingências escorregadias para irregularidades diversas. Tudo é diferente. Daí que, quanto maior o grau de desvantagens, maior deve ser o ônus argumentativo da perícia conveniada – situação que não acontece na prática.

O Lacen elabora uma perícia sem conteúdo pormenorizado e sem identificação das partes, fulmina as leis de informação aos usuários de serviços públicos. Nos termos de Damaska, a prática adotada encerra uma ciência à deriva – um jogo de perde-perde.

não deveria ocorrer para quem ludibriasse a administração da Justiça, e não fizesse jus à AJG.

O programa apontava finalidade tipificada ou específica, princípios reitores da gestão do serviço público.

Devido ao *overload* jurisdicional, nem todos os exames poderiam ser efetuados em audiência nessa tipologia programada. Logo, laboratório público acabava sendo chamado para socorrer a jurisdição e, por meio de servidores estatutários, efetuar a coleta e o encaminhamento das perícias.

No mesmo ano de 2007, além do programa engenhado pela CGJ, as perícias, também, para os beneficiários da AJG, inclusive, eram realizadas pela Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde (Fepps), cujo órgão *descentralizado* (do Judiciário) seria o Centro de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CDCT). Note-se o desdobramento interno do serviço público bem como as condições específicas para a realização do exame – um órgão decorrente da desconcentração administrativa (desconcentração entre Fepps e CDCT, mas descentralização em relação ao Judiciário) realizava perícias, e os exames deveriam ser restritos aos sujeitos credenciados pela AJG.

O Projeto de Lei Estadual nº 315/2015 extinguiu a Fepps, e deixou a prestação do serviço de perícias ao encargo do Lacen (Laboratório Central do Estado do Rio Grande do Sul).

Trocou-se a denominação; porém, a modalidade da empreitada continuou sendo similar (Projeto posteriormente convertido na Lei Estadual nº 14.977/2017, e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 53.493/2017).

Duas peculiaridades saltam aos olhos: o órgão público LACEN não se trata de órgão judicial (DMJ)³, antes encerra um braço do Poder Executivo ao qual é

³ A titularidade da realização do exame de DNA pelo Departamento Médico Judiciário (DMJ) eleva o serviço a perito oficial do juízo.

De outro lado, embora em regime de convênio, quando o exame é repassado para o Poder Executivo (órgão Lacen e seu braço departamentado), já não se pode falar em realização de perícia pelo DMJ, porque o Poder Executivo é alheio aos quadros do Judiciário. O convênio não se cuida de uma delegação própria da execução do serviço público – ocorre que nisso, mesmo, está o caráter impreciso do *groviglio* administrativo.

O Judiciário efetua o pagamento do exame de DNA ao Executivo (ou paga àquele que faz as vezes de Executivo), daí se falar em delegação extroversa, porque atropelada, porque arrepiante dos ajustes comuns tanto em termos de metas quanto em termos orçamentários da realização do serviço público de referência. Inclusive, trata-se de um pagamento que chama a atenção: o exame de DNA custava por volta de uns R\$ 700,00 (ao que parece, por cabeça) para o Estado, e demorava uns 100 dias para ficar

transferida a perícia judicial do DNA – houve uma desconcentração; além disso, a condição para o desempenho do serviço público determinado, judicialmente, reclama especificidade: que o sujeito seja beneficiário da gratuidade da justiça, que a atividade seja tipificada pelo programa sem fins lucrativos e que os padrões de qualidade sejam nacional e internacionalmente apreendidos.

Portanto, caso ocorra irregularidade na concessão da gratuidade da justiça gratuita, o serviço é inválido, porque ilegal; caso o LACEN, por intermédio do departamento desconcentrado (CDCT), terceirize a realização do exame de DNA, devem ser observados os ditames normativos previstos na Constituição e na legislação de regência; caso não ocorra interesse financeiro travestido da ausência de licitação ou por desdobramento normativo de diversas diretrizes que obscurecem a moralidade da Administração, a perícia é inválida, desde a fonte.

Ora, essas situações emplacam vínculos inalienáveis para a validade de um exame de DNA, que, afinal de contas, é um ato processual, mas, também é um ato administrativo processualizado, colocado para dentro do processo.

2 O CONVÊNIO ENTRE ÓRGÃOS OU INSTITUIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição estabelece a possibilidade da celebração de contratos ou convênios entre entidades ou órgãos públicos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à

pronto; enquanto, em laboratórios que cumprem as normas técnicas ISO e NBR se encontram testes mais precisos, com conteúdo (decifração de alelos), custando menos de R\$ 400,00 e apresentando o resultado em 24 horas. Aberrações da novela chamada Brasil.

Ou seja, o convênio possui tal denominação, mas, na prática, trata-se de delegação extroversa e onerosa, de um serviço público executado pelo Executivo, mas que sobrecarrega os quadros do overload judiciário.

