

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Grande número de ordenamentos jurídicos, pelo menos no universo do denominado *civil law*, possui um Código Civil e um Código de Processo Civil. Em alguns até coexistem dois ou mais códigos desta e/ou daquela espécie: é o que sucede em Estados de estrutura federativa, onde a competência para legislar sobre matéria civil, sobre matéria processual ou sobre ambas se acha partilhada entre o todo (União, Nação) e as unidades político-administrativas fracionárias (Estados-membros, Províncias). O caso mais freqüente é o da pluralidade de códigos processuais, apesar da unidade legislativa em matéria civil: a Suíça ministra exemplo bastante conhecido.

Pois bem: ainda quando o Código de Processo Civil não contenha apenas normas aplicáveis a processos relacionados com litígios civis em sentido estrito — e é o que se dá no Brasil ⁽¹⁾ —, pode acontecer, e não raro acontece, que surjam questões atinentes à distribuição da matéria entre os referidos diplomas. Nem sempre é fácil determinar a melhor localização de tal ou qual dispositivo, e o legislador se deixa guiar muitas vezes por critérios que variam de um país para outro ⁽²⁾, ou que relegam a plano inferior preocupações de índole científica. Daí

(*) Artigo destinado ao volume em homenagem ao Professor Cândido Dinamarco.

(1) Como frisava JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed. atualizada, Campinas, 2000, vol. I, p. 15, “não é acertado dizer-se, no Direito brasileiro, que o Direito Processual Civil tem por objeto a composição de lides de Direito Privado. Pretensões baseadas em normas do Direito Público são tratadas e resolvidas na jurisdição civil, e, por isso mesmo, regulado o respectivo processo pelo Direito Processual Civil”.

(2) Na Itália, *v.g.*, encontram-se no *codice civile* numerosas disposições acerca das provas (43 artigos, de 2.697 a 2.739) — tema de que se cuidará especificamente: *vide infra*, nº 8 —, e todo um título (o IV do Livro VI) consagrado à “*tutela giurisdizionale dei diritti*”, onde se cuida das sentenças constitutivas (art. 2.908), da coisa julgada material e seus limites subjetivos (art. 2.909) e, em parte considerável, da execução forçada (arts. 2.910 e segs.). A questão da classificação das normas em materiais e processuais suscitou, naquele país, debate doutrinário, no qual sustentou DENTI, com o apoio, em substância, de CAPPELLETTI, que os problemas concretos de aplicação da lei deveriam resolver-se à luz de critérios não necessariamente fundados na atribuição das regras sobre prova a um ou a outro daqueles ramos da ciência jurídica: *vide*, do primeiro autor, o relatório apresentado ao VIII Simpósio nacional da *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, de 1968, e publicado, sob o título *La natura giuridica delle norme sulle prove, in Dall'azione al giudicato*, Pádua, 1983, pp. 263 e segs.; do segundo, o texto da intervenção no mesmo simpósio, publicado, sob o título *Un avvenimento metodologico, in Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, pp. 253 e segs.

a ocorrência de intromissões e de superposições: regras pertinentes ao direito civil insinuam-se em códigos processuais, ou vice-versa (a doutrina chama-lhes heterotópicas), ou então certos assuntos se vêem tratados a um só tempo no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Convém registrar que semelhante fenômeno é capaz de gerar questões de índole constitucional. Se a Constituição divide com rigor a competência normativa de órgãos situados em níveis político-administrativos diversos, por exemplo atribuindo exclusivamente à entidade maior a possibilidade de editar normas de direito civil, e às entidades menores a de editar normas de direito processual, qualquer lei federal (ou nacional) que vise a disciplinar o processo estará eivada do vício de inconstitucionalidade; e outro tanto se dirá de qualquer lei estadual (ou provincial) que tenha por objeto matéria civil. Se, ao contrário, o mesmo órgão está autorizado pela Constituição a legislar sobre direito civil e sobre direito processual, terão de conviver as normas que ele edite em ambos os terrenos; e eventuais discrepâncias serão resolvidas, no plano infraconstitucional, mediante a aplicação de princípios tradicionais, como o de que a norma posterior revoga a anterior, e o de que a norma especial afasta, no seu âmbito próprio, a incidência da norma geral. É o sistema vigente em nosso país, onde a Constituição da República, a exemplo de suas antecessoras, outorga competência legislativa ao Congresso Nacional seja quanto ao direito civil, seja quanto ao direito processual (art. 48 c/c art. 22, n° I).

2. O Brasil demorou a ter um Código Civil. Enquanto o Império codificou o direito penal em 1830, não mais de oito anos após a independência, foi preciso aguardar quase um século para que, ao cabo de várias tentativas malogradas, chegassem a bom termo os trabalhos de codificação do direito civil. Nessa ocasião, conforme se sabe, tomou-se por base projeto redigido por CLÓVIS BEVILAQUA e submetido a uma comissão revisora, o qual, com várias modificações, viria a ter lenta tramitação no Congresso Nacional, para afinal converter-se, passadas quase duas décadas, na Lei n° 3.071, de 1° 1.1916, que entraria em vigor um ano depois⁽³⁾.

Volvido pouco menos de um século — período em que a humanidade em geral e o Brasil em particular experimentaram mudanças radicais do ponto de vista social, econômico, científico, técnico, ético —, era natural que o Código Civil, em boa parte de seu texto, viesse a mostrar sinais de envelhecimento e deixasse de corresponder às necessidades e aos anseios da comunidade nacional. Abstraindo-se de alterações puramente tópicas, de escassa ou nenhuma relevância sistemática, dois tipos de reação suscitou esse fenômeno. Um deles consistiu na edição de uma série de leis extravagantes, destinadas a regular matérias de que o legislador, tantos anos atrás, não havia cogitado (e, em alguns casos, não podia sequer cogitar), ou versara de maneira que já não se ajustava à realidade. Assim se deu, exemplificativamente, com o Código de Águas (Dec. n° 24.643, de

⁽³⁾ Para a cumprida exposição dos trabalhos preparatórios, vide CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 11ª ed. (atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua), Rio de Janeiro — S. Paulo — Belo Horizonte, 1956, vol. I, pp. 17 e segs.

