

Recusa do Réu em Submeter-se ao Exame de DNA na Investigação de Paternidade. Consequências da Recusa ^(*)

MARIA CELINA BODIN DE MORAES ^(**)

Em novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (6 a 4), que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame pericial com a finalidade do estabelecimento da paternidade biológica ⁽¹⁾.

A decisão, no *habeas corpus* n° 71374-4, foi provocada pela determinação 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 do DNA, se poderia provar, com probabilidade correspondente à certeza científica, a paternidade – ou a sua exclusão – de duas meninas, gêmeas impúberes.

O aspecto mais extraordinário desta decisão é o teor dos votos vencidos, da lavra dos Ministros **Francisco Rezek** (Relator original), **Sepúlveda Pertence**, **Carlos Velloso** e **Ilmar Galvão**, os quais consideraram que, na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois direitos (ou interesses) em conflito,

^(*) Palestra em Painel intitulado "Aspectos Constitucionais, Civis, Penais e Processuais da Identificação Humana por DNA. Recusa do Réu em Submeter-se ao Exame de DNA na Investigação de Paternidade e nas Investigações Criminais. Consequências dessa Recusa. Uso do Material Genético em Processos Judiciais" no âmbito do Seminário A Identificação Humana por DNA e seus Aspectos Éticos e Jurídicos realizado em abril de 1999 e promovido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através de sua Fundação Escola (FEMPERJ) e de seu Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR). Grande parte das idéias aqui sustentadas se encontra já publicada em artigo sob o título "Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade" in V. BARRETTO (org.), *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, pp. 169-194, com referências bibliográficas completas.

⁽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 71.373-4 RGS – 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.

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.

Estas manifestações do juízo de 1ª instância, da 8ª Câmara Cível do TJRS, por maioria, bem como, e principalmente, dos quatro Ministros do Supremo Tribunal, favoráveis à perícia forçada em ação cível, sugerem uma reflexão acerca dos novos contornos e dos novos rumos do direito privado após a promulgação da Constituição de 1988, especificamente no que se refere aos direitos de família e aos direitos da personalidade.

Hoje parece cristalinamente evidente, quase um truísmo, afirmar-se que todos os seres humanos são pessoa, em sentido técnico-jurídico. 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 fato de pertencer ao gênero humano tornar-se o único requisito para a atribuição e o reconhecimento de direitos civis. Relembremos que, até o século passado, havia escravidão nos países ditos civilizados.

A pessoa humana configura hoje um valor unitário e daí decorre 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 sua dignidade, posta esta no ápice da Constituição Federal (art. 1º, III).

Embora o direito à identidade pessoal pudesse, nesta ordem de idéias, e por si só, abranger tanto o direito ao nome – como normalmente se considera – quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo assim a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade, o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais em matéria, entendeu dispor expressamente no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

A *ratio legis* está, evidentemente, na consideração de que a paternidade é um valor social eminente e, em conseqüência, o direito ao reconhecimento do estado de filiação surge, como um seu corolário, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, especificado, neste caso, no direito à identidade pessoal.

Nas sociedades antigas, ao contrário, os filhos não eram sequer 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. Em Roma, somente tornavam-se cidadãos após a morte do pai, gozando este de direitos quase ilimitados no que tange à pessoa de seus filhos. Afirmou-se, a propósito, que, psicologicamente, a situação de um adulto com pai vivo era quase insuportável e a prova disto se obtém através da verificação da grande freqüência com que eram cometidos parricídios. (P. ARIÈS e G. DUBY, *História da Vida Privada*, I, org. por P. Veyne, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 40 e ss.)

Foi somente no final do séc. XVIII 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 de um Decreto, de 1792, o poder público francês limitou, pela primeira vez, a autoridade paterna, com o estabelecimento de tribunais de família. No entanto, a promulgação do Código Civil, em 1804, novamente estendeu amplamente os poderes paternos e aboliu os tribunais de família que haviam sido instituídos poucos anos antes.

