

## **Recusa à realização do exame de dna na investigação de paternidade e direitos da personalidade**

Maria Celina Bodin De Moraes

*Doutora em Direito Civil. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC/RIO*

*“Os juristas devem viver em sua época, se não querem que esta viva sem eles”.*

Josserand, Droit civil.

### **1. DECISÃO DO STF NO HC Nº 73.373-4**

Em novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresso consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica, em ação investigatória.<sup>1</sup>

A decisão, no *Habeas Corpus* nº 71.373-4, foi provocada pela determinação, por parte da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que, recusando-se a comparecer, fosse o alegado pai "conduzido debaixo de vara" ao laboratório de análises clínicas com o objetivo de que lhe fosse prelevada quantidade suficiente de sangue através do qual, realizado o teste conhecido como o do 'ácido desoxirribonucléico' (DNA), se poderia estabelecer, com a probabilidade correspondente a 99,98% de certeza, a paternidade - ou a exclusão - de duas meninas, gêmeas impúberes.

O aspecto surpreendente desta decisão, e que enseja o seu comentário, é o teor dos votos vencidos, da lavra dos Ministros Francisco Rezek (Relator original), Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, os quais consideraram que na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois direitos subjetivos em conflito, quais sejam o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança.

As manifestações do juízo de 1ª instância,<sup>2</sup> da 8ª Câmara Cível do TJRS, por maioria, bem como dos três Ministros citados do STF, concordantes na condução debaixo de vara para submissão à perícia forçada em ação cível, propõem uma reflexão acerca dos novos contornos e dos novos rumos do direito civil após a promulgação da Constituição de 1988<sup>3</sup>, especificamente, no que se refere aos direitos de família e da personalidade.

### **2. PESSOA E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Parece hoje cristalinamente evidente que todos os seres humanos são pessoas, em sentido técnico-jurídico.<sup>4</sup> Foi necessário, no entanto, um longo tempo, na evolução histórica da humanidade, para que o conceito jurídico de

pessoa fosse ampliado a ponto de o simples fato de pertencer ao gênero humano se tornar o único requisito para a atribuição e o reconhecimento de direitos civis.<sup>5</sup>

Foi, contudo, somente no século XIX, a partir da elaboração das doutrinas francesa e alemã, que se começou a edificar a construção dos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade, denominando-se-lhes como direitos da personalidade. Saliente-se que ainda hoje perduram hesitações quanto ao seu conceito, natureza, objeto<sup>6</sup> e extensão<sup>7</sup>.

A disseminação da categoria foi muito intensa no decorrer do século atual, vindo a incorporar sempre novos conteúdos, desde o seu reconhecimento legal no BGB, em 1900, com a enunciação dos direitos à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade (§ 823) e a fixação de garantias ao direito de uso do nome (§ 12).<sup>8</sup>

Partindo-se dos atributos e qualidades intrínsecos à pessoa humana, a extensão dos direitos da personalidade encontrou nas esferas física, moral e intelectual que a compõem o seu ponto de estruturação. A atribuição de direitos sobre todos os aspectos que delineiam o ser humano abrange hoje desde os direitos à imagem e à voz ao direito à integridade psíquica, do direito à liberdade ao direito às partes do próprio corpo, em um trabalho contínuo de alargamento da tutela da personalidade humana em geral.<sup>9</sup>

Não obstante sua conceituação como direitos absolutos<sup>10</sup>, isto é, válidos *erga omnes*, e diversamente do que ocorre com os direitos reais, os direitos da personalidade não podem ser comprimidos em enumeração taxativa, pois o objeto da tutela é o indivíduo globalmente considerado, sua dignidade, onde quer que ela se manifeste, em conformidade e à luz do ditame constitucional. Acerta o legislador civil moderno, portanto, ao optar pela cláusula geral de tutela, reconhecendo que a proteção dos direitos da personalidade, para ser eficaz, deve ser a mais ampla possível.<sup>11</sup>

A identificação taxativa e ao desmembramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a pessoa humana - e, portanto, sua personalidade - configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III). Em consequência, da personalidade irradiam ou se decompõem os múltiplos caracteres "daquilo que lhe é próprio",<sup>12</sup> aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.

O conceito é, pois, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses; e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades. Assim, a elasticidade é instrumento para realizar as garantias

atípicas derivantes dos aspectos essenciais do ser humano e do seu livre desenvolvimento da vida em relação (em família, em sociedade).<sup>13</sup>

Embora o direito à identidade pessoal pudesse, nesta ordem de idéias, e por si só, abranger tanto o direito ao nome - como usualmente se considera - quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade,<sup>14</sup> o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais na matéria,<sup>15</sup> entendeu dever dispor expressamente no art. 27: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça".