10.7.1934), com a disciplina do reconhecimento de filhos ilegítimos (Lei nº 883, de 21.10.1949), dos efeitos civis do casamento religioso (Lei nº 1.110, de 23.5.1950), da situação jurídica da mulher casada (Lei nº 4.121, de 27.8.1962), da legitimação adotiva (Lei nº 4.655, de 2.6.1965), da dissolução da sociedade conjugal e do casamento (Lei nº 6.515, de 26.12.1977, conhecida como “lei do divórcio”), da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais (Lei nº 6.969, de 10.12.1981), da situação jurídica de crianças e adolescentes (Lei nº 8.069, de 13.7.1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente), da proteção ao consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor), da locação de imóveis (sucessivas “leis do inquilinato”, das quais a mais recente é a de nº 8.245, de 18.10.1991), dos direitos resultantes da chamada “união estável” (Lei nº 8.971, de 29.12.1994, e Lei nº 9.278, de 10.5.1996), da arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.9.1996). Quase desnecessário sublinhar que figuram nessa lista diplomas legais já revogados ou modificados em momentos posteriores. Por outro lado, é oportuno acrescentar referências à legislação trabalhista, à Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei nº 4.657, de 4.9.1942), que substituiu a antiga Introdução ao Código, e ao próprio estatuto processual de 1973, que não deixou de interferir aqui e ali na esfera civil.

O segundo tipo de reação, mais radical, manifestou-se em iniciativas ordenadas à elaboração de um novo Código Civil, que viesse a ocupar o lugar do diploma visto como obsoleto, em bloco, por setores doutrinários. Tal atitude não deixou de provocar a impugnação de alguns que simplesmente negavam a conveniência da empresa, por entenderem inadequada ao estágio atual da evolução do direito civil, sujeita à vertiginosa sucessão de mudanças no panorama da sociedade, a idéia mesma de codificá-lo. No extremo oposto, havia quem, favorável à tese do Código novo, preconizasse a incorporação, em seu texto, da disciplina do direito comercial, ou pelo menos de parte dela, na perspectiva do movimento a que se chamou, com expressão de duvidosa propriedade, de “unificação do direito privado”. Venceu a idéia do novo Código e, parcialmente, a da inclusão de matéria comercial em seu texto.

Extravasaria do objeto do presente estudo a recapitulação das vicissitudes por que passou, ao longo de várias décadas, o trabalho renovador. Bastará recordar os antecedentes mais próximos do diploma que em data recente chegou ao termo de sua gestação. Ele se baseia em anteprojeto redigido por uma comissão de juristas, sob a supervisão do Professor MIGUEL REALE. Publicou-se o texto no Diário Oficial da União, de 7.8.1972 (suplemento ao nº 149) e, após revisão, no de 18.6.1974 (suplemento ao nº 114). Enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em meados de 1975, teve o projeto, tanto na Câmara dos Deputados (sob o nº 634/75) quanto no Senado Federal (sob o nº 118/84), tramitação morosa, para resultar afinal na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que deverá vigorar a partir de igual data de 2003 (art. 2.044, onde se estatui *vacatio* de um ano).

No que tange à estrutura, o novo Código em geral mantém as características básicas do anterior, de inspiração, bem se sabe, germânica. Há uma Parte Geral e uma Parte Especial, dividida em cinco Livros. Aí as inovações

consistem: **a)** na mudança da ordem, pois, enquanto a Parte Especial do Código de 1916 principia pelo Direito de Família (Livro I), seguindo-se o Direito das Coisas (Livro II), o das Obrigações (Livro III) e o das Sucessões (Livro IV), no diploma que o vai substituir o Livro I versa o Direito das Obrigações, o Livro III o Direito das Coisas, o Livro IV o Direito de Família e o Livro V o Direito das Sucessões; **b)** na introdução de um Livro (nº II) dedicado ao Direito de Empresa — vitoriosa, no particular, a corrente “unificadora”. Livro Complementar reúne em dezenove artigos (2.028 e segs.) as disposições finais e transitórias; no diploma de 1916 as disposições finais limitavam-se a dois artigos (1.806 e 1.807). Não sendo nosso propósito comentar o novo Código, mas tão somente as suas mais importantes repercussões no universo processual, os dados acima alinhados parecem-nos suficientes para desenhar uma imagem global do quadro em que pretendemos situar-nos.

3. Começaremos a nossa pesquisa pelos tópicos que nos parecem, à primeira leitura, menos problemáticos. Segundo já vinha acontecendo, mais de um assunto acha-se tratado em ambos os códigos, o civil e o de processo civil. Vamos limitar-nos a dois exemplos. Encontram-se no Código de Processo Civil regras sobre os bens de ausentes (arts. 1.159 e segs.), mas também as deparamos nos arts. 22 e segs. do novo Código Civil. Diga-se outro tanto do inventário e da partilha: arts. 982 e segs. do Código de Processo Civil e arts. 1.191 e segs. do novo Código Civil. Compreende-se com facilidade que, em casos desse tipo, nem todos os textos de um dos códigos tenham correspondente no outro. Há questões de que somente um deles se ocupa, assim como as há enfrentadas em ambos. Em geral, as disposições são complementares, e o estudo cabal de cada instituto terá de levar em conta o conjunto delas. Descubrem-se superposições, nem sempre harmoniosas: devemos dar-nos por felizes quando os dois códigos, no tratamento desta ou daquela matéria, adotam posições coincidentes. É o que acontece, *v.g.*, no tocante à abertura da sucessão provisória: a relação dos “interessados” (*rectius*: legitimados) a requerê-la, constante do art. 27 do novo Código Civil, repete quase *ipsis litteris* o teor do art. 1.163, § 1º, do estatuto processual — o qual, por sua vez, copiara o art. 470 do diploma de 1916. Vale notar que no inciso III se aprimorou a técnica da redação: enquanto os diplomas anteriores aludem aos “que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte”, faz menção o novo Código aos “que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte”. Abandonou-se o *nomen iuris* “condição”, na verdade incompatível, aí, com o conceito de condição adotado quer no art. 114 do estatuto ainda em vigor, quer no art. 121 do novo: a morte, com efeito — ai de nós! —, será tudo que se queira, menos um evento “incerto”...