Isso malfez a oficialidade da perícia. A perícia acaba tendo um valor jurídico não oficial ou uma oficialidade extroversa; uma oficialidade à brasileira. Ver MAFFINI, Rafael. Direito administrativo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 214/5.

continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Em decorrência, a Lei Nacional nº 8.666/1993 estabelece as condições do convênio:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Note-se que é vinculativa a planificação dos recursos financeiros a serem alocados nesse tipo de negócio administrativo. Quando se fala em recursos, em termos de gestão administrativa, a questão atende a um planejamento específico e tipificado, nos próprios misteres do convênio ou contrato celebrado.

A Coisa Pública não pode ser manuseada sem a responsabilidade financeira pertinente que, desde a Constituição e desde a Lei Nacional, pautam os ditames para a utilização de determinados serviços. Então, se um convênio

somente pode abarcar quem é beneficiário da justiça gratuita, a fruição desse serviço por aquele que não faz jus a tal benesse – ainda que irregularmente deferida (ou não analisada pelo juízo) – contamina, na origem, a realização de exames por convênio entre judiciário e executivo.

Sem a antiga AJG (atual gratuidade da justiça), impossível que o exame de DNA seja efetuado pelo convênio articulado com especificidade para a tutela dessas pessoas. Isso contraria a gestão financeira da própria celebração, desde a origem constitucional do certame.

Se a gratuidade da justiça foi deferida contrariamente ao direito?

Ou, se o juízo não analisou a impugnação do deferimento da gratuidade da justiça?

De plano, isso afasta a possibilidade da realização do exame de DNA por intermédio do convênio encetado. Por exemplo, se uma pessoa dispõe de uma renda maior que 5 salários-mínimos, contanto vencimentos em sua totalidade – embora não declarados –, o exame não pode ser efetuado por tal órgão desconcentrado, pena da violação frontal ao texto das citadas normas.

A natureza do ajuste – em outros termos: a estrutura do convênio, em seu conteúdo juridicamente aceito – depende de uma gestão orçamentária vinculada. Isso porque a mútua colaboração (nota típica do convênio) é estritamente dependente da boa gestão financeira dos afazeres predispostos⁴. Em direito administrativo, na temática do serviço público, embora no desdobramento de ato judicial, um vício de origem não é convalidável⁵, porque violenta irremediavelmente a tipificação Constitucional e Legal tarifada.

3 A TERCEIRIZAÇÃO IMPRÓPRIA DE ATIVIDADE-FIM

A terceirização de serviços públicos a particulares é questão delicada.

Em primeiro lugar, porque a execução do serviço não pode encerrar a atividade-fim do titular do serviço (instituição ou órgão público); em segundo lugar, porque os termos do “desdobramento” da execução do serviço (denominado terceirização, mas, também, extroversa), devem atender aos termos

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 297.

⁵ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação Anulatória*: de acordo com o CPC/1973 e o Projeto do Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014. p. 226/231.

implicados pela legislação que determinou as diretrizes do serviço público no sentido próprio ou original da esfera administrativa.

A Lei nº 14.977/2017, do Estado do Rio Grande do Sul, extinguiu a Fepps e abriu passagem para o LACEN. O curioso é que vinculou contratação de servidores, para o desempenho de serviço público essencial – uma atividade-fim do órgão –, para situações *emergenciais*:

Art. 9º Os servidores não estáveis serão exonerados, sendo imediatamente pagos e quitados os seus respectivos direitos.

§ 1º Os contratos emergenciais de que tratam a Lei nº 13.111, de 23 de dezembro de 2008, a Lei nº 13.267, de 20 de outubro de 2009, e a Lei nº 13.855, de 26 de dezembro de 2011, e suas alterações, ficam prorrogados pelo Poder Executivo por mais 12 (doze) meses.

§ 2º Após a extinção da Fepps, os contratos emergenciais vigentes passarão a ser gerenciados pela Secretaria da Saúde, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º A renovação dos contratos emergenciais para execução das atividades das áreas técnicas caberá à Secretaria da Saúde, conforme necessidade.

Art. 10. Os servidores cedidos à Fepps retornarão aos seus órgãos ou entidades de origem.

O que isso significa?

A esdrúxula solução de que atividade-fim do órgão criado é desempenhada por servidores, em contratos *emergenciais* (provavelmente, para “dispensar” a licitação), e que, desgraçadamente, são equiparados aos servidores estatutários, embora não tenham prestado concurso público.

Uma perversão administrativa-constitucional.

Note-se que a dispensa da licitação, pela emergencialidade, está prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993. Ainda que ocorra um convênio ou consórcio entre entidades públicas, para o caso do órgão da Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul ter finalidade específica, recolhe-se a incidência da hipótese do art. 24, XXVI, da citada lei de regência.

Ora, para que serve a Secretaria da Saúde e os respectivos órgãos – sejam lá o nome que assumirem?

Para prestar serviços específicos tocantes à saúde. Logo, as questões que não são epidêmicas ou endêmicas, que não configuram catástrofes ou situações realmente excepcionais, acabam não sendo emergenciais-contingenciais ao órgão de saúde. Justamente, a prestação do serviço de saúde regular faz parte das atribuições coetâneas à pasta.