A dimensão da importância do grupo familiar e do poder atribuído ao chefe da família pode ser medido ainda pela proibição, expressa no Código Civil francês, à investigação de paternidade. Aliás, o mesmo ocorria no Brasil, antes do advento do Código Civil. Assim, com efeito, afirmava CLOVIS BEVILAQUA (*Direito de Família*, apud J. L. ALVES, *Código Civil Anotado*, vol. I, 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".

De qualquer modo, havia sido dado início à transformação que alteraria, de modo radical e definitivo, o Direito de Família. As relações familiares, que até então eram concebidas como essencialmente privadas, passaram a ser vistas como relativas também ao interesse público. A família passou assim a ser considerada fundamento da sociedade civil, a merecer, unitariamente, a proteção do Estado. Sob o ponto de vista jurídico, 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. A idéia prevalecente foi assim enunciada por HEGEL: "na família, o todo é superior às partes, que devem se submeter a ele".

O Código Civil brasileiro, considerado o último dos códigos do século XIX, manteve-se fiel a esta ideologia e garantiu tutela unitária à família, cujo chefe, o marido, era o titular exclusivo do pátrio poder, exercendo-o com absoluta e incontestada autoridade quanto à pessoa dos filhos. Em doutrina, advertiu-se que o art. 394 do Código Civil representou um importantíssimo avanço, em relação ao direito anterior, ao permitir a suspensão do pátrio poder em caso de abuso. Nas palavras de JOÃO LUIZ ALVES (*Código Civil* cit., p. 397): "(...) 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".

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", não se oferecendo

mais proteção à instituição familiar a despeito ou acima dos interesses dos indivíduos que a compõem. (grifou-se)

O legislador constitucional, expressamente, manifesta-se, ainda, com relação aos interesses da criança, no âmbito da família, 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 representam o que se denominou um "deslocamento" do objeto da tutela jurídica no âmbito do Direito de Família; significam 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" (G. TEPEDINO, "A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil - Constitucional", in *Temas de Direito Civil*, Ed. Renovar, 1999, p. 389 e ss.), cujos interesses são agora, pela própria Constituição Federal, considerados superiores.

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

Foi novamente 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.

Assim é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em muitos outros países, como, por exemplo, a Itália e a França, são reconhecíveis, sem qualquer restrição, não apenas os filhos adulterinos mas também os incestuosos, tendo sido vitorioso o argumento ético-político de que a proteção da pessoa do filho deve justamente independe do tipo de relação existente entre seus pais.

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 (arts. 1808º e 1865º do Código Civil português), 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 (L. 8560/92, art. 2º, §§ 4º e 5º). A legitimidade concedida ao Ministério Público coaduna-se, com perfeição, à noção de estado (*status*), individual e fa-

miliar, regulada desde há muito, no direito brasileiro, por preceitos de ordem pública, sob a consideração de que a situação jurídica de cada pessoa interessa à sociedade toda.

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

Como todos sabem, em 1953, J. WATSON e F. CRICK descreveram, pela primeira vez, a estrutura molecular do DNA. Em 1985, 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 monozióticos, de idêntica herança genética.

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 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, considerado revolucionário quando de seu desenvolvimento, em 1972, gerava apenas presunção de paternidade, muitas vezes "fortíssima", conduzindo, porém, a resultados falsos com freqüência. O índice de confiabilidade do DNA, segundo se diz, quando todos os cruzamentos de seqüências são devidamente testados, permite atingir um grau de certeza não inferior a 99,98%, tanto de determinação quanto de exclusão da paternidade.

Como vantagem adicional, há a grande 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, 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.