Outra superposição, esta parcial, é a que se verifica em tema de argüição de sonegação de bens. Lê-se no art. 1.784 do Código Civil de 1916: “Só se pode argüir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, e o herdeiro, depois de declarar no inventário que os não possui”. O Código de Processo Civil — na esteira de seu antecessor de 1939 — reproduziu, no art. 994, a primeira parte daquele dispositivo, atinente ao inventariante, omitindo a

referência ao herdeiro ⁽⁴⁾. Não muda a situação com o advento do novo Código Civil, que repete *in totum* o disposto no anterior, com alteração formal, de nulo alcance prático, na redação da parte final (“assim como argüir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui”). Subsiste em ambos os diplomas, no civil e no processual, a cláusula relativa ao inventariante.

4. Merecem atenção duas figuras jurídicas que, pertinentes embora ao direito material, têm mais de um ponto de contacto com o processo. Referimo-nos à prescrição e à decadência, cuja relevância na órbita processual pode ser desde logo aferida pela freqüência com que os termos aparecem no Código de Processo Civil ⁽⁵⁾. O Código Civil de 1916, como é notório, absteve-se de distinguir entre os institutos. Ao cuidar dos prazos prescricionais, nos arts. 177 e 178, juntou hipóteses vistas como heterogêneas pelo ângulo científico. Usou quase sempre a expressão “prescreve... a ação”, ao que parece rendendo tributo a uma idéia que ganhou certa difusão na literatura civilística, a saber, a de que a prescrição se caracterizaria por ferir de morte a ação ⁽⁶⁾.

Não pretendemos envolver-nos aqui na discussão doutrinária que se vai prolongando, no Brasil e alhures, sobre o assunto. O que nos interessa, neste ensejo, é pôr em relevo a opção tomada pelo novo Código Civil. O texto básico é o do art. 189, assim redigido: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que se referem os arts. 205 e 206”. Nas várias disposições específicas do art. 206, distribuídas por cinco parágrafos, coerentemente, está dito que o que prescreve é “a pretensão”, não a ação ⁽⁷⁾.

Inspira-se tal entendimento, sem sombra de dúvida, no direito alemão. O §194 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, com toda a clareza, aponta a pretensão (*Anspruch*) como o objeto da prescrição (*Verjährung*). E conceitua a pretensão como “o direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer”. ⁽⁸⁾ Na idéia de pretensão está ínsita a de exigência: o titular da pretensão exige que alguém faça ou deixe de fazer algo ⁽⁹⁾. Essa consideração traz à mente, de imediato, a

⁽⁴⁾ Com o aplauso de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), vol. III, 2, 1ª ed., Rio de Janeiro, 1949, p. 35, para quem só a parte relativa ao inventariante seria de direito processual.

⁽⁵⁾ ALCIDES CONEJEIRO PERES, *Vocabulário do Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1998, aponta treze dispositivos com a palavra “prescrição” (arts. 37, 219, 219, § 1º, 219, § 4º, 219, § 5º, 269, nº IV, 295, nº IV, 617, 741, nº VI, 746, 777, 810, 811, nº V) e cinco com a palavra “decadência” (arts. 37, 269, nº IV, 295, nº IV, 810, 811, nº V).

⁽⁶⁾ Em época ainda não muito remota, escrevia, por exemplo, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 1ª vol., Parte Geral, 3ª ed., S. Paulo, 1962, p. 297: “... a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado”.

⁽⁷⁾ Nota dissonante no art. 1.601, *caput*, onde se fala de “ação imprescritível”, a propósito da contestação, pelo marido, da paternidade dos filhos nascidos de sua mulher”.

⁽⁸⁾ Eis o texto original: “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (*Anspruch*), unterliegt der Verjährung”. “Nur Ansprüche verjähren (Somente pretensões prescrevem)”, lê-se no comentário de JAUERNIG *et alii*, Munique, 1979, p. 127. “Die Verjährung besteht nur Ansprüchen gegenüber (A prescrição existe apenas em relação a pretensões)”, dizia por sua vez LANGE, *BGB – Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Munique, 1968, p. 105. De resto, o asserto é corrente em toda a literatura alemã.

⁽⁹⁾ “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negati-

classificação dos direitos subjetivos em duas grandes categorias: a dos direitos a uma prestação e a dos direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos)⁽¹⁰⁾. Deve-se recordar que só os direitos da primeira categoria são suscetíveis de lesão, a qual ocorre todas as vezes que o sujeito passivo da relação jurídica adota comportamento diferente do esperado, isto é, recusa a prestação, deixando de fazer o que devia ou fazendo o que não devia. Quanto aos direitos potestativos, “por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém”⁽¹¹⁾. A esse respeito, não há cogitar de pretensão, nem portanto de prescrição: os prazos para o exercício do direito serão, tipicamente, de decadência. Deles não se ocupa o art. 206 do novo Código Civil, nem se descobre lista análoga em qualquer outra de suas disposições; preferiu o legislador estabelecer os prazos decadenciais em dispositivos específicos: sirva de exemplo o do art. 178, que fixa em quatro anos o prazo de decadência para a anulação do negócio jurídico.