A jurisprudência é rígida com o desvio de finalidade.

O STJ decidiu pela falta da *emergencialidade* quando o serviço é previsível ao órgão, quando se trata de regularidade na manutenção do serviço:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. LEI 8.666/1993. DISPENSA. EMERGÊNCIA FABRICADA OU FICTA. ILICITUDE. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANO *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO PELO CUSTO DE PRODUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. RELATO DOS FATOS

[...]

DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

10. Admite-se dispensa de licitação “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos” (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993).

11. É preciso cautela com a referida contratação sem certame, especialmente em razão das chamadas emergências fabricadas ou fictas: “a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável” (*Comentários à Lei de Licitações*, 13. ed., São Paulo, Dialética, 2009, pp. 296). Apura-se o motivo da emergência, se ela ocorreu por falta de planejamento, por desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, se ela não é atribuível, em alguma medida, à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir tal situação.

12. No caso concreto, as premissas fáticas extraídas das decisões proferidas apontam para uma dispensa indevida recorrente, derivada da postura descuidada do administrador. As decisões proferidas reconheceram que “a Administração Pública tinha cabal conhecimento da necessidade da licitação”; “não ocorreu nenhuma situação de emergência ou de calamidade pública”; “a situação foi criada pelos próprios réus que, dolosa ou culposamente, pouco importa, deixaram transcorrer o prazo para se ultimar, de acordo com a lei, a contratação do fornecimento de cestas básicas”. A prova documental referida atesta ainda existirem preços inferiores ao

contratado praticados no varejo e tal informação foi apresentada pelos próprios recorrentes à fl. 164/STJ, ao descreverem os procedimentos de licitação (dado, portanto, incontroverso). É inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação na forma do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993. Precedente do STJ.

Recurso especial parcialmente provido para determinar a indenização pelo custo básico das cestas entregues, a ser apurada em liquidação de sentença.

(REsp 1192563/SP, 2010/0079932-5, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 06.08.2015)

A Lei nº 13.855/2011 do Estado do Rio Grande do Sul estabelece:

Art. 7º Os contratos emergenciais de que trata esta Lei serão regidos, no que couber, pelo regime estatutário disciplinado na Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, com remuneração das funções de igual denominação a dos cargos de que trata a Lei nº 11.771, de 5 de abril de 2002, e alterações, equivalente a das respectivas classes iniciais do Nível I dos cargos de Técnico em Produção e Pesquisa em Saúde e Técnico Superior Administrativo, e na classe inicial do cargo de Agente Técnico em Produção e Pesquisa em Saúde, para uma carga horária semanal de 40 horas.

Ou seja, uma sucessão de leis estaduais simplesmente rasgou o *texto* do art. 37 da Constituição.

O ponto de inflexão do sintagma é o seguinte: um órgão para a prestação de serviço de saúde é criado e desempenha, por convênio (ou como se queira denominar), perícias para a investigação de paternidade (DNA), sem, contudo, adotar os padrões técnicos de qualidade; além disso, um órgão cuja funcionalidade é vinculada à Secretaria da Saúde acaba, por sua feita, transferindo a execução dessas tarefas não se sabe a quem, por sucessivos ou prorrogados contratos *emergenciais*, e simplesmente equiparando – em termos

sintáticos, porque, semanticamente, é impossível – o servidor estatutário ao contratado emergencialmente.

Pode-se alegar que o serviço de perícia é algo técnico, daí se inferindo o art. 13 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

[...].

Ocorre que o serviço prestado pelo órgão compromissado não é eventual, antes se trata de tarefa necessária e fundamental à própria tutela jurisdicional.

Assim, insustentável que eventual ajuste fique ao alvedrio de contratar ou fazer parceria com quem se quiser, porque antes se deve verificar – com base na técnica e nos padrões de qualidade internacionalmente relevantes – qual a pessoa ou instituto está credenciado para desempenhar uma atividade-fim fundamental.

O argumento da dispensa de licitação ou de uma discricionariedade quedam por consumação, com a simples leitura do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto nº 8.180, de 2013)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas *sem fins lucrativos*, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

[...].

Para a qualificação de convênio, necessária a atividade de fomento e a ausência de finalidade financeira.

Vale repetir: ausência de fins lucrativos⁶.

Isso não acontece no programa pericial encetado no Estado do Rio Grande do Sul.

O absurdo está configurado – o Estado do Rio Grande do Sul pagava uns R\$ 700,00 (ao que parece, por cabeça) para que um exame de DNA ficasse pronto em uns 120 dias; em qualquer laboratório, notoriamente pesquisado, no mercado, e que atende a padrões de qualidade (não vislumbrados no Lacen), o exame custa menos de R\$ 400,00, e fica pronto em 24 horas.

Que emergencialidade é essa?

Que falta de finalidade financeira é essa?

O ajuste administrativo firmado – seja o nome que adotar –, em sua essência, está desconforme com a Constituição e com a legislação de regência.

