

**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico



José Miramar da Ponte

**DO DIREITO
DE RECORRER**

Reprodução fac-similar da edição de 1958

**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico

Vol. 3



José Miramar da Ponte

**DO DIREITO
DE RECORRER**

Reprodução fac-similar da edição de 1958

TJCE

OBRAS JURÍDICAS CEARENSES

Resgate Histórico

Vol. 3



José Miramar da Ponte

DO DIREITO DE RECORRER

Reprodução fac-similar da edição de 1958

TJCE

Fortaleza-CE
2018

Copyright © DO DIREITO DE RECORRER
Reprodução Fac-similar da edição de 1958

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
A reprodução, de qualquer parte desta publicação,
será permitida desde que citada a obra.
Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial (Gestão 2017-2019)

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Capa e Projeto Gráfico
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Normalização
Bibliotecária: Ivete Costa CRB - 3/998

Impressão e Acabamento
Assessoria de Comunicação Social
Coordenadoria de Apoio Operacional

P813d Ponte, José Miramar da
Do direito de recorrer / José Miramar da Ponte. Ed. Fac-sim. Fortaleza:
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2018.
172 p. (Série Obras Jurídicas Cearenses – Resgate Histórico, v.3).

“Reprodução fac-similar da edição de 1958”
ISBN: 978-85-63490-06-3

1. Direito - Recurso. 2. Direito Processual. I. Título. II. Série

CDU: 343.15
CDDir: 341.4356

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima, s/n
Cambeba - Fortaleza - Ceará - CEP: 60.822-325 | Fone: (85) 3207.7000
www.tjce.jus.br | biblioteca@tjce.jus.br | email: editora@tjce.jus.br

Apresentação

Pertence José Miramar da Ponte à plêiade dos catedráticos que deram renome, brilho e fama à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Das escolas de letras jurídicas do País, a Faculdade é a quarta em longevidade, tendo celebrado cem anos em 2003, com antecedência apenas das academias gêmeas de São Paulo e Recife, e muitas décadas depois, da de Belo Horizonte.

Deveras me apraz portanto saudar na reedição desta obra, intitulada “Do Direito de Recorrer”, o professor, amigo saudosos e fraterno, que foi José Miramar da Ponte.

Com a presente tese, saiu ele vitorioso no concurso que lhe deu ingresso ao quadro de catedráticos da nossa velha salamanca.

Quem hoje no meio jurídico acompanha com interesse e preocupação o desdobramento, as surpresas e as consequências dos problemas que ora afligem a nação, há de concluir, lendo este livro, quanto ele é, pelo prisma jurídico da crise reinante nas vias recursais, útil e oportuno.

As lições de doutrina circulam vivas em suas páginas. Alfredo Buzaid, processualista de reputação nacional, membro da mesa examinadora, ao arguir o candidato, merecidamente não lhe poupou louvores.

José Miramar da Ponte honrou pois a casa de Dolor Barreira, Soriano de Albuquerque, Eduardo Girão, José Martins Rodrigues, Heribaldo Dias da Costa, Clodoaldo Pinto, Alvaro Costa, Amorim Sobreira, Madaleno Girão Barroso, Perboyre e Silva, Olavo Oliveira, Edgar Martins, e tantos outros que, no século passado, ilustraram as cadeiras docentes da nossa academia e hoje se acham gravados no bronze de sua memória.

De toda justiça, por conseguinte, render a Miramar e a todos esses Mestres o preito do qual, a nosso ver, essa publicação em boa hora representa admirável ocasião, graças à iniciativa e diligência do Desembargador Paulo Ponte, nome que também ilustra nossa escola de letras jurídicas.

“Do Direito de Recorrer” vem a lume debaixo da chancela do Conselho Editorial e da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Paulo Bonavides
Professor Doutor

Fac-símile da edição de 1958
DO DIREITO DE RECORRER

DO DIREITO DE RECORRER

JOSÉ MIRAMAR DA PONTE

Assistente da 2ª Cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, inscrito para o Concurso à Livre-Docência da mesma Cadeira. Do Conselho e da Ordem dos Advogados do Brasil (Secção do Ceará)

DO DIREITO DE RECORRER

Tese para o Concurso de Professor Catedrático da 2ª Cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará

IMPRENSA UNIVERSITÁRIA DO CEARÁ

1958

DO AUTOR:

“MANDADO DE SEGURANÇA”, 1956. (Trabalho forense contra a cobrança ilegal do Impôsto de Vendas e Consignações sôbre a parcela do Impôsto de Consumo).

“DA BARATARIA PERANTE OS CONTRATOS DE TRANSPORTE E DE SEGURO MARÍTIMOS”, 1956. (Trabalho de doutrina versando matéria constante do Código de Navegação Comercial — Projeto n. 1, de 1951 — ora, em tramitação no Congresso Nacional, trabalho êsse aprovado pela Comissão de Professôres da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, que fôra designada para dar parecer a respeito do mencionado projeto).

“DO INSTITUTO DA REVOGAÇÃO NO DIREITO FALENCIAL BRASILEIRO”, 1.957. (Tese com que se inscreveu o autor no Concurso para a Livre-Docência da 2ª Cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará).

*À minha esposa — ELEULINA —
e aos meus filhos —*

*Paulo Francisco
Maria Nair
Ana Lúcia e
Inês Helena,*

como manifestação de afeto.

CAPÍTULO I

DO DIREITO DE RECORRER

I — Conceito e definição. II — Conceito e definição de recurso. III — O titular do direito de recorrer. IV — Esbôço histórico do sistema de recursos.

I — **Recorrer** provém do latim, “*recurrere*”, que exprime “voltar, correndo, para o lugar da saída. Ensina, pois, JOÃO MONTEIRO que “refluxo ou recurso da maré são termos sinônimos. A locução “*maris cursus et recursus*” foi empregada por PLÍNIO, e traduz indiferentemente o fluxo e o refluxo ou o curso e o recurso do mar”.

Recorrer assume ainda outras acepções, podendo compreender o solicitar ou prestar auxílio a outrem; o promover o **regresso**, no sentido judiciário; o remediar alguma violação a direito; bem assim o empregar meio de defesa em processo judicial (1).

Como, entretanto, nenhuma dessas significações de recorrer interessa a êste nosso estudo, ofereçamos o entendimento técnico-judiciário do direito de recorrer que, para nós, representa a faculdade atribuída pelo Direito Processual ao interessado, que se julga prejudicado por uma decisão, de suscitar um reexame da relação jurídica,

1 — “Teoria do Processo Civil”, vol. 2, págs. 604/605.

pela mesma autoridade judiciária ou por outra de grau superior, para o fim de obter nova decisão que venha esclarecer, explicar, suprir, anular, ou reformar, a que tiver sido impugnada.

Com efeito, sendo o Direito Judiciário um conjunto de normas, mediante as quais, o juiz restaura a harmonia das relações jurídicas infringidas ou ameaçadas, não poderia deixar de instituir o direito de recorrer que, possibilitando o acertamento da vontade jurídica emanada da decisão, através de uma melhor aplicação da Justiça, — expressa na vontade da lei — promove o equilíbrio social.

Atende, assim, o direito de recorrer a uma necessidade social, que, por sua vez, se fundamenta na natureza humana, refletida não só na falibilidade do homem a ensejar o seu erro, enquanto êle juiz, ou parte, como ainda na irresignação do vencido perante o ato decisório que lhe foi prejudicial. O irresignado anseia, sempre, por um juízo melhor, que lhe poderá advir com o recurso.

Vemos, então, o Estado atribuir ao interessado, no campo do Direito Processual, essa prerrogativa de impugnar os atos decisórios do Poder Judiciário, objetivando, assim, uma melhor realização do Direito que, no dizer de CARNELUTTI, “é a sua armadura” e o de que necessita o povo para alcançar a sua estabilidade (2).

O direito de recorrer pressupõe a existência de um gravame, que compreende o prejuízo resultante de uma decisão desfavorável, podendo configurar-se por qualquer dano, ainda que mínimo, a qualquer bem da vida, tenha êste caráter moral ou econômico.

O gravame pode advir de um pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, na ação, quer decidam algum incidente do processo, quer julguem o mérito da causa.

Ensina GOLDSCHMIDT que o recorrente deve de-

2 — “Arte de Derecho, pág. 15.

monstrar e motivar em forma legal êsse prejuízo, para que possa ser aceito pelos seus fundamentos, atendendo-se, sempre, à totalidade dos efeitos da decisão dada como lesiva, nela incluídos os acessórios (3).

Verificamos, portanto, que o gravame gera o interesse de recorrer, que, como preleciona SEABRA FAGUNDES, se caracteriza pela **utilidade**, que o julgamento de reexame possa trazer ao recorrente, existindo, sempre, legitimidade de interesse, quando o recurso enseje a possibilidade de novo ato decisório, menos prejudicial ou integralmente vantajoso àquele que interponha o recurso, do que o pronunciamento impugnado (4).

Somos de opinião que atinge o gravame não somente o interesse das partes, como ainda pode atingir a ordem jurídica, quando reflete uma desobediência ao comando da lei, ao qual tem o Estado interesse e obrigação de dar cumprimento, para harmonia entre os seus jurisdicionados e sua maior segurança.

*
* *
*

II — Em sendo assim, criou o Estado o sistema de recursos, como contrôle impugnativo das decisões, mediante o qual, tem êle oportunidade de expressar novamente a sua vontade, em novo pronunciamento jurisdicional, que, por várias razões, assume maior possibilidade de acêrto.

Com efeito, explica LIEBMAN que, ansiando a lei por lograr a melhor decisão possível, impõe a tôda sentença a possibilidade de sujeição a um “contrôle de sua validade extrínseca e de sua justiça intrínseca, por parte do

3 — “Derecho Procesal Civil”, tradução de PIETRO CASTRO, pág. 399.

4 — “Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil” — pág. 31.

juiz que a proferiu ou do juiz superior”, acrescentando que “os meios para provocar êste contrôle são os recursos, cuja interposição pode ter por efeito a reforma da sentença recorrida e sua substituição por decisão diferente” (5).

Representam, pois, os recursos um sistema de contrôle da sentença, para seu esclarecimento, explicação, complementação, anulação ou reforma, visando ao aperfeiçoamento da função de julgar.

Tão relevante é o recurso que CARNELUTTI o comparou à prova nas operações aritméticas (6).

Realmente, concorre o recurso para o acêrto da prestação jurisdicional, através de um novo exame da lide, no qual se reapura a justeza da decisão impugnada, não só no caso de confirmação desta, como também quando ocorre a sua reforma, situação em que se torna eficaz o novo julgamento em atenção à hierarquia, que, por sua vez, reflete maior probabilidade de certeza jurídica.

Passemos, agora, a examinar a definição da autoria de LOPES DA COSTA, segundo a qual, “recurso é o pedido visando obter situação mais favorável, feito pela parte ao juiz da causa ou a seu superior hierárquico, para que um ato judicial que causou prejuízo seja anulado ou reformado”.

Afirma o referido processualista que essa definição não compreende os embargos de declaração, que o Código de Processo Civil, art. 808, nº V, classifica como recurso, mas que não o são.

E, argumentando que o recurso pressupõe um ato judicial, contra o qual se levanta uma impugnação, acrescenta que, “na sentença omissa, êsse ato não existe”, por isso que “os chamados embargos de declaração têm jus-

5 — “Processo de Execução”, pág. 117.

6 — “Lezioni di Diritto Processuale e Civile”, vol. IV, págs. 172, 228 e 229.

tamente a finalidade de forçar o juiz a decidir o que não decidiu” (7).

Aproveitando essa razão aduzida por LOPES DA COSTA, entendemos, como objeção, que se, por intermédio desses embargos, tem o recorrente o poder de forçar o juiz a decidir o que não decidiu, está admitido o descumprimento de um dever, representativo de êrro no ato de julgar e que, por causar prejuízo, deverá ser reparado por recurso.

JOÃO MONTEIRO nega aos embargos de declaração a qualidade de recurso e diz que, no seu julgamento, o juiz aclara ou explica a sentença, em algum ponto obscuro ou ambíguo, podendo, ainda, expressar a condenação ou absolvição que nela estejam omissas.

Concluí, então, êsse doutrinador que, no caso, sòmente é facultado ao juiz “declarar a sentença já proferida”, não lhe sendo lícito modificá-la em qualquer de suas partes, uma vez que “a decisão sôbre tais embargos está para a sentença na mesma relação em que, para a lei interpretada está a lei interpretativa, assim como esta faz parte integrante daquela, de modo que uma e outra são a mesma lei, assim também a sentença declarativa e a declarada se integram em uma mesma sentença” (8).

Preferimos, entretanto, a orientação dos que, como MORAIS CARVALHO, TEIXEIRA DE FREITAS, PAULA BATISTA E SEABRA FAGUNDES (9), reconhecem nos embargos declaratórios uma espécie de recurso, por isso que, importando numa impugnação de decisão, ensejam um novo exame da lide e, conseqüentemente, outro pronunciamento do poder judiciário sôbre a mesma.

Revestem-se os embargos de declaração das características dos recursos, razão por que entendemos incom-

7 — “Manual Elementar de Direito Processual Civil”, pág. 168.

8 — “Ob. cit. vol. 2º”, pág. 628.

9 — “Revista Forense”, vol. CXVII — págs. 5-13.

pleta aquela definição que dêstes deu LOPES da COSTA, por terem sido excluídos dela aqueles embargos.

Aliás, fizemos essas considerações em tórno dos embargos de declaração, apenas, como crítica à mencionada definição, não dando maior amplitude ao assunto, uma vez que dêle nos ocuparemos, quando examinarmos, no capítulo próprio, a natureza dos diversos tipos de recursos.

Desprezadas aquela definição de LOPES DA COSTA e outras igualmente falhas, que delas há em grande número, ponderamos que, em nosso modo de entender, recurso é o meio processual taxativamente concedido ao interessado, pelo Estado, para impugnar decisão do órgão jurisdicional sôbre alguma ocorrência do processo ou sôbre o objeto do litígio, através de um reexame da relação jurídica e do pronunciamento de uma nova decisão, pela mesma autoridade judiciária ou por outra de grau superior, que venha esclarecer, explicar, suprir, anular, ou reformar, a que tiver sido considerada lesiva.

*
* *

III — Vejamos, agora, quem poderá ser o **interessado** em recorrer, ou seja, o titular do direito de recorrer.

De acôrdo com a opinião de GOLDSCHMIDT os recursos competem “a las partes, a los afectados inmediatamente por una resolución judicial y a los intervinientes adhesivos” (10).

Preceitua o art. 814 do Código de Processo Civil que “o direito de recorrer competirá a quem fôr parte na causa, ou, quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público. Se o recurso fôr in-

10 — Ob. cit. pág. 398.

terposto pelo órgão do Ministério Público ou pelo juiz, **ex-officio**, os autos subirão independentemente de preparo”.

Dando o conceito de **parte**, examina-o CARNELUTTI, sob dois aspectos, ou seja, comportando dois sentidos: um com referência à lide, que é o conceito material; e o outro no tocante ao processo, que é o conceito formal.

Na primeira compreensão, figura a parte como sujeito ativo ou passivo da relação de direito substancial, cuja procedência afirma ou nega. São as pessoas cujos direitos se discutem.

Sob o segundo sentido, parte compreende aquêlê que interfere no processo, assumindo posição principal ou secundária, pleiteando, contestando, ou intervindo, na relação processual (11).

CHIOVENDA se insurge contra essa dupla conceituação de parte, argumentando que o seu caráter é atribuído “pela própria lide, pela relação processual, pela demanda, não se fazendo mister procurá-la fora da lide, e, especialmente, na relação de direito material que serve de objeto à controversia”.

Entretanto, após dizer o ilustre processualista que quem litiga por si, é parte, nos sentidos material e formal, acrescenta que aquêlê que atua em nome de outrem, como acontece com o **substituto processual**, é parte, apenas, em face do processo, bem assim que a pessoa em nome de quem outro litiga, não é parte sob o aspecto processual, sendo-o, somente, através da concepção material (12).

Verificamos, pois, que CHIOVENDA, nessas suas considerações, admite a duplicidade conceitual de parte por êle próprio combatida.

11 — “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, vol. II, págs. 231-232.

12 — “Instituições de Direito Processual Civil”, tradução de J. Guimarães Menegale, vol. II, pág. 320.

Feitas essas considerações, declaramos que, geralmente, a parte, no sentido material, e a parte, no sentido formal, se consubstanciam numa só pessoa, que, além de ser o titular da relação de direito substancial, o é, também, da relação jurídica de caráter processual.

Entretanto, há casos em que se verifica um desencontro entre a qualidade da parte, sob o aspecto material, e a qualidade da parte, no tocante ao processo, pelo que, não havendo uma coincidência entre essas duas situações, aparecem em pessoas diferentes essas duas espécies de parte.

Assim acontece quando o sujeito ativo ou passivo da relação jurídica não dispõe da faculdade de interferir, por si mesmo, em juízo, na defesa daquele direito, surgindo, então, a figura do **substituto processual**, que interfere na causa, embora sem titularidade de relação jurídica, demandando em favor daquele que a detém. Nesse caso, aquele que interfere em juízo obriga o que não atua no processo, por ser êste o titular da relação material de direito que possibilitou a causa, a cuja decisão fica vinculado.

Tratando do assunto, ensina SEABRA FAGUNDES que “são exemplos de substituição processual ativa: os casos em que o Ministério Público promove ações de nulidade de casamento realizado perante autoridade incompetente, de interdição do louco furioso, de interdição do incapaz, quando haja pai, mãe, cônjuge ou parente próximo, mas seja incapaz ou menor; o caso do parente que intenta a ação de suspensão do pátrio poder por abuso do pai ou mãe, o do marido que aciona em favor dos bens dotais, etc”.

E adianta o seguinte: “Da substituição processual passiva, que é muito rara, se pode apontar como exemplo o caso em que a mulher comparece a juízo para defender

o marido revel, citado por edital ou com hora certa” (13).

Devemos, ainda, acentuar que existe conexão entre as relações de direito, de caráter material e processual, por isso que a causa pressupõe uma pretensão a direito substantivo, para cuja apuração se exercita, pronunciando, por intermédio da sentença, a revelação de sua existência, ou de sua inexistência, como direito a ser protegido.

Em face do nosso direito positivo — art. 814 do Código de Processo — prevalece o conceito formal de parte, para efeito de recurso, devendo ser entendida como aquêle que age no processo, defendendo legítimo interesse, de caráter moral ou econômico, próprio ou alheio, podendo, desde que uma decisão do feito cause gravame, interpor o competente recurso.

Assim, de acôrdo com o nosso Direito Processual, são partes: o autor, o réu, o litisconsorte (art. 88), o chamado à autoria (art. 95), o nomeado à autoria (art. 99), o oponente (art. 102), o assistente (art. 93), o terceiro embargante (art. 707), e o órgão do Ministério Público, em situações especiais; portanto, todos que atuarem no processo, em defesa de direito.

*

* *

Examinemos, agora, a atuação do Ministério Público no processo, em face do direito de recorrer.

Como já salientamos, age, em determinados casos, o órgão do Ministério Público, em juízo, como substituto processual, em atenção a relevantes razões de ordem social, que não podem sujeitar-se à vontade privada. E assim é que, não sendo sujeito ativo ou passivo da relação

13 — Ob. cit., págs. 36/37. Arts. 208, n. II; 447, ns. I, II e III; 488, n. I e III; 394; e 289, n. III, do Código Civil; e art. 82, n. 1, do Código de Processo Civil.

substancial de direito, que a outrem pertence, assume, entretanto, em consequência de sua função, a posição de parte no feito.

Patrocinando, pois, como parte, o direito que a sociedade tem interêsse em proteger, é claro que a sua atuação não se finda com a decisão, uma vez que a faculdade da parte não se exaure com a entrega da primeira prestação jurisdicional.

Logo, o interêsse do Ministério Público, de agir em juízo, na defesa daquele direito a que a sociedade dá reforço, determina, em consequência, o interêsse de recorrer da decisão, quando desta resultar gravame, pois não seria possível que o ato decisório tivesse o poder de fazer cessar a proteção de direito tão relevante, eliminando, por conseguinte, a possibilidade de uma melhor defesa do mesmo, mediante a provocação de um reexame da relação discutida.

Concluimos, portanto, que, na situação de substituto processual, dispõe o Ministério Público do direito de recorrer, que lhe é uma resultante do direito de, nesse caso, agir em juízo, como parte, em cuja qualidade permanece em caráter definitivo. Com efeito, não se extingue aquele seu direito, ainda que surja no processo o próprio titular da relação de direito material, a quem é atribuída, também, a faculdade de interpor recurso.

A razão de não se verificar a extinção do direito de recorrer do Ministério Público, com o surgimento, no processo, daquele sujeito do direito substancial, reside nos fundamentos de ordem pública que motivam a interferência do M. P. como substituto processual.

Vejamos, em seguida, se, como representante judicial das pessoas jurídicas de direito público, tem o órgão do Ministério Público o direito de recorrer.

Para solucionar essa dúvida devemos, antes de tudo, esclarecer que, como representante judicial, assume o Mi-

nistério Público funções de advogado, defendendo pretensão jurídica da União, do Estado, do Município, ou das autarquias, que, como pessoas jurídicas, gozam de direitos e contraem obrigações, sendo, portanto, equiparados, perante os órgãos jurisdicionais, para efeito de aplicação do direito, a qualquer indivíduo.

Perde, assim, o Ministério Público a feição que caracteriza a sua função específica, de caráter público, deixando, portanto, de ser o representante da ordem social, o defensor da lei e o fiscal de seu cumprimento, para ser um patrono judicial, o próprio poder público, advogando o seu interesse jurídico, como sujeito ativo ou passivo da relação de direito (14).

Em atenção à natureza e à relevância da defesa dos direitos daquelas pessoas jurídicas, erige-se o Ministério Público em verdadeiro Ministério Judicial.

E, assim como não podemos dizer que o advogado que patrocina o direito de um cidadão, seja parte, no sentido técnico-judiciário do termo, assim também não devemos afirmar que o órgão do Ministério Público, quando procurador judicial, seja parte em juízo, por isso que, num e noutro casos, as partes são, respectivamente, o cidadão que figura como cliente e a pessoa jurídica de direito público.

E, atendendo a essa razão, embora possa o órgão do Ministério Público, como procurador judicial, recorrer, devemos acentuar que êle o faz, em nome do verdadeiro titular do direito ao recurso, que é o Poder Público.

Quem tem, portanto, o direito de recorrer é a pessoa jurídica de direito público que constituiu o órgão do M. P. seu procurador, competindo a êste tão somente defendê-la, sendo assim, ela própria a fazer valer o seu direito em juízo.

14 — Pereira Braga, "Exegese do Código de Processo Civil", vol. I, pág. 88.

Na mesma situação se encontra o Ministério Público, quando no exercício de **representação**, vez que, ao agir, não por si, mas por outrem, não dispõe de autonomia na causa, sendo, tão somente, a pessoa do representado quem monopoliza os conceitos substancial e formal de parte.

Ao representado, pois, é que assiste o direito de recorrer, e não ao órgão do Ministério Público.

E, agora, cabè uma indagação: assiste ao Ministério Público, quando oficia no feito, o direito de recorrer?

Antes de tudo, expliquemos em que consiste essa função de officiar na causa, por parte do M. P.

Officia o Ministério Público quando se erige em fiscal da melhor aplicação do direito, emitindo o seu parecer de acôrdo com a lei, podendo, inclinar-se no sentido da pretensão de qualquer das partes, ou até mesmo contra a pretensão delas, devendo, sempre, considerar o interêsse social.

Vemos, pois, que, nessa atividade, tem o Ministério Público função consultiva (15), que se exerce em diversas situações em que o interêsse público se reflete (16), exigindo um critério rigoroso de interpretação e de emprêgo da lei.

Há quem, como MORTARA (17), defenda a tese de que, nesses casos, sendo o Ministério Público um fiscal do cumprimento do direito, sem patrocinar a pretensão de nenhuma das partes, inexistente fundamento para que se lhe dê o direito de recorrer.

Êsse, também, o ponto de vista de CARVALHO SANTOS quando versando a matéria, ensina que, “quando o

15 — Costa Manso, “O Processo na Segunda Instância”, vol. I, pág. 257.

16 — Arts. 80, parag. 2º, 478, 487, parag. 1º, 541, 552, 643, parag. 1º, 652, parags. 1º e 3º, 739; 775, parag. único, 785; 806, nº 2, do Código de Processo Civil.

17 — “Il Digesto Italiano”, vol. III, parte 2a., pág. 474.

órgão do Ministério Público figura como parte, naturalmente poderá recorrer, sem que precise haver lei autorizando-o expressamente a isso. Na hipótese, porém, em que a sua intervenção é reclamada apenas para opinar, para dar seu parecer, claro que não poderá êle recorrer da decisão proferida na espécie em que opinou, a não ser que haja lei expressamente autorizando-o a recorrer” (18).

Entendemos, em primeiro lugar, que, embora possa o representante do M. P. adotar o seu ponto de vista pessoal, com inteira independência, relativamente à questão discutida pelas partes, defende êle um interêsse fundamental, qual seja a vontade do Estado em prol de uma correta aplicação da lei nessas situações caracterizadas pelo interêsse público. Assim, não tendo êle aí simples função acadêmica, sendo, como é, a sua atividade determinada por motivo de salvaguarda da ordem pública, deve assistir-lhe o direito de recorrer, uma vez que, com essa faculdade, poderá provocar a reparação da falha do ato decisório que contrariar a própria organização jurídica do País, em matéria de relevância social.

Se o parecer do M. P. se destina a esclarecer a relação posta em juízo, objetivando o seu melhor julgamento, é evidente que a finalidade daquela peça consiste em recorrer para uma decisão conforme à lei e ao interêsse público.

Logo, se o julgamento desrespeitar essa orientação, faz-se mister que se conceda ao M. P. o direito de recorrer para que possa influenciar, com eficiência, na defesa daquelas razões de ordem social, através de um novo exame da relação discutida, cuja decisão, sem o seu recurso, poderia adquirir a eficácia de coisa julgada. Aí, então, teria sido inteiramente sem efeito a interferência do M.

18 — “Código de Processo Civil Interpretado”, 2a. ed., vol. IX, pág. 232.

P., que, assim, não atingiria o seu verdadeiro fim, como providência tendente à defesa dos princípios de ordem pública.

Aceita a procedência da participação do M. P., nesses casos em que oficia, admitida a desconformidade entre a decisão e o interêsse da sociedade, deve, conseqüentemente, ser reconhecido àquele órgão o direito de recorrer.

Essa tese foi também, esposada pelo acórdão, de 13 de maio de 1942, da 3ª. Câmara do Tribunal de São Paulo, sendo relator o Desembargador PAULO COLOMBO, onde vemos ótimos argumentos nesse sentido (19).

Entendemos, finalmente, que, nesses casos, nenhum prejuízo poderia resultar da circunstância de ser atribuído êsse direito de recorrer ao M. P., por isso que, como é evidente, não se tratando da imposição de uma obrigação, mas da outorga de uma faculdade, poderia o órgão do M. P. deixar de recorrer, tôda vez em que viesse a render-se aos fundamentos da decisão, ainda que contrária ao seu parecer, quando, então, com a ausência de recurso, não seria protelada a solução do litígio.

*

* *

Feitas essas ponderações em tórno do Ministério Público, em face do direito de recorrer, vejamos se ao **terceiro prejudicado** é facultada, também, essa prerrogativa.

Na forma do art. 815 do Código de Processo Civil, terceiro prejudicado é todo aquêle que, não tendo atuado como parte na causa, pode sofrer prejuízo com a sentença, caso venha esta a transitar em julgado.

Havendo, portanto, algum gravame, de qualquer na-

19 — "Revista dos Tribunais", vol. 133, págs. 189-190.
V., também, "Arquivo Judiciário", vol. IV, 533/534.

tureza, podendo até ser futuro, em algum direito seu, em consequência da sentença, tem o terceiro prejudicado o direito de recorrer.

Demonstrado o seu prejuízo e verificada a sua capacidade “ad processum”, deve ser admitida a interferência do terceiro prejudicado, como recorrente, em atenção aos princípios informativos do processo, que determinam o máximo de resultado com o mínimo de perda de trabalho, objetivando evitar a demora e a multiplicação das ações. Quanto à capacidade “ad processum” do terceiro, com relação ao recurso, nada há de especial, sendo a mesma que é exigida para a atividade perante a primeira instância.

Na consecução desse máximo de resultado, com mínimo de desperdício, cumpre-se o escôpo que tem o Estado de acautelar o direito de todos os seus jurisdicionados, para que a ordem jurídica, que é o seu arcabouço, impere em sua plenitude.

Ao atingir a decisão o direito do terceiro, vincula-o, de tal maneira, à controversia, que, embora não tenha êste figurado anteriormente no tablado judiciário, poderá, daí por diante, interferir na contenda, em igualdade de condições, na defesa do seu interêsse, por isso que o processo representa, apenas, um meio coercitivo de realização do direito e a ordem jurídica não distingue as **partes dos terceiros**, para a salvaguarda da Justiça.

Examinando o assunto, afirma JOÃO MONTEIRO que “pode apelar todo aquêle a quem a sentença diretamente interessar. Tal era a regra expressa do direito romano; tal é também o preceito da nossa lei”, assim expresso:

“Posto que a sentença não aproveita, nem empece mais que às pessoas, entre que é dada, poderá, porém, dela apelar, não sòmente cada um dos litigantes, que se dela sentir agravado, mais ainda qualquer outro a que o feito possa tocar,

e da sentença lhe possa advir algum prejuízo”
(Ord. III, 81 pr.).

E, continua a sua explicação, dizendo que “podem apelar não só as partes litigantes, como quaisquer terceiros a quem a decisão prejudique; e neste prejuízo real ou potencial, está a razão por que empregamos acima o advérbio **diretamente**. Assim como deve ser repellido aquêlê que pretende ser citado só porque lhe o **negotium secundario tangit**, assim também não poderá apelar quem não tiver sofrido ou não possa ser prejudicado pela sentença. E basta esta possibilidade para legitimar a apelação”.