Mas não é só. Os jornais trouxeram, nos últimos meses, as mais recentes novidades técnicas sobre o tema: a primeira é que a equipe do geneticista Sergio Danilo Pena, da Universidade Federal de Minas Gerais, desenvolveu um teste que é feito através da análise da saliva. Diz a notícia que "a amostra é coletada com uma escovinha especial, sem causar dor, e qualquer médico pode coletar a saliva, na presença do juiz e enviá-la para análise. O médico garante que a identificação da paternidade por análise da saliva oferece a mesma margem de segurança que o exame de sangue, com um custo menor e evitando-se o incômodo que a coleta do sangue traz" (*O Globo* de 20/08/98). A segunda notícia é ainda mais surpreendente: a Universidade de Michigan desenvolveu um aparelho pequeno, do tamanho de um dedo mínimo da mão, que realiza o teste de DNA e divulga o resultado em minutos, substituindo a atual tecnologia por um procedimento barato, simples e portátil. Este aparelho, "um laboratório de bolso" (*lab on chip*) como foi chamado, requer uma amostra líquida verdadeiramente ínfima, sendo uma gota de sangue dez vezes mais do que o necessário. O

resultado sai em um microcomputador ligado ao minilaboratório. A técnica ainda está sendo aprimorada porque é preciso garantir a não evaporação da amostra (*Jornal do Brasil* de 24/10/98).

Claro que nem tudo são flores neste setor. No Brasil, por exemplo, é preciso levar em conta que não há fiscalização dos laboratórios clínicos que fazem o exame, não temos qualquer controle de qualidade e nem um banco de dados suficientemente seguro para oferecer todas as garantias no que se refere à determinação da paternidade. Erros podem ser cometidos e a contraprova, por parte do réu, com a possibilidade que ele ofereça resultado diferente em outro exame deve ser sempre admitida. Se há resultados conflitantes, um ulterior exame parece a melhor solução, com a responsabilização civil ao laboratório que errou – considerando-se que a mais recente posição doutrinária em matéria tem entendido que os resultados de laboratórios de análises clínicas representam obrigação de resultado e não obrigação de meio.

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

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, 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 prová-lo. 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 importante 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.

Há, porém, quem entenda que a recusa importa em confissão, sob o argumento de quem se opõe à realização da perícia “prevê um resultado desfavorável, o que equivale, implicitamente, a confessar”, em especial quando a recusa configura desobediência à ordem judicial de realização do exame pericial.

Na doutrina, diversamente, 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” (C. M. DA SILVA PEREIRA, “Paternidade e sua Prova”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 71, p. 13).

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 ficar adstrita ao (outrora imprescindível, mas hoje já desnecessário) jogo de presunções. E, com efeito, qualquer das soluções acima indicadas peca por insuficiência se se tiver em vista o direito da criança à determinação biológica de sua paternidade.

Por outro lado, é preciso examinar, na análise dos argumentos contrapostos, o valor jurídico a ser atribuído à recusa, sendo de se distinguir dois fundamentos de relevo, ambos com nível constitucional, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da integridade física do suposto pai.

* * *

A exposição, até aqui desenvolvida, pretendeu evidenciar duas proposições. De um lado, a comprovação da proteção, especial e prioritária, ora facultada, pelo ditado 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. Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial, a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.

Trata-se do direito de 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. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação dos impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias mas, responsavelmente, 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.

À toda evidência, no nosso sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Como afirmou o **Min. Carlos Velloso**, em seu voto: "o direito de conhecer o seu pai biológico se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal". E continua: "A conseqüência da não submissão ao exame seria emprestar a essa resistência o caráter de confissão ficta. Isso, entretanto, se tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando estamos diante de interesses morais,

como o direito à dignidade que a Constituição assegura. Ora, não há no mundo interesse moral maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai biológico”.

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, qualquer vestígio de sangue, de tecido humano para estabelecer a identidade de um indivíduo com certeza praticamente absoluta. Logo bastará uma gota de saliva. O sacrifício imposto ao pretense pai é, como notou o Ministro **Francisco Rezek** em seu voto, de considerar-se “risível”.

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. 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.

Neste mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, segundo o qual: “As relações de filiação são de interesse direto e imediato do Estado, defendendo valores de certeza, segurança e paz social” (STJ, Proc.) . Daí decorreu, na jurisprudência daquele Tribunal, embora também lá com posições divergentes, que a “comparência sob custódia, da mãe do menor, acompanhada deste, no Instituto de Medicina Legal, para os exames de sangue, mesmo contra a vontade da mãe, não viola o direito à liberdade” (STJ, Proc. 901/96, 1ª Secção, j. em 11/03/97).