Por que a Administração Pública lança mão dessa série de normas, intrincados desdobramentos, se o desempenho da atividade referente à saúde pública é serviço essencial?

⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, *passim*, jul./dez. 2007.

A resposta é simples: para driblar a “emergencialidade” e a visualização da “atividade-fim” dos diversos órgãos que algo se “perde” na desconcentração-descentralização administrativa.

Inclusive, porque é vedado terceirizar – no sentido técnico e no sentido largo – uma atividade-fim, segundo o Decreto nº 2.271/1997 da República:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Tudo faz parte de um plano (escuso); nada transparente.

Dois coelhos fenecem por aberração jurídica. De um lado, o serviço público essencial é transferido a quem não teria, segundo a tipificação legal, incumbência para tal mister; de outro lado, “tudo” é emergência, ou “nada” é emergência, porque parece que a execução dos trabalhos do Lacen (antiga Fepps) foram alcançados a técnicos sem a credencial administrativa para o desempenho desse serviço.

Uma coisa é certa: jamais se pode denominar o Lacen, o CDCT, a Fepps, ou qualquer contratado “emergencial” de DMJ (Departamento Médico Judiciário).

Sob pena do Judiciário se encerrar nessa lambança administrativa, cuja finalidade desborda da legalidade e da constitucionalidade – cuja finalidade parece ser mais financeira do que de fomento e de efetiva prestação de serviço

público isento, imparcial e de qualidade (atendendo a normas técnicas nacionais e internacionais).

4 A AUSÊNCIA DO PADRÃO DE QUALIDADE EXIGIDO POR LEI NACIONAL: A FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO PACIENTE, SEJA PELA INEXISTÊNCIA DE REGISTRO POR IMAGEM, SEJA PELA INEXISTÊNCIA DO ELENCO DE ALELOS EM CONFRONTO - UMA PRÁTICA CORRIQUEIRA EM QUALQUER LABORATÓRIO, E NORMATIVAMENTE COGENTE, CONFORME PADRONAGEM INTERNACIONAL E ISO/ABNT 17025/17

Um laboratório que coleta e efetua exames de DNA deve atender a normas técnicas previamente destinadas a manter a lisura, a impessoalidade e, sobretudo, a assertividade dos resultados. Políticas públicas determinam que sejam padronizados procedimentos e qualificações que, minimamente, garantam a segurança do exame.

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/1990 determina:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

[...]

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

[...].

O Projeto de Lei nº 1.505/2007 estabelece que o laboratório que elabora perícia referente ao DNA deve atender a requisitos técnicos padronizados:

Art. 2º Para efetuar os exames de determinação de vínculo genético, o laboratório deve estar capacitado e aparelhado para a prática de genética molecular, de acordo com o que dispuser o Regulamento Técnico, autorizado pelo Ministério da Saúde, através de órgão que será responsável pela fiscalização de seus

equipamentos, das técnicas utilizadas e da capacidade técnica dos peritos.

Na verdade, o projeto simplesmente ratifica os princípios da moralidade⁷, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos (art. 37 da CF). A norma configura uma interpretação ou diagramação autêntica daquilo que já está previsto na Constituição – perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Prontamente, verifica-se que o exame pericial manuseado pelo Lacen/RS (DCDT) não atende aos requisitos mínimos e padrões de qualidade tanto encerrados em normas quanto na própria prática.

Quanto à contrariedade aos textos normativos, o laboratório não preenche, procedimentalmente, os padrões de qualidade previstos na ISO/ABNT 17025/17, porque sequer registra, por imagens (foto ou filmagem), de quem é o material genético extraído.

Uma impropriedade que vai ao encontro da prática, da tradição: Por que o programa da “paternidade legal” não apresentava esse tipo de problema? Porque esse exame era realizado em audiência, perante o testemunho do juízo, o que confere legitimidade à perícia.

Em contrário, no Lacen – órgão do Executivo (que não pode ser denominado DMJ) – não existe prova que o material colhido seja da pessoa submetida ao exame. Ainda mais, porque o exame de DNA formulado pelo serviço público conveniado perpetra uma incongruência descritiva inadmissível.

O exame somente reporta o método utilizado (por meio de um padrão de escrita, na primeira folha do exame) e, após, aposta em um resultado. Sem, contudo, elencar a série de alelos que foram examinados⁸.

⁷ A moralidade implica a instituição de mecanismos de controle da atividade administrativa, inclusive no tocante à elaboração de leis e de atos administrativos. As leis de acesso à informação ratificam tal imposição constitucional, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

⁸ A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Constitucional (art. 1º, III, da CF). A segurança jurídica é princípio conjugado à dignidade, porque confere, estruturalmente, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade a todas as movimentações da Administração Pública. Tudo sopesado, o importante é que, no Direito brasileiro, a prioridade da pessoa sobre o Estado se torna evidente. Toda e qualquer construção teórica, científica ou retratada por ato administrativo que reporta um exame de DNA deve observar a seguinte legitimidade substancial: o direito, os atos processuais e os atos administrativos são teorizados e servem, em primazia, à pessoa, a partir da dignidade da

A questão é peremptória: o exame entregue, pelo Lacen, pelo Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, contraria a norma 5.10.2, entre outras, da ISO/ABNT 17025/17⁹; daí que não se pode inferir de qual pessoa é o sangue retirado na coleta.