### 3. A FAMÍLIA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Nas sociedades arcaicas, os filhos não eram considerados sujeitos de direito, restando perpetuamente submetidos à autoridade do chefe da família, o qual possuía, em relação a eles, poder de vida e de morte.<sup>16</sup> Em Roma, somente tomavam-se cidadãos após a morte do pai, gozando este de direitos quase ilimitados no que tange à pessoa dos filhos. Afirmou-se, a propósito, que, psicologicamente, a situação de um adulto com pai vivo era insuportável.<sup>17</sup>

"Não pode ele fazer um gesto sem o pai: concluir um contrato, libertar um escravo, elaborar um testamento".<sup>18</sup> Já, porém, ao tempo de Justiniano, o *jus vitae et necis* (direito de vida e de morte) e o *jus noxae dandi* (direito de entregar o filho como indenização) não passavam de recordações históricas.<sup>19</sup>

Foi somente no final do século XVIII, contudo, que o Estado passou a assumir uma participação ativa na formação familiar. "Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem a seus pais" é afirmação atribuída a Danton. Através do importante Decreto de 1792, o poder público francês definiu, pela primeira vez, os impedimentos matrimoniais, secularizou o casamento, regulamentou o processo de adoção, determinou direitos dos filhos naturais - que depois seriam severamente restringidos pelo *Code* - instituiu o divórcio e limitou o poder paterno, com o estabelecimento de tribunais de família.<sup>20</sup>

Havia sido dado início à transformação que alteraria, de modo radical e definitivo, os contornos do direito de família. As relações familiares, que até então haviam sido concebidas como essencialmente privadas, passaram a ser vistas como relativas também ao interesse público.

A família passou a ser considerada fundamento da sociedade civil, a merecer, unitariamente, a proteção do Estado. Juridicamente, consolidou-se o entendimento de que o interesse do grupo familiar deveria prevalecer sobre o do indivíduo, constituindo a família um bem em si mesmo. Para tanto, fazia-se imprescindível manter o poder de mando de seu chefe, o marido e pai, de modo

absoluto.<sup>21</sup> A idéia prevalecente foi assim enunciada por Hegel: "na família o todo é superior às partes, que devem se submeter a ele".<sup>22</sup>

O Código Civil brasileiro, considerado o último dos códigos do século XIX, foi fiel a esta ideologia e garantiu tutela unitária à família, cujo chefe, o marido, é titular exclusivo do pátrio poder, exercendo-o com absoluta e incontestada autoridade quanto à pessoa dos filhos.<sup>23</sup>

Oposta, neste particular, mostra-se a concepção do legislador constituinte de 1988. Não obstante o *caput* do art. 226 estatuir genericamente que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", o § 8º deste artigo especifica a forma de tutela a ser concedida ao afirmar que "o Estado assegurará a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (grifou-se), não se garantindo mais proteção à instituição familiar a despeito ou acima dos interesses dos indivíduos que a compõem.

O legislador constituinte, expressamente, manifesta-se, ainda, com relação aos interesses (agora superiores) da criança, no âmbito da família - e mesmo fora dela -, estabelecendo que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227, *caput*, da Constituição Federal, grifou-se).

Em sede interpretativa, tais dispositivos constitucionais consubstanciam o que se denominou um "deslocamento" do objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família; representam, com efeito, a preponderância atribuída, constitucionalmente, aos direitos e interesses de cada um dos membros da família, devendo a "comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente".<sup>24</sup>

#### **4. O ESTADO DECORRENTE DA FILIAÇÃO E SUA ATUAL QUALIFICAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

O ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com outros ordenamentos do sistema romano-germânico, caracteriza-se pelo avanço na proteção dos direitos dos filhos, sendo o primeiro destes o reconhecimento do estado de filiação.

Foi a Constituição de 1988 a pôr fim às diversas classes de parentesco (legítimo, ilegítimo, natural e adotivo), no que se refere à pessoa do filho, ao estatuir em seu art. 227, § 6º, que "os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas

quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", estabelecendo, por esse modo, a sua plena isonomia.<sup>25</sup>

Assim é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em muitos outros países, são reconhecíveis, sem qualquer restrição, não apenas os filhos adulterinos como também os incestuosos,<sup>26</sup> tendo sido vitorioso o argumento ético-político de que a proteção da pessoa do filho deve justamente independender do tipo de relação existente entre seus pais.

A luz da norma constitucional faz-se imprescindível revisitar o Código Civil e as leis civis especiais, de modo a aplicar a diretriz constitucional às relações interprivadas.<sup>27</sup> Firmes, pois, na paridade constitucional, quanto à pessoa dos filhos, e na prioridade atribuída, também pelo Texto Maior, à pessoa humana e, em especial, à pessoa em desenvolvimento, a criança, impõe-se reler os dispositivos do Código que não se compadecem com a nova ordem.

Exemplo emblemático do que se deseja ressaltar está contido na disputa hermenêutica em torno do art. 363 do C. Civ., em tema de investigação de paternidade.