Podem, portanto, intervir na reforma da decisão: “a) o legatário contra a sentença que anulou o testamento na causa do herdeiro legítimo contra o herdeiro escrito — cit. Ord.; pr.; b) o fiador a respeito da sentença proferida na causa movida contra o devedor principal — id., § 1º; c) o fiador da evicção quanto à sentença dada ao comprador — arg. do § 2º.; Lobão, Seg. Linh., n. 620, n. 7; d) o comprador da sentença dada contra o vendedor. **MORAIS DE CARVALHO**, § 776, n. 5”. (20).

GOLDSCHMIDT, analisando o interêsse jurídico do terceiro prejudicado, que determina o seu direito de recorrer, afirma que o mesmo ocorre: quando a eficácia da coisa julgada constante da sentença possa ampliar seus efeitos em relação ao terceiro; quando haja execução contra o terceiro, como, por exemplo, acontece, quando a sentença condenando a mulher casada comerciante, fere os interesses do marido; quando a sentença produz efeitos, de carater acessório, contra o terceiro; e, ainda, quando a sentença possa provocar efeitos de cunho probatório na relação jurídica entre o terceiro e o adversário da parte, a quem presta ajuda, ou, então, na relação entre o ter-

20 — Ob. cit., vol. 2, pág. 676 — texto e notas.

ceiro e a parte beneficiada pela ajuda para futuros processos com efeito regressivo (21).

Legitima-se, portanto, aquêlê interêsse, tôda vez em que haja possibilidade de ser, de logo, prevenido o dano ou suprido o gravame, evitando-se, dessa maneira, a propositura de outra ação, cuja finalidade desaparece, com a interferência do terceiro prejudicado.

Ampliou, assim, a lei a defesa do direito do terceiro prejudicado, que estaria menos resguardado se sòmente lhe fôsse lícito invocar em seu favor a regra — “res inter alios judicata aliis non prejudicare”. Atendeu, ainda, aos princípio de simplicidade, brevidade e economia processuais.

RUI BARBOSA, em trabalho transcrito por CARVALHO SANTOS (22), examinando a extensão do conceito do prejuízo do terceiro, adota a opinião de GALLUPI, para quem o mesmo é de enorme amplitude, podendo o mesmo ocorrer “tôda vez que o terceiro, por causa da sentença proferida entre outras pessoas, se sinta molestado num direito, “risente una molestia di diritto”. Pode acontecer, de feito, que uma sentença não perturbe materialmente o direito de terceiro, mas gere, em dano seu, uma turbação civil pelo descrédito que suscita no ânimo dos estranhos a afirmação contida no julgado”.

E acrescenta: “Assentada esta noção, professa a doutrina italiana “haver prejuízo bastante, para autorizar o remédio extraordinário da oposição a uma sentença, tôdas as vezes que esta, ainda incidentemente (“sia pure semplicemente”), ofenda o direito de terceiro, em termos capazes de importar, a respeito dele, numa turbação civil”.

Nosso direito positivo (art. 815 do C. P. C.), ao aludir a “terceiro prejudicado”, manteve a mesma orientação constante da Ordenação — Livro III, título 81 —

21 — Ob. cit., § 70, nº 2, pág. 447.

22 — Ob. cit., vol. IX, págs. 250/251.

“qualquer outro a que o feito possa tocar, e lhe da sentença possa advir algum prejuízo” — bem assim do art. 738 do Regulamento n. 737, de 1.850 — “terceiros prejudicados” — aceitando o critério amplo de considerar prejuízo para o terceiro não sômente o dano direto e imediato, como ainda aquêle de caráter reflexo e secundário. Assim sendo, concedeu o nosso direito grande arbítrio ao juiz para examinar bem essa questão da existência do grave dano sofrido pelo terceiro, para efeito de recurso.

Versando a respeito da conveniência do direito de recorrer do terceiro, cita RUI um trecho de MORTARA, que, pela clareza com que trata o assunto, merece, também, ser lançado aqui: “Princípio é, diz êle, tão inconcusso e antigo quanto à ciência do direito, que uma sentença não logra efeito jurídico, nem exerce autoridade, senão nas relações entre as pessoas dos contendentes, ou entre as que estas legitimamente representam. Pode, todavia, suceder que a execução de uma sentença acarrete ou seja suscetível de acarretar dano material ou agravo, a pessoas estranhas à pendência. Para acudir ao agravo ou dano livre será sempre ao prejudicado proceder em juízo contra quem lho ocasionou, instaurando outra lide, independente da em que se pronunciou a sentença, lide na qual se não poderia contra êle invocar eficazmente a autoridade de tal decisão justamente porque o terceiro tem o direito de a desconhecer de todo em todo”.

Refere, então, MORTARA os inconvenientes resultantes de uma nova lide, representados pela perda de tempo e outros dispêndios, bem assim pela situação conflitante que surge entre as decisões proferidas nas duas ações, ensejando novas controversias. Menciona, também, a possibilidade de que, com a demora do novo pleito, se verifique a execução do julgado anterior, agravando-se ou vindo, talvez, a tornar-se irreparável o dano do terceiro.

Aduz, finalmente, que essas são as razões por que deve ser reconhecido aos terceiros o direito de “impugnarem, diretamente, a sentença de onde receberam, ou receiam, o dano” (23).

Admitindo, também, a extensão dos efeitos da sentença ao interesse do terceiro, insurge-se LIEBMAN contra a tese de que a coisa julgada só se faz sentir entre as partes, e nos oferece, sobre o assunto, o seguinte pronunciamento: “O princípio tradicional segundo o qual se produz a coisa julgada entre as partes e só entre as partes, não pode bastar a exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença” (24).

Com efeito, embora os efeitos da sentença se exerçam diretamente sobre a situação de direito levada a juízo pelas partes, notamos que eles podem abranger relações jurídicas vinculadas àquela situação, em função da interdependência dos fenômenos regulados pelo direito (25).

Ocorre, então, perante o terceiro, uma abstração das pessoas que atuam no processo, passando a ser considerados o fato e o direito discutidos relativamente ao interesse daquele.

Realmente, a sentença, nesses casos, atinge, também, as pessoas que, ainda não sendo partes na discussão judicial, estão, entretanto, ligadas ao conteúdo do julgamento.

Devemos acentuar, ainda, que a regra geral é no sentido de que o terceiro demonstre o seu interesse jurídico, para ter direito ao recurso. Entretanto, há casos em que a lei institui uma presunção dêsse interesse. É o que sucede, por exemplo, quando o direito falencial permite que

23 — “Manuale della Procedura Civile”, vol. 2º, pág. 142, n. 669 — *Apud* CARVALHO SANTOS, *Ob. cit.*, vol. IX, págs. 254/255.

24 — “Eficácia e Autoridade da sentença”, pág. 68.

25 — CARNELUTTI, “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, vol. IV, pág. 216.

o credor, “ainda que não tenha sido impugnante”, interponha agravo das decisões do juiz, na verificação dos créditos (26).

*
* *

IV — Os recursos têm sido usados pelos povos, desde as primitivas civilizações.

Realmente, com o surgimento das instituições judiciárias nasceu, de um modo geral, o direito de recorrer, que, com a evolução do processo, foi assumindo o sistema de recursos, sob organização legal.

No Egito, havia juízes e os tribunais, de caráter superior, existindo, também, uma Côrte Suprema, constituída de 30 membros, cuja escôlha era feita pelas cidades de Mênfis, Tebas e Heliópolis.

Em tôrno dessa hierarquia, atuava o sistema de recursos.

Já os judeus dispunham do Sanhedrin, também chamado Conselho dos Setenta, com sede em Jerusalém, que julgava os recursos dos Conselhos de categoria inferior, que funcionavam nas demais cidades.

Na Grécia, nas duas principais cidades, Atenas e Esparta, havia a Assembléia do Povo, cujas decisões julgavam definitivamente os recursos manifestados das decisões de vários tribunais.

Em Roma, desde a mais remota antigüidade, existia a **provocatio**, que representava uma modalidade primitiva de recurso. Ensina Cícero, que, contra as decisões emanadas dos primeiros reis, já era adotada a **provocatio**. Entretanto, não é pacífica essa opinião, com a qual não está de acôrdo POMPONIO, para quem a “provocatio” sòmen-

26 — Lei de Falências, Decreto-lei n. 7661, de 21.6.45, art. 97.

te apareceu após a expulsão dos reis, quando foram criados dois cônsules, com autoridade soberana, velando pelo bem público, cujas decisões eram recorríveis.

Esclarece, no entanto, NIEBHUR que, com a expulsão dos reis, foi a **provocatio**, antes reservada aos comícios curiáceos, ou seja, à ordem dos patrícios, estendida aos comícios populares, tendo havido, apenas, uma ampliação dessa figura já existente anteriormente (27).

Após tratar da "**provocatio**", como matéria criminal, declara GABRIEL REZENDE, invocando SAREDO ("Istituzioni di Procedura Civile", n. 891), que, em Roma, no cível, "contra a nulidade da sentença havia o remédio consistente na negação da **actio iudicati**, isto é, ao exigir o autor o cumprimento da "**obligatio iudicati**", admitia-se que o réu opusesse a inexistência da sentença — **iudicatum non esse**. Acolhendo a alegação, negava o magistrado a **actio iudicati** e, em caso contrário, ordenava que o caso fôsse submetido a novo julgamento".

E adianta, que, no regime das fórmulas, que prevaleceu durante a República e parte do Império, não podia ser regular o sistema dos recursos, uma vez que os árbitros, julgando as causas, gozavam de autonomia, sendo as partes forçadas, pela formação do contrato judiciário, a aceitarem as suas decisões. Essa obrigação **ex-contractu** era regulada pela regra geral — **pacta servanda**. Se a sentença do árbitro fôsse injusta ou nula, tinha o vencido o direito de responsabilizá-lo, movendo-lhe a competente ação de indenização.

Convém esclarecer que a autonomia dos árbitros estava sujeita a exceções, sendo admitida contra certas sentenças eivadas de violência contra o magistrado ou contra as partes, ou fundadas em falsificação documental ou testemunhal, a **restitutio integrum**.

27 — *Apud* João Monteiro, ob. cit., vol. 3, pág. 614.

Quanto à **intercessio**, que, para alguns representava um recurso judiciário, não passava, na opinião de EDUARDO CUQ (“Institutions Juridiques des romains”, vol. 2º, pág. 764), “de uma providência conferida ao magistrado para opor-se a que um ato praticado por outro magistrado, de igual ou de inferior categoria, produzisse, conseqüências legais, e, ainda ao tribuno para reclamar contra atos de qualquer magistrado” (28).

Na época dos imperadores, passaram os juizes a ser por eles nomeados, formando-se uma organização judiciária, na qual os recursos constituíam um sistema regular, surgindo, então, a **appellatio** com feição aproximada à apelação do direito atual.

Assim, das sentenças pronunciadas em qualquer ponto do enorme território romano, tinha cabimento o recurso de apelação para o Imperador, sendo que, posteriormente, foi atribuído êsse julgamento a determinados juizes, ou autoridades, de caráter administrativo, como, por exemplo, o **prefectus urbis**. Até mesmo o Senado, em certo período, chegou a julgar alguns recursos judiciários.

A **appellatio** era invocada com freqüência nas Institutas, no Digesto e no Código, tendo grande aplicação.

Em seguida, foi instituída a **supplicatio**, que representava uma espécie de revisão de sentenças inapeláveis.

Já entre os germanos dos tempos remotos, consubstanciando-se o poder nas assembleias populares, irrecoríveis eram as decisões proferidas por êsses órgãos. E assim é que, segundo COUTURE, citado por GABRIEL REZENDE, o processo germânico tinha caráter nitidamente religioso, sendo o julgamento uma manifestação da infalibilidade divina, o que impossibilitava a existência do recurso. Sòmente depois, quando houve a divisão dos poderes, foi que se deu a aparição dos recursos.

28 — *Apud* Gabriel Rezende Filho, “Ob. cit., vol. 3, pág. 90.

Na Idade Média, as justiças de caráter senhorial, cõscias de suas atribuições e de seu poder, não permitiam recursos contra os seus julgamentos. Entretanto, posteriormente, começaram os reis a admitir e julgar os recursos — apelações e avocações — das decisões dessa justiça, reduzindo, assim, o prestígio dos senhores feudais, e concentrando o poder em sua pessoa. Mas, os parlamentos, senados e cõrtes, distribuindo justiça em nome do soberano, atendiam às reações das partes contra as sentenças dos juizes inferiores, cumprindo, assim, a finalidade da apelação.

O direito canônico, a partir do século XII, passou a admitir um sistema organizado de recursos, devendo ser dito que, inicialmente, as decisões dos bispos eram irrecorríveis, dada a independência de que êles gozavam, tendo sido, depois, instituído o recurso para o Bispo de Roma. Com o julgamento dêsse recurso, passou êsse Bispo a ter competência sôbre tãda a coletividade católica, o que concorreu para a unificação da jurisprudência canônica.

O direito canônico permitia a interposição de recursos até a consecução de três decisões harmônicas.

Na França, de há muito, era adotado o direito de recorrer, que, entretanto, ao tempo das reformas resultantes da Revolução, sofreu tremendos ataques dos constituintes de 1789, que viam na hierarquia dos tribunais sinais de aristocracia e vestígios da organização feudal, que não poderiam coexistir com os postulados de liberdade, igualdade e fraternidade. Pretenderam, assim, aqueles reformadores suprimir o sistema de recursos e a organização hierárquica do judiciário, no que, todavia, não lograram êxito.

Ainda na França, em 1848, verificou-se nova campanha contra os recursos e os tribunais hierárquicos, mas

uns e outros permaneceram, sobrevivendo à refrega criada pela revolução daquela época.

O nosso direito foi, nessa matéria de recurso, muito influenciado pelo direito canônico e pelo direito português, sendo que, quanto a êste, as **querimas ou querimónias** nada mais eram do que modalidades de apelação. Com as Ordenações Afonsinas (D. Afonso II (1248-1279), foram o direito de apelar e a utilização da apelação regulados por lei geral, passando êsse recurso pelas Ordenações Manoelinas e participando, em vários títulos, das Filipinas.

Atualmente, as legislações dos povos, adotando o duplo grau de jurisdição, aceitam, em maior ou menor escala, o sistema de recursos judiciários, como verdadeira necessidade social.

CAPÍTULO II

DEBATE SÔBRE O DIREITO DE RECORRER

I — Objeções ao direito de recorrer. II — Razões favoráveis ao direito de recorrer.

I — Conforme salientamos, houve época em que o direito de recorrer suscitou as mais sérias controvérsias, no estudo da teoria do processo, inspirando argumentos favoráveis, bem assim dando motivo a objeções, que nos propomos, de logo, a focalizar, para que, oportunamente, lhes possamos contrapor a devida refutação.

Começemos, pois, mencionando os nomes dos maiores opositores dêsse direito e da hierarquia dos tribunais, que foram os notáveis membros da Assembléia Constituinte francesa, participantes do movimento revolucionário de 89 e do famoso debate que, sôbre o assunto, se feriu em data de 31 de março de 1.790, — LA ROCHEFOUCAULD, PETION DE VILLENEUVE, ROYER-COLLARD e BÉRANGER.

Repetindo com LA ROCHEFOUCAULD que os tribunais superiores constituíam uma aristocracia judiciária, verdadeira herança dos **parlamentos** do velho regime, e com PETION DE VILLENEUVE, presidente da Convenção, que a prevaricação se havia abrigado naqueles

tribunais, — aduziram êles várias razões contra a reinici-
dência da prestação jurisdicional.

Diziam ,então, que o sistema de recursos não oferece, de maneira absoluta, a certeza de que seja melhor o segundo julgamento, tendo, ao contrário, afirmado o direito romano, através de ULPIANO, no fr. 1º de **appellat**, que, muitas vezes, o juiz da apelação "**bene latis sententias in pejus reformet; neque enim utique nelius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est**". E acrescentavam que não se podia negar tivesse o juiz inferior um melhor alcance da relação jurídica, através da primeira tramitação processual, dada a sua proximidade com as partes, peritos e testemunhas.

Entendiam, também, que a apelação quando não fôsse uma inutilidade, nos casos em que o segundo julgamento confirmasse o primeiro, procrastinando o processo e aumentando as despesas; seria um inconveniente, quando reformasse a decisão recorrida, concorrendo para o descrédito do juiz e para o desprestígio do poder judiciário, pela idéia de precariedade da primeira prestação jurisdicional (29), que fazia presumir a incerteza sôbre o reexame constante do novo pronunciamento decisório.

A outra refutação ao direito de recorrer consistia em afirmarem que, se ao Estado competia a obrigação de instituir e organizar a autoridade judiciária de maneira a que concedesse esta aos seus jurisdicionados a máxima segurança de acêrto na aplicação da lei, melhor seria que, de logo, criasse um júzo — que poderia ser colegiado -- portador de tôdas as garantias possíveis para que não soffressem os demandantes o sacrifício de passar pela primeira instância com a certeza de que estariam sujeitos ao segundo julgamento, no caso de recurso.

29 — MORTARA, "Il Digesto Italiano", vol. III, 2a. parte, págs. 447/448.

Importaria, ainda, a apelação numa demonstração de desrespeito ao juiz prolator da decisão recorrida, o qual, por certo, ficaria molestado com o recorrente, em prejuízo da justiça.

Por outro lado, argumentavam que, protelando o recurso a solução definitiva da causa, sujeitava a propriedade a uma instabilidade demorada e paralizava os negócios, erigindo-se num malefício de caráter social.

Outro argumento contrário é o de que o sistema de recursos torna muito dispendiosa a organização da justiça e concorre para o encarecimento do processo, impondo, assim, um enorme encargo ao erário e aos litigantes.

E, por pensarem dessa maneira, indagaram, na França, os adversários dos recursos, através do célebre debate realizado em 31 de março de 1.790:

“Y aurat-il plusieurs degrés de juridiction, ou bien l'usage de l'appel sera-t-il aboli ?

Estudando a discussão que se travou naquela época, em França, sobre a conveniência dos recursos, fala SEABRA FAGUNDES a respeito da “solução conciliatória a que, por fim, chegaram as leis revolucionárias admitindo os recursos, mas repelindo a subordinação hierárquica dos juízes uns aos outros”.

E acrescenta: “Dois projetos fôram oferecidos a debate: um previa a instituição de côrtes superiores de apelação; outro previa a criação de tribunais de apêlo, divididos em duas seções, **sedentária** (para o julgamento de ações sumárias, incidentes etc) e **ambulante** (reunindo-se, anualmente, por dois meses e meio, em juízo sedentário, para a grande correição e conhecimento das apelações dos juízes distritais nas ações ordinárias, e no resto do período se locomovendo em inspeção da justiça local realizando correição ordinária e menor).

A Assembléia repeliu ambos para adotar o projeto Agier, com a revisão recíproca dos julgados pelos juizes

de grau equivalente, regulando-se o conhecimento dos recursos mediante acôrdo dos interessados, e, não o havendo, por meio de listas de sete tribunais, depositadas em cada tribunal, donde cada parte excluiria três nomes, restando o de uma só côrte, assim escolhida, à qual se devolveria o processo.

Mais tarde (7 ventoso), passado o receio de que resurgissem os parlamentos, instituíram-se tribunais de grau superior, para conhecimento das apelações, organização que o Código de Processo e a Lei Judiciária, de 20 de abril de 1.810, mantiveram em fundo (MORTARA, “Il Digesto Italiano”, vol. 3º, 2ª parte, págs. 428 e 429”) (30).

Ainda como objeção ao recurso, devemos invocar a opinião de MORTARA, ao examiná-lo em face do êrro da parte, isto é, de sua inhabilidade no encaminhamento da defesa de seu direito, quando entende o mencionado jurista seria um absurdo admitir-se a injustiça da sentença, instituindo-se a apelação e uma hierarquia de mérito e de autoridade como remédio para êsse ato decisório, inquinado de um vício do qual nenhuma culpa cabia ao juízo.

E conclui com as seguintes considerações, que JOÃO MONTEIRO considera “as mais sérias de quantas conhece contra o duplo grau de jurisdição”: “Se a tal falta ou culpa, tôda pessoal da parte litigante, julga o legislador oportuno socorrer, forneça outros meios, mas não autorize a reclamar contra uma sentença por si mesma inatacável. A consciência pública, prevenida contra tão grave contra-senso, não poderia certamente continuar a ver na apelação uma garantia de justiça, mas se inclinaria a divisar nela uma insídia armada contra a boa fé e uma **minutio capitis** infligida injustamente ao circumspecto e consciencioso magistrado, que com retidão se pronunciou sôbre os atos sujeitos ao seu conhecimento, e não pôde adivi-

30 — Ob. cit. págs. 14/15.

nhar que sentenciava em uma aparência de demanda em lugar de o fazer sôbre o verdadeiro objeto da controvérsia” (31).

No Brasil, PEDRO BATISTA MARTINS, analisando o recurso à luz da lógica, chega a considerá-lo uma superfluidade, afirmando poderia o Estado, “que é o devedor da prestação jurisdicional”, liberar-se dêsse dever estabelecendo a definitividade e irrecorribilidade da primeira decisão, uma vez que, em verdade e considerando a prática, não há justificativa para que se presuma ofereça o segundo julgamento conteúdo mais consistente de certeza e justiça.

*
* *

II — Entretanto, pondera o referido mestre que “não resultando de imperativos de ordem lógica, a duplicidade dos graus de jurisdição se impôs, nada obstante, à generalidade das nações civilizadas como imperativo de ordem política”.

Aduz, ainda, que “a única vantagem indiscutível de uma dualidade de instâncias superpostas é que ela representa uma transigência com a natureza humana, que não se conforma, em regra, com o primeiro julgamento, ou com a confirmação dêste pelo juiz”.

Propugna, então, por que se realize uma nova apreciação do feito por outro juízo, de preferência colegial, para que seja dissipada essa atitude de inconformismo do vencido (32).

Com efeito, oferece o recurso a satisfação a uma tendência normal da natureza humana, por isso que concede

31 — Apud *João Monteiro*, Ob. cit., vol. 2, pág. 610 (nota).

32 — “Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais”, pág. 145.

amparo legal ao instinto que faz com que todo homem se rebele contra o primeiro juízo que lhe fôr contrário, expressando a sua natural irresignação.

E assim é que, conforme afirma BENTHAM, em sua Organização Judiciária, essa inclinação instintiva se manifesta, de início, no pequeno círculo da sociedade familiar, quando a criança recorre da arrogância de um irmão para o julgamento paterno, e, outras vezes, da austeridade do pai para a suavidade e o afeto maternos. Seria, portanto, a consagração do recurso uma norma, de caráter biológico, verdadeira regra de fisiologia social, a que a lei daria eficácia.

Milita, ainda, em favor do recurso outra razão inspirada na natureza humana, constante da condição de fragilidade que possibilita o êrro do homem, não somente quando julga, na qualidade juiz, senão também quando defende o seu interesse, como parte.

Foi o que muito bem verificou PISANELLI, ao dizer o seguinte: “Il rimedio della appellazione è la conseguenza dela fralezza umana. Né la dottrina, né l’ imparzialità dei giudici possono garantire che siano sempre scerve di errori le sentenze da essi profferite. Vuolsi inoltre avvertire che, non ostantes le più solecite cure, che l’ interesse proprio delle parti e l’ abilità dei loro patrocinatori facciano adoperare nella difesa, vi é pur sempre il pericolo di qualche ommissione o di qualche errore che influisca sull’ esito del giudizio. Quindi si rassodó il concetto generale che richiede per le cause un doppio grado di giurisdizione, mercé cui in un secondo esame, possa ripararsi all’ ommissione, all’ errore occorso nella difesa delle parti o nella decisione dei primi giudici” (33).

No mesmo sentido a lição de MATTIROLO, para quem a necessidade do recurso corresponde ao próprio

33 — “Relatório do seu Projeto do Código de Processo Civil Italiano”, pág. 190, in JOÃO MONTEIRO, Ob. cit., vol. 2, pág. 606.

escôpo do juízo, através da sentença, resumindo-se na procura e no acertamento da verdade jurídica, ou seja, na correta distribuição da justiça, uma vez que a imperfeita defesa da parte ou a possibilidade de êrro do julgamento fazem com que possa a decisão de primeiro gráu deixar de afirmar com acêrto a vontade da lei, tornando-se necessário um reexame da relação jurídica. Na opinião do ilustre mestre, eis a razão por que a apelação — que manifesta um instinto normal do homem — corresponde a um princípio fundamental do ordenamento jurídico (34).

Devemos, pois, acentuar que a conveniência dos recursos não se fundamenta na presunção de êrro da sentença recorrida, mas, tão sòmente, na probabilidade de sua desconformidade com a certeza do direito (35), o que leva a parte vencida a inconformar-se.

E se assim é, se colima o direito, através do recurso, a harmonização entre o ato decisório e a perfeição do ideal de justiça, não procede a objeção de MORTARA, por nós já explanada, segundo a qual, inexistente cabimento para a apelação quando se trata de corrigir na sentença o êrro da parte.

Realmente, além de satisfazer anseios naturais ao homem, deve, também, o recurso destinar-se ao acertamento da verdade jurídica, por isso que o Estado não sòmente é o devedor da prestação jurisdicional, como também é um credor do cumprimento da lei, erigindo-se no maior interessado em que as decisões sejam justas, para que não se descumpra a ordem jurídica, à qual deve êle dar a necessária garantia, para o maior equilíbrio da vida pública.

34 — LUIGI MATTIROLO, "Trattato di diritto giudiziario civile italiano", 5a. ed., vol. IV, n. 228, pág. 264.

35 — GUIDO RIDOLFI, "IL Digesto Italiano" vol III, 2a. parte, pág. 381.

Entendemos, portanto, que, no êrro da parte refletido na decisão, reside, também, o êrro do juízo, considerando o ideal de justiça.

E se tal sucede, nenhum menosprezo à pessoa do juiz existe no recurso interposto naquela condição, vez que o principal objetivo do julgamento não é o de conformar-se à atuação das partes no processo, senão o de cumprir a obrigação do Estado, manifestando a sua vontade, que deverá estar expressa na verdade da lei.

Conforme ensina CARNELUTTI, a melhor solução para o caso dos recursos e para o acertamento da vontade jurídica, seria a obtenção de duas decisões no mesmo sentido, de maneira que o novo pronunciamento confirmasse o primeiro, ou que houvesse apelação até lograr-se a dupla conformidade (36).

Entretanto, tal não seria conveniente, em face não só de um motivo de economia de tempo e de dinheiro, como ainda porque provoca o litígio uma instabilidade contrária à paz social e à firmeza das relações jurídicas, havendo, assim, necessidade de que não perduresse muito, a fim de que seja logo restaurado o equilíbrio entre os litigantes, com a limitação do número de recursos.

Versando a matéria, ensina PEDRO BATISTA MARTINS que a mesma necessidade de ordem pública que inspirou os juriconsultos romanos a instituírem a prescrição, alçando-a à dignidade de **humani generis patrona et finis solitudinis et periculi litium**, para que não demorasse a instabilidade dos negócios, nem se perpetuasse a dúvida sobre a propriedade das coisas — **ne dominia rerum in incerta essent**, — representa atualmente o fundamento da definitividade da sentença, que deve ser obtida com a maior rapidez possível ((37).

36 — “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, vol. IV, págs. 223/229.

37 — “Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais”, pág. 146.

Outra razão invocada em prol da apelação é a de que contém o poder de forçar os juizes inferiores, pelo medo de críticas e da reforma de suas decisões, por parte de um juízo hierarquicamente superior, a estudarem mais e a serem mais cuidadosos em sua judicatura, decidindo com mais consciência (38). Concorreria, assim, o recurso para o aprimoramento cultural e moral dos juizes, a refletir-se na excelência das decisões.

Representa, ainda, o recurso uma complementação do julgamento, por conceder ao vencido o meio de lograr a reforma da sentença, atacando-a com novos argumentos e podendo até, em determinados casos, produzir novas provas. Com a apelação surge a oportunidade de omissões serem supridas e de êrros serem retificados.

Como muito bem lembra LUIZ MACHADO GUIMARÃES, o segundo julgamento conta com um fator novo de que não dispõe o de primeiro grau, qual seja a experiência da primeira decisão, distinguindo o relevante do irrelevante, através de uma verdadeira filtragem, que expurga as questões sem importância, conduzindo à segunda instância, apenas, o que fôr essencial, no que alcança melhor resultado qualitativo (39).

Constitui, também, a apelação, na opinião de IHERING, uma maneira de firmar a jurisprudência, que é "o precipitado de sã razão humana em matéria jurídica" (40).

Cumpre-nos acentuar que entregar o julgamento do feito a um só juiz representaria uma temeridade, por inexistir possibilidade de correção da sentença, se prolatada em êrro.

Realmente, pondera CARNELUTTI que a experiência ensina que se um mesmo juízo se realiza por pessoas distintas, a probabilidade de sua injustiça diminui na razão

38 — ROSCOE POUND, "Appellate Procedure in Civil Cases", pág. 3.

39 — "Do efeito devolutivo da apelação" in "Direito", vol. 1º pág. 185.

40 — *Apud* JOÃO MONTEIRO, ob. cit., vol. 1, pág. 123.

direta do número dos que o pronunciarem, pelo que, nesse ponto, desempenha a apelação função idêntica à exercida pela prova das operações aritméticas (41).

Quanto ao texto de ULPIANO, esclarecem os propugnadores da apelação, terem sido tiradas maliciosamente do mesmo palavras que lhe dão sentido favorável ao sistema de recursos, como podemos concluir da sua transcrição integral: “*appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat. Quippe cum iniquitate judicantium, vel imperitiam corrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus laturus est!*”

Eis, portanto, o entendimento correto do referido texto, mediante o qual, verificamos que o eminente juriconsulto admitia a utilidade do sistema de recursos para a provável retificação das decisões: “ninguém ignora quão freqüente e necessário é o uso da apelação, porque certamente corrige a iniquidade ou a inhabilidade dos julgadores, embora às vêzes reforme para pior sentenças bem prolatadas; pois o decidir por último não é razão para julgar melhor”.