Pior ainda: tal exame apenas aponta um resultado; porém, não elenca a série de alelos que devem ser confrontados¹⁰.

Isso é gravíssimo, porque qualquer laboratório¹¹ elenca os alelos pessoais dos pacientes.

pessoa; e não a partir do Estado, como outrora se pensava no Estado Liberal do século XIX. Daí que segurança jurídica implica função eficaz interpretativa e integrativa derivada, a todas as posições da Administração Pública, sob pena de invalidação do ato administrativo, com base no núcleo duro da Constituição (a dignidade da pessoa). A falta de elenco e cotejo de alelos deixa a descoberto uma obscuridade: Quem foi examinado? Já que não existem imagens tampouco fotografias, de quem é o material genético examinado? Uma falha inconvalidável do laboratório que não atende à padronagem técnica. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 649/651; e MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, v. 229, *passim*, mar. 2014, *passim*. écnica.

⁹ A validade do exame pericial depende, diretamente, do credenciamento e da qualificação do laboratório. Caso maculada a certificação, assim como maculado o corpo do exame – não havendo a determinabilidade e a cognoscibilidade dos alelos em confronto, o ato administrativo do exame de DNA está comprometido de morte. Ver TARUFO, Michele. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo*, v. 248, *passim*, 2015.

¹⁰ Um teste de paternidade pelo exame de DNA, por antonomásia, efetua um cotejo entre alelos de diferentes indivíduos. Portanto, quando apenas se apresenta um resultado X, sem, contudo, indicar o somatório da análise determinativa no confronto entre os alelos Y, Z, W, etc., quer dizer que o exame é uma folha de papel com um título sem corpo. Um assento sem alma, sem conteúdo. O sentido da segurança jurídica enquanto determinabilidade ou cognoscibilidade, justamente, quer dizer que o procedimento adotado individualiza os pacientes, daí, progressivamente, chegando a um resultado suficientemente compreensível. Do contrário, é “achismo”, é intuicionismo, é bola de cristal, é qualquer coisa, *somente não se pode denominar tal prática como exame científico*. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 137.

¹¹ A metodologia processual orientada pela sincera colaboração e pela boa-fé processual se trata de um esquema em que as provas podem ser antecipadas, agilizadas, inclusive, para o próprio reforço do contraditório. A tática brasileira, tradicionalmente, é *esconder as provas* e surpreender o adversário; de outro lado, em países evoluídos (civilizados, em todos os sentidos do termo), a surpresa não remete à racionalidade da vitória, porque vence quem tem razão, ao invés de ter razão – a qualquer custo – quem vence.

Independente da triste realidade enfrentada nos foros, a legislação brasileira parece encorpar técnicas probatórias que se aproximam do clássico *discovery*, da *common law*, onde o aparato probatório até poderia prevenir litígios. De fato, em algumas contendas, ao invés da esperteza de alguns, prevalece o bom senso e o vigor do processo justo – o processo previsível/calculável, no qual as provas mais diretas e efetivas devem ser manuseadas para a aproximação da decisão ao vértice da verdade. O exame pericial, em especial a prova referente ao DNA, deve ser pormenorizado e, sobretudo, identificar a pessoa humana que está sendo examinada. Senão, tudo parece brincadeira – aliás, como o

A prática do Lacen, *a latere*, abre margem a que resultados de exames sejam conferidos sem a análise do conteúdo do exame, sem a identificação dos alelos em confronto, daí contrariando padrão de biossegurança e de gestão de credenciamento de laboratório para esse tipo de perícia referente ao DNA.

Uma sentença sem motivação e, somente, com dispositivo?

Exatamente isso que o Lacen/RS elabora: um exame com resultado, mas sem o conteúdo que pormenoriza os alelos¹² confrontantes. Logo, o nome e o resultado referente a qualquer pessoa podem estar ali, temerariamente.

Afinal, não existe filmagem, não existe fotografia, não existe comprovação de que o exame é referente ao material genético coletado. Tudo contrariando padrões internacionais e normas administrativas cogentes do Direito brasileiro.

Em síntese, o Lacen e seu desdobramento CDCT não cumprem os padrões mínimos de qualidade. Daí que não são decisivos no sentido de indicar de qual pessoa se refere o exame perpetrado – com efeito, não ocorre a descrição molecular do sujeito, como também não existe o registro de imagem da coleta.

A Resolução nº 340/2004 do Conselho Nacional de Saúde (órgão do Ministério da Saúde) preconiza:

III.7 - Todo indivíduo pode ter acesso a seus dados genéticos, assim como tem o direito de retirá-los de bancos onde se encontrem armazenados, a qualquer momento.

[...]