A posição adotada parece-nos fundamentalmente correta. Ela retira, antes de mais nada, toda e qualquer base ao grave equívoco de supor que a prescrição extinga a ação. É certo que a tese já não se compadecia com o nosso direito positivo: bastará lembrar que, consoante o art. 269, n° IV, do Código de Processo Civil, encerra-se o processo *com julgamento de mérito* “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição” – sinal claríssimo de que a ação foi exercitada, e o foi regularmente, tanto assim que se atingiu o resultado normal do processo de conhecimento, a saber, o julgamento do *meritum causae*. De qualquer modo, porém, é confortador ver corrigido o erro do diploma de 1916.

Formularemos duas observações. Na parte inicial do art. 189, diz-se que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. No rigor da lógica, não é exato supor que a violação efetiva do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na *exigência* de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça jus à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão — ou porque o direito inexistia, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. Afinal de contas, há pretensões *fundadas* e pretensões *infundadas*. Mas compreende-se que o legislador se haja expressado como se expressou: a regra tem como pressuposto a existência de fundamento para a pretensão, e assim há de ser entendida.

va”, ensinava PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, 1955, p. 451. Cf., sinteticamente, no âmbito penal, HELIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, 1° vol., 2° ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 242: “pretensão (ou exigência)”.

⁽¹⁰⁾ Nessa classificação, conforme se sabe, fundava CHIOVENDA sua proposta de enquadrar entre os potestativos o direito de ação: *vide Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, 2° ed., S. Paulo, 1965, pp. 10 e segs.

⁽¹¹⁾ CHIOVENDA, *ob. e vol. cit.*, p. 20.

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão “se extingue” pela prescrição. É curioso como a idéia de *extinção* reluta em sair de cena. O novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção *da ação*, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também. Se assim não fosse, soaria incompreensível o disposto no art. 194 (“O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”), tal como já soaria, sob o diploma de 1916, o art. 166 (“O juiz não pode conhecer de prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes”). Sustentará alguém que o órgão judicial, diante de fato que *ex hypothesi* “extinguiu” a pretensão do autor, haja de dar-lhe ganho de causa, unicamente porque o réu deixou de argüi-lo? Pretensão que se “extinguiu” pode levar alguém à vitória no pleito? Caso se configure realmente a prescrição alegada pelo réu, o órgão judicial julgará improcedente o pedido, mas não porque o autor já nada pretenda, e sim porque o réu, ao alegar a prescrição, tolheu eficácia à pretensão manifestada⁽¹²⁾. Se a pretensão na verdade se houvesse “extinguido”, jamais seria razoável, omisso que permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor.

Talvez nos possamos valer aqui, de uma imagem — aproximativa, como todas as imagens. Não se afigura despropositado dizer que a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual ele poderá servir-se ou não, a seu talante. Ao órgão judicial só incumbe extrair as conseqüências de semelhante opção, para decidir a favor do réu ou do autor, desde que outros fatores não o induzam a conclusão diversa.

5. Cabem aqui duas anotações que têm certa relação com o tópico anterior. Uma se prende à redação do art. 501, concernente ao prazo dentro do qual, na venda *ad mensuram*, toca ao vendedor ou ao comprador, conforme o caso, exercitar a ação destinada a corrigir a discrepância nas dimensões ou na área do imóvel vendido, ou a modificar o preço, ou ainda a resolver o contrato. Eis o texto: “Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente [art. 500] o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar da transcrição do título”.

A rigor, o “direito de propor” as aludidas ações — *rectius*: o de propor qualquer ação — não se sujeita a decadência. Propor uma ação é algo que cada qual pode fazer quando bem entenda. Não é do direito de ação, e sim do direito material invocado, que se decai. Por exemplo: o comprador pode decair do direito à complementação da área. Proposta que seja a ação, apesar da decadência, nem por isso deixará o juiz de julgar o *meritum causae*. (Código de Processo Civil, art. 269, nº II), conquanto em sentido desfavorável ao autor. É inegável, porém, que a este assistia o “direito de propor” a ação e que, ao propô-la — mesmo a

⁽¹²⁾ Expressivo este passo de PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. VI, p. 101: “Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade” (sem grifo no original).

destempo—, ele simplesmente exerceu tal direito; a consequência de sua inércia situa-se toda no plano do mérito. Vale aqui, *mutatis mutandis*, a observação feita no item 4, *supra*, 4º parágrafo.

Dirige-se o segundo reparo ao art. 636, *verbis*: “O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira”. “Ceder ações” não é expressão tecnicamente exata; o que se pode ceder são direitos, ou pretensões com eles relacionadas. O fenômeno passa-se no nível do direito material. Não é sem razão que a doutrina processual tem criticado o uso do adjetivo “intransmissível” para qualificar “ação” no art. 267, nº IX, do estatuto de 1973 ⁽¹³⁾.

6. O novo Código herdou de seu antecessor uma impropriedade terminológica que andaria melhor em repudiar. A propósito do pagamento em consignação, reza o art. 340: “o credor que, depois de *contestar a lide* ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os co-devedores e fiadores que não tenham anuído”. Por sua vez, o art. 827, relativo aos efeitos da fiança, assim dispõe no *caput*: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a *contestação da lide*, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. E mais: cominadas nos arts. 939 e 940 as sanções a que se sujeita o credor por demandar o pagamento de dívida ainda não vencida, fora dos casos em que a lei o permite, ou o de dívida já paga, estatui o art. 941: “As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de *contestada a lide*, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido”.

Não nos deteremos no emprego infeliz da palavra “penas”, que conviria reservar para as sanções criminais. Interessam-nos aqui as expressões “contestar a lide”, “contestação da lide” e “contestada a lide”, que figuram, a primeira no art. 340, a segunda no art. 827 e a terceira no art. 941, sendo oportuno registrar que a esses dispositivos respectivamente correspondiam, com redação semelhante, os arts. 979, 1.491 e 1.532 do estatuto de 1916.