Compete, pois, ao Estado tudo envidar no sentido de uma honesta distribuição da justiça, o que se consegue não com a precipitação expressa na unicidade do julgamento, mas, sobretudo, com a meticolosa investigação e apuração da verdade, mediante o estudo e a decisão do processo através do crivo de mais de um juízo.

Nenhuma inutilidade existe no sistema de recursos, pois se houver a confirmação da sentença recorrida, obtém esta muito maior autoridade, e se ocorrer reforma da decisão, é maior a probabilidade de que devia ser mo-

41 — “Sistema de Derecho Procesal Civil”, tradução de NICETO ALCALÁ, ZAMORA y CASTILLO y SANTIAGO SENTÍS MELENDO, pág. 723.

dificada. Com efeito, no segundo julgamento, submetese o processo a uma análise mais cuidadosa por juizes de grau superior, presumivelmente, mais austeros, mais competentes e com maior experiência de julgar.

Entendemos, ainda, que nenhuma inconveniência existe na hierarquia dos juizes, sendo, ao contrário, útil, por isso que reflete a própria hierarquia da organização **social, como expressão do princípio de autoridade e como postulado da ordem coletiva, atribuindo maior prestígio às decisões dos tribunais superiores.**

Aliás, a história demonstra ser êsse o melhor sistema pois como nos revela AFONSO FRAGA, o decreto francês de 1.790, do duplo grau jurisdicional com juizes iguais, foi para CHASSAN uma triste experiência (42).

Passando ao exame do sistema de recursos em face do critério da imediatidade, somos de opinião que, embora sejam grandes as vantagens por êste oferecidas no tocante ao juízo de primeiro grau, razões há de caráter econômico-social que se superpõem a êsses benefícios no que diz respeito à sua aplicação ao tribunal superior.

Realmente, a vantagem de uma solução mais econômica de tempo e de dinheiro para o processo, visando a um menor sacrifício para as partes e a uma mais rápida restauração do equilíbrio social afetado pelo litígio, dispensa a conveniência da imediatidade para o segundo grau jurisdicional, tanto mais quanto o trabalho dos juizes superiores se torna mais fácil, dadas a existência no processo das peças elaboradas pelas partes e a própria filtragem por que passa a discussão, fixando-a em seus contornos.

Possibilita, assim, o processo, perante a segunda instância, uma concentração maior dos julgadores na análise do ponto nevrálgico da controversia, prescindindo, assim, da imediatidade.

42 — “Instituições do Processo Civil do Brasil”, tomo III, pág. 14.

Existe, ainda, em apoio dos recursos o argumento, segundo o qual, o juízo superior tem mais probabilidade de decidir melhor, devido a estar, algumas vezes, mais distante da influência dos interessados e do meio. É o que sucederia, por exemplo, com o julgamento noutra local que não o da comarca da procedência, prolatado, presumivelmente, sem a influência de circunstâncias alheias ao processo, o que ao tribunal superior concederia maior isenção de ânimo do que teria o juízo local, sujeito muitas vezes, até sem má fé, a essas influências.

Quanto à organização coletiva dos tribunais superiores, reputamos muito boa, vez que o julgamento de um órgão colegiado inspira muito mais confiança do que o de um só julgador, por isso que em regra, é mais difícil corromper alguns indivíduos do que um deles, podendo o colégio concluir com mais acerto do que um só juiz, devido ao possível choque de entendimentos a ensejar uma troca de razões e um esclarecimento mútuo, sem falar na fiscalização que uns juízes exercem sobre os outros.

Ainda em favor do sistema de recursos, cumpre-nos ressaltar que a consciência social já o incorporou ao seu patrimônio jurídico, como valiosa garantia de justiça.

E assim é que, conforme assevera MATTIROLLO, é esse sistema admitido pela generalidade dos povos civilizados, pelo que representaria verdadeira temeridade ou até loucura a sua supressão (43).

Razão, portanto, assiste a MORTARA, quando o justifica, dizendo: “Il contrasto tra la perfezione ideale del concetto di giustizia e la reale imperfezione del ministero giudiziario umano legittima il bisogno dei mezzi di ricorso o reclamo contro le decisioni del magistrato civile e lo consacra innanzi alla scienza” (44).

Com efeito, a fragilidade da natureza humana, possi-

43 — “Diritto Giudiziario Civile”, tomo 4, pág. 465.

44 — *Apud* JOÃO MONTEIRO, ob. cit., vol. 2 pág. 613.

bilitando a imperfeição do julgamento, enseja e legitima o sistema de recursos, como meio de concorrer para o conformismo do vencido, através do provável aperfeiçoamento das decisões, harmonizando-as com o ideal de Justiça, expresso no Direito — garantia do equilíbrio social.

Concluimos, pois, que o confronto entre as objeções e os argumentos expostos, nos inspira o reconhecimento do direito de recorrer, como necessária faculdade que assiste à parte vencida, de utilizar-se do sistema de recursos, para a defesa do seu direito, no que, também, concorre para o aprimoramento da função de julgar a cargo do Estado, por intermédio de um dos seus poderes.

CAPÍTULO III

DA NATUREZA DO DIREITO DE ACIONAR PARA A NATUREZA DO DIREITO DE RECORRER

I — Direito de acionar, — conceito e definição, teorias e natureza perante o direito de recorrer. II — Sentença, — conceito e definição, natureza, vícios e eficácia em face do recurso.

I — Examinando o termo — **ação** —, dentro do campo do direito, verificamos que tem o mesmo várias acepções.

, E assim é que, conforme nos ensina COUTURE, no sistema jurídico positivo da Itália, o vocábulo — **ação** — pode apresentar-se sob quinze significados distintos.

De acôrdo ainda com o ilustre mestre, se restringirmos o exame do mencionado termo, apreciando-o, tão somente, em face do Direito Processual, “e reduzindo o problema terminológico à sua expressão mais simples”, concluiremos que a ação é conhecida através de três acepções principais:

1 — Significando **direito**, quando, por exemplo, na terminologia do fôro, usamos a expressão “carecer de ação”, a qual deve ser entendida como a situação em que

se encontra alguém de não ter em seu favor um direito legítimo que justifique a acolhida na sentença de sua pretensão, como autor. É, enfim, a ausência de direito que autorize a procedência da ação.

2 — Com o significado de **demanda**, no sentido formal. Utilizamos êsse entendimento, quando falamos em admitir ou rejeitar a ação, em interpor ou adiar a ação.

3 — Aqui, surge a ação **“como sinônimo de faculdade de provocar a atuação do poder judiciário”**. Assume, pois, a ação o aspecto de prerrogativa jurídica, tendente a suscitar a atividade do órgão jurisdicional, objetivando a revelação ou declaração coercitiva de um direito.

O código do Uruguai, em seu art. 240, diz que “ação é o meio legal de pedir judicialmente o que nos pertence ou nos é devido”.

Critica COUTURE essa definição, sob a alegativa de que o conceito de ação como um meio legal, nenhum esclarecimento oferece quanto à própria natureza da mesma, que não é, apenas, um “remedium juris”, mas uma faculdade jurídica, de caráter autônomo, “que pode ser concebida independentemente do direito material sobre o que nos pertence ou nos é devido, como o reconhece a doutrina dominante, e cujo conteúdo é mister definir”.

E acrescenta que a mencionada definição não compreende as ações meramente declaratórias, que não se destinam a pleitear o que nos pertence ou nos é devido, mas, exclusivamente, uma simples declaração esclarecedora de uma situação de incerteza jurídica (45).

Pensamos, todavia, que aquêle dispositivo, que é uma norma de caráter geral, deve ser entendido de maneira a alcançar e envolver, também, as ações declaratórias, vez que assiste ao seu autor a faculdade de ter certeza sobre o seu direito, pelo que, se dúvida houver quanto ao mes-

45 — “Fundamentos do Direito Processual Civil”, págs. 21/22.

mo, deixou de lhe ser dado algo a que fazia jús, portanto, faltou-lhe o que lhe era devido, por isso que não deve subsistir incerteza sôbre a existência dos direitos, para que possam êstes ser reconhecidos e respeitados em sua integridade.

JOÃO MENDES opina que, “no sentido subjetivo, a AÇÃO é um direito; no sentido objetivo, a AÇÃO é um remédio de direito; no sentido material, a AÇÃO é uma lide ou litígio; e no sentido formal a AÇÃO é um processo de atos”.

Afirma, ainda, o referido jurista que “a ação é um direito **tão substantivo** como o direito que ela realiza”, acrescentando que “o direito, segundo IHERING, é feito para realizar-se; o que não se realiza não é direito” (46).

CALAMANDREI, tratando da ação como “atividade dirigida a provocar a intervenção do juiz” e “como invocação da garantia do Estado”, esclarece a sua opinião, declarando que “esta faculdade de invocar em benefício próprio a garantia da aplicação do direito, por parte do Estado, é a ação”.

Aprecia, ainda, a ação como requisito para o exercício jurisdicional, convertendo a obrigação do acionado em sujeição, pela fôrça do Estado.

Após fazer referências ao interêsse que tem o Estado na observância do direito objetivo, adianta que pareceria natural se concedesse êle às autoridades jurisdicionais uma capacidade de iniciativa que lhes permitisse a atuação **ex-officio**, sem necessidade, portanto, de petição da parte, tôda vez que observassem uma infringência a direito objetivo e admitissem que a sua interferência seria útil ao restabelecimento da observância devida ao direito violado.

E chega até a aceitar não se pudesse excluir do cam-

46 — JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, “Direito Judiciário Brasileiro”, 4a. ed., págs. 91 e 102.

po das hipóteses, a possibilidade de um sistema judicial em que o instituto da ação estivesse inteiramente abolido, e no qual, desaparecida tôda distinção entre justiça e polícia, se concentrasse em um só órgão o poder de propor e de julgar as demandas.

Pondera, ainda, CALAMANDREI (47) que a ação, encarada como direito de obter a prestação devida, mediante a sujeição do devedor, imposta pelo Estado, não é estranha ao direito subjetivo, mas é somente um aspecto ou um momento dêsse mesmo direito, ou seja, um poder que lhe é imanente, de reação contra a violação, ou para usar de imagens, “o próprio direito subjetivo elevado à segunda potência” (48), ou, “em pé de guerra” (49).

Realmente, de um modo geral, no conceito do direito está integrado e contido o conceito da ação, podendo, todavia, realizar-se aquêle sem que esta se exerça. É o que acontece, por exemplo, quando do cumprimento de uma obrigação de pagar por parte do devedor, inspirando-se êste, tão somente, no dever que lhe incumbe, sem atentar, portanto, para a faculdade outorgada ao credor de receber, através da atuação do poder judiciário, o seu crédito.

Nesse caso, como diz COUTURE, o direito não se arma de capacete, nem se prepara para a guerra, mas, ao contrário, funciona de acôrdo com a previsão do legislador.

Explica, então, o ilustre jurista que, para a **doutrina** civilista, “a ação é o direito em movimento; nada mais é do que uma possibilidade dinâmica do direito; uma espécie de capacidade de exercício que é inerente ao próprio direito”.

47 — “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, págs. 153/154 e 164.

48 — MATTIROLLO, *Apud* JOÃO MONTEIRO, *ob. cit.*, vol. 1, pág. 69.

49 — UNGER, “System”, II, § 113, n. 13.

Aduz, ainda, que, assim pensando, “ação e direito são uma mesma coisa”, embora, aparentemente, revelem dualidade, pelo que, conforme opina DEMOLOMBE, referindo-se a lei a “direitos e ações”, está cometendo um pleonasma.

Encontra, todavia, uma objeção a essa teoria, na situação criada pela obrigação natural que, diz êle, “incorpora-se ao patrimônio do credor, a ponto de, uma vez cumprida, não caber o direito de repetição; mas a dívida prescrita ou a dívida de jôgo, não se acham revestidas de um atributo suficiente para lhes garantir o reconhecimento judicial”.

E pergunta: que direitos são êsses que não podem ser pleiteados perante os tribunais?

Pensamos, entretanto, que, no sentido técnico, nenhum direito de receber resulta do fato, apenas, da perda da aposta, tanto assim que o vencedor não pode cobrá-la judicialmente (art. 1477 do Código Civil).

O que ocorre é uma tutela da lei a uma situação de fato, legitimada não só pelo risco assumido por aquêle que perdeu, senão, também, pela atitude do mesmo, aquiescendo — êle que é livre de convencionar e de usar o seu patrimônio — em pagar.

Com o fato tão sômente da perda da aposta, não surge o direito de receber, resultando, sim, do pagamento da aposta o direito de não devolver o recebido. Logo, antes dêsse ato de pagamento não existe direito, nem ação.

Quanto à dívida prescrita, existem direito e ação até o momento em que o devedor resolve alegar a prescrição, paralisando-os.

Outra objeção à teoria da doutrina civilista, diz respeito à ação infundada, que é aquela conduzida pelo autor até a sentença final, quando, então, é julgada improcedente.

E indaga o eminente mestre: “se o autor não tem direito e a sua pretensão é repelida, qual a razão jurídica dêsse processo levado até o fim?”.

Ora, nessa hipótese, entendemos nós que o direito, para a sua realização coercitiva, precisa de ser reconhecido pelo órgão jurisdicional, através da sentença, sendo êle, portanto, antes do pronunciamento do poder judiciário, menos um direito, para aquêle efeito, do que mesmo uma expectativa de direito, que só adquire existência eficaz, após o seu reconhecimento pelo juízo.

Logo, não pode o Estado impedir que alguém compareça perante os tribunais, para a apreciação daquilo que pretende seja o seu direito, pretendo direito êsse que, entretanto, se a ação fôr infundada, será considerado inexistente.

O que há, na espécie em referência, é, apenas, o direito à ação, como demanda, ou seja, como meio processual tendente ao exame da relação jurídica pela autoridade judiciária, para que esta diga da existência ou não do direito pleiteado.

Vejamos, ainda, essa outra objeção de COUTURE àquela doutrina, quando invoca a ação esgotada e o direito insatisfeito. Em sua opinião, “isto acontece quando, concluído o processo em todas as instâncias, o autor não consegue ver satisfeito o seu direito por insolvência do devedor. Não se poderia, evidentemente, dizer que o direito, “armado de capacete e preparado para a guerra”, tenha fracassado em sua emprêsa bélica, porquanto as sentenças favoráveis dizem o contrário. E no entanto, embora finda a ação, o direito não logrou os objetivos imediatos a que se propunha” (50).

Aqui, entendemos encontrar não sòmente a ação, como também o direito, êste devidamente reconhecido

50 — Ob. cit., págs. 24 e 25.

pelo juízo, mas que não se realizou em sua plenitude executória, por uma impossibilidade material ou física, que pode ter caráter passageiro, representada pela insolvência do devedor. E assim é que, desaparecido o estado de insolvência, o direito e a ação recebem o seu cumprimento integral, através da coerção judiciária, que, por sinal, já tem existência de direito, carecendo, apenas, de existência de fato.

Diz, também, COUTURE, que “a doutrina mais recente já superou a concepção que identifica o direito e a ação, passando a afirmar a autonomia desta última”.

E acrescenta que, no tocante à ação, a vontade da lei “se desdobra em duas manifestações autônomas: de um lado, o **direito subjetivo à prestação** (ou seja, a obrigação), o qual se realiza mediante a prestação do obrigado; e, por outro lado, o **direito subjetivo de agir**, o qual neste sentido, não é senão a maneira consagrada pelo direito processual do tempo e do lugar de dar eficácia à vontade da lei”. De acôrdo com essa opinião, constitui a ação direito “em si mesma”, e não um predicado do direito subjetivo.

Examinando a posição do Estado, perante a atuação das partes, na relação processual, aquêle doutrinador o considera “como destinatário imediato e direto da ação”, admitindo haja, no caso, “uma relação vertical de autoridade, diferente do direito horizontal de igualdade que existe nos contratos”, (HAURIUO) (51), ou seja, a igualdade das partes apreciada pela superioridade integrante da autoridade do Estado.

Discutindo com WINDSCHEID sôbre o conceito da ação romana em face do direito moderno, MUTHER chegou à conclusão de que a ação se caracteriza por um direito exercido contra o Estado, representado pelos seus órgãos jurisdicionais.

51 — “Principes de droit public”, pág. 137.

Aproveitando a opinião de MUTHER, criou ADOLFO WACH a tese denominada "**direito concreto à tutela jurídica**", que encara a ação sob dois aspectos, oferecendo proteção jurídica ao direito subjetivo desrespeitado.

No sentido **público**, a ação é um direito que se exercita através da atividade do Estado, manifestada como tutela jurídica, sob a forma de decisão com fôrça coercitiva.

O caráter **concreto** da ação resulta do seu efeito sobre o adversário, submetendo-o à proteção conferida pelo Estado ao autor, desde que procedente a pretensão dêste.

Nessa ordem de idéias, a ação é um meio idôneo de conseguir a proteção jurídica para os direitos infringidos, mediante a atuação do Estado contra o adversário.

São adeptos dessa teoria HELLWIG, STEIN, HOLDER, SIMONCELLI e outros.

CHIOVENDA construiu nova teoria sobre a ação, considerando-a um direito potestativo, isto é, "o poder jurídico de determinar o nascimento da condição para a atuação da vontade da lei", (52).

Assim, diz êle que, sendo certo que a coação integra a idéia do direito, sendo certo, ainda, que, em caso de inadimplemento da obrigação, atua a vontade da lei, através das autoridades jurisdicionais; não é menos certo que, para a interferência dêses órgãos faz-se necessária, como condição, a iniciativa da parte, expressando a sua vontade.

Seria, portanto, a vontade da parte provocando a vontade da lei, independentemente da vontade do obrigado, realizando, pois, a ação o direito daquêle, através da vinculação dêste, contra quem se dirige.

Como, entretanto, não abrangia essa teoria o caso da ação improcedente, apareceu a doutrina que define a ação "**como um direito abstrato de agir**".

52 — "*Apud* CALAMANDREI, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", pág. 168.

De acôrdo com essa teoria, não é o direito de ação um direito concreto, ou seja, com existência dependente da procedência da demanda, mas um direito abstrato, representado por uma faculdade independente da procedência ou improcedência da pretensão pleiteada.

Ao influxo dêsse entendimento, ação é a faculdade de defender uma pretensão em juízo, podendo a mesma ser, eventualmente, aceita e reconhecida. É, portanto, um direito puro e simples a uma sentença, que poderá ser favorável ou não (ZANZUCCHI).

Seguem essa teoria, entre outros, ALFREDO E UGO ROCCO, EMILIO BETTI, LOPES DA COSTA e PEDRO BATISTA MARTINS.

Explica COUTURE, que, também, é adepto dessa doutrina, que o direito de ação é entendido por uns “como um direito a uma prestação por parte das pessoas que desempenham as funções jurisdicionais (CARNELUTTI); por outros como uma capacidade de querer frente aos órgãos estatais (PEKELIS); por outros como uma faculdade recebida do Estado pelos particulares (PRIETO CASTRO)...”

Define êle a ação como um poder “jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito” (53).

Fazendo comentários em tórno da ação, cita LIEBMAN o art. 24 da CONSTITUIÇÃO ITALIANA, segundo o qual, “tutti possono agire in giudizio por la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”.

Dá, em seguida, a sua definição de ação, como o direito pertencente a alguém de provocar a atividade do juízo, ou seja, o exercício da jurisdição, a respeito de uma situação jurídica na qual esteja interessado.

53 — Ob. cit., págs. 26, 28, 29, 30, 33 e 56.

Assim, diz êle que, “più brevemente può dirsi” que a ação é o direito de provocar o processo, relativamente a um caso determinado e concreto.

Para o eminente mestre a demanda é o ato constitutivo do processo, que se desenvolve durante um período de tempo mais ou menos longo, a fim de permitir que o órgão competente para a causa emita o seu pronunciamento, terminando o processo (54).

PODETTI a define, como “o elemento ativo do direito material, cujo exercício compete ao Estado, cabendo ao titular do direito tão sòmente a faculdade de por em movimento o poder jurisdicional” (55).

Adotando outra orientação, pondera MERCADER que a “ação não é uma faculdade, mas um dever jurìdica-mente necessário para o sujeito que se pretende titular do direito, e a quem o ordenamento legal impõe a obrigação inelutável de dirigir-se aos órgãos jurisdicionais, e ao mesmo tempo proíbe dirigir-se diretamente contra o alegado devedor”. E acrescenta que “tal dever nada mais faz do que por em movimento a atividade jurisdicional para que se individualizem a norma e as suas conseqüências”. (56).

Feita a explanação de tôdas essas teorias em tórno do que seja a ação, isto é, da natureza do direito constante da ação, vamos dar as nossas conclusões sôbre essa matéria.

Entendemos que a melhor doutrina é aquela que considera o direito de acionar uma faculdade jurìdica que assiste a alguém de provocar o pronunciamento jurisdicional do Estado, a respeito de uma relação de direito em que tenha interêsse.

54 — “Corso di Diritto Processuale Civile”, págs. 34 e 41.

55 — “Ciencia y tecnica del processo civil”, Buenos Aires, 1942, pág. 36.

56 — “La accion. Su naturaleza dentro del orden jurìdico”, Buenos Aires, 1944, págs. 163 e 166.

Se o direito subjetivo funcionar normalmente, através de seu cumprimento por parte do obrigado, satisfeitos ficarão, em seus objetivos, o titular dessa relação jurídica e a organização legal que lhe deu existência, não havendo, portanto, motivo para a ação.

Ocorrendo, entretanto, lesão ou ameaça de lesão a um direito, surge a necessidade da realização coercitiva do mesmo, a qual é vedada, quando por intermédio da autodefesa individual, sendo essa proibição “premissa fundamental sobre a qual se baseia não só o ordenamento da justiça, como também o edifício constitucional do Estado de direito”.

No direito italiano é castigada, como delito contra a administração da justiça, a “tutela arbitrária dos direitos próprios”, a qual compreende os delitos de “exercício arbitrário dos direitos próprios” (arts. 392 e 393 do C. P.) e de “desafio para duelo” e “uso de armas em duelo” (arts. 394 e 396) (57), ocorrendo, entretanto, casos especiais em que, na Itália, é admitida a licitude da autodefesa (58).

Proibida essa autodefesa individual, somente pode ter exercício a relação jurídica, através do direito de acionar, que consideramos um substitutivo jurídico-processual da mesma reação privada, de caráter arbitrário, que é repelida, de um modo geral, pelas modernas legislações.

Existe um ponto de contacto entre a autodefesa individual e o direito de acionar, representado pela existência, em ambas, do requisito da iniciativa particular.

Distinguem-se, no entanto, por motivo de, na autodefesa, não intervir a autoridade do Estado, que, todavia, interfere no exercício do direito de acionar, como elemen-

57 — CALAMANDREI, “Instituciones”, pág. 147.

58 — EMILIO BETTI, “Diritto processuale”, § 4, pág. 147.

to indispensável, objetivando o equilíbrio social, mediante a observância da lei.

O direito de acionar é, pois, a força propulsora que determina a atividade da lei e do juiz, despertando-os de sua posição estática.

Esse direito é anterior à propositura da demanda, exercendo-se, entretanto, quando provoca a atuação jurisdicional.

Pensamos, também, que, no caso da sentença favorável, decretando a procedência definitiva da ação, o direito de acionar se confunde com o próprio direito subjetivo, sendo, como diz BLONDEAU, “um direito sancionador, — a força do próprio direito”, ou, como se expressa SAVIGNY, “a metamorfose do direito, — o direito novo emergindo da violação do direito subjetivo” (59).

Apreciando o direito de acionar, quando enseja o pronunciamento da improcedência da ação, esposamos a opinião de que êle resulta do interesse do Estado em dar satisfação ao direito subjetivo, cumprindo a lei e admitindo que, através do julgamento da demanda, seja examinada uma **possibilidade de direito**, que só deve ser rejeitada, após, reconhecida pela sentença, a inexistência da relação jurídica a que se refere.

Realmente, só podemos conhecer da existência ou não de um direito, para efeito de sua aplicação coercitiva, após a sua apreciação pelo ato decisório, que é alcançado pelo direito de acionar, mediante o processo.

Sendo a atual organização judiciária incapaz de saber, por antecipação, da procedência ou não de um direito, enquanto não é prolatada a sentença, conseguida através da ação, — surge, em sua utilidade, o direito de acionar, como única solução para o reconhecimento e a tutela dos direitos lesados.

59 — “Apud GABRIEL REZENDE, ob. cit., vol. 1, pág. 155.

Opinamos, pois, que, prestando o Estado a sua proteção a essa **possibilidade de direito**, mediante a outorga da ação, que, como é claro, poderá ou não lograr a decretação da procedência do interesse pleiteado, — está procedendo em consideração ao reconhecimento dos direitos subjetivos, na salvaguarda da ordem jurídica.

Se, portanto, ocorrer a improcedência da ação, o direito de acionar não atingirá a sua finalidade de executor do direito subjetivo, sendo, então, êste considerado inexistente e devendo ser aquele entendido como o poder jurídico de provocar a atuação do juízo, examinando uma **possibilidade de direito**.

Resulta essa situação da tutela prestada pelo Estado aos direitos subjetivos, permitindo, assim, que a invocação da pretensa existência de um dêles seja capaz de motivar um pronunciamento do juízo, que, somente após realizado, decretará a sua rejeição.

Nesse caso, o direito de acionar não depende da procedência do direito subjetivo, resultando, antes, do reconhecimento da probabilidade dessa procedência, que motiva o seu exame em juízo, para a declaração de sua existência ou não, pelo pronunciamento decisório que, somente, afinal, é proferido.

Realmente, havendo possibilidade de aplicação da justiça, deve o direito de acionar manifestar-se em provocação da autoridade jurisdicional, a quem deve interessar o cumprimento do direito objetivo.

Assim é que, conforme preleciona LIEBMAN, visa a jurisdição à plena observância da lei ao caso concreto, reparando o seu descumprimento, da melhor maneira, regulando a situação de fato. É, portanto, a jurisdição, em certo sentido, a continuação e a especificação do sistema legislativo (60).

60 — “Corso di Diritto Processuale Civile”, págs. 10 e 13.

A relevância da relação entre a lei e o fato, na realização do direito, impõe o exame dos mesmos pela autoridade jurisdicional, devendo, ainda, por várias razões, haver um reexame da matéria controvertida, através do recurso, para que o juízo se aproxime, tanto quanto possível, do ideal de justiça, aplicando a lei certa ao fato verdadeiro.

Como ensina CALAMANDREI, defende o Estado, com a sua atuação jurisdicional, a sua autoridade de legislador, garantindo o exercício do direito, por intermédio do julgamento, que pressupõe **o conhecer, o querer e o operar** (61).

Ora, se para atuar bem, aplicando com exatidão o direito, deve o julgador querer de acôrdo com a lei; se para querer em harmonia com essa vontade jurídica, deve êle conhecer muito bem a situação fática; e se é o recurso um meio processual de maior conhecimento dessa realidade e de melhor acertamento da verdade jurídica; concluímos que não é o direito de recorrer estranho ao direito de acionar, sendo, ao contrário, uma continuação e uma complementação dêste.

Com efeito, assevera CHIOVENDA que “a possibilidade dos recursos apresenta-nos o fenômeno de uma pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual”. E acrescenta que, “sendo uma a demanda, uma permanece a relação complexa, na qual os recursos apenas abrem fases ou estádios diversos”; e que “a litispendência aberta com a demanda judicial perdura enquanto não se encerrar com a sentença definitiva” (art. 445 do Código de Processo Civil Italiano).

E conclui, dizendo que a relação processual objetiva a coisa julgada; e, como a ordem jurídica entende que semelhante resultado terá mais acêrto se alcançado através

61 — “Instituciones”, págs. 94, 96 e 101.

de mais de uma instância (ou a possibilidade de mais de uma instância), tudo o que é realizado nas diversas instâncias, antes de ser atingido aquêle fim, pertence a uma única relação (62).

Versando a respeito do recurso, pondera SEABRA FACUNDES, que “o interêsse à reforma da sentença se caracteriza pela **utilidade**, que o novo pronunciamento possa acarretar ao indivíduo” e, em observação, invocando GARSONNET E CÉZAR-BRU, acrescenta que “o legítimo interêsse (econômico ou moral), que se exige para agir nessa fase da relação processual, não é senão uma modalidade do interêsse legítimo imprescindível a acionar, contestar ou intervir” (63).

Vemos, assim, a autoridade dêsses mestres admitir pontos de contacto entre o direito de acionar e o direito de recorrer.

Tão integrado está o recurso na relação processual para efeito do conhecimento da matéria discutida, que os elementos de cognição colhidos na primeira instância, pertencem à segunda instância, as situações processuais verificadas naquela instância, como, por exemplo, as preclusões, prevalecem nesta, não sendo possível, no recurso, a propositura de demandas novas, justamente porque essa nova situação careceria do crivo constante do duplo grau jurisdicional, alcançado pela complementação realizada no direito de acionar pelo direito de recorrer.

Devemos, portanto, explicar que o direito de acionar pressupõe a inobservância de um direito, assim como o direito de recorrer tem como pressuposto um gravame, — que nada mais é do que a probabilidade da inobservância do direito pelo ato da sentença.

Com efeito, a aplicação da lei ao caso concreto, im-

62 — “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, págs. 309/310.

63 — Ob. cit., pág. 31.

porta na conversão do racicínio e da vontade emitidos pelo julgador, numa vontade individualizada do direito, que, entretanto, por inhabilidade da parte em defender a sua pretensão ou por êrro cometido pelo juiz, como falível ser humano, pode deixar de expressar o ideal de justiça colimado pela jurisdição. Surge, assim, como verdadeira necessidade social, o direito de recorrer que, além de ensejar o recurso, como solução tendente ao provável aperçoamento do ato decisório, concorre, ainda, para o conformismo de vencido, pela maior confiança que o julgamento superior lhe deve inspirar.