IV.1 - As pesquisas da área de genética humana devem ser submetidas à apreciação do CEP e, quando for o caso, da Conep como protocolos completos, de acordo com o Capítulo VI da Resolução CNS nº 196/1996, não

Brasil parece estar à venda. Ver DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, anno L, 1996.

¹² Uma perícia que não individualiza as condições pessoais do paciente é inconstitucional, porque violenta o postulado da razoabilidade no sentido de congruência, ou seja, todo ato administrativo ou normativo deve se reportar e se harmonizar às respectivas condições “externas de aplicação”. Daí que o exame de DNA deve pormenorizar os alelos dos pacientes em confronto, tratando-se dos parâmetros externos à folha de papel assinada pelo perito; do contrário, impõe-se um exame arbitrário porque desarrazoado e desconforme ao devido processo constitucional. Um exame que é contrário ao postulado da razoabilidade é *inconstitucional in fine*. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 98/9.

sendo aceitos como emenda, adendo ou subestudo de protocolo de outra área, devendo ainda incluir:

[...]

b) como os genes/segmentos do DNA ou do RNA ou produtos gênicos em estudo se relacionam com eventual condição do sujeito da pesquisa;

c) explicitação clara dos exames e testes que serão realizados e indicação dos genes/segmentos do DNA ou do RNA ou de produtos gênicos que serão estudados;

[...]

g) informações quanto ao uso, armazenamento ou outros destinos do material biológico;

[...]

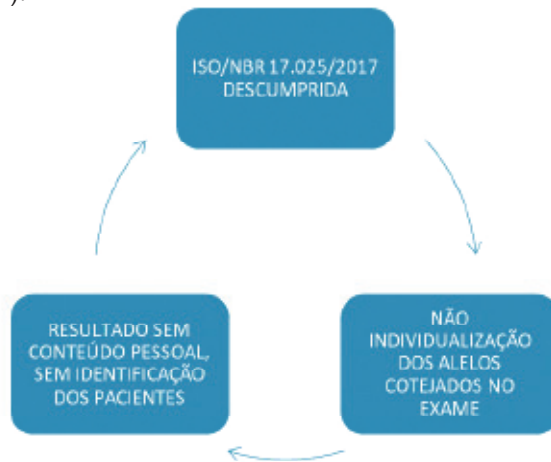
i) explicitação de acordo preexistente quanto à propriedade das informações geradas e quanto à propriedade industrial, quando couber;

[...].

O direito à informação demanda a explicitação do material genético dos indivíduos em análise pericial. Logo, não adianta meter um resultado sem, antes disso, desenvolver a relação de alelos de cada indivíduo¹³ – trata-se do mínimo ético e normativo, em termos de precisão científica e confiabilidade do certame pericial.

¹³ Se uma decisão judicial pode ser apreendida como holística de um problema ou conflito entre narrativas, isso não a remete a um *black box* em termos de análise de cada prova, isoladamente falando. Ou seja, deve haver um cotejo entre uma avaliação analítica da prova em coimplicação com a análise holística, daí que uma DNV falsa contamina uma prova pericial de DNA; afinal, de que criança se está examinando? Tudo sopesado, a filosofia verdade-erro-decisão reafirma o compromisso de todos os operadores com o caráter epistêmico do processo. “*There are several good reasons to prefer the analytical approach. One reason is that it is not clear at all what it may be to appreciate the ‘whole’ evidence in one single shot, without establishing which information, how reliable, how relevant and how useful, is provided by each specific item of evidence*”. A perícia deve ser analítica, em seu próprio corpo, assim como o exame da prova deve sopesar, em larga medida, a analiticidade. Ver TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, v. 238, *passim*, dez. 2014.

O organograma é autoexplicativo, porque elabora uma racionalidade circular entre a previsão normativa e a falta de padronização na prática do Lacen (e seu braço CDCT):



O ato administrativo praticado pelo Lacen é nulo pela ausência de forma¹⁴.

O ato administrativo elaborado pelo Lacen é nulo porque não tem conteúdo, previsto na legislação, que deve individualizar os pacientes – violação frontal da dignidade da pessoa humana¹⁵ (e consectários legislativos, como a Resolução nº 340/2004 do Conselho Nacional de Saúde).

¹⁴ O defeito de forma não é convalidável, trata-se de atributo essencial do ato administrativo. Sobre a forma, impera a legalidade estrita, razão pela qual diversas normas, desde a Constituição, perpassando pela lei, até as normas de padronagem internacional, estabelecerem pautas que não podem ser fustigadas. A Lei nº 9.784/1999 estabelece: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Esse vício de forma não é passível de convalidação – o ato administrativo é nulo de pleno direito.

¹⁵ A dignidade da pessoa humana é um fundamento de dupla via: ao mesmo tempo que garante um núcleo duro e insuprimível, ela alavanca uma perspectiva objetiva de normas e forças interpretativas-argumentativas, no sentido de resguardar o “respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

A Lei nº 13.460/2017 determina, enquanto direito de usuário do serviço público:

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

[...]