Ilustre doutrina manifestou-se, recentemente, pela integral manutenção do disposto no mencionado artigo, reafirmando seja a enumeração taxativa dos incisos permissivos da ação, seja a impossibilidade de prova direta da paternidade, isto é, que não resulte de presunções, embora distintas, seja no que se refere ao que denominou de "filhos havidos da relação de casamento", seja no caso "dos não havidos".<sup>28</sup> Em nítida divergência, doutrina mais consentânea com o desiderato constitucional afirma, em síntese, que, coibidas quaisquer restrições ao direito de ação conferido ao filho, não se pode mais considerar aplicável o art. 363 somente aos filhos ilegítimos - por ser discriminatório -, nem tampouco restringir a investigatória às condições especificadas nos incisos do aludido preceito.<sup>29</sup>

Tal é, de fato, a força da expressão "sem qualquer restrição" contida no art. 27 do Estatuto. Como corolário do direito assim amplamente reconhecido, avançou o legislador ordinário no sentido de adotar, sob inspiração do modelo português,<sup>30</sup> a averiguação oficiosa da paternidade, através da atribuição, ao Ministério Público, da legitimidade ativa para intentar a ação investigatória, com o fim de defender direitos individuais indisponíveis, como se dá com o estabelecimento da relação de paternidade.<sup>31</sup> A legitimidade concedida ao Ministério Público coaduna-se, com perfeição, à noção de estado (*status*), individual e familiar, regulada desde há muito, no direito brasileiro, por preceitos de ordem pública, sob a consideração de que a situação jurídica de cada indivíduo interessa à sociedade toda.<sup>32</sup>

## **5. A DESCOBERTA DO CÓDIGO GENÉTICO E SEU IMPACTO NA INVESTIGAÇÃO BIOLÓGICA DE PATERNIDADE**

O acrônimo DNA (ou ADN, na tradução) Serve a designar uma molécula denominada "ácido desoxirribonucléico", a qual contém o código genético determinado pela herança cromossômica de cada indivíduo.

Em 1953, James Watson e Francis Crick publicaram artigo no qual descreviam, pela primeira vez, a estrutura molecular em hélice do DNA. Em 1985, o inglês Alec Jeffreys descobriu que, a partir de determinadas seqüências de combinações químicas contidas na molécula, era possível diferenciar cada indivíduo, com a única exceção dos gêmeos monozigóticos, de idêntica herança genética.<sup>33</sup>

A importância desta descoberta teve efeitos imediatos e retumbantes, no que se refere à investigação de paternidade, por duas ordens de razões: a confiabilidade dos resultados e a relativa simplicidade do exame.

Com efeito, até então todos os exames conhecidos permitiam oferecer certeza cientificamente comprovada apenas quanto à exclusão do vínculo. O próprio exame de H.L.A (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), considerado revolucionário quando de seu desenvolvimento, em 1972, gera apenas presunção de paternidade, muitas vezes "fortíssima",<sup>34</sup> conduzindo, porém, a resultados falsos em 65, de cada 1.000 pessoas testadas.<sup>35</sup> Índice baixo se comparado à confiabilidade do DNA, que permite atingir um grau não inferior a 99,98% de certeza, tanto de determinação quanto na exclusão da paternidade, quando todos os cruzamentos de seqüências são devidamente testados.<sup>36</sup>

Como adicional vantagem, há a simplicidade do exame que pode ser feito a partir de praticamente qualquer tecido do corpo, pois todas as células possuem o mesmo núcleo de DNA. Assim é que o sangue, a raiz de cabelo, o raspado bucal, saliva, sêmen, placenta, ossos podem ser testados, sendo suficiente quantidade ínfima de tecido - no caso do sangue, o meio mais comum, os laboratórios solicitam quantidade não superior a 10 ml para o exame. Seu custo é ainda relativamente alto (cerca de R\$ 1.200,00) e o resultado é obtido, se o tecido for o sangue, cerca de 45 dias após a entrega da amostra.<sup>37</sup>

Foi-se, pois, o tempo em que a paternidade era de ser considerada "fato oculto e incerto",<sup>38</sup> ou presumido, devendo, em consequência, sua investigação ser permitida somente com "cautelas e rigor de provas".<sup>39</sup> A certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste.

## **6. INTERPRETAÇÕES DADAS À RECUSA EM SEDE DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL**

As interpretações judiciais da recusa à realização do exame DNA pelo pretense pai têm sido as mais variadas. Desde simples indício, passando pela presunção *juris tantum*, com a conseqüente inversão do ônus da

prova,<sup>40</sup> até a confissão, a jurisprudência brasileira tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu, nas ações de investigação.

Vigora, nestes casos, a rigor, a presunção *hominis* de que quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de provar a sua exclusão de paternidade. Irrecusável, a propósito, parece ser a concepção, proveniente do senso comum, de que o indivíduo ético, diligente e responsável tem interesse em esclarecer tão relevante questão, pois, estando de boa-fé, aspira ele próprio a conhecer a verdade.

Majoritariamente, a jurisprudência vem conferindo à recusa o valor de indício componente do acervo probatório. Expressões tais como "presunção de receio do resultado" "expediente para eximir-se da culpa" e o próprio fato da recusa injustificada, sempre aliados a outros fatores, têm sido utilizados para fundamentar a procedência dos pedidos.<sup>41</sup>

Houve, porém, quem entendesse que a recusa importa em confissão, sob o argumento de que "a parte que se opõe [à realização da perícia] prevê um resultado desfavorável, o que eqüivale, implicitamente, a confessar",<sup>42</sup> em especial quando a recusa configura desobediência à ordem judicial de realização do exame pericial.<sup>43</sup>

Na doutrina, ao contrário, considerou-se que a recusa pode apenas ser interpretada desfavoravelmente ao réu, "jamais porém traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas um meio de prova complementar e não um fundamento da sentença".<sup>44</sup>

Frente ao notável progresso científico representado pelo exame de DNA, há que se indagar se o direito da criança à investigação, sem qualquer restrição, teria como conteúdo a verdade real acerca de sua ascendência ou se deve restar adstrita ao (outrora imprescindível e hoje desnecessário) jogo de presunções. E com efeito, qualquer das soluções acima propostas peca por insuficiência se se tiver em vista, como se procurará demonstrar, o amplo direito da criança à determinação biológica de sua paternidade.