Ao conceder o direito de acionar, pretende o Estado, através da prestação jurisdicional, conceder a garantia constante do “mandato concreto” da lei ao caso discutido, devendo, assim, tudo envidar no sentido de que essa garantia seja a maior possível, para o que, naturalmente, concede o direito de recorrer, como faculdade que objetiva o aperfeiçoamento da decisão.

Realmente, colima o direito de recorrer o aprimoramento do julgado, por admitir que “o Homem é o que é, porque sabe mais do que os outros animais, corrigir-se” (64).

Vemos, pois, que o direito de recorrer visa a um julgamento justo, não sendo outro, na opinião de OSCAR BULOW, o escôpo do direito de acionar, que o expressa como a faculdade de lograr uma sentença verdadeira e justa, o que corresponde à obrigação do Estado, “de atuar o direito com verdade e justiça” (65).

*
* . *

II — Serve-se o Estado da legislação, como sistema

64 — PONTES DE MIRANDA, “Tratado da Ação Decisória e das Sentenças e outras Decisões”, 3a. ed., pág. 374.

65 — *Apud* GABRIEL REZENDE, ob. cit., pág. 156.

de **comandos**, que regula os direitos e deveres de seus jurisdicionados, visando à satisfação das legítimas pretensões dêstes, no que concorre para o equilíbrio social e para a estabilidade de sua organização, como poder soberano.

Entretanto, nem sempre se verifica o exercício normal dos direitos, através do cumprimento da lei, pelo que se faz necessária a função jurisdicional do Estado, mediante a qual, complementa, concretiza e dinamiza êle o seu direito positivo, ajustando-o ao fato e dando-lhe fôrça coativa.

Vemos, assim, que, enquanto a legislação cria novas situações jurídicas, a jurisdição, em regra, apenas, aplica, por intermédio do processo, o direito que já se constituiu no passado.

No exercício da função jurisdicional, realiza o juiz vários atos tendentes a regular a tramitação e a formação do processo, ou a solucionar questões incidentes e a questão principal.

Êsses atos são os despachos e as sentenças.

Despachos são, portanto, as ordens judiciais que dispõem sôbre o andamento do processo, recebendo, por isso, a denominação de “despachos ordinatórios ou de expediente”. Determinam a marcha ou movimento do processo, sendo muito numerosos em nosso direito, ao contrário do que ocorre com o direito italiano e a maior parte dos processos europeus, em que é restrito o número de providências dessa natureza.

Sentenças são as decisões do juiz, as quais, se considerarmos as suas relações com o processo, sua forma e seu conteúdo, seu prazo de proferimento, sua eficácia e os recursos delas interpostos, podem ser classificadas como interlocutórias e definitivas.

Chamam-se sentenças **interlocutórias** as que solucio-

nam qualquer questão, desde que não haja referência ao mérito. Subdividem-se em **simples e mistas**.

Interlocutórias simples representam aquêles atos do juiz que decidem algum incidente do processo, sem que, entretanto, lhe atinjam o mérito e lhe dêem término.

Interlocutórias mistas, também denominadas terminativas, são as sentenças que, resolvendo matéria constante de vício de constituição, ou de procedimento do processo, que impede a marcha dêste, dão fim ao mesmo, sem que, todavia, lhe solucionem o mérito (art. 846 do Código do Processo Civil).

Definitivas são as sentenças que julgam o mérito, total ou parcialmente, extinguindo a lide e exaurindo o juízo de primeiro grau. São as sentenças em sentido estrito.

Considerando as espécies de ações em que são prolatadas, classificam-se as sentenças em **declaratórias, constitutivas e condenatórias**.

Realiza a sentença **declaratória** a mera declaração da existência ou inexistência do direito pleiteado pelo autor (art. 2º, § único, e art. 290, do Código de Processo Civil).

Tratando do assunto, explica CALAMANDREI que os provimentos de declaração de simples certeza, chamados também declarativos em sentido estrito, têm, exclusivamente, como efeito declarar e proclamar como irrevogável a existência, ou, em outros casos, a inexistência, de um preceito primário, que se encontrava em estado de incerteza.

Com efeito, nesses pronunciamentos, põe o juiz em destaque a existência ou inexistência do direito, eliminando, oficialmente, a falta de certeza que obscurecia a verdadeira vontade da lei e, dessa maneira, restabelecendo a observância do direito, se a sua inobservância derivasse ou pudesse derivar somente de sua falta de certeza.

Constitutivas são aquelas que, sem se restringirem a

uma simples declaração do direito e sem imporem uma condenação ao cumprimento de uma prestação, criam, modificam ou extinguem um estado jurídico.

Com referência a essas decisões, esclarece CALAMANDREI que, nelas, a declaração de certeza se prende ao passado e se liga a um estado jurídico que se refere ao futuro. E acrescenta que, havendo um confronto entre as providências de mera certeza e as resoluções constitutivas, verificamos que, nestas últimas, existe além de uma declaração de certeza, outra coisa a mais, que representa a constituição de uma situação jurídica de que a declaração de certeza serve de premissa, com a instituição de novos efeitos de direito que caracterizam e dão nome a êsses provimentos. Assim, declaram a certeza e instauram novo estado jurídico, garantindo, na prática, a eficácia futura dos direitos constantes da sentença.

As sentenças **condenatórias** declaram o direito, atribuindo, também, ao vencedor a prerrogativa de pedir a **execução em seu benefício**, no que impõem o cumprimento de uma obrigação ao vencido.

Ensina, ainda, o mencionado jurista que, nos pronunciamentos de condenação, a declaração de certeza do preceito contém um elemento que se dirige ao futuro, representado pela formulação de um novo mandato, que autoriza os órgãos executivos ao cumprimento de uma providência ulterior (66).

Feitas essas considerações em tórno da classificação das sentenças, vamos tecer outros comentários a respeito de sua conceituação.

Declaramos, pois, que a sentença representa a própria prestação jurisdicional a que está obrigado o Estado, que nela defende a ordem jurídica, preservando a harmonia social e a realização do direito objetivo.

66 — CALAMANDREI, "Instituciones", pág. 135 e 136.

Constitui a sentença o meio, mediante o qual, declara o Estado, por intermédio de seus órgãos jurisdicionais, o direito, dizendo a lei que deve ser utilizada para regular o caso concreto.

Conceituando a sentença, afirma CHIOVENDA que “é o pronunciamento sôbre a demanda de mérito, e, mais precisamente, o provimento do juiz que declara existente ou inexistente a vontade concreta da lei alegada na lide” (67).

CARVALHO SANTOS nos oferece a seguinte definição de sentença: “é a decisão proferida pelo juiz competente, julgando a causa, submetida à sua apreciação, e extinguindo, assim, a relação jurídica processual. É mesmo o modo normal de extinguir essa relação” (68).

*
* *

Examinemos, agora, a natureza da sentença, focalizando as teorias que versam êsse problema.

COVIELLO, WACH, SCHULTZE, ALFREDO ROCCO, ZANOBINI, JOÃO MONTEIRO e AFONSO FRAGA entendem que a atividade realizada pelo juiz, ao proferir a sentença, resulta de um ato de inteligência e de lógica, ou seja, de um puro raciocínio silogístico, em que a norma legal figura como premissa maior, a relação discutida ou incerta como premissa menor, sendo a conclusão representada pela aplicação da mencionada norma à referida relação.

Funcionaria, assim, o juiz, como elemento racional destinado a fazer, através de uma operação mental, a escôlha da regra de direito positivo a ser empregada para

67 — Ob. cit., vol. III, pág. 45.

68 — Ob. cit., vol. IV, pág. 63.

regular a relação material submetida ao exame jurisdicional.

A essa atividade meramente intelectual seria estranha a vontade do juiz, que, assim, nenhuma influência teria na orientação adotada pela sentença, — que se erigiria em produto do conhecimento a serviço de uma escôlha racional da lei, no sentido de sua adaptação ao fato controvertido ou incerto.

Assim, vinculado estaria o julgador aos dispositivos legais aplicáveis à espécie e às peculiaridades constantes da demanda, como se fôra uma máquina de raciocinar, sem autonomia volitiva.

Opondo-se a essa doutrina que considera a sentença **um ato de inteligência**, isto é, **puro juízo lógico**, manifestaram-se, entre outros, CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI, REDENTI, BETTI, GOLDSMICHDT, BULOW, UNGER e DUGUIT, que destacaram a participação da vontade, na decisão, dando-lhe característica própria e poder coercitivo.

De acôrdo com a opinião dêsses juristas, para a configuração da sentença, não se faz necessário, apenas, o **juízo lógico** que a integra, senão, também, o ato volitivo, que é a sua própria essência e a razão de sua obrigatoriedade.

E acrescentam que fôsse a sentença sòmente juízo lógico, nenhuma autoridade ou fôrça teria, equiparando-se, por conseguinte, ao mero parecer emitido por um jurisperito, em caráter privado, sôbre determinada discussão.

E concluem, então, que é a sentença, portanto, **uma operação de inteligência**, mas, sobretudo, **um ato de vontade**, ou melhor, **“o epílogo de um ato de inteligência”** (69).

69 — CARNELUTTI, “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, vol. I., pág. 174; J. ALBERTO DO REIS, “Processo Ordinário e Sumário”, vol. I, págs. 217 e 221; e LOPES DA COSTA, “Direito Processual Civil Brasileiro”, vol. 3º, págs. 5/6.

Essa teoria é, de um modo geral, aceita, atualmente, havendo, entretanto, dúvida e discussão sôbre a determinação da vontade manifestada na declaração sentencial.

Surge, então, a pergunta: a quem pertence essa vontade?

Esposando o seu ponto de vista, pondera CARNE-LUTTI que, além de um ato de inteligência é a sentença, acima de tudo, um ato de vontade manifestado pelo Estado, ou seja, um **comando**, que, por sinal, constitui a razão lógica de sua eficácia. E esclarece que a obrigação e o comando nada mais são do que a mesma coisa, encarada através de aspectos ou de pontos distintos, isto é, observada de lados diferentes (70).

Examinando a sentença em face do parecer jurídico, declara CALAMANDREI que não é o elemento lógico que lhe atribui o juiz, como alguém que raciocina, que distingue aquela dêste, mas o elemento volitivo que o julgador emprega em seu julgamento, como representante do Estado (71).

UGO ROCCO opina que a vontade integrante da sentença emana da lei, do comando legislativo que exterioriza a vontade do Estado. Assim, não tem a sentença função criadora do direito, mas interpretativa da norma que o contém (72).

No mesmo sentido, diz WACH que a vontade da sentença é a vontade da lei. Assim, seria a sentença a própria concretização da vontade da lei, resultando da aplicação obrigatória desta a sua autoridade (73).

Já CHIOVENDA aduz que não é o juiz apenas um lógico, mas um magistrado, um julgador, e explica que, realizado o seu escôpo de conceder formulação à **vontade**

70 — “Sistema di Diritto Processuale Civile” vol. 1º, nº 93.

71 — “Studii sul processo civile”, vol. 2º, pág. 214.

72 — “Corso di Teoria e Pratica del Processo Civile”, vol. I, págs. 520/521.

73 — *Apud* GABRIEL REZENDE, vol. III, pág. 18.

da lei, perde o caráter lógico tôda a sua relevância processual, permanecendo os fatos o que eram anteriormente e não pretendendo o ordenamento jurídico que sejam reconhecidos verdadeiros aquêles que o juiz adota como fundamento de sua sentença, nem se preocupando em saber como se passaram as coisas, pois que se desinteressa inteiramente dos possíveis êrros lógicos constantes do julgamento.

Afirma, então, o sistema jurídico que a vontade da lei na espécie, nada mais é do que o declarado, como tal, pelo juiz, conforme a opinião do referido jurista, que conclui as suas considerações, dizendo que, enquanto raciocina o julgador, não representa êle o Estado, fazendo-o, quando dêste afirma a vontade. Representaria, portanto, a sentença a afirmação ou negação da **vontade do Estado**, que assegura a alguém um bem da vida (74).

BULOW diz, claramente e sem hesitação, que a vontade integrante da sentença confunde-se com a vontade do próprio juiz, havendo distinção entre a norma legal, de caráter abstrato, e a norma sentencial, de caráter concreto, que, por sinal, pode exercer, também, função legislativa, podendo criar o direito objetivo.

Essa doutrina que defende a tese de que uma das finalidades da sentença é instituir o direito objetivo, tem, ainda, entre outros adeptos, ERLICH, STAMMLER e GÉNY.

De acôrdo com essa teoria, existe, paralelamente à lei, o direito judiciário livre.

Para MORTARA, dispõe a sentença do poder de criar o direito subjetivo, pelo que, antes dela, existe apenas “uma pretensão de direito”, que a sentença transmuta em direito (75).

Muito interessante sôbre a determinação da vontade

74 — “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”, n. 115.

75 — *Apud* GABRIEL REZENDE, *Ob. cit.* vol. 3, págs. 20 e 21.

da lei, é a opinião emitida por UNGER, que, sem aceitar seja a vontade da sentença a própria vontade do juiz, adota, todavia, a atividade criadora da sentença tôda vez em que houver omissão do sistema jurídico positivo sôbre a situação em exame (76).

Aqui, surge oportunidade para os pronunciamentos de equidade, a respeito dos quais, ensina CALAMANDREI que, embora, em sentido geral, possam ser considerados como constitutivos, quando os mesmos aparecem como causadores de situações jurídicas que antes não existiam, pela falta de direito que as regulasse, na realidade, diferem muito das providências constitutivas.

Com efeito, explica o ilustre doutrinador que, neste último caso, a atuação do juiz consiste em aplicar uma norma legal preexistente, que regula o estado jurídico, ao contrário do que ocorre com os pronunciamentos de equidade, nos quais, à falta de uma lei elaborada previamente, é chamado o juiz a criar, de acôrdo com a sua consciência e com o seu senso de equidade, o direito objetivo que pareça mais adequado para regular o caso concreto, de maneira que, melhor seria, fôsem os mesmos chamados de pronunciamentos criadores do direito, para que se não confundam com os de caráter constitutivo.

E acrescenta que, se considerarmos a atividade decisória do juiz em face da teoria do silogismo da sentença, podemos dizer que, nas decisões constitutivas, a formulação jurídica resulta da conclusão, da qual a norma legal serve de premissa, enquanto nas decisões dispositivas de equidade, a aplicação do direito decorre da criação daquela premissa, como exceção ao princípio da legalidade, devendo ocorrer, apenas, em casos taxativamente estabelecidos pelo legislador.

Têm, assim, caráter excepcional os pronunciamentos

76 — *Apud* ALFREDO ROCCO, "La sentencia civil", pág. 202.

de equidade, muito divulgados, segundo diz CALAMANDREI, na Itália, no período de crises sociais que resultou da grande guerra, quando foram instituídos numerosos órgãos especiais, encarregados de julgar, conforme a equidade, as categorias de relações econômicas para as quais não era adequado o velho direito.

Entende, ainda, que num ordenamento jurídico normal, deve o juiz sentenciar de acordo com a lei, e, apenas, excepcionalmente, segundo a equidade, nos casos permitidos pela organização legal.

Concluindo as suas considerações em torno da jurisdição de equidade, declara que, na mesma, a atividade do juiz é, antes de tudo, uma função de criação do direito, “o sea una actividad prejuridica, y esencialmente politica”, por não aplicar o julgador ao caso concreto um direito já traduzido pelo legislador por intermédio de fórmulas estáticas, mas realizando, para encontrar a decisão do caso singular, um trabalho que poderíamos denominar de diagnose política das forças sociais, que é feita, no sistema da formulação legal, exclusivamente pelos órgãos legislativos.

Realmente, nesse último sistema, através das chamadas jurisdições de direito, não compete ao juiz discutir a bondade política das leis, senão observá-las e fazê-las observar, interpretando-as de modo a que se adaptem muito bem aos princípios que lhes deram origem e ao ordenamento jurídico de que participam. É, assim, o sistema da legalidade a garantia da unidade do Estado, da certeza do direito, do igual tratamento dentro dos limites da lei, sendo, ainda, uma conquista decisiva da civilização, cujo abandono importaria num retrocesso à barbárie (77).

No direito italiano, o princípio fundamental é o sistema da legalidade, segundo o qual, deve o juiz, nos seus

77 — CALAMANDREI, Ob. cit., págs. 37/39, 40 e 42.

pronunciamentos, aplicar as normas de direito (art. 113 do Código de Processo Civil Italiano), tendo sido instituída para o fim de defender a legalidade, a Côrte Suprema de Cassação que, colocada no ponto mais alto da hierarquia judicial, assegura o exato cumprimento e a uniforme interpretação da lei, bem assim a unidade do direito objetivo, com relação aos limites das diversas jurisdições (Ord. Jud. art. 65).

O nosso direito, inspirando-se no art. 1º do Código Suíço de Obrigações, o qual, revelando muita amplitude, permite que o juiz institua uma norma especial tôda vez em que a lei fôr omissa, estabeleceu a sua orientação, no assunto, por intermédio do art. 114 do Código de Processo, nesses têrmos:

“Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fôsse legislador”.

Vemos, assim, que o objetivo de nosso legislador foi o de atribuir aos nossos juizes certa liberdade para julgarem a lide, inspirados na equidade, sem esquecerem, entretanto, os princípios tradicionais consagrados pela orientação de nosso sistema jurídico, bem assim os suprimientos advindos da jurisprudência e da doutrina.

Entendemos, portanto, que, não sendo o juiz como queria MONTESQUIEU, “a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a fôrça nem o rigor”, (78), não deve ser, também, o criador do direito, de acôrdo com a escola do “direito livre”, que floresceu na Alemanha.

Pensamos, assim, que deve o juiz aplicar a lei, procurando encontrar em seu conteúdo o verdadeiro direito, ou seja, aquêlê que mais se harmonize com os princípios que lhe deram origem e com o ordenamento jurídico de que

78 — *Apud* JEAN CRUET, “A Vida do Direito”, pág. 23.

faça parte, sempre lembrado de que “têm decidido os nossos tribunais que não se justifica a aplicação da equidade quando há texto de lei cujo sentido não seja duvidoso, estabelecendo, ao contrário, soluções positivas” (79).

Se, entretanto, fôr omissa a legislação com referência à relação discutida, deve o juiz, erigindo-se em fiel intérprete de realidades econômicas e sociais, inspirar-se no que a sua consciência considerar existente na consciência social em harmonia com o ideal de justiça, atendendo, também, às sugestões emitidas pelo sistema jurídico em geral, de seu País, para que possa, então, dizer o seu pronunciamento de equidade.

Vejamos, agora, o caso das sentenças viciadas, proferidas contra a lei, no tocante ao problema da vontade sentencial.

Nesses casos, somos de opinião que as sentenças não expressam a vontade subjetiva do Estado, nem tampouco a vontade da lei, por isso que aquêles pretende refletir as decisões o seu ordenamento jurídico, o que não ocorre na hipótese, e, como é claro, pleiteia esta que as mesmas sejam conformes ao seu sentido, o que, também, não se verifica, no exemplo.

Se o vício fôr representado pela coação, pensamos que a sentença, também, não manifesta a vontade do juiz, que, no caso, não se exerce, sendo ela, apenas, a expressão da vontade do coator.

Como, todavia, pode a sentença, pronunciada naquela condição, ser beneficiada pelo comando estatal, entendemos que a mesma figura como instrumento e meio dêsse comando, não dependendo da vontade da lei que deveria regular a situação, nem tampouco da vontade do juiz.

Poderia, assim, ter eficácia jurídica, criando direito,

79 — PEDRO BATISTA MARTINS, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 1º, pág. 346.

embora não revelasse o ideal de justiça que deve constar da vontade subjetiva do Estado, da vontade da lei e da vontade do juiz.

Esclarece GABRIEL REZENDE que, nesses casos, “dar-se-á, então, o que CARNELUTTI chama de “funcionamento anormal e patológico da tutela jurisdicional”, mas a sentença, transitada em julgado, representa a vontade do Estado e a convicção de que “foi declarado ou reconhecido o direito da parte” (80).

Assim é que, segundo afirma CHIOVENDA, não modifica a sentença a matéria fática, que continua a mesma, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam reconhecidos como verdadeiros aqueles fatos em que o juiz fundamentou o seu pronunciamento, por isso que o ato sentencial “é, unicamente, a afirmação ou negação de uma vontade do Estado, que garante a alguém um bem da vida”.

Atendendo a todo o exposto, verificamos que a função jurisdicional é uma manifestação da soberania do Estado, constituindo, também, um dever a cargo dêste, desde quando aboliu a justiça privada, mediante a proibição da autodefesa individual.

Representa, então, a sentença a prestação jurisdicional do Estado, tutelando os interesses legítimos de seus jurisdicionados, restaurando direitos violados ou ameaçados, em prol do restabelecimento do equilíbrio social.

Assim é que, conhecendo o juiz, através dos elementos probatórios do processo, a relação de direito controvertida ou incerta, atua, através da expedição de um ato de vontade, que, como comando específico, regula, com a aplicação da lei, coativamente, a mencionada relação.

Declarando, pois, o órgão jurisdicional o que lhe deve parecer a verdade jurídica, dirime a controvérsia ou es-

80 — *Apud* GABRIEL REZENDE, vol 3, pág. 22.

clarece a incerteza de direito existente no caso, impondo a eficácia coercitiva de sua orientação.

Em tese, harmoniza-se a vontade do Estado com a vontade da regra abstrata de direito que êle institui, devendo, ainda, a vontade integrante da sentença conformar-se com a lei, no exame do fato controvertido ou incerto. Entretanto, nem sempre é isso o que sucede, como, no caso em que a sentença, apenas, declara o pretense direito, encampando uma situação conflitante com a lei, que, assim, necessita de ser reparada, mediante o sistema de recursos, como a melhor solução para a correção dessas anomalias.

A melhor orientação é a de que deve o juiz, oferecendo a contribuição de sua vontade, manifestar a vontade da sentença, expedindo o seu mandato concreto, em harmonia com a vontade expressa pelo norma legal.

Pensamos, assim, que não devemos levar ao exagêro a opinião de GIUDICEANDREA, segundo a qual, a sentença é “un atto di volontà dello Stato ghe se afferma conforme alla volontà già dichiarata della legge” (81), por isso que, como pondera REDENTI, embora não possa exprimir o juiz, em sua atividade decisória, uma vontade própria de pessoa privada, manifesta êle uma vontade soberana do Estado, mas que objetiva justiça, como escôpo de sua função jurisdicional (82).

Logo, se o fim da jurisdição é a justiça, deve o juiz, utilizando a lei, agir com uma certa liberdade, erigindo-se, portanto, como diz FERRARA (“Interpretação e Aplicação das Leis”), no elemento vivo que transmuda a regulamentação típica estabelecida pelo legislador na regulamentação individual do caso específico, convertendo um

81 — “Le Impugnazioni Civili”, vol. I, pág. 75.

82 — “Diritto Processuale Civile”, vol. I, pág. 154.

comando abstrato num comando concreto, e sempre lembrado da justiça.

Se, entretanto, fôr omissa a legislação, deve o juiz, não inteiramente livre na aplicação do direito, como preconiza ROSENBERG, (83), mas inspirado em sua consciência, no que ela perceber da consciência social, em função da justiça, proferir o seu pronunciamento de equidade.

*
* *
*

Tendo apreciado a sentença como ato de vontade, examinemo-la, agora, através de seu aspecto formal, ou seja, como ato processual, regulado pelo art. 280 do Código de Processo, que exige dela **clareza, precisão**, bem assim que contenha: **relatório, motivação e dispositivo**.

Com efeito, somente a sentença clara e precisa, portanto, explícita e exata, pode cumprir a sua finalidade técnica, como um meio idôneo de manifestação da vontade do Estado, dada a perfeita revelação de seu conteúdo.

RELATÓRIO — Quanto ao **relatório**, devemos dizer que, de acôrdo com o artigo citado, precisa conter o “nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos”, exigência essa que, também, fazem o direito italiano e o alemão.

Esclarecemos, pois, que o relatório é uma exposição resumida e concatenada das atividades do processo, que podem influenciar na formação e orientação do **dispositivo** da sentença, compreendendo os atos do autor e do réu e as demais ocorrências que podem ou devem ter aquela destinação.

Oferece, ainda, o **relatório** a vantagem de possibilitar ao juiz um melhor conhecimento da relação levada a juízo,

83 — “Tratado de Derecho Procesal Civil”, vol. II, pág. 332.

vez que a sua redação requer um exame cuidadoso da matéria constante do processo.

MOTIVAÇÃO — Analisando a **motivação**, cumprenos, de início, invocar ALSINA, que nos diz ter constado a exigência da mesma, pela primeira vez, na Ordenança Napolitana de 1778, tendo passado à Constituição Francesa de 1790, sendo, atualmente, matéria contida, também, na Constituição Italiana (84).

A **motivação** da sentença, contendo as razões de convencimento do juiz, representa uma necessidade que atende aos reclamos da lógica, constituindo, assim, condição imprescindível para a boa acolhida e validade do ato decisório.

Serve, ainda, para delimitar o excessivo arbítrio do julgador, induzindo-o a ser coerente e lógico em seu juízo crítico, no que concorre para a justeza da decisão.

Eis as razões pelas quais a falta de motivação torna nula a sentença.

DISPOSITIVO — O **dispositivo** é o enunciado da vontade integrante da sentença, declarando, através da procedência ou improcedência da pretensão pleiteada pelo autor a verdade jurídica, isto é, “a parte da sentença em que o juiz, decidindo a relação de direito litigiosa, estatui sobre o pedido do autor, absolvendo ou condenando o réu” (85) — BATISTA MARTINS).

É, enfim, a dicção da verdade jurídica a respeito da relação apreciada pelo juízo, tendo, ainda, o poder constante de um mandato concreto, pelo que representa a parte mais importante do ato processual que integra a sentença.

Deve, assim, guardar conformidade com os limites da lide, em consonância com o pedido, não podendo ser **citra**,

84 — “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, vol. I, pág. 449.

85 — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, pág. 278.

extra ou **ultra petita** (arts. 4; 282; 283; e 287, parag. único; do Código de Processo Civil).

Sua falta determina a **inexistência** do ato decisório.

*
* *
*

Ensina CARNELUTTI que, na acepção jurídica, **vício** constitui "**la falta de una cualidad o requisito de un ente, sea un acto, sea un objeto**" (86).

De acôrdo com êsse entendimento, é inquinada de vício aquela sentença que não está conforme aos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, sendo proferida sem observância dos dispositivos legais, carecendo, assim, de condições que dela deviam constar.

A doutrina classifica os vícios em duas espécies: "**errores in procedendo**" e "**errores in iudicando**", sendo que LIEBMAN usa, para significar essas situações, as expressões: "**vizi di attività**" e "**vizi di giudizio**" (87).

Estudando as denominações "**error in procedendo**" e "**error in iuducando**", GOLDSCHMIDT as considera impróprias e sugere, então, para substituí-las, essas outras: "**error quoad processum**" e "**error in quoad rem**" (88).

O "**error in procedendo**" resulta da atividade de formação do processo para a elaboração da sentença, ou do ato mesmo desta elaboração.

Êsse vício tem caráter formal, sendo provocado pelo descumprimento de requisito que deve ser cumprido pela própria constituição ou forma do ato sentencial.

Oferecendo o conceito dêsse vício, diz ROCCO que êle advém da falta de conhecimento, ou da inexata apli-

86 — "Sistema", vol. III, pág. 557.

87 — "Corso", pág. 204.

88 — Ob. cit. pág. 301.

cação ou interpretação de uma norma processual (89).

Com efeito, se o juiz, na direção da demanda, descumprir a orientação que lhe impõe a lei processual, possibilita a diminuição ou restrição da liberdade das partes na defesa de seus direitos, comprometendo a formação do processo e a própria elaboração da sentença, no que incorrerá nesse vício.

O “**error in iudicando**” diz respeito à própria existência, fundamento e fins da ação, no tocante ao fato e ao direito substancial que dela dependem e que não são apreciados e utilizados regularmente pela sentença, que, assim, não realiza a justiça.

É, portanto, o vício de caráter substancial, que reflete uma desorientação na atividade do juízo, quando o conteúdo da declaração de certeza não se harmoniza com a lei, emitindo, assim, um comando que não corresponde à vontade subjetiva do Estado, expressa em sua ordem jurídica.

Como meio declarativo da vontade do Estado, constituindo comando concreto não pode a sentença afastar-se da lei, nem tampouco do fato, por isso que a sua função consiste em conciliar essas duas situações, de modo a que não haja desconformidade entre as mesmas, para que seja realizado o ideal de justiça.

Se, portanto, houver falta de utilização referente à lei ou ao fato, ou à imperfeita ou inexata utilização desses elementos, verificar-se-á uma incompleta ou inexata realização da pretensão subjetiva do Estado, com desconhecimento ou inobservância da realidade ou do ordenamento legal.

Conforme ensina COUTURE, invocando BELING, “já foi percutientemente sustentado que a distinção entre erro “**in procedendo**” e erro “**in iudicando**” é inexistente.

89 — “Corso”, pág. 557.

A sentença injusta não é injusta por falsa aplicação da **lei substantiva**, mas porque não aplicou a **lei processual** que manda julgar segundo o direito vigente. Em suma, que o erro é sempre de processo, e nunca quanto à questão de fundo”.

Embora reconheçamos ser engenhosa essa opinião, fazemos nossas as palavras de COUTURE, quando emite essa objeção à mesma: “o que é realmente difícil, é fixar a zona limítrofe entre o fundo e a forma, já que no direito, como diz o aforisma clássico, muitas vezes a forma contém o fundo dos atos. Mas, à medida que se afastam dessa linha limítrofe, as categorias se vão tornando cada vez mais claras e a distinção mais perceptível” (90).

Na formação da vontade objetiva três causas podem gerar os vícios da sentença, as quais são: **erro, dolo e coação**.

ERRO — O erro é a falsa ou imperfeita percepção da realidade fática ou da norma legal, ou a sua desconforme manifestação formal com a verdadeira percepção, de cuja situação resulta uma atividade jurisdicional irregular, expressa no elemento volitivo manifestado pela sentença.

É, assim, o **erro** o resultado da desconformidade entre o que, de fato, existe, isto é, a realidade, e a sua representação.