III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

[...].

O acesso à informação é prerrogativa do paciente, do usuário do serviço público, tanto que o indigitado dispositivo somente explicita o já disposto na Lei nº 12.527/2011:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (Internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

No caso, o endereço genético do paciente é uma determinação mínima, insuprimível e nuclear, que deve constar em qualquer exame de DNA.

II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV – divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V – garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

[...].

A estrutura (ou melhor, a falta de estrutura/conteúdo do ato administrativo) leva à ausência da finalidade juridicamente admissível para a correção do ato, conforme o direito. É basilar, trata-se de uma ontologização da verdade como meio da segurança jurídica – um “*dasein*”, porque o fato no mundo deve ser apresentado em suas diretrizes não tendencialmente semânticas, mas, sobretudo, pragmáticas e ajustadas à realidade ôntica¹⁶.

Por sua feita, a ausência de finalidade do ato administrativo – ato que recolhe exame de DNA – retira a suposta força que deveria estruturar o ato administrativo praticado no bojo de processo judicial.

Uma solução circular, em contexto, que reporta a metodologia analítica-funcional e remete o sentido (a falta de sentido) à importância do fundamento, bem como à finalidade alvitrada pelo direito. Tudo para que os princípios basilares da Constituição sejam atendidos em sua força normativa¹⁷.

¹⁶ Ver HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002. p. 80/1.

¹⁷ Um exame de DNA se presta a solver um problema: a questão do cotejo entre a carga genética de um indivíduo *versus* a carga genética de outro indivíduo. A solução da questão não pode ser do tipo “generalizante”; pelo contrário, necessariamente, deve-se apreender o “particularismo” da espécie, tanto por aceção científica quanto por uma base cultural de justiça de um caso que deve ser solucionado com fundamento nada tópico, antes com fundamento de “sentido especial à realidade em análise”. O que empresta *sentido* a uma perícia é a descrição pormenorizada do estado particular do sujeito. Ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 73/4.

5 A IMPOSSIBILIDADE DE O LACEN FAZER UMA CONTRAPROVA

Assentado que o convênio que delegou, de maneira extroversa, a realização do exame de DNA, para o Poder Executivo, criou uma figura judicialiforme, a situação resta agravada pelo risco sobre a reversibilidade dos erros ou danos perpetrados pelo próprio órgão ao qual se incumbiu a execução da perícia.

Com efeito, o convênio entre o TJRS e o Lacen (Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul) foi encerrado. Daí que eventual contraprova não pode ser elaborada pelo próprio órgão que realizou o exame. Isso não causaria estranheza, em uma primeira visada – é salutar, inclusive, que a contraprova seja realizada por um terceiro.

Ocorre que a extinção do convênio desencobre a seguinte questão: desgraçadamente, a desestruturação da coisa pública (tanto pessoal quanto material) é tamanha que os serviços públicos do Estado do Rio Grande do Sul estão comprometidos na própria autotutela; daí que se implica a morte da cláusula pétrea da “vedação do retrocesso”, em termos de direitos fundamentais.

O Estado do Rio Grande do Sul pede socorro. Os exames de DNA, outrora executados de maneira extroversa, estão sob questionável feição.

Isso é Brasil, o “#feudoemquetudopode”. Até a novela das 21 horas, da rede Globo, retrata o que está ocorrendo, e muito, na vida real:



Para combater essa possibilidade-risco-viabilidade, na “terra-do-tudo-pode”, as instituições devem atuar com eficiência e assertividade. Os exames conveniados ou delegados em modalidade extroversa estão à deriva, diretamente proporcionada pela desestruturação do serviço público. Os exames de DNA

merecem a cautela que o *standard* da prova pertinente ao caso – prova clara e convincente – enseja.

Afinal, *que exames?*

Já que as perícias do Lacen não possuem conteúdo, não demonstram os alelos em confronto, mas somente apresentam uma cifra de resultado que contraria os ditames legais e constitucionais, a ciência mais abalizada sequer pode cogitar de “exame”.

Juridicamente, os arremedos desvinculados das normas não existem. O exame pericial que arrepiá o conteúdo-estrutura de ato administrativo não possui “densidade suficiente” para emplacar um acontecimento do mundo real¹⁸. É algo criado, uma folha de papel.

CONCLUSÃO

O patrimônio genético do indivíduo está encerrado na dignidade da pessoa humana. *“Dunque, è un bene comune ala famiglia umana perché intrinsecamente riconosce ala specie umana le sue speciali dignità e diversità e rapprresenta un ponte tra le generazioni passate e quelle future”*¹⁹.