“Contestação da lide” é a tradução literal da locução *litiscontestatio*, com a qual se designava, no processo romano clássico, o ato (de natureza contratual) por que as partes, comparecendo perante o pretor, acordavam, com a colaboração deste, submeter-se ao *iudicium* ⁽¹⁴⁾, seguindo-se a emissão da fórmula dirigida ao *iudex*. O posterior abandono do sistema formular subtraiu à *litiscontestatio* a antiga significação. Com as subseqüentes alterações da estrutura e da concepção mesma do processo, a expressão “contestação da lide” esvaziou-

⁽¹³⁾ MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 412; menos categórico, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., S. Paulo, 1998, p. 518.

⁽¹⁴⁾ *Vide*, por todos, WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. de Orestano, Milão, 1938, pp. 100 e segs., 118, 205/6.

se de sentido, tanto mais quanto a palavra "lide", na ciência processual latina, veio a adquirir acepção própria, incompatível com o contexto romanístico, em que se teima em inseri-la.

Com efeito. Por influência da doutrina italiana, e em particular da obra de CARNELUTTI⁽¹⁵⁾, tornou-se usual denominar "lide" o conflito de interesses entre as partes; tal conflito, no processo de conhecimento, caracteriza-se pela resistência que o réu, no comum dos casos, opõe à pretensão formulada pelo autor. É essa pretensão, e não a lide, que o réu geralmente contesta — abstraindo-se, *commoditatis causa*, de preliminares que ele porventura argua. Com isso bem se coaduna a dicção do art. 300 do Código de Processo Civil, *verbis*: "Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir". Seria aconselhável, por conseguinte, que os mencionados dispositivos do novo Código Civil pura e simplesmente dissessem "depois de contestar", "até a contestação" ou "antes da contestação", suprimido o complemento impróprio e, além do mais, desnecessário.

7. É tempo, no entanto, de deixar de lado a terminologia e dirigir o olhar ao conteúdo de algumas disposições que se relacionam com o processo. Gritantemente heterotópica é a do art. 77, assim redigido: "O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve". Mal se compreende a inserção dessa norma no Código Civil — e no título referente ao domicílio. A matéria aí regulada não é o domicílio do agente diplomático brasileiro, senão a competência territorial para as ações em que, sob determinadas circunstâncias, ele seja réu. Assunto, como salta aos olhos, tipicamente processual. É verdade que nada mais se fez, no particular, que repetir, com ligeiras alterações de redação, dispositivo que já constava do estatuto de 1916 (art. 41); mas nada justifica a reincidência no erro de localização.

Questão interessante é a que suscita o art. 391 do novel diploma, à luz do qual "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". O tema da responsabilidade patrimonial é versado extensamente no Capítulo IV do Título I do Livro II (arts. 591 e segs.) do Código de Processo Civil.

⁽¹⁵⁾ CARNELUTTI chegou a incluir uma espécie de definição da "lite" no art. 87 do projeto de Código de Processo Civil apresentado, em 1926, à Subcomissão Real encarregada da reforma do processo civil italiano. Eis o teor do dispositivo: "*Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa*". Cf., em nosso país, entre outros, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 13ª ed., S. Paulo, 1990, p. 7: o litígio ou lide "pode ser definido como o conflito intersubjetivo derivado de uma pretensão insatisfeita". Pouco importa, aqui, que a doutrina haja exagerado a importância do conceito, como sustenta CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, S. Paulo, 2001, p. 296: o que nos interessa, no momento, é pôr em evidência a difusão que aquele obteve e a impropriedade em que se cai ao falar de "contestação da lide". Aliás, o mesmo autor aceita a definição carneluttiana e não deixa de reconhecer que o conceito é "preciso e inegavelmente útil".

Reza o primeiro desses dispositivos: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei". Explica-se a ressalva final pela existência de regras que excluem determinados bens da área coberta pela responsabilidade. Várias dessas regras situam-se no próprio estatuto processual: *ex vi* do art. 648, "não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis"⁶⁶; e os arts. 649 e 650 enumeram, respectivamente, os bens que em nenhum caso podem ser penhorados e aqueles que o podem ser "à falta de outros bens". Há mais exceções, previstas em leis especiais, como o "bem de família", definido na Lei nº 8.009, de 29.3.1990, o qual, com as ressalvas do art. 3º, "não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam" (art. 1º, *caput*).

A ausência de ressalva no art. 391 do novo Código Civil, após a menção a "todos os bens do devedor", porventura significará que se eliminam as exceções? Deve ser negativa a resposta. À luz do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior". O citado art. 391 contém regra geral, que deixa intactas as disposições especiais — as do Código de Processo Civil e as constantes de outros diplomas. A expressão "todos os bens do devedor" há de ser lida com a ressalva implícita das hipóteses nelas contempladas.

Por não aspirarmos, obviamente, à exaustividade, vamos restringir-nos neste tópico a mais uma observação, concernente ao art. 1.585. O dispositivo anterior regula a guarda dos filhos, após a separação judicial ou o divórcio, na falta de acordo entre os cônjuges, e o de que agora cuidamos manda aplicar as mesmas disposições "em sede de medida cautelar de separação de corpos". Entende-se o que induziu o legislador, aí, a *qualificar* a medida: é que a separação de corpos pode decorrer da sentença de separação judicial (art. 1.575) ou, *a fortiori*, do divórcio. Ela pode igualmente, contudo, ser decretada a requerimento da parte interessada, "antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável" (art. 1.562). Quis-se deixar certo que, na hipótese de concessão anterior, será também aplicável o disposto no art. 1.585. A ela é que se pretendeu aludir com a qualificação de "cautelar".