Concomitantemente, forçoso é examinar, na análise dos argumentos contrapostos, o valor jurídico a ser atribuído à recusa do pretense pai, sendo de se distinguir dois fundamentos de relevo, ambos com nível constitucional, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da incolumidade física.

## **7. CONFLITO DE VALORES CONSTITUCIONAIS: DIREITO À (REAL) IDENTIDADE PESSOAL *VERSUS* DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA**

A análise, até aqui desenvolvida, pretendeu evidenciar duas proposições. De um lado, a comprovação da proteção, especial e prioritária, ora facultada, pelo ditame constitucional e, conseqüentemente, pela legislação estatutária, às crianças e aos adolescentes. De outro, a consciência de que tal

tutela constitui inovação profunda, a ser ainda devidamente absorvida pelos operadores do direito no que tange à interpretação da normativa pré-constitucional.

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores.<sup>45</sup> Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial,<sup>46</sup> a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.

Conhecer as próprias origens. Origens que são não apenas genéticas, mas também culturais e sociais. O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera.<sup>47</sup> Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias mas, responsabilmente, estabelecido o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias.

A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Com efeito, a propósito, já foi dito que "saber a verdade sobre a sua própria paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar".<sup>48</sup>

Cabe pois indagação: este direito deve ser frustrado ou limitado frente ao direito à intangibilidade física do suposto pai?

Através da técnica do DNA, basta "um fio de cabelo, um pedacinho de pele, qualquer vestígio de sangue ou sêmen para estabelecer a identidade de um indivíduo",<sup>49</sup> com certeza praticamente absoluta. O sacrifício imposto ao pretense pai é, como notou em seu voto o Ministro Rezek, de considerar-se "risível".

E de fato, a alegação de que a ínfima quantidade de sangue (*ad argumentandum*, é suficiente uma única gota de sangue ou um mero fio de cabelo), retirada com a finalidade de comprovar filiação, violaria integridade física, traz à memória o sofisma infligido a Shylock, o célebre personagem de Shakespeare.

Mais do que isto. Em diversos casos, a tutela psico-física não pode se inspirar exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do sujeito. Pode-se encontrar justificativas para tratamento sanitário, independentemente da vontade do doente, quando, por exemplo, o estado de saúde do indivíduo contenha em si potencialidade tal de lesionar terceiros.<sup>50</sup> Há nesse caso, interesse público a ser protegido.

O mesmo se diga acerca da determinação da paternidade. A integridade física, nesta hipótese, parece configurar (mero) interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, além de qualquer dúvida, interesse público, de toda a coletividade.

### **8. EM ESPECIAL, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA RECUSA**

O Ministro Marco Aurélio, ao fundamentar seu voto no acórdão em exame, baseou-se, essencialmente, no princípio da legalidade, afirmando, em síntese, a inexistência de lei a dar amparo à ordem judicial de condução forçada para coleta de material destinado à perícia. E foi além ao exprimir que, se tal lei existisse, seria ela inconstitucional.

Quanto a tal alegação, colhem-se, no voto do Ministro Rezek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do art. 27 do ECA e o do art. 339 CPC. O primeiro estabelece que o reconhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa significará restrição. O segundo estipula que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o estabelecimento da verdade.

Cita, ainda, o Ministro Rezek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São eles os arts. 130 e 332 do CPC, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro, a admitir não apenas meios legais mas também meios "moralmente legítimos", desde que hábeis aprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação.

Tais disposições consagram o primado das razões de justiça, fundada, no direito processual - civil e penal -, no princípio da verdade real.

### **9. O ABUSO DO DIREITO DE RECUSA À REALIZAÇÃO DO EXAME, POR FALTA DE INTERESSE LEGÍTIMO. LEGITIMIDADE DA CHAMADA 'PERÍCIA FORÇADA' EM CORRESPONDÊNCIA COM O INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA, O VALOR DA PESSOA HUMANA E DE SUA DIGNIDADE**

Como é notório, o princípio da proibição do abuso do direito corresponde à passagem da concepção individualista do direito subjetivo, de absoluta soberania privada, a uma concepção socializante (ou relativista) do mesmo.<sup>51</sup>

Esta passagem deu-se através do reconhecimento de que o aspecto funcional é característico do direito tanto quanto o é o seu aspecto estrutural. O direito subjetivo não se qualifica apenas por seu conteúdo pré-definido pelo legislador (pressuposto fático) mas principalmente pelas

circunstâncias do seu exercício. Abusivo é, nessa medida, o ato exercido em contrariedade à finalidade do direito, ao seu espírito, à sua função social.<sup>52</sup>

O problema do abuso diz respeito, propriamente, à comparação de interesses que estejam em conflito,<sup>53</sup> seja no desenvolvimento de uma determinada relação jurídica, seja na regulamentação de interesses privados, quando a prevalência há de ser, então, atribuída ao interesse consentâneo com as finalidades sociais da norma de tutela em detrimento daquele que se manifesta despedido de legítima motivação.