O Ministro **Marco Aurélio**, ao fundamentar sua posição 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 do 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 pro-

cesso e, de outro, a admitir não apenas meios legais mas também meios “moralmente legítimos”, desde que hábeis a provar 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.

E bem lembrou o Min. **Carlos Velloso**: “não presta obséquio à dignidade de uma pessoa ser esta sustentada por outrem, como se fora pai, simplesmente porque esse outrem não quis submeter-se ao exame, ficou sujeito à pena da confissão ficta. Isto resolveria apenas a questão patrimonial”.

No mesmo sentido, o voto do Min. **Ilmar Galvão**: “não se busca, na investigatória, a satisfação de interesses meramente patrimoniais, mas sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretenso filho. Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos a patrimonialidade, possuindo **nítida conotação de ordem pública**.” (grifou-se)

Em sentido oposto, o entendimento do Min. **Moreira Alves**, segundo o qual: “o direito à investigação de paternidade é um direito disponível, tanto assim que se pode deixar de propor a ação. Estamos pois diante de dois valores: um disponível; outro, que a Constituição resguarda, e que é o da inviolabilidade da intimidade. Em favor daquele se pode violar este”.

* * *

O princípio da proibição do abuso do direito corresponde à passagem da concepção individualista (ou absoluta) do direito subjetivo, de total soberania privada, a uma concepção relativista (ou socializante) do mesmo. Tal 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 (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927).

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. Na atual formulação do Código Civil português dispõe-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” (art. 334º do Código Civil). Tal dispositivo inspirou o Projeto de Código Civil brasileiro que, no art. 187, prevê: 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”.

Criticou-se a conceituação do abuso do direito, 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. 5º 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 ao Direito Objetivo, estaria 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, na verdade, de confrontar as duas faces de uma mesma moeda, quais sejam, o aspecto lógico-formal do direito (chamado de estrutural) e o aspecto ético-social (isto é, 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 (SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, ed. hist., p. 373). Desta forma, o exercício de um direito não encontra apenas limites estabelecidos por deveres ou proibições legislativamente impostos mas, principalmente, limites impostos pelos valores que têm na Constituição a sua referência normativa.

O abuso do direito 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.

O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna 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, então, se, em princípio, repugna aqueles 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 é o princípio que estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude.

MÁRIO MORENO MARQUES JUNIOR¹³³

1. Introdução

Recente acórdão da lavra do eminente Min. Moreira Alves espousou a tese de que o art. 25 da Lei de Quebras estaria revogado por incompatibilidade com o disposto no art. 5º, incisos LXI e LXVII da Constituição da República de 1988.

Se não inépcia este entendimento, vem o julgado suscitando nos meios jurídicos discussões e debates, impondo-se uma análise mais detida sobre as questões envolvidas, a que nos propomos neste estudo.

A matéria do mencionado acórdão é vazada nos seguintes termos:

"Recurso ordinário em habeas corpus.

Como bem se viu no parecer da Procuradoria-Geral da República, em princípio, a suspensão da execução penal não torna sem efeito a prisão - que é medida substitutiva de custódia precatória e não punitiva - decretada no processo civil falimentar que tem outra finalidade. Assim sendo, e estando revogado o artigo 25 da Lei de Falências pelo inciso LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição, a que não admitem essa modalidade de prisão, impõe-se o provimento do presente recurso ordinário para que se cesse o decreto desta prisão.

Recurso ordinário provido.

(STF, 1ª Turma, ac. Urubim, J. em 24/04/98; RHC nº 26741-J - MC, pub. no DJ 22.05.98).

A questão da recepção ou não, pela vigência Carta Magna, da regra jurídica insculpida no art. 25 da Lei Falimentar, que autoriza ao juiz da falência a de-

⁽¹³³⁾ Professora Associada do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Professora-Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Itália.