⁶⁶ Note-se a redundância: se são "absolutamente impenhoráveis" os bens inalienáveis (art. 649, nº I, *principio*), era desnecessária a alusão a estes no art. 648, por já compreendidos na classe dos "impenhoráveis". Não convence a defesa da dualidade de normas que faz CELSO NEVES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1994, pp. 17/8. Esse autor reconhece que "da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade", o que basta para tornar dispensável, no art. 648, a cláusula "ou inalienáveis". A abrangência da impenhorabilidade sem dúvida "é maior que a simples impenhorabilidade resultante da inalienabilidade". Quer isso dizer que nem todos os bens impenhoráveis são inalienáveis; a impenhorabilidade pode ter outra causa. Todos os bens inalienáveis são, entretanto, impenhoráveis; logo, não se justifica o "ou" do art. 648.

A terminologia aí empregada tem precedentes: já aparecia na Lei nº 6.515, de 26.12.1977, arts. 7º, § 1º, e 8º. Nem por isso nos parece feliz, nesse contexto, o adjetivo “cautelar”. No consenso da melhor doutrina, o critério básico para que uma providência judicial se qualifique como cautelar consiste em que ela se destine a assegurar a eficácia prática da tutela jurisdicional, cognitiva ou executiva, pleiteada no processo principal — ou, em outras palavras, o resultado útil desse processo. Tem-se mesmo criticado o Código de 1973 por incluir no Livro III medidas que não apresentam semelhante característica ⁽¹⁷⁾.

Pois bem: a separação de corpos, requerida e decretada antes do processo principal (de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial, de divórcio), não tem por finalidade assegurar a eficácia prática (ou o resultado útil) de tal feito. Tanto é assim, que nenhuma dessas sentenças depende, para ser praticamente eficaz e útil, da prévia separação de corpos. Tomemos o exemplo da separação judicial. A sentença que a decreta, tipicamente constitutiva, tem por efeito precípuo pôr termo à sociedade conjugal. Esse fenômeno ocorrerá quer estejam separados, quer não — e seja qual for o sentido em que se entenda o termo “separados” —, os corpos dos cônjuges. A eficácia prática da sentença de separação judicial não se vê tolhida, ou sequer dificultada, pela inexistência da prévia separação de corpos, que por isso mesmo não é obrigatória, mas facultativa. Nem se argumente em contrário com o disposto no art. 8º da Lei nº 6.515, por força do qual aquela sentença retrotrairá seus efeitos à data da decisão que tiver concedido a separação de corpos: aí se trata exclusivamente de determinar a partir de quando se produzem os efeitos, não a consistência destes.

Medida como a separação de corpos, que se decreta previamente, tem maior afinidade, a rigor, com a antecipação da tutela do que com as verdadeiras cautelares. É certo que aquela, a julgar pelo teor do art. 273, § 5º, do estatuto processual, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, *pressupõe* a pendência do feito (“Concedida ou não a antecipação da tutela, *prosseguirá o processo até final julgamento*”). No particular, todavia, a lei contempla a possibilidade de uma antecipação (parcial) *prévia* da eficácia da sentença que venha a dar ganho de causa ao autor. Realmente: segundo o art. 1.575 do novo Código Civil, a sentença de separação judicial importa, entre outras coisas, a separação de corpos; e o mesmo se dirá da sentença de nulidade ou anulação do casamento e da de divórcio. Esse efeito é *antecipado* pela medida a que se refere o art. 1.585.

8. Deixamos para o fim, de caso pensado, as observações atinentes à prova. É nesse domínio, com efeito, que surgem as questões mais delicadas. Em perspectiva tradicional, teríamos de começar por discutir qual a *sedes materiae* mais apropriada, o que nos levaria de volta à criticada maneira de equacionar o problema em função da pertinência das normas sobre prova ao direito material ou ao direito processual (cf. *supra*, nº 1 e, aí, nota 2). Preferimos não embrenhar-

⁽¹⁷⁾ Vide, entre outros, CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, t. I, S. Paulo, 1984, pp. 62/3.

nos em tão intrincado cipoal dogmático. De resto, é muito provável que as incertezas e a oscilação constante entre as duas concepções tenham concorrido para que diversos ordenamentos importantes repartam os dispositivos entre o Código Civil e o Código de Processo Civil os dispositivos a respeito do assunto

(18).

O novel estatuto dedica à prova o Título V do Livro III, cuja rubrica é “Dos fatos jurídicos”. O Título compreende os arts. 212 a 232 e não tem subdivisões. Depara-se no primeiro dispositivo uma relação das provas em tese admissíveis para o fato jurídico, ressalvado “o negócio a que se impõe forma especial”. Seguem-se disposições esparsas, relativas a cada uma das espécies de provas enumeradas no art. 212, na ordem que neste se adota, mas sem preocupação de exaustividade.

Parece-nos francamente assistemático e fragmentário o tratamento da matéria. Determinados tópicos de que cuida o Código de Processo Civil são retomados em algumas disposições, outros não, sem que fique perfeitamente claro o critério pelo qual se orientou o legislador para repetir, em certos casos, o que já constava do diploma processual, e não proceder de igual modo em outros.

Antes de passar ao exame pormenorizado das questões mais relevantes, e para que ninguém nos acuse de má vontade, apressamo-nos em registrar um aperfeiçoamento terminológico. Lê-se no art. 352, *caput*, do Código de Processo Civil que a confissão, “quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada”. A dicção é defeituosa: não se trata aí, na verdade, de *revogação*, mas de *anulação* (19). O art. 214 do novo Código Civil corrige o defeito, dizendo: “A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”. Só não se sabe por que foi omitido o dolo.