A primeira referência legislativa expressa ao princípio da proibição do abuso (em sentido objetivo, isto é, independentemente de qualquer intenção de prejudicar) é devida ao Código Civil suíço, de 1907, o qual, em seu texto francês, assim dispôs: "*Art. 2° Chacun est tenue d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*".

Na recente formulação do direito português, considera-se que "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".<sup>54</sup>

Criticou-se a conceituação do abuso, antes do mais, porque esta atribuiria ao juiz grande poder, tendo servido historicamente a ampliar o controle judicial sobre a livre atuação da autonomia privada. Todavia, não há como negar, tal noção está, desde há muito, contida na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, de 1942, em cujo art. 5° se pode ler: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Não se trata de entender o ato abusivo como um ato que, embora em contrariedade com o direito objetivo, está em conformidade com o direito subjetivo. Com efeito, não há contraposição possível entre o ordenamento jurídico e o direito subjetivo, sendo este, apenas, uma especificação do primeiro. Trata-se, mais propriamente, de confrontar as duas faces de uma mesma moeda, quais sejam o aspecto lógico-formal do direito (estrutural) e o aspecto ético-social (funcional), e considerar que o princípio da proibição do abuso do direito atua como um limite interno ao próprio direito (subjetivo), o qual somente vigorará para o seu titular se, e enquanto, não for exercido de modo nocivo ao interesse social.

Assim, abusa de seu direito aquele que exercitando um determinado direito subjetivo, embora sem contrariar qualquer específico dever normativo, afasta-se do interesse (*rectius*, valor) que constitui a razão de ser de sua tutela legislativa.<sup>55</sup> Desta forma, o exercício de um direito não encontra apenas limites estabelecidos por deveres ou proibições legislativamente impostos mas, principalmente, os limites impostos pelos valores que têm na Constituição a sua referência normativa.

O abuso ocorre, pois, especialmente, quando o exercício do direito, anti-social, compromete o gozo dos direitos de terceiros, gerando objetiva desproporção, do ponto de vista valorativo, entre a utilidade do exercício do direito por parte de seu titular e as conseqüências que outros têm que suportar.

Não se duvida que a incolumidade física abranja o direito de recusa a submeter-se a tratamento médico ou exame de qualquer espécie, sem o consentimento expresso de seu titular, não podendo o indivíduo ser compelido a realizá-los.<sup>56</sup>

O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se toma abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.

A perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual.

Aos que temem a instauração de precedente, a ser evitado a qualquer custo, pode se opor a consideração de que, na nossa ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude.

## NOTAS

1. Investigação de Paternidade - Exame DNA - Condução do Réu "debaixo de vara". Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da 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". STF - HC nº 71373-4 RS - Tribunal Pleno - Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio - Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado - Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado - Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - j.10.11.94 - v.m.
2. Sob o fundamento de que o corpo do suposto pai é, *in casu*, "objeto de direitos", não sendo, assim, cabível a invocação do direito personalíssimo ao próprio corpo.
3. Sobre o tema é ainda escassa a bibliografia nacional. Seja, pois, consentido remeter ao artigo " A Caminho de um Direito Civil Constitucional", *in Direito, Estado e Sociedade, Revista do*

*Departamento de Direito da PUC-RIO*, n° 1, 1991, pp. 33 e segs. e republicado em *Revista de Direito Civil*, vol. 65, pp. 21 e segs. e, *ivi*, bibliografia. V., tb., G. Tepedino, "A Disciplina Jurídica da Filiação", in S. Figueiredo Teixeira(org.), *Direitos da Família e do Menor*, Belo Horizonte, Dei Rey, 1994, pp. 223 e segs.

4. Sobre a evolução histórica do conceito jurídico de pessoa, v. H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Editorial Ariel, pp. 13 e segs.

5. Tal afirmação não ignora (nem tampouco se opõe) a crítica manifestada por L. E. Fachin, "Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil", in *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, vol. IV, ano IX, julho de 1995, pp. 86-87, segundo a qual o divórcio entre o direito e o não-direito na dogmática clássica, especialmente na elaboração dos códigos civis do século passado, se deu, prioritariamente, através do fenômeno da "exclusão dos sujeitos". Afirma o A.: "Sorvendo a essência dos fenômenos concretos para configurar, apenas e quando deseja, a '*fattispecie*', a característica parasitária do sistema em relação à vida concreta se revela no proceder de exclusão e marginalização" (...) "tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito' aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes do direito civil; para os demais o limbo".

6. Numerosos autores recusam a possibilidade de a pessoa ser sujeito e objeto do direito, entendimento que em muito dificultou a elaboração da categoria dos direitos da personalidade. Para resolver a *vexata quaestio* tem se compreendido o objeto da relação jurídica como, apenas e tão-somente, a razão em virtude da o vínculo se estabelece. V: a propósito, M. Reale, *Lições Preliminares do Direito*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 216, Para C. Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 131, a definição do direito da personalidade reclama o alargamento da noção de bem jurídico.