Se, portanto, fôr o comando sentencial determinado por “falsa ou inexistente cognição da realidade”, será havido como inquinado de erro, que é uma contingência da imperfeição do homem.

O erro da sentença pode provir não só da falsa ou imperfeita cognição da realidade, como ainda da inadequada ou imprópria elaboração declaratória da vontade fundamental, por estar a mesma viciada.

Pode, assim, recair diretamente sobre a vontade prin-

90 — Ob. cit., pág. 269.

cial, portanto sôbre a própria essência da declaração, quando, então, é chamado de **êrro próprio**; como pode resultar de uma incidência sôbre a vontade constante da declaração, ou seja, sôbre a própria declaração, tornando-a desconforme com o que, na verdade, foi querido, sendo, assim, chamado de **êrro impróprio**.

O êrro pode ser, ainda, **de fato e de direito**, conforme seja de inexatidão da sentença no tocante a lei, ou se refira à realidade fática.

Êrro de fato é aquêle que, influenciando sôbre a vontade, decorre de um inexato conhecimento do fato, relativamente a qualquer aspecto dêste.

Êrro de direito é aquêle que, incidindo sôbre a vontade sentencial, provém de uma falsa ou imperfeita compreensão da vontade do Estado, manifestada pela norma, referentemente à verdadeira incidência ou extensão desta.

Vemos, portanto, que, no primeiro caso, o juiz identifica mal a realidade, situando-a de modo contrário à verdade.

No segundo caso, não classifica jurìdicamente bem o fato, aplicando, para regulamentá-lo, uma norma legal inadequada.

DOLO — O **dolo** do juiz, no ato do julgamento, compreende a sua vontade destinada a um resultado contrário à lei (91).

Consiste, pois, em desviar-se, concientemente, o juiz do seu objetivo de realizar a justiça, manifestando, na sentença, uma vontade conflitante com a lei.

O dolo pressupõe sempre a existência do êrro, podendo, todavia, suceder êste, sem que ocorra aquêle.

Com efeito, é o dolo um êrro praticado, deliberadamente, contra o ideal de justiça.

Pode o dolo ser ocasionado por causas **internas** ou **subjetivas**, e por causas **externas** ou **objetivas**.

91 — CARNELUTTI, "Sistema", vol. III, pág. 483.

A causa **interna ou subjetiva** é a que tem existência na própria vontade do juiz ou nos seus sentimentos de afeição, medo infundado ou ódio, induzindo-o a, sem que êle esteja sujeito a qualquer influência exterior, julgar contra a vontade subjetiva do Estado.

A causa **externa ou objetiva**, sendo representada pela formação da vontade do juiz em função de um influência maliciosa de caráter estranho à sua pessoa, leva-o, também, a julgar contra aquela vontade do Estado, como acontece, por exemplo, no caso do subôrno.

COAÇÃO — O vício de **coação** a que está sujeita a sentença, consiste na atuação, exercida por terceiro, através da violência ou da intimidação, contra o juiz, induzindo-o a proferir o seu pronunciamento, em consonância com a vontade daquêle autor do constrangimento.

A coação pode ser **própria**, que é a "**vis compulsiva**", e **imprópria**, que é a "**vis absoluta**".

A primeira se exerce sôbre a liberdade de querer do juiz, condicionando, diretamente, a vontade dêste, a qual passa, então, a refletir a vontade do coator.

A segunda implica a supressão, por intermédio de agente físico ou psíquico, de tôda a liberdade de querer do juiz a qual não se manifesta, por isso que é êle forçado a emitir a vontade imposta pelo coator.

Devemos acentuar que a declaração jurisdicional proveniente da coação imprópria não existe, como sentença, conforme nos ensina PONTES DE MIRANDA, pois "a aparência de manifestação de vontade não entra para o mundo jurídico" (92).

Já que explanamos a respeito de todos os vícios da sentença, vejamos, a seguir, quais as conseqüências que dêles podem resultar e que, em nosso modo de entender,

92 — "Tratado de Direito Privado", vol. IV, pág. 348.

são as seguintes: injustiça, inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade e irregularidade.

INJUSTIÇA — Deve a sentença harmonizar-se com a lei e o fato, harmonizando-os, para que possa ser considerada justa.

Se tal não se verificar, deixará a sentença de traduzir a vontade jurídica integrante da vontade subjetiva do Estado, que, assim, não se realizará, ocorrendo, então, a injustiça do ato decisório.

Incorre, portanto, em **injustiça**, a sentença que fôr contrária à lei quanto ao seu conteúdo, conforme ensina LIEBMAN (93).

Vemos, assim, que a injustiça do ato sentencial se caracteriza pelo "**error in iudicando**", a respeito do qual, já fizemos nossas considerações.

Versando o assunto, pondera CHIOVENDA que a sentença "é injusta quando considera existente uma vontade de lei concreta que não existe, ou considera inexistente uma vontade que existe. A injustiça concerne, portanto, à sentença como juízo: pode, pois, depender de um erro do juiz acêrca da questão de direito ou acêrca de uma questão de fato. O erro do juiz sôbre a questão de direito pode consistir em considerar inexistente uma norma abstrata que existe, ou existente uma norma abstrata que não existe; ou em interpretar uma norma existente de modo diverso do verdadeiro (violação da lei); ou, enfim, em dar por aplicável a uma dada relação uma norma existente; mas pertinente a outras relações jurídicas, como acontece quando aplica norma geral mesmo nos casos excetuados, ou quando aplica uma norma a casos a que não se estende (falsa aplicação de lei)".

E, após essa magistral lição, em que explica muito bem os casos de injustiça da sentença, em seus diversos

93 — "Eficácia e Autoridade da Sentença", pág. 122.

aspectos, acrescenta que “pode suceder que uma sentença seja intrinsecamente justa, mas exteriormente não, por ser errado o raciocínio do juiz: exata a conclusão, mas errôneas as premissas” (94).

Apreciando a injustiça da sentença, no tocante à matéria de fato, explica que pode resultar não somente da insuficiente demonstração da realidade fática, pela parte, dependendo da inexistência de provas, imputável, ou não, ao adversário; da falsidade de elementos presentes à decisão; de uma atuação maliciosa praticada por uma parte em detrimento da outra; ou, até mesmo do dolo do juiz. Aduz, finalmente, que a injustiça pode, também, originar-se de uma insuficiente análise do fato, feita pelo juiz, podendo esta assumir feições e graus diversos, conforme o erro fático decorra dos atos e documentos da demanda, e conforme tenha sido, ou não, o fato um ponto discutido sobre o qual se tenha manifestado a sentença.

No direito romano, tanto a sentença inquinada de vício resultante da infringência das leis processuais, como aquelas em que houvesse uma evidente inobservância do direito material próprio para ser utilizado, eram consideradas nulas, (ULPIANO, “Digesto”), podendo esta nulidade ser arguída em qualquer ocasião, mediante defesa contra a “**actio judicati**”, ou como réplica à exceção de coisa julgada, por isso que não tinha validade a sentença proferida contra o direito, qualquer que fôsse o seu ramo — direito substantivo ou direito adjetivo.

Já o sistema do direito intermédio assentou a sua base sobre a distinção entre sentenças injustas e nulas, permitindo contra as primeiras a apelação; e, no tocante às segundas, visando à segurança das relações jurídicas, o direito canônicos, a legislação estatutária das cidades italianas e a doutrina medieval exigiam que a nulidade

94 — “Instituições”, vol III, pág. 275.

fôsse arguída por intermédio de um remédio especial de anulação da sentença, chamado "**querela nullitatis**", que não era recurso nem ação, mas uma invocação do "**officium iudicis**".

Hodiernamente, o meio que deve ser usado para a reparação da injustiça das sentenças é o recurso de apelação.

INEXISTÊNCIA — Tratando a respeito do conceito de "**inexistência**", ensina CARNELUTTI que manifesta o mesmo **uma condição de não ser**, sendo, portanto, a própria negação do ato, que, nessa hipótese, é destituído de efeito e de eficácia (95).

Estudando as sentenças inexistentes, entende BATISTA MARTINS que o nosso sistema legal as confundiu em uma só classificação com as absolutamente nulas (96).

Entretanto, a doutrina se insurge contra essa opinião, servindo-se do art. 110, § único, de nosso Código de Processo, e declarando que êste não suprimiu a categoria das sentenças inexistentes, nem o poderia ter feito (97).

A sentença inexistente é considerada igual a nada, não tendo, portanto, eficácia alguma. Seria o caso, vamos dizer, de uma sentença que fôsse prolatada por uma pessoa que não estivesse investida na função de juiz, bem assim o exemplo de um ato sentencial que não emitisse decisão.

Ora, é claro que tais situações não poderiam caracterizar uma sentença, na conformidade do direito e, portanto, das condições que lhe são inerentes.

Verificamos, pois, que a sentença inexistente, por não cumprir as formalidades ou requisitos do processo, não chega a **ser**, nem atua no mundo do direito, por isso que é destituída de efeitos.

95 — "Sistema", vol. III, pág. 558.

96 — "Comentários", vol. III, pág. 232.

97 — PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo", II, págs. 296-320.

de **coisa julgada**, pelo que tem entendido a doutrina que poderá o interessado, nessa situação, propor uma ação de-

Como é evidente, não produz essa sentença a exceção claratória negativa, logrando a declaração da impossibilidade da prestação, ou, então, aguardar-se para a defesa a ser feita quando da execução.

Aliás, ensina COUTURE que o “ato inexistente é um fato que não pode ser revalidado, nem precisa ser invalidado, pelo que não se faz mister ato posterior que o destitua de validade, nem é possível que atos posteriores lhe dêem confirmação, atribuindo-lhe eficácia” (98).

NULIDADE ABSOLUTA — Opinando a respeito da nulidade da sentença, declara CHIOVENDA que a mesma se relaciona com a “sentença como atividade do juiz ou como ato escrito”, podendo depender: “a) da carência dos pressupostos processuais; pois, quando não existe relação processual válida, não pode haver sentença válida; b) das nulidades não sanadas, advindas do curso do processo, pois, existente o nexó que articula os vários atos processuais, são nulos os atos subseqüentes aos atos nulos e dêles dependentes; c) ausência das condições próprias de validade da sentença; d) da contrariedade ou impossibilidade das disposições, tais que tornem a sentença praticamente ou moralmente inatuável; e e) da contrariedade da sentença a um julgado precedente entre as partes e sobre o mesmo objeto” (99).

Já tendo feito referência à “querela nullitatis”, como remédio contra a sentença nula, vamos, agora, acrescentar que, em Roma, havia as “**nullitates sanabiles**”, que eram sanadas pelo decurso do tempo, e as “**nullitates insanabiles**”, que podiam ser arguidas mesmo após esgotado o prazo.

98 — Ob cit., pág. 302.

99 — “Instituições”, vol. III, págs. 275-276.

Queremos, entretanto, acentuar que, posteriormente, houve a unificação da “querela nullitatis” com a apelação, para a correção das nulidades sanáveis, sendo conservada aquela para a arguição das nulidades insanáveis, com prazo mais ou menos longo e até sem prazo.

Em nosso direito, quando a injustiça assume certo aspecto de gravidade, representa motivo de nulidade, fugindo aos efeitos da coisa julgada, por intermédio da ação rescisória, que se origina da “**querela nullitatis**”, sendo meio idôneo para rescindir a sentença portadora daquela eiva (art. 798 do Código de Processo Civil).

Nessa parte, o direito brasileiro é diferente do direito italiano, por isso que, na Itália, qualquer que seja o vício da sentença pode ser retificado por intermédio do sistema de recursos, enquanto, aqui, temos a ação rescisória, que, como o seu nome indica, não é recurso, embora tenha a natureza assemelhada à dos apêlos recursais.

Para justificar a existência do novo julgamento da demanda, por meio da ação rescisória, chegou a ser feita a afirmação de que esta se acumula à ação própria para a relação concreta (100).

No Brasil, já o Regulamento 737, em seu art. 681, determinava que “a sentença pode ser anulada por meio da ação rescisória”.

Dadas essas explicações a respeito das nulidades em face da “**querela nullitatis**” e da ação rescisória, passemos a oferecer o conceito de **nulidade absoluta**.

Dizemos que sofre uma sentença dêsse vício, quando o defeito que a contamina não pode ser suprido ou remediado, não possibilitando convalidação, pelo que permanece o ato sentencial, indefinidamente, desprovido de seus efeitos, de caráter interno.

Assim, não manifesta a sentença **absolutamente nula**

100 — M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, “Ação Rescisória”, pág. 62.

o comando estatal, deixando, portanto, de formular o pronunciamento de certeza que deve concluir a demanda por meio do ato decisório.

Produzindo, entretanto, efeitos internos na relação processual, têm as sentenças, naquela condição, existência, podendo ensejar o reexame recursal apelatório.

Realmente, dispõe a sentença absolutamente nula da qualidade de ato jurídico, não sendo, portanto, apenas, um fato, como acontece com a sentença inexistente.

NULIDADE RELATIVA — A sentença ferida de **nulidade relativa** resulta de um vício que, embora chegue quase a ser grave, não a priva de existência, nem tampouco de seus efeitos externos, submetendo, todavia, a sua eficácia a um acontecimento futuro de aquiescência, que a pode convalidar, tornando o seu vício irrelevante.

Alguns doutrinadores, entre os quais, UGO ROCCO, não admitem essa espécie de sentença, confundindo-a com a categoria das decisões sob **anulabilidade**.

Falando das sentenças **relativamente nulas**, declara COUTURE, no tocante à aquiescência do prejudicado, que “o consentimento purga o vício e opera a homologação ou ratificação do ato” (101).

ANULABILIDADE — A doutrina distingue as sentenças atingidas por **anulabilidade** das **relativamente nulas**, esclarecendo que o vício destas enseja uma providência invalidante **ex-officio**, enquanto o vício daquelas não autoriza êsse pronunciamento, que somente é prolatado no sentido da **anulabilidade**, no caso de argüição da parte.

Estabelecendo, pois, a distinção entre as mesmas categorias de ações, explica a teoria que as sentenças em estado de **nulidade relativa**, pressupõem, para a sua convalidação, a exigência de um ato de aquiescência da parte prejudicada, aceitando os seus efeitos, enquanto que a

101 — Ob. cit., págs. 303-304.

anulabilidade, para ser reconhecida, necessita de uma atividade invalidante, rejeitando os seus efeitos.

Dependeriam, portanto, as sentenças **relativamente nulas** de uma condição **suspensiva**, ao passo que as **anuláveis** penderiam de uma condição **resolutiva** (102).

De acôrdo com êsse entendimento, ambas essas categorias estariam sujeitas a uma **condição**, representada pela atitude do interessado, que, assim, **suspenderia**, no caso de **nulidade relativa**, confirmando a sentença, e **resolveria**, no caso de **anulabilidade**, invalidando-a.

IRREGULARIDADE — A **irregularidade** da sentença resulta da incidência sôbre a mesma de um vício não invalidante, que, por sua pequena valia, não a priva de produzir os mesmos efeitos de uma decisão proferida de modo normal, que atenda à integridade do comando processual.

Importa, portanto, a irregularidade na omissão do cumprimento de requisitos que são prescindíveis no tocante a um ato decisório justo, cuja garantia independe da mencionada situação.

*

* *

Examinemos, a seguir, a eficácia da sentença em face do recurso.

Cumpre-nos acentuar, de início, que, proferida a sentença, adquire ela a sua **eficácia natural**, em cuja qualidade, **existe**, como ato idôneo, podendo produzir efeitos, em face de todos, por fôrça da lei.

Assim é que, por ser eficaz, tem a sentença o poder de **dar fim ao ofício do juiz**, podendo, ainda, produzir outros efeitos, de caráter declaratório, constitutivo e executório.

102 — “Sistema”, vol. II, pág. 566.

Esse efeito de **dar fim ao ofício do juiz**, importa na **irretratabilidade** da sentença. Constitui, pois, a irretratabilidade uma manifestação assecuratória da eficácia da sentença, por vincular o juiz ao ato decisório por êle proferido.

Vemos, assim, que a irretratabilidade é a impossibilidade de ser a sentença alterada pelo mesmo juiz.

Devemos, entretanto, esclarecer que a irretratabilidade sofre restrições, como veremos adiante, pelo que só adquire **definitividade**, ou seja, o estado de não mais poder ser ferida, com a verificação da **coisa julgada**, que, como sabemos, somente pode ser afastada mediante a ação rescisória.

Tratando do efeito da sentença, mediante o qual, termina o ofício do juiz, devemos declarar que, já no regime da Ordenação 1., 3º, título 66, 6, após a sua publicação, tornava-se a sentença irretratável, por determinação da mencionada norma:

“Depois que o julgador der a sentença e a publicar, não tem mais o poder de a revogar”.

Surgem, todavia, em nosso direito, algumas restrições ao efeito que estamos apreciando, como, por exemplo, a constante do art. 839, do Código de Processo, assim expressa:

“Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros (Cr\$ 2.000,00), só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração.

§ 1º — Os embargos de nulidade ou infringentes do julgado, instruídos ou não, com documentos novos, serão deduzidos nos (5) dias seguintes à data da sentença, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada.

§ 2º — Ouvido o embargado no prazo de cinco (5) dias, serão os autos conclusos ao juiz, que, dentro em dez (10) dias, os rejeitará ou reformará a sentença”.

Em primeiro lugar, esclarecemos que o motivo dêsse julgamento pelo mesmo juiz prolator da decisão recorrida, reside no recurso interposto, como meio de provocar êsse juízo, legitimando-lhe a atividade no reexame jurisdicional.

Em segundo lugar, queremos dizer que essa destinação do recurso ao mesmo juiz que proferiu a sentença, resulta de uma razão de caráter econômico que aconselha **não devam os tribunais ser sobrecarregados com causas de ínfimo valor que ocasionam pequena repercussão social**. Seria, portanto, uma aplicação do **princípio de economia do processo**, o qual representa um dos postulados de nossa sistemática processual.

Essa regra legal, permitindo que o juiz julgue aqueles embargos, contraria a orientação normal do reexame do caso concreto por dois juízos de graus diferentes, sendo, assim, passível de crítica, por estimar o direito, considerando o seu aspecto econômico, sem atentar para a sua relevância em face da tutela judicial, que deverá ser a mesma, qualquer que seja o valor da pretensão pleiteada.

Dispondo o art. 862 do Código de Processo, que pode o mesmo juízo, provocado pela interposição dos embargos de declaração, julgar o mencionado recurso, opôs outra restrição àquêle efeito da sentença.

Existe, ainda, outro dispositivo do Código de Processo com êsse mesmo aspecto. Trata-se do art. 289, que preceitua não poder o juiz decidir novamente as questões já julgadas, referentes à mesma lide, a não ser nos casos expressamente estabelecidos, ou, ainda, quando a decisão do juiz tiver sido dada em harmonia com a equidade, quando poderão as partes, desde que modificado o estado de fato, **reclamar a reconsideração da mesma**.

Admite, assim, a lei certos casos em que pode o juiz reconsiderar decisões pronunciadas no curso da causa, como, por exemplo, a que versar sôbre competência ab-

soluta (art. 182 § 1º), a relativa à justiça gratuita (art. 77); a referente à suspeição, quando aparecer motivo superveniente (art. 185); e a pertinente à cumulação de processo, regulada no art. 94, todos do Código de Processo Civil.

Tem, ainda, o juiz a faculdade de reconsiderar ou reverter as sentenças, de caráter **determinativo**, como acontece com a que estabelece **alimentos**, por isso que, devendo êstes serem fixados em razão das necessidades do autor e das possibilidades do obrigado, se ocorrer uma alteração nessas situações, poderá o interessado pleitear do juiz, conforme o caso, a exoneração, redução ou agravação do encargo.

Com efeito, são essas sentenças sôbre alimentos, entre outras, pronunciadas com a cláusula "**rebus sic stantibus**", mediante a qual, permanecem as suas condições enquanto se conservam no mesmo estado os fatos que as determinaram.

Ainda como restrição ao efeito da sentença ora examinado, acrescentamos que assiste ao juiz a faculdade de, por provocação da parte ou **ex-officio**, retificar, antes do trânsito em julgado da sentença, quaisquer inexatidões, de caráter material, nela contidas, em consequência de "lapso manifesto ou êrros de escrita ou de cálculo" (art. 285), fazendo corresponder a declaração material à sua vontade.

Produz, ainda, a sentença outros efeitos, chamados **secundários**, que, na opinião de LIEBMAN, "se distinguem dos **principais**, não por seu caráter privatístico, nem por sua importância menor, porque, não raro, são praticamente os mais relevantes, mas por sua falta absoluta de autonomia; são simplesmente acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por fôrça de lei, quando se produzem os principais. Não têm por isso os efeitos secundários condições próprias da admissibilidade, que o juiz deva reconhecer e declarar exis-

tentes, independentemente das condições dos efeitos principais” (103).

Como exemplos desses efeitos podem ser citados os seguintes: a hipoteca judicial (art. 284 do C. P. C.); a dissolução da comunhão de bens, por força da sentença anulatória do casamento (art. 267, nº II do Cod. Civil); a dissolução da comunhão de bens, conseqüente à sentença de desquite (art. cit., nº III); a perda do direito de usar o nome do marido, sofrida pela mulher condenada na ação de desquite (art. 324, do Cod. Civil); a preempção do direito de acionar por quem ocasionar três absolvições da instância (art. 204 do C. P. C.); e no caso da aceitação da declaração de vontade de quem foi condenado a manifestá-la (art. 1006 do C. P. C.).

Apreciemos, agora, a formação da **coisa julgada**, que, para alguns, representa o principal efeito da sentença, constituindo mesmo a sua característica.

Definindo a coisa julgada, diz BETTI que é a força, de caráter obrigatório ou vinculante, que resulta do acerto jurisdicional, aceitando ou repelindo o mérito da ação (104).

CHIOVENDA nos oferece o conceito de coisa julgada, considerando-a a eficiência própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda (105).

Já o direito romano a conceituava como a decisão da autoridade judiciária pondo fim ao litígio com a condenação ou a absolvição do réu.

Considerando o direito adjetivo e o direito substantivo, pode a coisa julgada ser **formal** e **material**.

Na primeira espécie, tem a coisa julgada natureza processual, sendo determinada pela inexistência de recurso contra a sentença, seja, por estarem esgotados os seus

103 — “Eficácia e Autoridade da Sentença”, pág. 65.

104 — “Diritto Processuale Civile”, pág. 583.

105 — “Istituzioni”, n. 117.

meios de impugnação, ou, ainda, pela preclusão decorrente da fluência dos prazos recursais. É, assim, a coisa julgada considerada a **máxima preclusão processual**, por não ser mais possível a reforma da sentença.

Na segunda espécie, consiste a coisa julgada na impossibilidade de discussão sobre a existência da vontade concreta da lei, declarada na sentença. Aqui, é a coisa julgada representada pela própria eficácia do conteúdo da sentença, sendo a sua própria força, de conformidade com essa classificação que lhe dá a doutrina.

Passemos a focalizar a fundamentação da coisa julgada.

Politicamente, fundamenta-se a coisa julgada no objetivo colimado pelo interesse público de estabelecer a paz das relações de direito.

Quanto à sua fundamentação jurídica, cumpre-nos mencionar que POTHIER aceitava a teoria predominante na Idade Média de que a autoridade da coisa julgada decorre da presunção de verdade dela constante, presunção essa de caráter absoluto, isto é, "**juris et de jure**".

Com essa feição integrou a coisa julgada o Código Napoleônico, de 1808, bem assim o nosso regulamento 737, de 1850, sendo que este, definindo as presunções legais absolutas como as situações fáticas que a lei taxativamente reconhece como verdade, ainda que exista prova em contrário, incluiu nessa espécie, a coisa julgada.

Crítica, entretanto, CHIOVENDA essa teoria da "presunção da verdade", afirmando que, somente para a maioria dos terceiros, assume a coisa julgada essa identidade com a verdade jurídica, o que constitui a sua justificativa política, por consolidar a confiança pública nos julgamentos, sem que, todavia, seja esta a sua razão jurídica.

Examinando a situação das sentenças sujeitas a recursos, declara o referido mestre que elas não existem

como declaração de direito, sendo tão somente o elemento de uma possível declaração. E acrescenta que, embora seja a sentença um ato praticado pelo magistrado, portanto, uma providência de autoridade, “desde, porém, que esse magistrado não pode ter juridicamente uma vontade autonôma, mas apenas a vontade de formular aquilo que a lei quer, tal vontade nenhum efeito pode ter enquanto fôr possível, como caso normal, que o mesmo juiz ou outro, por ato posterior, formule novamente e talvez de modo diverso a vontade da lei”.

Pondera, ainda, que, somente com a fluência dos prazos, a conformação da parte, ou quando estiver extinta, por êsses ou por outros modos, a possibilidade de nova formulação, poderá a sentença transmudar-se de simples ato de um magistrado num ato que a ordem jurídica reconhece como formulação de sua própria vontade.

Conclui, então, que não se deve considerar a sentença pendente de recursos como ato jurídico sob condição **suspensiva** e muito menos sob condição **resolutiva** (MORTARA, KOHLER), por isso que é antes um elemento que, combinado com outro, representado pela fluência de um prazo, poderá erigir-se na declaração do direito. Entende, pois, que a sentença sujeita a recursos constitui, apenas, uma situação jurídica, de que resulta a circunstância de ocorrer a coisa julgada, mas, apenas, após tornar-se a sentença definitiva, e não quando da publicação do ato decisório.

Tratando da situação da sentença reformada por meio recursal, declara que se a mesma já tiver produzido efeitos, como a ação executória, com origem na lei ou na provisão judicial, cessarão êsses efeitos, como se fôsem atos subordinados à condição resolutiva, devendo a sentença ser considerada como não pronunciada. Abre, todavia, uma exceção com referência às sentenças sujeitas, no direito italiano, apenas, à revogação, pelo menos nos casos

do art. 494, ns. 1, 2 e 3, as quais, no seu entender, constituem afirmação da vontade da lei destinada a ter validade definitiva, Ressalva, todavia, que, revogadas essas sentenças, desaparece a sua eficácia entre as partes, que são restituídas à situação anterior ao seu julgamento (106).

Vejamos, ainda, no direito italiano, a opinião de UGO ROCCO, que, analisando a coisa julgada, preleciona que, em certo sentido, é uma presunção de verdade, mas o cálculo de probabilidade sobre que se baseia, não tem caráter absoluto, para deixar de admitir a possibilidade de seu erro. Inexistiria, assim, razão jurídica para o reconhecimento como verdade absoluta de uma verdade apenas provável, fundada numa hipótese (107).

Para SAVIGNY, a coisa julgada é uma ficção da verdade, que protege as sentenças contra possível reforma, como exigência dos princípios de ordem pública. Exigiriam êstes, através da norma legal, que se reconhecesse a sentença como uma manifestação da verdade declarada pela lei (108).

A crítica a essa teoria se baseia em que possa a sentença, ainda expressando uma desorientação da vontade da lei, ou seja, uma inverdade, ser considerada a própria verdade estatal manifestada pela norma legal, o que contraria o direito. Seria, portanto, o reconhecimento de uma situação falsa, apenas para os fins de direito.

Invocando LOPES DA COSTA, quando não considera a coisa julgada como verdade, mas como “um substitutivo político da verdade” declaramos que ainda não expresse a sentença a verdade objetiva, manifesta a verdade formal, com a qual fica satisfeito o Estado, no cumprimento da função jurisdicional, por isso que, transita-

106 — “Instituições”, vol. III, págs. 354, 327 e 328.

107 — “L'autorità della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi”, ns. 16 em diante.

108 — “Traité de Droit Romain”, vol. VI, pág. 257.

da em julgado, é a sentença a revelação de sua autoridade, a respeito da relação decidida (109).

PAGENSTECHER defende a tese de que toda sentença é constitutiva do direito por ela declarado, tendo essa mesma função a sentença declaratória.

Surgiria, assim, da sentença um elemento novo, uma coisa nova, que refletiria uma modificação jurídica, sendo, portanto, a coisa julgada a transmutação de uma simples declaração numa declaração eficaz, ou seja, com força de lei (110).

Uma objeção, todavia, pode ser oposta a essa teoria qual a de que a sentença não cria direito, mas o declara, adaptando-o à espécie, podendo, assim, ajustá-lo da melhor maneira que lhe parecer, como vontade soberana do Estado.

Esposando o ponto de vista de que o conteúdo da sentença não influi sobre o conteúdo da relação jurídica substancial, que se conserva a mesma, diz HELLWIG, que o efeito da declaração decisória é de ordem processual, uma vez que a coisa julgada institui em favor das partes um direito processual que impõe o respeito dos juizes (111).

Mas, como objeção, podemos dizer que êsse respeito dos juizes importa, de certa maneira, na própria aceitação do direito material tal como foi situado pela sentença. Logo, não existe, apenas, o caráter processual.

UGO ROCCO, partindo da obrigação jurisdicional do Estado, através da ação, que é concluída pela sentença, declara que a coisa julgada é obrigatória porque representa aquela atividade jurisdicional, sendo imutável porque importa em vedar qualquer tentativa de reforma sen-

109 — Ob. cit., vol. 2º., n. 263.

110 e 111 — *Apud* GUILHERME ESTELITA, "Da Coisa Julgada", págs. 47 e 57.

111 — *Apud* GABRIEL REZENDE, ob. cit., pág. 57.

tencial, vez que, com a decisão, se extingue não só a obrigação jurisdicional, como também o direito de ação (112). Vemos, pois, que êsse doutrinador considera a coisa julgada como um fenômeno processual.

CARNELUTTI, após considerar a sentença dotada de eficácia, embora ainda pendente de recurso, conclui que “julgado material e julgado formal não são duas faces, mas duas fases do julgado, de modo que a imperatividade se pode ter sem a imutabilidade e antes desta”. Criticando êsse raciocínio, reputa-o LIEBMAN paradoxal, por admitir que a autoridade da coisa julgada ocorre mesmo sem o trânsito em julgado da sentença.