Questão que desde logo se põe é a de saber se pretende ser taxativa a enumeração constante do art. 212, que abrange: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. No caso positivo, seria preciso ver se e como se harmonizaria essa disposição com a do art. 332 do diploma processual, que consagra a tese da não taxatividade das provas especificamente reguladas, *verbis*: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Quer isso dizer que o direito processual admite, além das provas “típicas”, as “atípicas”, para as quais não existe previsão expressa nem regulamentação legal. A rigor, em nossa opinião, a “atipicidade” não diz respeito às fontes de que o juiz pode extrair elementos para formar sua convicção:

(18) Por exemplo: França (*Code Civil*, arts. 1.315 e segs.; *Code de Procédure Civile*, arts. 9º e segs., 132 e segs.); Itália (*Codice Civile*, arts. 2.697 e segs.; *Codice di Procedura Civile*, arts. 191 e segs., 281 *ter*); Portugal (*Código Civil*, arts. 341 e segs.; *Código de Processo Civil*, arts. 513 e segs.). Na Espanha, a “*disposición derogatoria única*” da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei nº 1, de 7.1.2000) revogou expressamente a maioria (não a totalidade) dos artigos do *Código Civil* sobre prova.

(19) Precedente a crítica de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), 3ª ed., atualizada por Sergio Bermudes, Rio de Janeiro, 1996, pp. 330/1, e *Tratado da ação rescisória*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1976, pp. 330, 331, 345, à qual manifestamos nossa adesão: vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 142.

não se concebem outras que não as pessoas, as coisas e os fenômenos naturais ou artificialmente provocados – e todas elas estão cobertas pelo texto legal. O que se tem em vista, ao falar de provas “atípicas”, é o modo pelo qual chegam ao órgão judicial as informações ministradas por essas fontes: por exemplo, uma declaração escrita de terceiro, em vez de seu depoimento colhido na forma do art. 416 do Código de Processo Civil ⁽²⁰⁾. Em tal perspectiva, não haverá propriamente conflito entre os dispositivos deste e do novo Código Civil, que poderão manter coexistência pacífica.

Desconforto real, em compensação, é o que nos assalta diante de textos como o do art. 215, *caput*, e o do art. 225, que empregam a expressão “prova plena” a propósito, respectivamente, da “escritura pública, lavrada em notas de tabelião” e das “reproduções fotográficas, cinematográficas, (...) registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas, (...) se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”. “Prova plena” é locução que não aparece no Código de Processo Civil, nem aparecia no texto originário do Código Civil de 1916: neste foi inserida pela Lei nº 6.952, de 6.11.1981, que acrescentou vários parágrafos ao art. 134. Lê-se no § 1º: “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena (...)”. Tais dizeres vêm-se agora reproduzidos no art. 215, *caput*, do novo Código Civil.

Bem antiga é a expressão, e frequentemente a usavam os velhos praxistas, que falavam de “prova plena” e de “prova semiplena” para assinalar uma gradação da força persuasiva das provas: seria “plena” aquela que, por si só, trouxesse uma carga de convencimento bastante para fundar a decisão da causa; “semiplena” aquela que, não suficiente em si mesma, teria de conjugar-se com outros adinículos para servir de base à convicção do juiz. A semelhante classificação falta manifestamente qualquer dose de rigor científico. Os escritores que a acolhiam limitavam-se a ecoar textos legislativos de seu tempo; mas desde época já distante a classificação foi criticada em sede doutrinária ⁽²¹⁾. Não era possível, de resto, continuar a prestigiá-la apesar do progressivo descrédito em que modernamente caiu o chamado sistema da “prova legal”, no sentido de aprioristicamente tarifada. O princípio da livre valoração da prova pelo juiz predomina de modo significativo nos ordenamentos processuais contemporâneos e, segundo autorizada doutrina, “provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório” ⁽²²⁾. É pena que o novo Código Civil insista aqui em coartá-lo: no particular, se é lícito repetir locução um tanto desgastada pelo abuso, a Lei nº 10.406 trafega na contramão da História.

⁽²⁰⁾ Remetemos o leitor ao nosso ensaio *Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas* (comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual (Guanajuato, 1999), in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, pp. 39 e segs., espec. 44 e segs.

⁽²¹⁾ Sobre tudo isso, vide AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, 5ª ed., S. Paulo, 1983, pp. 60 e segs., com fartas abonações. A conclusão do autor é a de que a divisão da prova em plena e semiplena “não tem razão explicável, é repelida pela lógica”.

⁽²²⁾ CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, S. Paulo, 2001, vol. III, p. 102.

9. Chegamos aos dois últimos dispositivos do Título concernente à prova: os arts. 231 e 232, que por sua relevância merecem exame num item especial. Reza o primeiro: "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"; e o outro dispõe: "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame". Enfrenta-se aí questão de gravidade inegável, que vem sendo posta sobretudo, no terreno civil, em matéria de investigação de paternidade e, em termos mais específicos, quanto à resistência do investigado em sujeitar-se a exame como o chamado DNA, cujo resultado permite certeza praticamente total, com grau de confiabilidade superior a 99,98%. O problema decorre da necessidade de obter-se algum fragmento do tecido corporal do indigitado pai e da recusa deste a fornecê-lo voluntariamente.