7. Assim, entre outros, C. Gomes, *Introdução*, cit., p. 130. Segundo M. Fernandes, *Os Direitos Personalíssimos*, estudo apresentado ao X Congresso Brasileiro de Magistrados realizado em Recife, em setembro de 1986, separata, p. 2: "Surgem dificuldades quando se pretende aclarar a complexa teoria da personalidade. Havendo obtido realce apenas no século passado e somente neste sido consagrada, esta doutrina ainda hoje está repassada de incertezas e obscuridades". No mesmo sentido, entre outros, C. A. Bittar, *Curso de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1994, p. 201.

8. R. Limongi França, *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 1034, indica lei romana de 1895 como o primeiro diploma legal a tratar da matéria. C. A. Bittar, *Curso*, cit., p. 223, nota que o Código austríaco de 1810 já falava em ..direitos inatos fundados na única razão pela qual o homem há de considerar-se pessoa". Lembra este A., ainda, que o Código português de 1867 havia definido os direitos à existência, à liberdade e à associação.

9. Para uma classificação, v. O. Gomes, *Introdução*, cit., pp. 133 e segs. A classificação pioneira no direito brasileiro é devida a R. Limongi França, *Manual de Direito Civil*, vol. I, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1965.

10. W. Moraes, "Direito da Personalidade - Estado da Matéria no Brasil", in A. Chaves (coord.), *Estudo de Direito Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, pp. 125 e segs.
11. Para um exemplo, v. o Código Civil português de 1966 que; em seu art. 70º, I, dispõe: "A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral". Mas já assim dispunha o Código Civil suíço no art. 28. No mesmo sentido, manifestou-se o projeto de Código Civil, art.12.
12. São palavras de G. Telles Jr., "Direito Subjetivo -I", in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28, São Paulo. Saraiva, 1980.
13. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, ESI, 1984, p. 418.
14. F. Teixeira Mota, *Escrever Direito*, Lisboa, Contexto, 1992, p. 113.
15. Para numerosos exemplos, v. G. Tepedino, *A Disciplina Jurídica da Filiação*. cit., pp. 223-229.
16. V. J. Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. port. de A. Hespanha e M. Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1986, pp. 610 e segs.
- 17 P. Ariès e G. Duby, *História da Vida Privada. I. Do Império Romano ao Ano Mil*, org. por P. Veyne, trad. bras. de H. Feist, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, pp. 40 e segs. Ao analisar a freqüência com que eram cometidos parricídios, os autores citam a seguinte passagem do historiador Velejo: ..Durante as guerras civis e suas proscricções, época em que choviam denúncias, a lealdade das esposas foi máxima, a dos libertos foi média. a dos escravos não foi nula e a dos filhos foi igual a zero, tanto é duro suportar o adiamento de uma esperança."(p. 42).
18. *Idem, ibidem*.
19. W. B. Monteiro, *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, 25. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 275.
20. P. Ariès e G. Duby, *História da Vida Privada, 4. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*, org. por M. Perrot, trad. bras. de D. Bottmann e B. Joffily, São Paulo, Cia. das Letras, 1992, p. 36.
21. Na França, o Código Civil aumentou os poderes paternos, abolindo os tribunais de família que haviam sido instituídos pelo Decreto de 1792. O art. 213 do *Code* dispunha que o marido deve proteção à sua mulher e ela obediência a seu marido. O poder atribuído ao chefe de família pode ainda ser medido pela proibição, no *Code*, à investigação de paternidade. O mesmo ocorria no Brasil, antes do advento do Código Civil. Assim, Clovis Beviláqua, *Direito de Família, apud J. L. Alves, Código Civil Anotado*, vol. 1, São Paulo, Liv. Acadêmica, 1935, p. 374: "Ainda mesmo que, em algumas hipóteses, a filiação se manifeste evidentemente e se firme judicialmente, sem influxo da vontade do pai, é inconcusso que o nosso direito não autoriza a investigação da paternidade".
22. Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito* (1821 ), trad. port. de O. Vittorino, Lisboa, Guimarães Ed., 1990, p. 160.
23. J. L. Alves, *Código Civil*, cit., p. 397, adverte que o art. 394 do C.C.b, ao permitir a suspensão do pátrio poder em caso de abuso, representou importante avanço em relação ao direito anterior: "Vai se alastrando, máxime nos nossos grandes centros, a chaga da infância moral ou materialmente abandonada pelos pais. A ação judiciária ou policial, em favor dos filhos menores, esbarrava nos empecilhos que lhe opunham os direitos do pai ou da mãe, reconhecidos em lei, de um modo quase inflexível".