Entende LIEBMAN que essa teoria determina o desaparecimento do conceito da autoridade da coisa julgada, que não se confunde com a **imperatividade** da sentença, isto é, com a sua eficácia natural e constante, que não está sujeita à sua definitividade, sendo inerente à decisão judicial na sua qualidade de ato emanado da soberania do Estado, ainda que possa ser reformado ou alterado por outro ato da mencionada autoridade (113).

Mencionemos, agora, moderna teoria esposada por MERKL, segundo a qual, a coisa julgada deve ser entendida como problema da **duração de validade** da norma concreta constante da sentença, sendo, portanto, a qualidade integrante de tôdas as regras jurídicas no sentido de sua validade imutável, ressalvada a possibilidade de reformas impostas pela legislação.

Pensa, então, que, como não prevê a lei a possibilidade da modificação do ato decisório, após a fluência dos prazos recursais, importaria essa situação na imutabilidade constante da coisa julgada.

A doutrina, entretanto, objeta que o curso da histó-

112 — *Apud* GABRIEL REZENDE, ob. cit., vol. 3, pág. 57.

113 — *Apud* LIEBMAN, ob. cit., págs. 44 e 45.

ria, refletindo as transformações sociais, demonstra que a legislação está, de vez em quando, passando por mudanças que contrariam o seu sentido de definitividade. Assim, somente é imutável a norma jurídica enquanto não seja reformada. Se, portanto, não procede o pressuposto adotado por MERKL, com relação à duração da validade legal, não tem igualmente procedência a sua conclusão referente à vigência do ato sentencial.

Analisando a coisa julgada, entende LIEBMAN que a mesma não constitui efeito da sentença, mas uma qualidade, a **imutabilidade**, com a qual são resguardados os seus efeitos.

Vemos, pois, que não é a autoridade da coisa julgada efeito da sentença, mas o modo, mediante o qual, se manifestam e são produzidos os efeitos da sentença, em função dêsse elemento que os reveste para qualificá-los e reforçá-los num sentido bem fixado.

Declara LIEBMAN que representa um erro de lógica definir alguém a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença, identificando-a com a eficácia natural da própria sentença e pondo-a ao lado dos efeitos desta, **de caráter constitutivo ou condenatório**. Acrescenta, então, que se afiguram pouco convincentes, perigosas e até mesmo errôneas as conclusões práticas que decorrem dessa imperfeita construção jurídica.

Diz, ainda, que a coisa julgada nada mais representa do que a indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e dos seus efeitos, isto é, aquêle elemento que qualifica e potencializa a eficácia proveniente da sentença, conforme a sua natureza de ato estatal.

E aduz: “note-se o seguinte: a eficácia natural, cujos caracteres, há pouco, indicámos, não é só uma noção concebível abstratamente; existe também no mundo real, precisamente na sentença ainda sujeita a recurso extraordinário ou revista, que a lei considera executória (art. 808,

parag. único, do Cód. de Proc. Civil brasileiro, e art. 882); pode esta disposição estender-se por analogia a todos os efeitos da sentença”.

Estudadas essas teorias a respeito da coisa julgada, analisemos, a seguir, o problema da sua possibilidade ou ocorrência em face das espécies de decisões, para que, após êsse comentário, possamos dar as nossas conclusões sôbre os assuntos ora focalizados.

Cumpre-nos, pois, afirmar que, sòmente as sentenças definitivas, sujeitas à jurisdição contenciosa, produzem a coisa julgada.

Regulando casos de impossibilidade da coisa julgada, preceitua o art. 288, do Código de Processo Civil:

“Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios e de desquite por mútuo consentimento”.

Queremos, entretanto, esclarecer que essa norma legal não determina possam as sentenças interlocutórias ser, em qualquer tempo, reconsideradas ou reformadas, nem o poderia fazer, por isso que o sistema de preclusões instituído pela lei impediria que tal se verificasse.

Assim é que, pronunciadas essas decisões, adquirem fôrça vinculativa, **dentro do processo**, pelo que, esgotados os prazos dos recursos que delas possam ser interpostos, não podem mais ser modificadas, nem mesmo pelo próprio juiz prolator.

Já o mesmo não acontece com os despachos de mero expediente, que podem ser reformados em qualquer tempo.

Quanto ao despacho saneador, se não impugnado por recurso, tem poder preclusivo no tocante às questões nêle decididas, porque a natureza destas reclama devam ser

afastadas antes da instrução da demanda, e, conseqüentemente, do julgamento do mérito.

As sentenças pronunciadas em ações de jurisdição graciosa ou voluntária, por versarem a respeito de situações especiais, relativas a fatos ou casos que não constituem objeto de litígio, não determinam a coisa julgada.

Realmente, a apreciação ou regulamentação judicial dessas ações não encontra justificativa na controversia entre os interessados, que, no caso, não existe, mas, apenas, numa necessidade de salvaguarda da relação examinada, dada a sua relevância, situação essa que, todavia, dispensa, perfeitamente, a coisa julgada.

Aqui, podem ser referidas, também, como não produzindo coisa julgada, as sentenças prolatadas em processos de desquite por mútuo consentimento, aos quais o Código expressamente se refere.

Também não produzem coisa julgada as sentenças proferidas em processos, de caráter preventivo e preparatório, por não gozarem êstes de autonomia, destinando-se, antes, a conseguirem alguma providência assecuratória do direito, que será apreciado, posteriormente, na ação principal (art. 687).

Focalizando a extensão da coisa julgada, no tocante aos motivos da sentença, declaramos que, em tese, somente passa em julgado, vinculando as partes, o dispositivo da sentença, podendo, entretanto, estender-se a coisa julgada aos motivos que representarem elementos necessários constitutivos da relação jurídica decidida, “como premissas necessárias à conclusão” (art. 287 do C. P. C.).

Pronunciado o julgamento, erige-se a sentença num ato dotado de existência própria, como declaração da vontade estatal, dispondo de eficácia, que pressupõe a produção dos efeitos decisórios.

Essa eficácia da sentença sujeita à interposição de recurso, é relativa, tornando-se absoluta, somente quando

o ato sentencial se libera daquela sujeição, quando, com êsse evento, obtém **definitividade**, por força da coisa julgada. Mas, não podemos negar a existência, embora relativa, dessa eficácia, antes do trânsito em julgado da sentença, por isso que se nenhuma iniciativa fôr tomada pela parte interessada, através de um meio judicial como o recurso, a existência daquela aliada à preclusão recursal, lhe concede o caráter de **definitividade**.

Entendemos, pois, que a sentença, por intermédio de sua eficácia natural, já **existe**, embora passível de ser impugnada por recurso, uma vez que, se tal não ocorresse, não se realizaria a coisa julgada, à falta do ato volitivo do Estado traduzido pela sentença.

A sentença, pois, sujeita a recurso, constitui uma expectativa da coisa julgada, sendo mesmo um dos elementos que a integram.

Reconhecendo a eficácia natural da sentença, não poderia esquecer o Estado a possibilidade de gravame em que esta pode incorrer, razão por que submeteu aquela eficácia a um sistema impugnativo de controle, representado pelos recursos. Assim, conciliou o princípio da **eficácia natural** com o da **recorribilidade**, permitindo-lhes a coexistência a despeito da contradição que exprimem.

Sendo o ideal de justiça o objetivo da atividade jurisdicional, pensamos que a recorribilidade concorre para a maior força e melhor acolhida da imutabilidade constante da coisa julgada, por motivo do provável aperfeiçoamento sentencial, ensejado pelo recurso.

Vemos, também, que a sentença, ainda pendente de recurso representa um ato da autoridade estatal que pode regular situações jurídicas, nas condições expostas.

No direito brasileiro, de acôrdo com a opinião de PONTES DE MIRANDA, o principal efeito da interposição do recurso consiste em impedir êsse ato a formação

da coisa julgada, sendo, por isso, considerado a característica mesma dos recursos (114).

Verificamos, pois, que a interposição do recurso, ensejando o reexame da sentença impugnada e, possivelmente, a sua modificação, impede o reconhecimento jurídico da indiscutibilidade do ato decisório, ou seja, — a **imutabilidade**.

Considerada a autoridade judicial que dêle toma conhecimento, pode o recurso determinar o efeito **devolutivo**, peculiar aos recursos em geral e que pressupõe a transferência do conhecimento da demanda de um juiz a outro; bem assim, em casos excepcionais, o efeito **retratativo**, quando o reexame é realizado pelo mesmo juiz prolator da decisão recorrida. Pode, ainda, o recurso produzir o efeito **suspensivo**, que é aquêle que susta a executoriedade da sentença.

Devemos, também, esclarecer que, de acôrdo com a doutrina, a executoriedade de certos efeitos da sentença, pendente de recurso (art. 808, § 1º, do Código do Processo Civil), não sendo consequência da autoridade da coisa julgada ainda não adquirida pela mesma sentença, representa uma espécie de ação destinada a dar efeito ao ato decisório.

Tratando da coisa julgada, devemos dizer que não constitui efeito da sentença, mas, como ensina LIEBMAN, uma qualidade — a **imutabilidade** — que significa tornar-se legalmente **indiscutível** a declaração sentencial.

Essa autoridade da coisa julgada não depende da conformidade entre a lei e a vontade expressa na sentença, tendo, antes, uma justificativa na circunstância de manifestar um mandato de autoridade, que não admite se lhe contraponham dúvidas, nem novas demandas. Assim como a lei vale porque é a lei, assim também vale a coisa

114 — “Comentários”, vol. IV, pág. 11.

julgada, porque é a declaração da vontade do Estado, expressa na lei.

Aduzimos, ainda, que a coisa julgada não cria direito, mas, apenas, o declara, refletindo, através da sentença, certas condições de idoneidade e conveniência de aplicação da lei.

Cumpre-nos, também, esclarecer que constitui norma integrante do instituto da coisa julgada a de que, com o trânsito em julgado da sentença, não deve ser considerada a injustiça de que possa estar a mesma eivada.

Com efeito, nenhuma lide pode ter por objeto a relação tornada imutável pela coisa julgada, por isso que, assim como a lei não é aplicada porque seja encarado o seu conteúdo em face da perfeição da justiça, senão pela própria autoridade que a caracteriza, assim também tem valor a coisa julgada não porque seja justa, mas porque tem com referência ao caso concreto o mesmo poder constante da lei, — que deseja ser interpretada e aplicada pelo juiz.

Permite, todavia, a ordem jurídica que o resultado da relação processual que já tenha sido concluída definitivamente pela coisa julgada, possa ser modificado por força de razões excepcionais, como, por exemplo, quando a injustiça do ato decisório se reveste de tal gravidade, na violação da lei, que a necessidade de sua reparação se superpõe à coisa julgada, promovendo a rescisão da sentença, mediante a ação rescisória.

A existência da referida ação não importa na inexistência da imutabilidade sentencial, mas numa aplicação do ideal de justiça que fôra desrespeitado, gravemente, quando da formação da coisa julgada, inspirando, por êsse motivo excepcional, a rescisão da sentença. Pode até a ação rescisória figurar como proteção à coisa julgada (art. 798, n. I, b).

Concluindo as nossas considerações, conceituamos a coisa julgada como o comando concreto, de caráter jurídico, instituído pelo Estado e imposto aos demandantes, para solução definitiva da relação examinada.

Aduzimos, finalmente, que a ação rescisória, visando à extinção de uma grave desconformidade entre a lei e a sentença, colima, através de caminho diferente, o mesmo escôpo do recurso, qual seja o da realização da justiça; erigindo-se, portanto, em mais um argumento favorável ao direito de recorrer.

CAPÍTULO IV

NOÇÕES GERAIS SÔBRE AS ESPÉCIES DE RECURSO PREVISTAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

I — Objetivo do capítulo. II — Apelação. III — Embargos de nulidade ou infringentes do julgado. IV — Agravo. V — Revista. VI — Embargos de declaração. VII — Recurso extraordinário.

I — Pretendemos oferecer, neste capítulo, para melhor compreensão do estudo que vimos realizando, noções gerais sôbre as espécies de recurso, instituídas pelo art. 808 do Código de Processo Civil, o que faremos, portanto, sem qualquer veleidade de examiná-las em todos os seus aspectos, por isso que refugiria essa tarefa do fim e âmbito desta nossa dissertação, dando margem à elaboração de um tratado.

Vejam, pois, o que dispõe o referido dispositivo legal sôbre os tipos de recurso por êle estabelecidos, para que, em seguida, os possamos estudar, nos lugares que lhes são destinados.

Preceitua o art. 808: “São admissíveis os seguintes recursos:

- I. Apelação;
- II. Embargos de nulidade ou infringentes do julgado;
- III. Agravo;
- IV. Revista;
- V. Embargos de declaração;
- VI. Recurso extraordinário”.

*
* * *

II — Apelação é o recurso interposto para a instância superior, das sentenças definitivas de primeira instância, com o fim de obter a sua anulação, ou a sua reforma total ou parcial, desde que não haja disposição em contrário, para o caso.

É o recurso por excelência, tendo a característica de cumprir o princípio do duplo grau de jurisdição e de transmitir com enorme amplitude o conhecimento da causa do juízo inferior ao superior.

Ataca e impugna as sentenças definitivas que, conforme tivemos oportunidade de esclarecer, são aquelas que resolvem o **mérito** da causa.

LIEBMAN, aproveitando o conceito de CARNE-LUTTI a respeito de **lide**, ajusta-o, para a conceituação de **mérito**, dizendo o seguinte: “Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem a decisões do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improce-

dente e, por conseguinte ,para conceder ou negar a providência requerida” (115).

Não discrepa dessa orientação o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 27 de novembro de 1944, relatado pelo ilustre SEABRA FAGUNDES, do qual consta o seguinte: “Por mérito entende-se tudo aquilo que respeita à substância do pedido, tenha-se em vista a qualidade das partes, ou, sob qualquer de seus aspectos, a existência do direito ajuizado. Ao conceito de questão de mérito opõe-se o de questão processual” (116).

Tratando, ainda, das sentenças definitivas, ponderamos que nem tôdas dão cabimento à apelação, por isso que, como já verificamos, as pronunciadas em ações de valor igual ou inferior a Cr\$ 2.000,00, ensejam, apenas, embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração (art. 839 do C. P. C.). São as chamadas sentenças de **alçada**.

Devemos acrescentar, todavia, que qualquer seja o valor da causa, caberá sempre apelação voluntária para a instância superior das sentenças prolatadas nas ações referentes ao estado e à capacidade das pessoas (art. 141 do C. P. C.), bem assim naquelas contrárias à União, Estado ou Município.

Há, ainda, casos de sentenças definitivas que não possibilitam o recurso de apelação, como, por exemplo, as previstas no n. XV do art. 842 do Código de Processo, (títulos XVI a XXII do livro V) as quais dão cabimento à interposição de agravo de instrumento.

A apelação pode ser **voluntária** e **necessária**, sendo a primeiro interposta, facultativamente, pela parte, pelo Ministério Público e pelo terceiro prejudicado; e a segunda, também chamada **ex-officio**, manifestada pelo juiz

115 — Artigo publicado pela “Revista de Direito”, vol. 146, pág. 466.

116 — In “Revista dos Tribunais”, vol. 154, pág. 775.

prolator da sentença, nas situações impostas pela norma legal (art. 822 do C. P. C.).

A apelação necessária constitui uma derrogação da regra, mediante a qual, o reexame recursal depende da iniciativa produzida pela vontade do vencido. Sua explicação reside na natureza jurídica do caso concreto, ou, então, na qualidade da parte vencida, sendo exemplos, respectivamente, dessas situações motivadoras da apelação **ex-officio**, as sentenças relativas ao estado das pessoas e aquelas contrárias à União, o Estado ou o Município.

Representa, igualmente, o recurso **ex-officio** um privilégio, que atenta contra o princípio da igualdade de todos em face da lei, sendo, por isso, considerado por alguns como uma afronta aos princípios democráticos informativos do processo.

Sendo um ato obrigatório por força da lei, importa a sua omissão numa inobservância da norma legal que a instituiu, podendo, nêsse caso, qualquer das partes, ou o M. P., quando houver intervenção sua na demanda, recorrer à instância superior, no prazo devido, ou, então, representar alegando a falta, a fim de que o Tribunal determine a remessa dos autos, para o julgamento do recurso.

Devemos, aliás, esclarecer que a apelação necessária, se bem seja um recurso estabelecido pela lei, não é propriamente um recurso no sentido rigoroso da técnica jurídica, sendo, antes, uma providência acautelatória de interesses protegidos pela ordem pública.

Assim, apresenta a apelação **necessária** uma característica que lhe dá feição própria, consubstanciada em seu objetivo, que não é o de obter a modificação ou reforma da sentença, como se verifica com relação aos recursos em geral, mas o de provocar um **reexame**, considerado obrigatório pela lei. Com efeito, não há nela interesse, mesmo

porque seria estranho pudesse o juiz — que deu a sentença — naturalmente convicto de sua justeza, manifestar interesse em sua reforma, insurgindo-se, por intermédio dessa apelação, contra a sua própria autoridade. O que existe é, apenas, uma provocação a reexame da relação discutida, refletida na sentença. Com a criação dessa apelação, ampliou a lei o conceito de recurso, que, em face dêsse caso, constitui um meio de provocar o reexame da sentença recorrida, ou seja, a sua reapreciação.

Dada a sua qualidade de reexame obrigatório, somente transita em julgado a sentença, se fôr manifestada essa apelação.

Versando a respeito do recurso necessário, ensina LIEBMAN que não tem o mesmo paralelo no direito italiano, sendo que BATISTA MARTINS vai mais longe, considerando-o sem correspondência na legislação comparada (117).

Voltando a falar da apelação voluntária, dispensamos de tecer comentários em torno do titular do direito de apelar, vez que, no tocante à matéria, são suficientes as nossas considerações, explanadas no primeiro capítulo, sobre quem pode recorrer. Queremos, entretanto, ressaltar que existem legislações que não atribuem direito de apelar ao terceiro, como, por exemplo, a italiana e a francesa, que, entretanto, lhe concedem a faculdade de atacar a sentença que lhe causar prejuízo, respectivamente, pela "**opposizione del terzo**" e pela "**tierce opposition**", que constituem espécies de recurso, com caráter autônomo, objetivando a declaração judicial de que os efeitos da sentença "**inter alios**" não atinge o seu interesse.

A apelação pode visar à anulação da sentença, ou de

117 — Nota, in "Instituições", CHIOVENDA, vol. III, pág. 347; "Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais", pág. 202.

todo o processo, ou ainda, à modificação da sentença, no todo ou em parte.

Antigamente, de acôrdo com as Ordenações e com a doutrina de alguns praxistas, devolvia a apelação à instância superior o conhecimento integral das questões decididas pelo juiz de primeira instância, de modo que o recurso era **comum** às partes, possibilitando desse o Tribunal provimento tanto à pretensão do apelante como à do apelado. Era o **princípio da comunhão** da apelação. Assim, se a parte não interpuzesse apelação do ponto da sentença que lhe fôsse prejudicial, mas houvesse apelação do adversário, podia o Tribunal considerar o gravame sofrido pelo que não recorrera, desagravando êste no tocante ao seu prejuízo.

Atualmente, em nosso direito, devemos distinguir a apelação **total** da apelação **parcial**. Na primeira, podendo o Tribunal conhecer de tôda a causa, pode, igualmente, decidir livremente tôdas as questões examinadas e julgadas pelo primeiro juízo. Na segunda, o mesmo não ocorre, por isso que não é lícito ao Tribunal reformar a sentença na parte de que não foi interposto o recurso apelatório, uma vez que, nêsse ponto, já se verificou a coisa julgada.

Vemos, pois, que a extensão do efeito devolutivo da apelação é limitado à fixação imposta pelos têrmos desta, em obediência à norma de que "**tantum devolutum quantum appellatum**".

Exigindo o nosso código que o apelante decline as razões do pedido da nova decisão, deve o Tribunal restringir-se ao âmbito do mesmo pedido.

E tanto isso é certo que, ao determinar o art. 824 que "a apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas na ação", ressalva a hipótese constante do art. 811, que preceitua possa a sentença ser "impugnada no todo ou em parte, presumindo-

se total a impugnação, quando o recorrente não especificar a parte de que recorre”.

Verificamos, também, que, se o recorrente apelar, apenas, parcialmente, da sentença, e o adversário não recorrer, estará o Tribunal impossibilitado de tomar conhecimento da parte da sentença de que não houve recurso, por ter sido esta protegida pela coisa julgada.

Examinando êsse assunto, declara LIEBMAN que “desconhece o direito brasileiro a regra que proíbe a **“reformatio in peius”** da sentença apelada; isto porque conservou o conceito tradicional da comunhão da apelação em seu pleno significado — “a apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação”: art. 824. Quando a sentença contém vários artigos ou capítulos, independentes entre si, de modo a poderem decompor-se numa pluralidade de decisões apenas formalmente unidas num só ato, a apelação pode ser parcial (art. 811) —; no âmbito, porém, de cada artigo o conhecimento do Tribunal é necessariamente completo e seus poderes não são de modo algum diversos pelo fato de que a apelação se haja interposto por uma ou outra parte ou eventualmente por ambas. O caráter “comum” da apelação foi afirmado enèrgicamente por JUSTINIANO na Constituição”.

Referindo-se ao direito italiano, afirma que o mesmo instituiu “a figura da apelação incidente que o apelado pode propor também depois de decorrido o prazo para apelar. Com êste meio, o apelado que, em caso de derrota parcial, se teria conformado com a sentença do primeiro juiz, pode, se o adversário apelar, por sua vez pedir a reforma da sentença a seu favor. Essa doutrina passou do código francês para a maior parte dos direitos europeus e foi agasalhada, por último, também, pelo recente Código de Processo Civil Português, que, no art. 682, prevê ex-

pressamente a figura do recurso “subordinado” (118).

GABRIEL REZENDE, após confrontar os arts. 824 e 811 do Código de Processo, esclarece o assunto, dizendo o seguinte: “a **reformatio in pejus** está, assim, **vedada**, pois se o apelante recorre parcialmente da sentença (isto é, da parte desfavorável), e o adversário não recorre, o Tribunal não poderá conhecer da parte da sentença de que não houve recurso, por ter passado em julgado”. (119).

BATISTA MARTINS, dando a sua opinião a respeito da matéria ora focalizada, assevera que “os poderes do juiz de segundo grau têm a mesma extensão e o mesmo conteúdo dos do juiz de primeiro grau. Mas, a integralidade dessa devolução é condicionada, nos termos da ressalva, ao preceito do art. 811...” E, mais adiante, acrescenta: “do princípio proibitivo da **reformatio in pejus** pode-se dizer o que, acêrca do abuso do direito e do enriquecimento sem causa, foi dito por HAURIUO, porque, como aquêles, êsse princípio faz parte integrante de uma superlegalidade. Poderiam e deveriam todos êles, ser insertos na constituição escrita, do mesmo modo que o princípio da irretroatividade legal. São princípios, não da constituição política, mas da constituição social, pelo mesmo título que o são os da liberdade individual, da organização da família e da propriedade. São, finalmente, os princípios constitucionais do comércio jurídico” (120).

Dois são os efeitos da apelação: o **devolutivo** e o **suspensivo**.

O primeiro é o efeito característico da apelação, sendo-lhe mesmo essencial, por isso que realiza o duplo grau de jurisdição. Se a apelação fôr recebida, apenas, nêsse efeito, será lícito ao juiz inovar no processo, determinando o seu prosseguimento executório, sem, entretanto, pro-

118 — Nota in “Instituições”, CHIOVENDA, vol. III, págs. 356-357.

119 — Ob. cit. pág. 112.

120 — “Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais” págs. 213-214.

mover qualquer providência que diga a respeito à sua cognição.

O efeito suspensivo é o que susta a executoriedade da sentença. Assim, se a apelação, atendendo à regra geral (art. 830, § 2º), fôr recebida nos dois efeitos, cessa, inteiramente, a atuação do juiz, no processo.

No nosso direito, em determinados casos, poderá a apelação ser recebida sòmente no efeito devolutivo, podendo, assim, a sentença ser executada provisòriamente, embora pendente o recurso (art. 830, ns. I a IV — despejo por falta de pagamento do aluguel), em atenção a várias razões, que podem resultar do caráter da ação a que se refere, da pequena probabilidade de reforma sentencial, ou então, da necessidade de que sejam promovidas providências que evitem prejuízo insanável, caso não se realize a execução. Muitas vezes, a demora da execução é mais prejudicial do que o seu desfazimento, no caso de ser dado provimento ao recurso.

Preceituando o art. 824 que a apelação devolverá à segunda instância o conhecimento integral das questões suscitadas na ação, está fazendo referência às questões de fato, uma vez que as questões de direito podem ser livremente discutidas em qualquer instância. Assim, é perfeitamente lícito ao Tribunal aplicar ao caso examinado outra norma legal, desprezando, portanto, a que fôra utilizada pelo juízo inferior. O que a lei veda é, portanto, que sejam oferecidas novas pretensões na superior instância, novas questões de fato. Há, entretanto, legislações que o admitem, como por exemplo, a alemã, que possibilita novos meios de ataque ou de defesa naquela instância, desde que não haja malícia ou manifesta negligência da parte.

Nos primeiros tempos do Império Romano, de acòrdo com a Constituição do Imperador Deocleciano, podia a parte provocar na instância do reexame quaisquer questões novas não discutidas na primeira instância, o que

concedia enorme amplitude à compreensão do recurso apelatório. Posteriormente, entretanto, os Imperadores Teodósio, Arcádio e Honório proibiram fôsem suscitadas novas discussões no juízo superior, ressalvada a hipótese em que as mesmas estivessem diretamente vinculadas ao que fôra examinado na primeira instância. Essa orientação foi, também, reforçada por Justiniano numa de suas constituições.

No regime das Ordenações Filipinas, era plena a apelação, sendo aceito, como na lei alemã, que “as partes litigantes pudessem alegar e provar na causa da apelação, qualquer razão nova, que na outra instância não tivessem alegado”, ressalvada, entretanto, a hipótese em que, maliciosamente, tivessem permanecido inativas na primeira instância.

Atualmente, em nosso direito, é muito limitada a atividade das partes no juízo de apelação, pelo que não podem arguir fatos novos, nem opor novas defesas, excetuada, entretanto, a alegativa de prescrição, que, por fôrça do art. 162 do Código Civil, pode ser manifestada em qualquer instância.

De acôrdo com o nosso direito judiciário, sendo uma só a relação processual, deve o material de cognição produzido na primeira instância ser aproveitado pela segunda, que, assim, o reaprecia, sem que, no entanto, seja permitida a reprodução da prova, a não ser em caso de fôrça maior, quando, então, é possível o emprêgo de novos elementos, por uma razão de equidade.

Vemos, portanto, que a apelação não transmite ao conhecimento da instância superior, o integral conhecimento da causa, mas das mesmas questões já anteriormente examinadas, para que se possa cumprir a característica da apelação, representada pelo exercício do duplo grau jurisdicional.

Devemos, finalmente, aduzir que a sentença proferi-

da pela superior instância substitui a que tiver sido pronunciada pela instância inferior, podendo, entretanto, esta servir àquela, como elemento de interpretação.

*
* *

III — Invocando JOÃO CLAUDINO, podemos conceituar os **embargos de nulidade e infringentes do julgado** como o recurso interposto para o mesmo juiz ou tribunal prolator da decisão, perante o órgão competente para o seu julgamento, a fim de que a mesma decisão seja anulada ou reformada, total ou parcialmente (121).

No direito romano, era desconhecida essa espécie de recurso, pelo que, pronunciada a sentença, findava-se o ofício do juiz, que, assim, estava impossibilitado de retificar o seu julgamento.

Orientaram-se, entretanto, noutro sentido as Ordenações Afonsinas, que, em seu Livro 3º, tít. 105, instituíram os **embargos modificativos**, que atacavam a decisão, em sua extensão ou em algum ponto acidental.

Posteriormente, surgiram os **embargos ofensivos**, regulados pelas Ordenações Manuelinas, Livro 3º, tít. 71, pars. 18 a 21, os quais se destinavam a impugnar, diretamente, a sentença, em seu ponto fundamental e em caráter total.

Por sua vez, o nosso Regulamento nº 737, de 25-11-1850, em seus arts. 662 e 663, deu guarida a êsses embargos, classificando-os, também, em modificativos e ofensivos.

Em sua forma originária, nosso Código de Processo adotou a figura dos embargos, dando-lhes a denominação de embargos de nulidade e infringentes do julgado, sem,

121 — “Dos Recursos no Código de Processo Civil”, págs. 179-180.

portanto, classificá-los com aquêles nomes pelos quais eram conhecidos anteriormente.

Comentando o art. 833, em sua feição inicial, ensina BATISTA MARTINS que o mesmo, “partindo do pressuposto de que nenhum interêsse de ordem superior legitima os embargos infringentes e de nulidade, reduziu ao mínimo a sua esfera de incidência”, admitindo-os, sòmente, quando não fôsse unânime o acórdão que, em grau de apelação, houvesse reformado a sentença.

E acrescenta: “como se vê na redação originária ia-se além do princípio da dupla conformidade, no tocante aos pressupostos dos embargos, porque o acórdão, mesmo reformatório da sentença, era ainda inembargável, quando unânime”. (122).

Após sofrer o art. 833 as modificações que lhe foram impostas pelo decreto-lei n. 2.253, de 30 de maio de 1940; e pelo decreto-lei n. 4.565, de 11 de agosto de 1942, adquiriu a redação que tem, atualmente, pelo decreto-lei n. 8.570, de 8 de janeiro de 1946, tendo, ainda, recebido da lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949, o seu parágrafo único.

Devemos esclarecer que, embora a atual redação do art. 833 não faça distinção expressa entre embargos **modificativos** e **ofensivos**, estão essas duas espécies abrangidas pelos **embargos de nulidade e infringentes do julgado**, que se destinam a impugnar, **parcial** ou **totalmente**, o acórdão, anulando a sentença ou o processo, ou ambos; ou ainda, reformando em parte ou no todo o ato decisório.

Dispõe o art. 833 o seguinte:

“Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de

122 — “Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais”, pág. 239.

apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”.