Ainda sob o ordenamento vigente, o assunto não é desconhecido na esfera judicial. Em decisão de 10.11.1994, tomada por maioria de votos, no julgamento do *Habeas corpus* nº 71.373, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de conduzir-se pela força o investigado ao laboratório de análises clínicas, para a retirada de quantidade suficiente de sangue.⁽²³⁾ Ao ver do Ministro Marco Aurélio, cuja opinião prevaleceu, a providência ofenderia a "preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer". Salta aos olhos que nem todos esses argumentos têm o mesmo peso; e alguns decerto o têm menor que os invocados pelos Ministros que se pronunciaram em sentido contrário, buscando apoio principalmente no caráter indisponível do direito personalíssimo do investigante ao reconhecimento do estado de filiação (e, por conseguinte, à declaração da paternidade real), consagrado no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no dever de todos, sancionado pelo art. 339 do próprio Código de Processo Civil, de "colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Seja como for, o acórdão não foi claro no tocante à conseqüência da atitude do réu, que se negara a colaborar. Nos termos da ementa, a situação "resolve-se no plano jurídico-instrumental, considerada a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos". A linguagem usada, com a devida vênua, nem é cristalina, nem concludente. A pergunta capital seria esta: admitida a impossibilidade de compelir *manu militari* o investigado recalcitrante à extração do material indispensável, que corolário será lícito tirar daí para a formação do convencimento do juiz? Há decisões que, com maior ou menor precisão e largueza, equiparam a força persuasiva da recusa à de uma presunção *hominis*:

⁽²³⁾ Fonte: www.stf.gov.br, sub "DNA"; vale a pena ler o comentário de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, no substancioso artigo "Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade", in *Rev. For.*, vol. 343, pp. 157 e segs. Também no sentido de considerar imprescindível a aquiescência do investigado, "dada a natureza da prova", o STJ, 9.5.2000, R. Esp. nº 248.277 (fonte: www.stj.gov.br, sub "DNA").

o órgão judicial estaria autorizado a inferir do comportamento do réu conclusão a ele desfavorável, aceitando como veraz a afirmação de sua paternidade ⁽²⁴⁾.

O novo Código Civil tomou posição a respeito do assunto. Se bem compreendemos o texto do art. 231, caso o juiz ordene a extração de material orgânico para pesquisa do DNA, e a parte não aquiesça, impossível será compelida pela força a sujeitar-se à diligência; em compensação, não lhe adiantará argumentar com a falta do elemento probatório cuja obtenção sua resistência impediu. O art. 232 vai além: permite que se equipare a própria recusa à prova que se pretendia conseguir mediante o exame. A lei autoriza o juiz a fundar a sentença no resultado de uma prova que não se fez, *mas é como se se houvesse feito*, com sucesso desfavorável à parte recalcitrante. Particularizando o discurso: poderá o juiz considerar o panorama probatório idêntico ao que seria caso a pesquisa do DNA se realizasse e concluísse pela afirmação da paternidade. Não fica excluída, convém advertir, a possibilidade de que o investigado traga prova em sentido contrário, por exemplo a de sua infertilidade. Deixa-se ao julgador certa margem de flexibilidade: para ela aponta o emprego da locução “*poderá suprir*”, que conduz a interpretação diferente daquela que caberia se a lei dissesse “*suprirá*”. De qualquer maneira, torna-se muito precária a posição do investigando que recusa submeter-se ao exame. Pode-se, é óbvio, simpatizar ou não com a opção do legislador; o que não seria justo é tachá-lo de omissor, ainda que se entenda que a sede própria para a disciplina da matéria seria o Código de Processo Civil, e não o Código Civil.

10. Certamente muito ficou por ser dito nas observações feitas até agora. Exame mais demorado e cuidadoso do texto do novel diploma revelará outros pontos de contacto com o ordenamento processual e reclamará esforços dos estudiosos para a solução de vários problemas. Não se poderá prescindir deles, por exemplo, para verificar como se conciliarão as disposições dos arts. 247 a 251, que parecem ater-se à tese clássica segundo a qual as obrigações de fazer e não fazer, quando descumpridas, se resolvem pura e simplesmente em perdas e danos, com os textos do Código de Processo Civil que, a partir da reforma levada a cabo pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994, e na esteira do Código de Defesa do Consumidor, dão prioridade, na medida do possível, à efetivação da tutela específica: vejam-se, sobretudo, o art. 461 e seus parágrafos, na redação atual. Entretanto — reiterar-se mais uma vez — não se pretendeu, nem seria razoável que se pretendesse, nesta ocasião, esgotar o tema, senão apenas provocar a reflexão dos leitores sobre alguns tópicos de manifesta importância.

⁽²⁴⁾ V.g.: STJ, 6.4.1999, R. Esp. nº 55.958, e 8.6.2000, R. Esp. nº 141.689, este com a ressalva de aliar-se a reiterada recusa do réu “à comprovação do relacionamento sexual” (fonte: www.stj.gov.br, sub “DNA”); TJSP, 2.3.1988, A. I. nº 97.983, in *Rev. dos Trib.*, vol. 633, p. 70; 7.12.1994, Ap. Cív. nº 225.649, in *Jur. do Trib. de Just.*, vol. 168, p. 104; 3.2.1998, A. I. nº 53.311, *ibid.*, vol. 210, p. 203; TJAR, 24.3.1997, Ap. nº 96.000228-6, in *Rev. dos Trib.*, vol. 746, p. 297. Afim dessa posição é a sustentada, já há vários anos, e em termos genéricos, por MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-1, Rio de Janeiro, s/d, p. 136, onde se diz que a “negativa [da parte] de submeter-se a certos exames (...) redundará em elemento de formação do convencimento do julgador”.

A quem espere um juízo de valor, só podemos dizer que, na perspectiva do presente trabalho, há na Lei nº 10.406 o que louvar e o que criticar. O novo Código Civil decerto invadiu aqui e ali a área do processo. Em mais de um caso, reconheça-se, veio suprir — com maior ou menor felicidade — deficiências do ordenamento processual. Na interpretação e aplicação do novel diploma, dúvidas e controvérsias inevitavelmente surgirão. Fazemos votos de que a jurisprudência as resolva com sabedoria e com a rapidez necessária para que não se prolonguem demais as perplexidades dos jurisdicionados. Em todo caso, seria imprudente formular desde já pronunciamentos categóricos. À guisa de fecho, não nos resta senão pedir licença para repetir o velho chavão: decididamente, a perfeição não é deste mundo.

(**) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