24. G. Tepedino, *A Tutela Jurídica da Filiação*, cit., p. 231. Chama de "superlativa" a atenção do legislador nacional para com os direitos da criança e do adolescente o Min. Francisco Rezek em seu voto no HC que ora se comenta. Trata amplamente do tema, T. da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1996, *passim*.
25. Mas já na Lei n° 6.515, de 26.12.77 (Lei do Divórcio), se encontrava a seguinte disposição: "Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições"(art. 51, n° 2).
26. Diversamente ocorre na Itália, por exemplo, onde o art. 251 do Código Civil declara reconhecíveis os filhos incestuosos somente se os pais, à época da concepção, estavam de boa-fé. Já para o Código Civil francês, a filiação incestuosa somente pode ser reconhecida por um dos genitores (art. 334-10).
27. Para um aprofundamento. v. o meu *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. cit., *passim*.
28. Assim C. M. da Silva Pereira. 'Paternidade e sua Prova", in *Revista de Direito Civil*. vol. 71, pp. 7 e segs. Afirma o A.: "No Direito brasileiro, como nos sistemas ocidentais em geral, a paternidade resulta de um jogo de presunções. Em se tratando da filiação legítima (ou como se diz na Constituição de 1988 - filhos havidos na relação de casamento), o matrimônio faz presumir a coabitação dos cônjuges e, em conseqüência. a presunção do estado de filho. É o que estabelece o art. 337 do C. Civ. No tocante aos filhos não havidos da relação do casamento (CF, art. 227. § 6°), o estado de filho há de provir de uma declaração, seja do próprio pai (reconhecimento espontâneo) seja de um provimento jurisdicional (reconhecimento compulsório). Neste segundo caso situa-se a ação de investigação de paternidade. E esta. *ex vi* do disposto no art. 363 do C. Civ. tem cabimento nos casos expressos ali enunciados: concubinato, rapto, relações sexuais, escrito do pai reconhecendo expressamente a paternidade."(p. 12). Para o aprofundado tratamento do tema, remete-se à clássica obra do A., *Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense. 1991.
29. Assim, G. Tepedino, *A Disciplina Jurídica da Filiação*, cit., p. 232, segundo o qual, nos dias de hoje, a possibilidade de estabelecimento de paternidade sem relações sexuais, através dos métodos de concepção artificial, bem como o desenvolvimento de provas cada vez mais definitivas da paternidade - o exame do DNA, por exemplo - traduzem situações fáticas que não se compadecem com a realidade de outrora. Daí porque não se justificar, à luz do art. 27 (...), a exclusão da ação por não se prefigurarem as condições expressamente enunciadas pelo Código, desde que possa ser evidenciada a paternidade".
- 30 V. os arts. 1808° e 1865° do Código Civil português, que tratam, respectivamente, da averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade. Tal averiguação foi instituída pelo Decreto-Lei n° 496/77, instrumento de adequação dos preceitos do Código Civil, relativos à família, aos então novos parâmetros constitucionais. A Constituição portuguesa, como se sabe, data de 1976.
31. Lei n° 8.560/92, art. 2°, §§ 4°e 5°. V., em propósito, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1995, pp. 135 e segs., onde se lê interessante argumentação acerca da constitucionalidade da lei.
32. O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 150.

33. Para uma detalhada explicação do processo, v. S. Pena, "Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil", in S. Figueiredo Teixeira (org.), *Direitos da Família e do Menor*, cit., pp. 243 e segs.
34. J. A. do Amaral, "Investigatória de Paternidade" in *Ajuris*, vol. 63, p. 221.
35. Dados coletados pelo laboratório americano Helix Biotech, in [www.heJixbio.com](http://www.heJixbio.com)
36. Este é o índice indicado pelos laboratórios americanos *Helix Biotech*, *Bio Synthesis* e *Gen Test Laboratories*. Segundo S. Pena, *Determinação de Paternidade ...*, cit., p. 244, os testes realizados através do exame direto do DNA "permitem tanto a exclusão quanto a inclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%". Segundo M. F. Pinheiro, "Aplicação do Estudo do DNA na Investigação Biológica da Filiação", in [www.smmp.pt/DNA.htm](http://www.smmp.pt/DNA.htm), p. 5, "um resultado de paternidade próximo de 99,99% pressupõe a utilização de um conjunto de marcadores suficientemente alargado pelo que será praticamente impossível encontrar um indivíduo geneticamente igual ao pretense pai". Para Aysch Amar, citado por A. Marques da Silva Filho, "HLA e DNA. Novas Técnicas de Determinação do Vínculo Genético", in *RT* 655/62, "a análise técnica do material genético fornece 100% de certeza nos casos de paternidade". Tal confiabilidade foi aceita jurisprudencialmente; v., a propósito, TJSP, 4ª CC, Ap. Cív. nº 191.321, j. em 12.05.94, cuja ementa diz: "Investigação de paternidade. Resultado positivo de exame pelo método DNA. Eficiência absoluta. Paternidade reconhecida". Para uma visão bastante crítica acerca de tais índices de confiabilidade, v. A.G. Boeira, "O Perfil de DNA como Prova Judicial - Uma Revisão Crítica", in *RT* 714/290-297.
37. Preços e prazos médios de laboratórios do Rio de Janeiro. Um dos laboratórios consultados (Genealógica) realiza o exame através do bulbo capilar, sendo suficientes três fios de cabelo que contenham a raiz (fios que devem ser arrancados apenas para evitar confusão quanto à sua titularidade). Neste caso, o exame custa R\$ 2.700,00 e o resultado demora 30 dias. Nos Estados Unidos, segundo o *DNA/Identity. Laboratory* da *University of North Texas*, in [www.flash.net](http://www.flash.net), são solicitados 5 ml de sangue, o exame custa cerca de U\$ 500,00 e o prazo de divulgação é de duas semanas.
38. Assim, J. L. Alves, *Código Civil*, cit., p. 373.
39. *Idem, ibidem*.
40. A título ilustrativo cita-se a solução adotada pelo *Texas Family Code*, do Estado do Texas, EUA, que, em seu item 13.06, *d*, assim expressa: "*a party who refuses to submit to paternity testing has the burden of proving that the alleged father is not the father of the child*".
41. Tais expressões foram colhidas nas recentes Ap. Cív. TJSP nos 239.256 (j. em 05.09.95); 262.978 (j. em 27.09.95); 265.447 (j. em 19.10.95), in *JUIS* 1/96 (*Jurisprudência Informatizada Saraiva*). Mas já, na mesma direção, v. Ag. de Inst. nº 87.550-1, j. em 01.09.87, in *LEX* 111/350e Ag. de Inst. nº 97.983, j. em 02.03.88, in *LEX* 112/368.
42. Assim, por exemplo, na Ap. Cív. TJSP nº 225.649, j. em 07.12.94, Rel. Des. Fonseca Tavares. Em igual sentido, da lavra do mesmo relator, a Ap. Cív. nº 60.097, j. em 04.09.85, in *LEX* 99/35.
43. TJRS, 4ª C.Cível, Ag. de Inst. nº 588021022. in *RJTJRS* 147/301, Rel. Des. Gervásio Barcellos, em cujo voto afirma: "(...) De forma que a solução mais condizente com a espécie é a obrigação da efetivação do exame, arrostando o investigado com uma possível assunção de paternidade se, desobedecendo à determinação judicial, não comparecer ao exame". No mesmo sentido.