A doutrina tem mencionado a inutilidade da distinção entre embargos **infringentes** e de **nulidade**, argumentando que esta última espécie também significa a infringência da decisão.

SEABRA FAGUNDES, entretanto, nos oferece a justificação do texto, dizendo o seguinte: “como faz sentir muito bem o douto AFONSO FRAGA, os embargos de nulidade também conduzem à infringência da sentença, sendo em rigor ociosa a menção que, especificamente, lhes faz o art. 833 (Instituições do Processo Civil do Brasil, vol. III, pág. 139). Todavia, percebe-se a intenção do legislador de prevenir a chicana que, à sombra de texto onde não se referisse essa espécie de embargo, sustentasse a sua abolição, pois a tanto se prestaria a tradicional diferenciação dos embargos de nulidade, como meio de embargar o acórdão por questões processuais, e dos embargos infringentes, como meio de impugná-lo sob aspecto de mérito” (123).

Dão cabimento aos embargos de nulidade e infringentes do julgado as decisões pronunciadas em apelação; em ação rescisória; nos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, nos têrmos do art. 783 § 2º, excetuados os acórdãos prolatados em conflitos de jurisdição e em mandados de segurança; em julgamentos do Supremo em que a decisão de uma Turma divergir

123 — Ob. cit. pág. 378 (Nota).

da de outra ou de decisão emitida pelo Tribunal Pleno; em ação de valor igual ou inferior a Cr\$ 2.000,00, por ser inapelável a sentença; e em apelação, ação rescisória, bem assim, em executivo fiscal, nos casos regulados pelo art. 73, do Decreto-lei nº 960, de 17-12-1938, julgados pelo Tribunal Federal de Recursos.

Cumpre-nos explicar que as decisões do Supremo Tribunal, nas ações de sua competência originária, para serem embargáveis, prescindem de satisfazer o requisito da **não unanimidade**, o que encontra justificativa na circunstância de, nesses julgamentos, não haver outra oportunidade de reexame do processo e da respectiva decisão, por isso que é a sentença pronunciada em primeira e última instância.

Bem diversa é a situação dos acórdãos embargáveis proferidos pelo Tribunal Federal de Recursos e pelos Tribunais de Justiça, quando, então, se torna indispensável não sejam os mesmos unânimes. Com essa orientação, extinguiu a nossa lei o critério da dupla conformidade exigido pela primitiva redação do art. 833, menosprezando a orientação da sentença de primeiro grau, a qual é irrelevante para o cabimento dos embargos, uma vez que não é feita distinção entre os acórdãos que confirmam e os que reformam aquêle ato decisório.

Sendo considerada a facilidade com que os juízos colegiados julgam sem o critério da **unanimidade** e, ainda a circunstância de constituir o requisito da **não unanimidade** a única exigência para que os acórdãos, nos casos especificados, sejam embargáveis, verificamos que figuram os embargos como um recurso muito comum, concorrendo, assim, com a sua freqüência, para que sejam sobrecarregados os Tribunais do País, em detrimento dos serviços judiciários e da aplicação da justiça.

Tratando da extensão dos embargos, devemos acentuar que a mesma precisa ser considerada, em função do

interêsse do recorrente, o qual justifica o recurso, como reflexo do gravame.

Cumpre-nos, ainda, ressaltar que, no julgamento dos embargos, não poderão as partes provocar novas questões de fato, podendo, todavia, arguir questões de direito.

Sendo o permissivo constante do art. 824, § 1º, do Código de Processo, matéria de exceção, exclusiva do juízo apelatório, entendemos que, no caso dos embargos, não tem aplicação, pelo que, ainda havendo prova de justo impedimento, não poderão as partes alegar, nêsse julgamento, matéria nova.

Quanto aos efeitos, devemos dizer que, não tendo a lei feito referência aos mesmos, no tocante aos embargos, produzem êstes o efeito suspensivo que, como é claro, se exerce unicamente com relação ao acórdão embargado, não se referindo às decisões anteriores. Se, portanto, a apelação referente ao acórdão tiver sido recebida, somente no efeito devolutivo, a interposição dos embargos não altera a executoriedade da sentença apelada, ainda que o acórdão embargado contenha a sua reforma.

O efeito devolutivo nem sempre acompanha os embargos, uma vez que só tem cabimento, quando o juízo dos embargos não se identifica com o do julgado embargado, havendo, portanto, para a verificação dêsse efeito, necessidade de transmissão do conhecimento da relação, de um julgador a outro.

Do contrário, ocorreria, apenas, o efeito retratativo dêsse recurso.

Vamos, agora, examinar o problema da necessidade dos embargos com relação aos casos em que têm cabimento, de acôrdo com a nossa sistemática processual.

Entendemos, de logo, que embora reflitam os embargos manifestados das sentenças de valor inferior ou igual a Cr\$ 2.000,00, o reexame da decisão recorrida, sendo o julgador um só, ou seja, o juiz prolator do ato decisó-

rio impugnado, não recebe cumprimento integral o princípio do duplo grau de jurisdição, como meio consagrado de acerto da vontade jurídica.

Por outro lado, somos de opinião que não deve o critério econômico que serve de explicação a esse recurso, sobrepor-se àquêle princípio do duplo grau jurisdicional, que representa uma garantia natural de melhor aplicação da justiça.

Com efeito, embora seja até ridículo, em face do valor atual dos bens, aquêle limite de Cr\$ 2.000,00, admitimos que possam as causas dêsse valor envolver relevante interesse para determinadas pessoas, abrangendo, também, discussões que merecem passar pelo crivo de uma instância superior.

Pensamos que, nêsse caso, não devemos considerar a situação econômica da demanda, mas, sobretudo, o valor do direito em si e a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição, sendo, em consequência, eliminado qualquer limite econômico oposto à apelação.

Compreendendo muito bem essa situação, pondera SEABRA FAGUNDES que “nem sempre o pequeno valor econômico da demanda correspondente à sua pequena importância jurídica. Demandas há de minguado valor, que envolvem graves controversias de direito”. E acrescenta: “Quem, como advogado, já tenha atuado no setor da assistência judiciária, patrocinando desamparados da fortuna, sabe, com segurança, que as questões de pequeno valor, questões dos que não têm nada, envolvem, frequentemente, complexos problemas de direito e penosos aspectos de prova” (124).

Quanto aos embargos previstos pelo art. 833, § único, devemos esclarecer que constituem uma figura anômala, por isso que têm a natureza do recurso de revista, mas, assim, não foram classificados, nem chamados, em con-

124 — Ob. cit., págs. 411-412.

sideração à qualidade e autoridade do Supremo Tribunal. Representam, pois, um erro de técnica legislativa, que tem ainda a desvantagem de atribuir a amplitude do efeito transmissivo do conhecimento da relação de direito versada, — próprio dos embargos, a um autêntico recurso de revista, cujo efeito se restringe à verificação e julgamento da divergência.

Somos, portanto, por que seja dada a merecida feição e denominação de **revista** a êsse recurso de embargos, regulado pelo § único do art. 833, devendo ser conservado como um meio necessário à correção das divergências entre as decisões das Turmas, ou entre as decisões destas e as do Tribunal Pleno, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Fazendo o art. 833 referência à possibilidade de embargos, quando não fôr unânime a decisão pronunciada em mandado de segurança, cabe-nos declarar que a Lei n. 1.533, de 31-12-51, derogou o disposto na mencionada norma legal, afastando o cabimento dêsses embargos, no que já recebeu a consagração da jurisprudência.

Versando a respeito dos embargos de nulidade e infringentes do julgado, após dizer que êles não têm paralelo na legislação comparada, declara BATISTA MARTINS o seguinte: “sem ter por si o atributo da romanidade, ou qualquer fundamento de ordem científica, o recurso de embargos tende a desaparecer, em futuro próximo ou remoto, da nossa legislação processual”, acrescentando que “com o julgamento da apelação está satisfeito o princípio da dualidade de graus da jurisdição” (125).

Realmente, quer se destinem os embargos ao acórdão, a infringí-lo, ou a obter a declaração de sua nulidade, refletem, sempre, uma transigência para com o interesse individual, em detrimento do princípio da economia pro-

125 — “Recursos Ordinários...”, pág. 238.

cessual, consagrado, hodiernamente, nas principais legislações.

São, assim, os embargos aproveitados como expediente destinado à procrastinação dos feitos, tendo, ainda, a desvantagem de sobrecarregar os Tribunais, razões que, somadas às anteriores, legitimam a supressão desse recurso, excetuados os referentes aos julgamentos nos processos da competência originária do Supremo Tribunal, que devem permanecer, excluídos deles os relativos a mandado de segurança e conflito de jurisdição, como salientamos, antes. Devem, ainda, permanecer os embargos, — mas com a feição e denominação de recurso de revista, — regulados pelo § 1º do art. 833, por isso que atendem a uma relevante necessidade do processo.

Ainda como argumento em favor da supressão dos embargos infringentes e de nulidade, devemos aduzir que, sendo a apelação o recurso por excelência, como meio normal de impugnação das sentenças definitivas de primeiro grau, deve o seu julgamento constituir a satisfação recursal do dever de jurisdição, vez que tutela integralmente a pretensão dos demandantes, possibilitando-lhes o reexame da causa por um juízo coletivo de categoria superior à do juízo recorrido.

Vemos, assim, que deve representar a decisão do recurso apelatório, independentemente da interposição de embargos, o cumprimento da prestação jurisdicional, no tocante a meio recursal, dando solução à causa, mesmo porque, após a apelação, ainda existem, como providências de acertamento da vontade jurídica, o recurso de revista, o recurso extraordinário, e, em casos excepcionais, a ação rescisória.

Somos, portanto, inteiramente contrários à permanência desse recurso em nosso Código, nos casos de apelação, por considerá-lo uma superfluidade, devido ao seu caráter de reiteração do recurso apelatório, pretendendo

corrigir situações para as quais, sob certos aspectos, existem, ainda, em nossa lei outros meios de correção, como o recurso de revista, o recurso extraordinário e a ação rescisória.

Entendemos, pois, que assiste inteira razão a BATISTA MARTINS, quando considera os embargos um “**bis in idem**”: o segundo tempo do recurso de apelação” (126).

Opinando, também, no sentido da eliminação dos embargos cabíveis contra decisão em ação rescisória, invoquemos, para melhor compreensão do nosso ponto de vista, o modo de pensar de PONTES DE MIRANDA, segundo o qual, “na ação rescisória há **juízo de julgamento**. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a **sentença passada em julgado**, a prestação jurisdicional, não apenas **apresentada** (seria recurso), mas já **entregue**. É remédio processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda, — porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença, — a “**sententia lata et dada**”.

Verificamos, pois, que a ação rescisória pressupõe a reapreciação do processo anterior refletido na sentença rescindenda, pelo que não tem o aspecto de conhecimento inicial da causa.

LIEBMAN, considerando esse ponto, chega a declarar que “a ação rescisória apresenta, por conseguinte, o corpo de uma ação, mas a alma de um recurso” e acrescenta: “em geral, para explicar a possibilidade do novo julgamento da controversia, diz-se que a ação rescisória se acumula com a ação adequada ao caso concreto”.

Logo, se assim é, e se o julgamento da ação rescisória é realizado por um juízo colegiado que, por várias razões, tem mais probabilidade de julgar com acerto, dispensáveis se tornam os embargos nesse caso, tanto mais

126 — Ob. cit., pág. 239.

quanto, ainda poderia o acórdão ser impugnado, mediante o recurso de revista, o recurso extraordinário e até mesmo por outra ação rescisória.

Cumpre, ainda, invocar LIEBMAN, quando, examinando nosso sistema de recursos, diz: “o resultado é que, embora haja o código em vigor empreendido um esforço de simplificação, o direito brasileiro conta, em cotejo com os outros direitos modernos, um número demasiado grande de recursos. Razão assiste a AFONSO FRAGA (“Instituições do Processo Civil”, vol. III, pág. 23). ao afirmar que é de se desejar ulterior e maior simplificação” (127).

Formulou, assim, o ilustre jurista um argumento em favor da redução do número de recursos do sistema brasileiro, redução essa, que entendemos, poder, de logo, atingir os embargos de nulidade e infringentes do julgado, dos quais somente devem ser mantidos os referentes aos julgamentos nos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, com a ressalva relativa a mandado de segurança e conflito de jurisdição, bem assim, devendo permanecer o recurso regulado, como embargos, pelo § único do art. 833, o qual deve figurar como recurso de revista.

*

* *

IV — O agravo, qualquer seja a sua denominação ou espécie, inspira-se no mesmo objetivo da apelação, quando visa ao cumprimento do princípio do duplo grau jurisdicional.

Distingue-se, entretanto, o agravo da apelação, por isso que, enquanto esta representa o recurso cabível, em regra, das sentenças definitivas de primeira instância,

127 — Em notas às “Instituições” de CHIOVENDA, vol. III, págs. 281 297.

constitui aquêlê, de igual modo genérico, o recurso que tem cabimento na impugnação das decisões interlocutórias. Pode, assim, o agravo ser considerado, em contraposição ao conceito atribuído à apelação, como o recurso interposto das decisões que não solucionam o mérito da causa. É verdade que existem sentenças julgadoras do mérito que ensejam o agravo de instrumento, mas configuram êsses atos decisórios situações excepcionais que não têm o poder de abalar o conceito fundamental do agravo perante o nosso direito.

JOÃO MONTEIRO, entretanto, observa o agravo, através de outro aspecto, ou seja, em face da lei, definindo-o como “o recurso interposto para juiz superior a fim de que êste modifique ou reforme algum despacho nos casos expressamente determinados na lei”.

Examinando essa definição, opina AFONSO FRAGA que, sob o ponto de vista legal, pode a mesma ser aceita, mas não merece acolhida no tocante à doutrina, uma vez que restringe ou reduz o recurso aos casos estabelecidos pelo direito positivo. Acrescenta, então, que a norma certa dispõe que “tôda sentença, cujo gravame gere o interesse de reformá-la, é recorrível, ou simplificando, tôda sentença definitiva ou interlocutória prejudicial à parte é suscetível de recurso. Sendo esta a regra, geralmente reconhecida, tanto pela doutrina como pela legislação dos povos cultos, o direito pátrio, em vez de determinar os casos em que se dão os agravos, devia, ao contrário, “**ad instar**” do francês e italiano, indicar os casos em que êles não têm lugar, vale dizer, devia estabelecer a regra de serem permitidos os agravos de tôda sentença interlocutória e das mistas inapeláveis; e, em seguida, abrir as exceções à mesma regra”. Conclui, então, que “a regra geral é conceder-se o recurso das sentenças interlocutórias, excluindo-se dela, por exceção, as que a lei explicitamente determinar”, o que, todavia, não foi respeitado

pelo nosso direito. E, assim, em harmonia com a doutrina define o agravo como “a provocação das decisões proferidas em primeira instância antes da sentença final, para o juízo do segundo grau de jurisdição” (128).

Vemos, pois, que, no que diz respeito à conceituação do agravo, diverge a doutrina, sendo que, com JOÃO MONTEIRO, estão MARTINHO GARCÊS e PEREIRA E SOUSA; e adotando a opinião de AFONSO FRAGA, podem ser citados, TEIXEIRA DE FREITAS e SEABRA FAGUNDES.

JOÃO CLAUDINO, após abordar aquela divergência sobre o assunto, considera o “agravo como o recurso interponível contra decisões interlocutórias ou definitivas, nos casos expressamente previstos em lei, e contra as decisões que ponham fim ao processo principal sem lhe resolverem o mérito”, acrescentando que a sua “conceituação parece abranger tôdas as espécies de recurso de agravo no direito atual”.

Feitas essas considerações em torno do conceito do agravo, focalizemos a sua classificação. De acordo com o art. 841 do Código de Processo, os agravos serão **de instrumento, de petição, ou no auto do processo**, podendo ser interpostos no prazo de cinco dias.

AGRAVO DE INSTRUMENTO — O agravo de instrumento, como a sua própria denominação indica, sobe ao conhecimento da instância superior, em apartado, constituindo autos especiais, formados pelas peças, extraídas dos autos, necessárias à reapreciação naquele segundo juízo, de determinadas questões, sem que se verifique a suspensão da marcha da causa.

A sua admissibilidade não está manifestada numa fórmula geral, tendo esse recurso cabimento em casos taxativamente previstos pela lei, representada pelo Código

128 — Ob. cit., pág. 378 (Nota).

de Processo Civil e leis processuais de caráter específico.

O art. 842 do Código discrimina 16 (dezesseis) casos em que é possível o seu cabimento, vez que o dec.-lei n. 8.570, de 8. 1.46, suprimiu o agravo mencionado no número XIV daquele dispositivo, reduzindo, assim, a discriminação anterior, que constava de 17 situações especificadas.

As decisões mencionadas pelo referido dispositivo legal têm caráter interlocutório, excetuadas as abrangidas pelo nº XV, títulos XVI a XXII do livro V do Código, as quais configuram sentenças definitivas. Já o n. XV — da habitação — incidente — contido, também, no citado item do art. 842, diz respeito a uma decisão interlocutória.

Antigamente, a distinção entre os agravos de instrumento e de petição atendia a um critério de sentido geográfico. Com efeito, de acôrdo com o Regulamento de 15 de março de 1.842, tinha cabimento o agravo de petição quando a Relação ou juiz de direito, competente para o julgamento, se encontrava no têrmo ou dentro de cinco léguas do lugar de onde era interposto êsse recurso (art. 15), ressalvadas algumas exceções.

Era, então, cabível o agravo de instrumento quando o juízo superior estava localizado além de cinco léguas do juízo inferior. E, como não subia êsse recurso nos próprios autos da causa, mas, em separado, mediante instrumento, constante das peças anexadas pelo agravante, recebeu a denominação por que hoje o conhecemos. Assim, não tinha êsse agravo efeito suspensivo, devolvendo, apenas, ao juízo do reexame o conhecimento da parte de que era interposto o recurso.

Atualmente, o critério de diferenciação entre aquelas duas espécies de recurso, é o legal, que atende à discriminação feita pela lei, de conformidade com a natureza das sentenças.

O agravo de instrumento produz, via de regra, o efeito devolutivo, podendo, entretanto, devido à gravidade das providências emanadas de certas decisões e à precariedade da reparação dos danos delas oriundos, determinar o efeito suspensivo. É, todavia, restrita a suspensividade dêsse efeito, uma vez que a suspensão do julgado se restringe ao ponto em que a execução possa ocasionar grave prejuízo.

No agravo de instrumento, podendo o juízo **a quo** manter ou reformar a sua decisão, surge oportunidade para o efeito retratativo do mesmo recurso. Aliás, verificando-se a retratação sôbre a decisão agravada, deixa o agravo de instrumento de passar pelo crivo de dois juízos, ensejando, entretanto, possa a parte prejudicada pela mesma reconsideração, oferecer o seu recurso, desde que haja cabimento para o agravo a ser por ela interposto (art. 845, § 7º).

AGRAVO DE PETIÇÃO — É o recurso que tem cabimento das decisões interlocutórias mistas, pronunciadas pelos juízes de primeira instância (art. 846 do C. P. C.).

Solucionando essas decisões um incidente da causa, impedem o julgamento da questão principal, dando término ao processo. Embora sem decidir o mérito, dispõem da força peculiar às sentenças definitivas.

O agravo de petição produz, sempre, os efeitos devolutivo e suspensivo. Assim é que, transmitindo o conhecimento da questão a outro juízo, importa esta sua finalidade na verificação do efeito devolutivo.

Êsse efeito, todavia, sòmente se exerce após o pronunciamento do juiz inferior, mantendo a sua decisão. Se, entretanto, fôr reformado o ato decisório, desaparece o escôpo dêsse recurso e, em conseqüência, o seu efeito devolutivo. Ocorrendo, todavia, o contrário, ou seja, a permanência da decisão, finda-se o poder jurisdicional do

juiz **a quo**, sendo transmitido, no que se refere ao ponto impugnado, ao juízo **ad quem**.

O efeito suspensivo é uma decorrência necessária da natureza dêsse agravo, por isso que, sendo interposto de decisão que põe fim ao processo sem lhe decidir o mérito, a sua interposição pressupõe a inexistência de provimento a executar. Dada a sua natureza, é o agravo de petição interposto nos próprios autos da causa.

Conceituando êsse agravo, em sua plenitude, JOÃO CLAUDINO o considera “o recurso cabível, nos casos expressos em lei, contra as decisões interlocutórias e definitivas e, de modo geral, contra as decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito, ressalvados os casos expressos de agravo de instrumento”.

Se o juiz indeferir o agravo de petição, ou lhe negar seguimento, pode o agravante, de acôrdo com o art. 850 do Código, requerer ao escrivão que promova a formação do instrumento com as peças necessárias ao exame da matéria pela instância superior.

Comentando BATISTA MARTINS o referido dispositivo, pondera que essa prerrogativa atribuída ao agravante possibilita o seu acesso ao segundo juízo, “transformando, por êsse meio, a natureza de seu agravo”. Nesse caso, no requerimento dirigido ao escrivão, êle indicará as peças com que pretende que se forme o instrumento, tendo a precaução de subministrar ao juízo **ad quem** todos os esclarecimentos necessários, a fim de que lhe seja possível proferir desde logo o julgamento definitivo”. E acrescenta: “quando a lei suprimiu a antiga carta testemunhável, dando-lhe o sucedâneo do art. 850, foi precisamente para possibilitar ao Tribunal **ad quem** um só julgamento. Improcede, dessarte, a sugestão de ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, no sentido de formar-se por economia, instrumento incompleto, capaz de servir de base

ao simples julgamento da preliminar de dever, ou não, subir o agravo de petição”.

Explica, então, que a **economia** objetivada pela lei é, apenas, de caráter processual, sendo que a substituição da antiga carta testemunhável pelo agravo de instrumento atendeu, precisamente, à vantagem de ensejar um só julgamento: o da preliminar, a que se relaciona a crítica, e, ao mesmo tempo, o mérito do agravo. Conclui, então, dizendo que, não fôsse êsse o escôpo da lei, nenhuma utilidade resultaria da eliminação daquele tradicional recurso em nosso direito (129).

Estudando o assunto, afirma GABRIEL REZENDE que essa providência conferida ao agravante configura “a hipótese da transformação do agravo de petição em agravo de instrumento”, no que, aliás, é secundado nessa opinião por SEABRA FAGUNDES (130).

JOÃO CLAUDINO, entretanto, se insurge contra essa orientação, argumentando que o agravo de petição não se transmuda em agravo de instrumento, “mas sim é levado ao conhecimento do juízo **ad quem** em forma de instrumento”. E acrescenta que, quisesse o legislador instituir mais êsse caso de agravo de instrumento, teria dito, apenas, que seria êste o recurso cabível para aquela situação, o que, entretanto, não se verificou (131).

AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO — O agravo, ora examinado, vale como protesto ou ressalva, relativamente à decisão impugnada, devendo ser conhecido e decidido, oportunamente, pelo juízo superior, quando do julgamento da apelação. É um recurso que ataca decisões interlocutórias, relacionadas com a ordem do processo. (art. 851 do C. P. C.).

Tratando dêsse recurso, disse TEIXEIRA DE FREI-

129 — “Recursos e Processos”, págs. 308-309.

130 — REZENDE, ob. cit., pág. 146; SEABRA, ob. cit., pág. 313.

131 — Ob. cit., págs. 305-306.

TAS o seguinte: “difere dos outros agravos o agravo no auto do processo, em que êste não devolve logo o conhecimento da questão ao juízo superior, e tem mais a força de protesto que de recurso”. Adiantou, ainda, que “devolvida porém a causa por motivo de apelação ao juízo superior, conhece êle primeiro do agravo no auto do processo” (132).

A aplicação do agravo no auto do processo não é regulada por uma fórmula, de caráter geral, que possibilite ampliações ou restrições, estando, ao contrário, sujeita à discriminação legal dos casos específicos em que pode êle ter cabimento. Existe, entretanto, uma exceção a essa regra, qual seja a prevista pelo nº II do art. 851 — decisões que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado — as quais ensejam uma certa amplitude à utilização dêsse recurso, devido à sua própria natureza.

SEABRA FAGUNDES, estudando êsse recurso, não lhe reconhece autonomia e o considera “dependente, no seu andamento, do recurso de apelação que se venha interpor da sentença definitiva” (133).

Com efeito, faz-se mister para o conhecimento do agravo no auto do processo, que ocorra a interposição da apelação, que, para alguns, deve ser exercida pelo próprio agravante. Declara, então, GABRIEL REZENDE que “se o agravante não apela da sentença definitiva, por lhe ter sido esta favorável, pode-se dizer que a sentença absorveu ou envolveu naturalmente a questão de forma ou o incidente, que dera lugar ao agravo no auto do processo, de modo que não mais interessa ao vencedor da causa que o Tribunal examine a matéria do agravo”. Conclui, entretanto, dizendo que adotam alguns uma opinião intermédia, pois se a lei não distingue, nesse tocante,

132 — *Apud* JOÃO CLAUDINO, ob. cit., pág. 307.

133 — *Apud* GABRIEL REZENDE, vol. 3, pág. 353.

deve competir ao arbítrio do Tribunal solucionar os casos concretos, examinando se a matéria sôbre que versa o agravo no auto do processo, no caso de não haver apelação do agravante, poderá influir, ou não, no julgamento da apelação interposta pelo seu adversário (134), orientação essa que parece ser a mais sensata.

BATISTA MARTINS considera o agravo no auto do processo um recurso autônomo, mas **sui generis**, porque, apesar de sua autonomia, não dispõe de força suficiente para subir por si mesmo. E, falando de sua utilidade, afirma que o juiz, no despacho saneador, “pode decidir, expressa ou implicitamente, matéria de que caiba agravo no auto do processo. Em qualquer das duas hipóteses, o escoamento do prazo de cinco dias para a interposição do recurso preclui o direito de renovar a questão, desde que ela se enquadre em um dos incisos dos art. 851” (135).

Partindo do pressuposto de que o agravo no auto do processo tem o sentido de um protesto, para que a instância superior reexamine, oportunamente, a objeção dêle constante, argumenta SEABRA FAGUNDES que o mesmo não dá cabimento a novo pronunciamento do próprio juiz recorrido, pois o juiz não pode decidir novamente as questões já decididas na mesma lide, a não ser quando se trata de julgamento de equidade, em que tenha havido modificação da situação de fato, ou quando a lei expressamente o autorize.

Entendemos, entretanto, que o princípio de economia do processo aconselha possa o juiz dar a sua **resposta**, no agravo no auto do processo, decidindo a questão, mediante a confirmação ou reforma de sua decisão, por isso que, nesta última hipótese, estará evitando um reexame futuro, desde que êle próprio se convença de que não decidira com acêrto a matéria motivadora do agravo. Aliás,

134 — Ob. cit., págs. 143-144.

135 — “Recursos e Processos...”, pág. 311.

consta da própria natureza do agravo a reconsideração do ato decisório pelo próprio juiz prolator.

*
* *
*

V — SEABRA FAGUNDES conceitua a revista como o recurso por que se promove a uniformidade de interpretação do direito em tese, quando divergente, através de decisões finais de órgãos do mesmo tribunal (câmaras, turmas, câmaras reunidas e plenário)” (136).

Colima, pois, o recurso de revista a interpretação e a aplicação, em caráter uniforme, do direito objetivo, pelo mesmo Tribunal, de conformidade com as razões de ordem pública.

A sua utilidade é manifesta. Entretanto, objetam contra o recurso de revista que êle concorre para uma estratificação da jurisprudência, que atenta contra o aspecto dinâmico do direito, aspecto êsse que o deveria ajustar às novas condições morais, econômicas, políticas e sociais, criadas pela evolução.

OSCAR DA CUNHA chega a considerar a revista como “desprezível chicana, preciosidade ridícula e absolutamente inútil”, cuja eliminação se impõe (137).

Não podemos negar que a imutabilidade interpretativa das normas legais é incompatível com a harmonização da lei às novas situações integrantes da sociedade, harmonização essa que atribui ao direito a sua necessária adaptação à realidade, para melhor cumprimento do ideal de justiça.

Devemos, entretanto, esclarecer que o recurso de revista não colima a definitividade interpretativa dos textos legais, mas, através de uma orientação aconselhável, a eli-

136 — Ob. cit. págs. 424-425.

137 — “Arquivo Judiciário”, vol. 33, supl., págs. 49 a 57.

minação das divergências entre decisões pronunciadas numa mesma época, existindo, portanto, as mesmas condições da realidade social.

Realmente, visa a revista impedir a instabilidade jurisprudencial, que revela a falta de firmeza dos tribunais, em sua orientação, inspirando, assim, desconfiança na certeza do direito.

Assim é que, como afirma AFONSO FRAGA, “nada há de mais funesto ao reinado da justiça que a contradição dos casos julgados; ela lhe é mais nocente que uma só decisão iníqua, pois a negação da verdade jurídica é um erro, mas mostra convicção em quem nega, ao passo que quem afirma e nega ao mesmo tempo, sôbre errar, demonstra insensatez” (138).

Vemos, assim, a conveniência da revista, como verdadeiro crivo que, eliminando inúmeras divergências internas, nos Tribunais, realiza legítimo trabalho de seleção, facilitando a atividade comparativa do Supremo Tribunal e restringindo o número de recursos extraordinários.

Cumpre-nos, ainda, esclarecer que, com a fluência do tempo, desde que, modificadas as condições da ambiência social, pode perfeitamente o Tribunal julgar de maneira diversa a questão sôbre a qual já se tenha manifestado, mediante recurso de revista. E, como é claro, não reflete êsse possível julgamento a carência de utilidade do recurso de revista, considerado êsse seu aspecto relativo, por isso que as transformações jurisprudenciais são necessárias quando acompanham as mutações sociais, através de seus períodos característicos.

Estudando a finalidade dêsse recurso, devemos dizer que se propõe a solucionar divergências sôbre o **direito em tese**, isto é, referentes ao direito objetivo, em sua

138 — *Apud* GABRIEL REZENDE, vol.,, pág. 253.

qualidade de comando abstrato e genérico. Concluimos, pois, que, para o cabimento do recurso de revista, nenhuma relevância tem a matéria fática, por isso que refoge à discussão jurídica ensejada pelo mesmo. Visa, assim, a revista à fixação interpretativa do texto legal.