Um exame que não individualiza os alelos em confronto violenta os direitos comezinhos, a dignidade humana de ambas as partes: da criança e do suposto pai. Trata-se de aberração jurídica, um arremedo de ato administrativo, sem conteúdo e sem forma prevista em legislação, cuja padronagem é internacional, além de todo o serviço público dever prestar informações precisas aos respectivos usuários (Leis nºs 12.527/2011 e 13.460/2017).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ainda prevê que a individualização genética do sujeito, em qualquer tipo de exame que envolva tal questão, assume relevo de autodeterminação e da liberdade do indivíduo. Sobre princípios fundamentados na dignidade da pessoa humana:

Questa visione è valorizzata dalla lettura di tale disposizione nel contesto generale della Carta europea dei diritto fondamentali in particolare com l'art. 8 relativo alla

¹⁸ A natureza da coisa, a ideia sem o critério do particularismo, em termos de exame pericial, não passa de um nominalismo do “cognoscente”. Um *flatus vocis* de perícia, uma prática sem conteúdo. Ver KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “Naturaleza de la Cosa”*: hacia una teoria de la comprension juridica. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Juridica de Chile, p. 105.

¹⁹ FALLETTI, Elena. I confini della famacogenetica. *Revista da Ajuris*, v. 125, p. 323, mar. 2012.

*protezione dei dati personali, l'art. 13 in materia di libertà della ricerca scientifica, l'art. 21 sulla non discriminazione, fondata anche su caratteristiche genetiche e l'art. 35 in materia di protezione della salute.*²⁰

O perfil genético é conteúdo preempório que deve conter no exame. Do contrário, não existe exame, mas uma solução intuitiva descritiva como enunciado perdido em uma folha de papel. No Estado Constitucional, em plena pós-modernidade, na perspectiva argumentativa-intersubjetiva²¹ dos modelos compartilhados e das técnicas científica de proficiência/especialização, inadmissível que um exame do Lacen aponte um resultado, sem, contudo, a discriminação do confronto entre os alelos das pessoas. Uma lacuna insuprimível.

Por que o programa “Paternidade Legal” funcionava sem ninguém reclamar?

Porque havia o testemunho do juízo, porque esse teste de DNA era efetuado em audiência. Havia transparência e moralidade desde a coleta do material genético.

No momento presente, o exame de DNA é delegado, de maneira extro-versa (porque claudicante), ao Poder Executivo, e não existe comprovação empírica ou científica de que o material recolhido seja um material, realmente, coletado das partes envolvidas. Uma catástrofe cinestésica, provocada pela falta de transparência que violenta a Constituição e as leis nacionais de acesso à informação e de participação nas etapas dos procedimentos do serviço público como um todo em desdobramento operativo.

²⁰ Ibidem, p. 348.

²¹ A argumentação como técnica ou como modelo de reconstrução do estado de coisas jurídicas toca todos os atos processuais. Desde os atos das partes e do juízo, até os atos periciais. Afinal, o direito do terceiro milênio não confirma axiomas ou realismos independentemente das valorações e dos elementos de análise que permitam um mínimo de transparência nos contornos das questões a serem decididas. Não adianta apresentar um enunciado pericial sem desenvolver, como premissas dialéticas e até lógicas, o caminho percorrido para o atingimento do resultado. Aliás, insustentável a bricolagem de uma metodologia, no caso do exame de DNA, se os alelos dos envolvidos não são devidamente *individualizados e identificados*. O enfoque argumentativo do direito, bem como uma racionalidade de matriz pragmática – encerrada como possibilidade, em termos de teoria do conhecimento –, reclamam um método prático e, sobretudo, contextualizado pela instrumentação que a seriedade da questão da paternidade envolve. Do contrário, repete-se, deve ser assinado um “cara ou coroa” e esquecer a ciência como auxiliar do juízo. Ver ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editorial, p. 77.

A feitura da perícia – exame de DNA – não reclama parênteses meramente formais. O foco decisivo para a validade desse ato administrativo processualizado é a proteção da confiança²² dos pacientes. Fundamento (segurança) e finalidade (verdade científica) que somente persistem se a atuação estatal respeitar os direitos fundamentais e as limitações implicadas aos desdobramentos do serviço público, mormente os aspectos de cunho estrutural do ato administrativo: a descrição do genótipo dos pacientes.

A persistir tal conduta, sem especificação genotípica de alelos, sem quadro comparativo molecular, sem o cumprimento das normas da ISO, ABNT e resoluções médicas, encerradas nas leis de garantia da informação, o melhor seria nem fazer teste de DNA – o ideal é abreviar a contenda e retornar às ordálias: talvez, decidir a questão sobre a paternidade na base do “cara ou coroa”, ou colocar um pinto sobre uma chapa quente e verificar se ele morre em menos de 1 minuto.

Combina com País do futuro que nunca chega a um objetivo – o feudo chamado Brasil.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editorial.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/1973 e o projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014.

DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, anno L, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FALLETTI, Elena. I confini della farmacogenetica. *Revista da Ajuris*, v. 125, mar. 2012.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança...*, p. 468.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*: hacia una teoria de la comprension juridica. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Juridica de Chile.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2007.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, v. 229, mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, v. 238, dez. 2014.

_____. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo*, v. 248, 2015.

Submissão em: 04.04.2018

Avaliado em: 21.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 28.06.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.07.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 05.07.2018