considerando legal ordem judicial para tal inspeção corporal mas atribuindo à desobediência o valor de mero indício, manifestou-se, unanimemente, a 2ª C.Cível do TJSP, no Ag. de Inst. nº 87.550, *in LEX* 111/350.

44. C.M. da Silva Pereira, "Paternidade e sua Prova", cit., p. 13 e segs., segundo o qual "a perícia hematológica constitui elemento probatório, a corroborar a prova do item essencial do libelo do autor: concubinato, ou rapto, ou relações sexuais".

45. No mesmo sentido, Y. S. Cahali, "Reconhecimento do Filho Extramatrimonial", *in Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, IEJ, 1996, vol. 7, pp. 210-211 para quem "(...) nos dias de hoje manifesta-se uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade, procurando afirmar a filiação para seu reconhecimento conforme a verdade real, biológica, com vistas à mais eficiente proteção da pessoa do filho".

46. J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, cit., p. 146.

47. Assim, P. Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997. Afirma T. Silva Pereira, *Direito da Criança*, cit., pp. 107-108: A grande verdade é que se trata de direito fundamental do ser humano conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar".

48. São palavras do Subprocurador-Geral da República Osmar Brina em parecer relativo à ação de contestação e paternidade, julgada procedente no STJ, no REsp. na 4.987-RJ, *in RSTJ* 26/382, não obstante manifesta contrariedade aos arts. 339 e 340 do C. Civ. Ali, afirma-se ainda que: "A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais".

49. J.A. do Amaral, *Investigatória de Paternidade*, cit., p. 221.

50. P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., pp. 384 e segs. Na Itália, há quem considere (M.C. Querubini, "Tutela della salute ed atti di disposizione del corpo", *in* F. Busnelli e V. Brescia, *Tutela della salute e diritto privato*, II, Milano, Giuffrè, 1978, p. 94) lícita a utilização de partes destacadas do corpo humano, em benefício da saúde de outrem, prescindindo embora do consentimento daquele a quem tais partes originalmente pertenciam. Tratar-se-ia, juridicamente, de uma hipótese de expropriação por utilidade pública.

51. V., O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 114. A sugestiva expressão "abuso do direito" é devida ao jurista belga Laurent e foi criada para designar uma série de casos, a partir de 1853, em que os tribunais franceses, reconhecendo embora a excelência do direito do réu, vieram a considerá-lo irregular em vista de seu exercício. Para a completa análise do tema, V., por todos, F. Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais do Min. das Finanças, 1973.

52. Tal é a formulação de L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927.

53. Assim, P. Rescigno, "L'Abuso del diritto", *in Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, 1965, pp. 205 e segs., espec. p, 232.

54. Art. 334. do Código Civil português, de 1966. Tal dispositivo inspirou o Projeto de Código Civil brasileiro (nº 634-B, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984 e ora em tramitação no Senado Federal): Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

55. San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, ed. hist., p. 373, segundo o qual: "O abuso do direito é o exercício irregular ou anti-social que contraria a finalidade em vista da qual o direito foi criado".

56. C. M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 18. ed. rev. e atual., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 159, o qual afirma: "Assunto ainda polêmico (sobre o qual já tenho me pronunciado) é o que diz respeito à perícia médica, sustentando o direito à recusa em nome do resguardo à integridade física, assumindo o recusante os efeitos de sua oposição, como se o exame fosse realizado".

**(in, Revista Forense, Julho-Agosto-Setembro/1998, vol. 343, Rio de Janeiro: Forense, 1998, págs. 156/168)**