O direito em tese focalizado pelo recurso de revista, tanto poderá dispor de caráter substancial, como processual. Realmente, abrange a revista não só a possível divergência que incida sobre o direito em si, em sua feição material, como ainda aquela que se possa referir ao direito que regula a tramitação judicial, dando eficácia coativa àquêle outro. Aliás, nem poderia deixar de ser assim, por isso que constituiria enorme perigo para as relações jurídicas, a instabilidade das normas de caráter formal, que têm por escôpo dar exercício ao direito substancial.

Referindo-se a lei às **decisões finais**, como motivadoras do recurso de revista, quando divergentes, devemos acentuar que não se confundem as mesmas com as decisões definitivas.

Adotamos, pois, a opinião esposada por SEABRA FAGUNDES, segundo a qual, **decisão final** “é tôda aquela que resolve em definitivo, terminativamente, sem mais recurso, uma determinada questão de direito. Não importa que seja terminativa do feito, ou que lhe determine o prosseguimento. Compreendem-se, portanto, como finais, não sòmente as decisões definitivas e interlocutórias mistas, mas ainda as interlocutórias simples” (139).

Assim, decisão final é aquela que, pondo fim a determinada controversia, soluciona definitivamente uma relação de direito, sem que possibilite ainda qualquer recurso. Improcede, pois, a opinião dos que, como GABRIEL REZENDE e CARVALHO SANTOS, entendem

139 — Ob. cit., págs. 432-433.

que estão excluídas dêsse conceito as decisões interlocutórias simples, por ensejarem o prosseguimento do processo, dando cabimento aos recursos ordinários (140).

Pensamos não haver razão para que o conceito de decisão final deixe de abranger as decisões interlocutórias simples, por isso que estas também podem pressupor questões relevantes, cuja divergência interpretativa se impõe, qualquer que seja a sua manifestação. Concluímos, portanto, que, visando o recurso de revista à harmonização de entendimento do mesmo Tribunal, no tocante ao direito em tese, nenhum fundamento existe para que se restrinja o seu cabimento, dêle excluindo as decisões interlocutórias simples. O que deve ter relevância no caso, não é pròpriamente a natureza da decisão, mas o resultado do julgamento que a integra.

Dispondo o art. 853, em seu § 1º, que “não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, Turma, ou Grupos de Câmaras, que a adotou, ou as Câmaras Cíveis Reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar”, vejamos qual é o conceito de **jurisprudência uniforme**, em face do mencionado dispositivo do Código de Processo Civil.

Entendemos, pois, que **jurisprudência uniforme** é a consagração de uma determinada orientação jurídica, emitida por uma seqüência de julgados. Assim, para que seja excluída a divergência jurisprudencial, faz-se necessária uma série de julgados que revele constância no mesmo sentido interpretativo.

Tratando do conceito de jurisprudência uniforme, no regime da lei nº 319, de 25 de novembro de 1936, ensinam BILAC PINTO e LÚCIO BITTENCOURT o seguinte: “não bastam dois ou três acórdãos para se reputar al-

140 — REZENDE, Ob. cit., vol. 3, pág. 155; CARVALHO SANTOS, Ob. cit., vol. IX, 375.

terada a primitiva decisão. A lei exige **jurisprudência uniforme**. Com esta expressão **reduntante**, quer a lei estabelecer, com ênfase, que a nova jurisprudência deve ser **precisa, reta, inflexível; pacífica**, no dizer comum; tenha a autoridade que os romanos davam às coisas perpétua-mente julgadas de modo semelhante (**rerum perpetuo similiter judicatarum**). Jurisprudência uniforme deve ser entendida como a **jurisprudence consacrée**, no mesmo sentido que a manda observar o Cód. Civil suíço (art. 1º)"; (141), esclarecendo, integralmente, o assunto.

O julgamento do recurso de revista é realizado, conforme preceitua o § 2º do art. 853, pelo órgão competente, para cada caso, de acôrdo com a lei.

Tomando conhecimento da revista, o órgão julgador, se reconhecer a verificação da divergência, julgará, de logo, o mérito da questão, confirmando ou reformando a decisão recorrida. Não tem razão, pois, SEABRA FAGUNDES, quando defende o ponto de vista de que, solucionada a divergência, não pode ser julgado o mérito da causa pelo mesmo órgão que julgar a revista, por isso que, destinando-se o referido recurso à pacificação da jurisprudência em favor de uma melhor distribuição da justiça, "pela uniformidade de interpretação do direito positivo", seria o mesmo desvirtuado, com o exame de questões de direito estranhas à divergência e até de matéria reconhecidamente de fato (142).

Também não procede o seu argumento no sentido de que, processada a revista por instrumento, não dispo-riam as Câmaras Reunidas dos elementos probatórios su-ficientes para a completa decisão da causa.

Com efeito, desnaturado estaria o recurso de revista, tornando-se uma inutilidade, se não ensejasse a decisão

141 — "Recurso de Revista", pág. 131.

142 — Ob. cit. pág. 479.

do mérito, atentando, assim, contra o princípio de economia que domina em nossa sistemática processual.

Por outro lado, devem as partes providenciar no sentido da cabal instrução do recurso de revista, não somente no tocante à divergência, como também no que diz respeito ao mérito. Logo, se não instruírem suficientemente o recurso, com referência à questão de mérito, poderão sofrer as consequências de sua deficiência, o que, entretanto, poderá ser sanado, no caso de o órgão julgador requisitar os autos originais, ou então, na hipótese de ordenar seja completada a instrução do recurso, com a trasladação das peças necessárias.

O recurso de revista produz, apenas, o efeito devolutivo, podendo portanto, ser dada execução provisória à decisão recorrida. Realmente, se ainda pende recurso, a execução é provisória. Só pode haver execução definitiva quando se verifica a coisa julgada, sendo a sentença imutável.

A lei nº 623, de 19 de fevereiro de 1949, incluiu um parágrafo no art. 833 do Código de Processo Civil, considerando embargáveis no Supremo Tribunal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão emitida pelo Tribunal Pleno.

Mais técnico teria sido o legislador e melhor teria sido a sua orientação, se, ao envez do recurso de embargos, houvesse instituído para aquelas decisões conflitantes do Supremo Tribunal, o recurso de revista, que seria o meio impugnativo adequado para aquêlê caso, considerado a natureza recursal. Como salientamos no estudo que fizemos a respeito dos embargos, essa desorientação na escôlha do recurso para as decisões contraditórias do Supremo, apresenta, ainda, a inconveniência de atribuir a amplitude do efeito devolutivo peculiar aos mesmos embargos, a uma situação em que deveria ser produzido,

apenas, o efeito devolutivo próprio da revista, o qual se restringe à verificação da controversia.

Entendemos, portanto, que, competindo ao Supremo Tribunal a elevada finalidade de proteger a unidade do direito objetivo, através da uniformização da jurisprudência dos diversos Tribunais do País, deve existir, também, nessa Suprema Côrte, o recurso de revista como meio de solução das possíveis divergências entre as decisões de suas Turmas, ou das decisões destas e as proferidas pelo Tribunal Pleno. Propomos, pois, que ao recurso de embargos, previsto pelo § único do art. 833, seja dada a finalidade específica e a denominação de recurso de revista.

Finalizando as nossas considerações sôbre a revista, vamos examinar o conceito do prejudgado, de cujo remédio trata o Código no título destinado àquela recurso.

Objetiva o prejudgado o mesmo escôpo da revista, ou seja, a uniformização da jurisprudência, tendo, entretanto, caráter preventivo, por isso que evita aquele recurso, prevenindo as divergências iminentes que o mesmo se destina a reparar, quando verificadas. Trata-se, portanto, de uma providência legal de grande alcance, pela qual é suscitado o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas a respeito da interpretação de qualquer norma jurídica, desde que haja requerimento de algum juiz da Câmara ou Turma julgadora, motivado pela ocorrência, ou possibilidade de ocorrência, de contradição interpretativa entre as Câmaras ou Turmas (art. 861 do C. P. C.).

Manifestada a interpretação da norma jurídica, voltam os autos à Câmara ou Turma julgadora, que decidirá a espécie, obedecendo a orientação estabelecida, com a aplicação da norma jurídica em harmonia com o entendimento adotado pelas Câmaras Reunidas.

Verificamos, pois, que o prejudgado não é um recur-

so ,uma vez que não resulta de provocação do interessado, nem representa meio impugnativo de decisão anterior.

*

* *

VI — Os embargos de declaração constituem um recurso destinado à impugnação da decisão, perante o mesmo órgão julgador, para o fim de ser esclarecida a sua obscuridade, suprida a sua omissão, ou eliminada a sua contradição (art. 862 do Código de Processo). Assim, são embargáveis as sentenças obscuras, omissas ou contraditórias.

Obscura é a decisão que não oferece a clareza necessária, por conter algum ponto mal expresso, carecendo, pois, de compreensão fácil.

Omissa é a decisão que deixa de decidir algum ponto sobre o qual deveria versar, sendo, assim, falha ou incompleta.

Contraditória é a decisão que contém disposições que se não harmonizam, por serem conflitantes.

Julgando o recurso de embargos, o órgão julgador, que será o mesmo que tiver pronunciado a decisão recorrida, examinará se existe a obscuridade, a omissão, ou a contradição, argüida, cuja declaração é pleiteada. Na hipótese negativa, julgará improcedentes os embargos, ou os rejeitará. Na hipótese afirmativa, julgará procedentes os embargos, dando-lhes provimento, quando, então, esclarecerá a obscuridade, eliminará a contradição — mediante a explicação da sentença — ou suprirá a omissão, realizando, pois, a declaração solicitada.

Objetivando evitar a chicana, sem prejudicar o interesse das partes, dispôs o parágrafo 5º do art. 862 do Código de Processo que “os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifesta-

mente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar”; pelo que esta decisão somente os deverá considerar protelatórios, quando fôr evidente o propósito de procrastinar.

Tratando da função recursal dos embargos declaratórios, devemos dizer que, embora seja explícito o art. 808, n* V, do Código ,ao fazer a inclusão dos mesmos como uma espécie de recurso, há os que, argumentando com os princípios da teoria do processo, negam aos embargos de declaração essa qualidade.

Seguem êsse entendimento JOÃO MONTEIRO E LOPES DA COSTA, cujas opiniões sôbre o assunto já foram explanadas, bem assim AFONSO FRAGA, GABRIEL REZENDE, ESPINOLA FILHO e ODILON DE ANDRADE.

Falando a respeito dêsses embargos, declara FRAGA que “não são pròpriamente embargos, mas uma forma legal, um processo **sui generis** de hermeneutica ou de lógica judiciária, para se chegar à verdadeira inteligência da sentença silenciosa, obscura ou anfibológica e torná-la clara e de fácil execução” (143).

GABRIEL REZENDE afirma que os embargos de declaração “não constituem, tècnicamente, um recurso, pois a finalidade dêste é a reforma ou a anulação da sentença” (144).

Pensamos, entretanto, que, ressalvadas as características específicas, o objetivo dos embargos não é outro que não o colimado pelos demais tipos de recursos, ou seja, a impugnação da decisão para que seja emitido outro pronunciamento jurisdicional no processo. Assim, embora a nova decisão esteja vinculada à anterior, entendemos que, esclarecendo a confusão, eliminando a contradição, ou suprimindo a omissão, oferece novos elementos necessários à

143 — Ob. cit., vol. III, pág. 139.

144 — Ob. cit., vol. 3, pág. 120.

solução integral da lide, tendo, assim, os embargos, como os demais recursos, a sua utilidade.

Com efeito, a decisão sôbre uma parte omissa pode até ampliar a condenação ou a absolvição, por isso que é, de certo modo, ultrapassado o alcance do ato decisório embargado, embora deva ser considerada como abrangida pela primeira sentença a complementação realizada pelos embargos.

Assim é que, reconhecendo nos embargos a qualidade de recurso “sui generis”, ensina BATISTA MARTINS que “a perplexidade da decisão pode trazer como consequência a sua inexecutabilidade. E traz, indubitavelmente, se não nos casos em que a sentença é apenas obscura e pode ser, por isso, esclarecida pela interpretação, pelo menos nas hipóteses em que ela é omissa ou contraditória’ (145).

Devendo expressar a sentença a vontade do Estado, se houver uma desconformidade entre o que foi querido e o que materialmente foi manifestado, deixará a decisão, em que isso ocorrer, de revelar aquela vontade que a deve inspirar.

Por outro lado, competindo ao juiz executar fielmente a sentença, sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto, não lhe é lícito, sob a alegativa de pretender interpretá-la, suprir-lhe as carências, ou lhe harmonizar as contradições.

Surge, assim, a utilidade dos embargos, como recurso tendente a realizar êsse objetivo vedado ao juízo da execução.

Cumpre-nos acrescentar que, já no Regulamento n. 737, de 25-11-1850, eram os embargos declaratórios identificados como recurso (arts. 641 e 642).

Devemos aduzir que, embora se refira o art. 862 do

145 — “Recursos e Processos”, pág. 361.

Código a “relator” e a “acórdão”, e não a “juiz” e a “sentença”, têm os embargos de declaração inteiro cabimento contra as decisões de primeira instância, não estando excluídas destas as proferidas nas causas de valor superior a Cr\$ 2.000,00. Com efeito, nenhuma razão lógica justificaria a orientação contrária, por isso que estão sujeitas aos vícios de obscuridade, omissão e contradição, não somente as decisões do órgão julgador colegial, como também as proferidas pelo juízo singular. Se assim é, não haveria fundamento para que o nosso direito instituisse o recurso de embargos contra aquelas decisões, deixando estas sem êsse contrôlo impugnativo, no que estaria, assim, dispensando tratamento diverso a situações idênticas.

Improcede, pois, o argumento expendido por SEABRA FAGUNDES, segundo o qual, contando as sentenças de primeira instância “em regra, com o ensejo de reexame através dos recursos de apelação e agravo, assim como é possível anulá-las ou infringí-las, é igualmente possível esclarecê-las pela reafirmação ou retificação do que nelas se assentou” (146).

Realmente, não assiste razão a êsse doutrinador, nesse tocante, por isso que a apelação e o agravo não são o recurso apropriado para a declaração da sentença, mas, sim, o recurso de embargos, ora examinado, que atende, ainda, aos princípios de celeridade e economia do processo.

Por outro lado, conforme lembra BATISTA MARTINS, “se o artigo 840 não tivesse por fim estender o recurso às decisões de primeira instância, mas, apenas, como se alega, o de restringí-lo às sentenças inapeláveis, nesse caso, o legislador o teria degradado à condição de mero parágrafo do art. 839, não lhe dando foros de dispositivo autônomo” (147).

146 — Ob. cit., pág. 485.

147 — “Recursos e Processos”, pág. 362.

*
* *

VII — O recurso extraordinário reflete a autoridade da Constituição e das leis federais, tendo, portanto, natureza essencialmente política.

Assim, realiza o recurso extraordinário a relevante função de defender a eficácia da Constituição e das leis federais, uniformizando a sua aplicação, no que impõe, por intermédio da atividade judiciária, restrições necessárias à autonomia dos Estados, manifestada pelas jurisdições locais. Realmente, se não existisse o recurso extraordinário, seriam precárias a validade e interpretação dos preceitos constitucionais e federais, dada a possível diversidade de orientação dos Tribunais locais, tendente a dar um caráter regional às mesmas normas. Inexistisse o mencionado recurso, e seria inútil a prerrogativa conferida à União de legislar sobre direito civil, comercial, penal e processual.

Vemos, pois, que a finalidade do recurso extraordinário não é possibilitar uma terceira instância, em atenção ao interesse privado — embora concorra, também, para o acerto da função jurisdicional — mas, através de seu caráter político, assegurar o domínio da Constituição e das leis federais, evitando que a aplicação das mesmas, pelas magistraturas locais, seja desviada do seu sentido fixo e uniforme.

Nos Estados Unidos e na Argentina, existe, também, o recurso extraordinário com a mesma feição política pela qual é conhecido entre nós, sendo que, naqueles países, não é o mesmo previsto pelas respectivas Constituições, mas regulado por leis ordinárias (148).

148 — *Apud* BATISTA MARTINS, "Recursos e Processos", págs. 372/373; Estados Unidos, "Judiciary Act" (art. 25), de 24-2-1789; Argentina, "Ley de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales" (art. 14), de 14-9-1863.

Aliás, devemos esclarecer que, no Brasil, foi o recurso extraordinário instituído, originariamente, por uma lei ordinária, o decreto nº 848, de 11-12-1890, que recebeu sensível influência do “Judiciary Act” (art. 25), pelo qual foi regulado êsse recurso, nos Estados Unidos. Cumprenos, entretanto, acrescentar que sòmente recebeu êsse apêlo, em nosso País, a denominação de **recurso extraordinário**, através do art. 76, 2, III, da Constituição de 1934, da qual passou para as Constituições de 1937 e de 1946.

Para que se realize a unidade do direito objetivo, que, por sinal, representa o escôpo da Constituição, faz-se necessário a sua aplicação harmônica, ou seja, uniforme, o que é obtido pelo recurso extraordinário.

Destina-se, pois, êsse recurso a decidir a **questão federal**, isto é, a “quaestio juris”, a qual não envolve, diretamente, a matéria de apreciação probatória dos fatos.

Conceituando a questão federal, declara FRANCISCO CAMPOS o seguinte: “A Còrte Suprema, nos casos levados ao seu conhecimento mediante o recurso extraordinário, só entra no exame da **questão federal** suscitada no litígio, e a **questão federal** é, precisa e restritamente, uma questão meramente legal ou puramente de direito, ou se resume em saber se, decidindo o caso, a justiça local o decidiu tendo em vista o direito federal aplicável à espécie. Sòbre outras questões, a Còrte Suprema não tem jurisdição, ou, em relação a elas, a justiça local decide definitivamente e sem recurso. Não importa que na mesma causa coexistam com a questão de direito federal outras questões de direito local ou de fato. Pela razão de subir a causa, mediante recurso extraordinário, à Còrte Suprema, esta não pode alimentar a pretensão de resolver tôdas as questões nela suscitadas ou envolvidas no seu julgamento perante o Tribunal local; a sua jurisdição é limitada tão-sòmente à questão de direito federal, e mesmo em relação a ela a sua jurisdição só se afirma para o

fim de aplicar a lei federal, que o Tribunal local deixou de aplicar. Se êste aplicar o direito federal, ainda que o tenha aplicado mal ou erradamente, desde que não haja violado disposição literal ou não o interprete de modo diverso de outros Tribunais locais, das suas decisões não caberá recurso extraordinário” (149).

Pensamos que, embora, em princípio, esteja a jurisdição do Supremo Tribunal restrita à “**quaestio juris**”, deve essa limitação ser entendida no tocante ao cabimento do recurso extraordinário, uma vez que, sendo cabível êste, não pode aquela Côrte julgar a lide, sem que examine as provas. Aliás, nesse sentido se manifesta a orientação do Supremo, como podemos concluir do seu acórdão unânime de 7-10-1942, nesses têrmos: “não se examinam provas no recurso extraordinário apenas para a preliminar de seu conhecimento. Se recurso é admitido, fôrça se torna examinar a **questio facti**, sem o que impossível seria declarar o direito — **ex facto ius oritur** — e o Supremo Tribunal, quando conhece do recurso, julga a demanda, decide o pleito, o que exige exame das provas. Demais disso, ainda quanto à preliminar do conhecimento, terá o Tribunal que se manifestar sôbre o direito probatório, quando a argüição de ofensa de lei diz para o princípio legal sôbre a prova, **in abstracto**, para o valor, em tese, para a admissibilidade de determinada prova. Aqui, a questão é puramente de direito, e vulneração ocorreria de texto de lei se a justiça local fizesse obra com prova legal e em tese inadmissível, como por exemplo, se admitisse transmissão de imóvel sem instrumento escrito e sem a formalidade da transcrição” (150).

Esclarecendo o assunto, aduz BATISTA MARTINS que “a apreciação dos fatos e o exame das provas de cada

149 — “Direito Constitucional”, ed. da Rev. Forense, 1942, págs. 227-228.

150 — Ac. da 2a. Turma do Supremo, “Revista Forense”, vol. 117, pág. 63.

espécie escapa ao contrôlo do Supremo Tribunal. Mas a qualificação legal destes é questão de direito. Qualificar um fato é identificá-lo com uma determinada noção legal. A qualificação supõe, por conseguinte, ainda que indiretamente, a definição desta noção legal”; e adianta que “uma coisa, porém, é apurar os fatos e outra bem diversa inserí-los numa determinada noção legal. Se, examinando o contrato de compra e venda, a decisão recorrida o qualifica como de locação e, em consequência, se abstém de lhe aplicar os princípios jurídicos que regem a compra e venda, a errônea qualificação dos fatos determina, sem dúvida, a violação da lei aplicável à espécie. A extensão do contrôlo do Supremo Tribunal terá por fundamento, em tais hipóteses, a violação da lei, embora essa violação haja decorrido de uma falsa interpretação dos fatos” (151).

Com efeito, é a própria Constituição de 18-9-46, que, através do seu art. 101, nº III, determina deva o Supremo, no caso de ser cabível o recurso, decidir a causa, para o que, naturalmente, necessitará de apreciar o fato que deu origem ao direito examinado, a fim de que possa este ser aplicado com acêrto, isto é, em consonância com os princípios integrantes das normas constitucionais e federais.

Devemos esclarecer que a expressão **lei federal** utilizada pela Constituição, no art. 101, nº III, letras **a** a **d**, significa o direito objetivo da União, isto é, o direito positivo que compõe a sua estrutura legal, podendo ter caráter substancial ou processual.

Atribuindo a Constituição, no dispositivo invocado, competência ao Supremo Tribunal para “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes”, incluiu nesses

151 — Ob. cit., págs. 377-378.

juízos não só as decisões pronunciadas pelos tribunais especiais, mas, também, as dos tribunais de justiça dos territórios e dos Distrito Federal, bem assim aquelas proferidas pelos juizes singulares nos processos de alçada previstos pelo art. 839 do Código de Processo.

Verificamos que, ao falar em causas decididas em única ou última instância, exige a Constituição, para que seja cabível o recurso extraordinário, que, relativamente às mesmas, tenham sido esgotados todos os recursos ordinários. Faz-se necessário, pois, que a decisão seja **final**, isto é, irrecorrível, por sua própria situação, não se confundindo, assim, com a irrecorrível pela extinção do prazo para o recurso apropriado. Nêste último caso, não haveria ensejo para o recurso extraordinário, mas para a ação rescisória, desde que satisfeitos os requisitos desta.

Examinemos, agora, os casos em que tem cabimento o recurso extraordinário. Dispõe o art. 863 do Código de Processo, que, “nas decisões proferidas em única ou última instância caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no art. 101, nº III, letras **a a d**, da Constituição”; preceituando esta, por sua vez, que compete ao Supremo Tribunal (art. 101, nº III) “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes”, nas seguintes situações:

“a) quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”;

Vemos, assim, que a discussão sôbre a constitucionalidade da decisão possibilita o cabimento do recurso extraordinário. No que se refere à letra de tratado ou de lei federal, deve ser apreciada a tese constante do julgado recorrido em face da tese integrante dos mesmos tratado e lei federal, para que possa configurar-se a questão de direito motivadora do recurso, no caso de contrariedade.

"b) quando se questionar sôbre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;"

O recurso extraordinário, neste caso, se restringe à hipótese em que o Tribunal local declara a inconstitucionalidade da lei, não tendo, portanto, cabimento se a decisão reconhecer que a norma legal está conforme à Constituição. Atribui, assim, o inciso ao Supremo Tribunal a prerrogativa de ser ouvido, em último pronunciamento, sôbre a eficácia da lei que fôra apontada como inconstitucional, em defesa da autoridade do direito objetivo perante a Constituição.

"c) quando se contestar a validade de lei ou ato de govêrno local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato";

Nesta situação, para que seja cabível o recurso extraordinário, devem ser satisfeitos dois requisitos, quais sejam a arguição de inconstitucionalidade ou de invalidade da lei ou do ato do govêrno local e a sua rejeição pela decisão recorrida. Se, entretanto, o ato decisório, tomando conhecimento daquela arguição, pronunciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, nenhum fundamento existe para o recurso extraordinário, por isso que a finalidade dêste estará cumprida, com essa defesa da Constituição e da lei, realizada pelo mesmo julgamento.

"d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal".

De acôrdo com êste inciso, objetiva o recurso uniformizar a interpretação da lei, para que o direito objetivo federal possa ter a necessária unidade, quando de sua aplicação, no que evita a disparidade de seu emprêgo por

parte dos tribunais do País. Para que, portanto, ocorra êste motivo de recurso extraordinário, torna-se preciso seja provada a divergência jurisprudencial em tórno de causas idênticas, por sua natureza, em face da **causa petendi**. A contradição da jurisprudência deve resultar de decisões entre diferentes tribunais ou juizes, ou entre as pronunciadas por êstes e os julgamentos do Supremo Tribunal.

Cumpre-nos esclarecer que, se o Supremo Tribunal tomar conhecimento do recurso extraordinário, com base em conflito de jurisprudência, poderá não só escolher qualquer das orientações divergentes, como ainda preferir uma terceira, por isso que não está sujeita a qualquer restrição, nesse tocante, a mencionada Côrte. O exame da divergência jurisprudencial é realizado, apenas, para efeito do cabimento do recurso.

Devemos dizer, também, que o julgamento do recurso extraordinário sómente tem força coercitiva no que diz respeito à demanda decidida, não obrigando, pois, os tribunais quanto à decisão de outros processos, para os quais se erige, apenas, em orientação aconselhável, dada a sua elevada autoridade. Se não fôsse assim, importaria a coerção resultante do julgamento do Supremo, num constrangimento e numa afronta à dignidade dos tribunais inferiores, que ficariam, portanto, tolhidos em sua liberdade de pensar e julgar livremente.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, podendo, ser, de logo, intentada a execução provisória.

A interposição do recurso extraordinário se manifesta, mediante **petição fundamentada** do interessado, perante o Presidente do Tribunal de Justiça, sendo, ha hipótese de cabimento do mencionado recurso, encaminhado êste ao Supremo Tribunal Federal, para que dêle, se fôr o caso, tome conhecimento, julgando a causa.

CONCLUSÕES

I — Funcionando, normalmente, o direito subjetivo, através de seu cumprimento, por parte do obrigado, satisfeitos estão, em seus propósitos, o seu titular e a organização legal que lhe deu existência, não havendo, portanto, ensejo para o direito de acionar. Ocorrendo, entretanto, lesão ou ameaça de lesão a um direito, surge a necessidade da realização coercitiva do mesmo, a qual, sendo vedada por meio da autodefesa individual, encontra exercício no direito de acionar, como substitutivo jurídico-processual daquela reação privada, que é repelida pelo ordenamento constitucional do Estado de direito.

II — Conceituamos, pois, o **direito de acionar** como a faculdade jurídica que assiste a alguém de provocar o pronunciamento jurisdicional do Estado, a respeito de uma relação de direito em que tenha interêsse. É, assim, o direito de acionar a força que promove a atividade da lei e do juiz, despertando-os de sua posição estática.

III — Assegurando o Estado proteção aos direitos subjetivos, através do direito de acionar, competia-lhe prover no sentido de que a decisão obtida, por intermédio da demanda, fôsse a melhor possível, isto é, a mais conforme ao ideal de justiça, expresso em sua ordem jurídica, como garantia do equilíbrio social.

IV — Sendo assim, reconheceu o Estado o **direito de recorrer**, que é a faculdade pertencente ao interessado,

que se julga prejudicado por uma decisão, de suscitar um reexame da relação jurídica, tenha esta caráter substancial ou processual, pela mesma autoridade judiciária ou por outra de grau superior, para o fim de obter uma nova decisão que venha esclarecer, suprir, explicar, anular ou reformar, a que tiver sido impugnada.

V — Pressupõe o direito de recorrer um **gravame**, que significa o prejuízo decorrente de uma decisão desfavorável, podendo caracterizar-se por qualquer dano, ainda que mínimo, a qualquer bem da vida, tenha êste caráter moral ou econômico. O gravame pode decorrer de um pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, na ação, quer decidam algum incidente do processo, quer julguem o mérito da causa.

VI — Verificamos, portanto, que o gravame produz o **interêsse de recorrer**, que se caracteriza pela utilidade, que o julgamento de reexame possa trazer ao recorrente, existindo, sempre, a sua legitimidade, quando o recurso enseje a possibilidade de novo ato decisório menos prejudicial ou inteiramente vantajoso àquele, do que o pronunciamento de que recorreu.

VII — Pensamos, também, que pode o gravame ferir não somente o interêsse das partes, o que acontece sempre, como ainda a própria ordem jurídica, o que ocorre, quando exprime um descumprimento do comando da lei, ao qual tem o Estado interêsse e obrigação de atribuir eficácia, para harmonia social e sua maior segurança.

VIII — Reconhecendo o direito de recorrer, instituiu o Estado o **sistema de recursos**, como contrôle impugnativo das decisões, mediante o qual, tem êle oportunidade de manifestar, novamente, a sua vontade, através de outro

pronunciamento jurisdicional, que, por várias razões, oferece maior probabilidade de acêrto, realizando, assim, o objetivo colimado pelo Direito Judiciário, de obter a melhor decisão possível.

IX — Conceituamos, portanto, o **recurso**, como o meio processual taxativamente concedido ao interessado, pelo Estado, para impugnar decisão do órgão jurisdicional sobre alguma ocorrência do processo ou sobre o objeto do litígio, através de um reexame da mesma relação jurídica e do pronunciamento de uma nova decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra de categoria superior, que venha esclarecer, suprir, explicar, anular, ou reformar, a que tiver sido considerada prejudicial.

X — O recurso satisfaz anseios naturais ao homem e se destina ao acertamento da verdade jurídica, por isso que não somente é o Estado o devedor da prestação jurisdicional, como também é um credor do cumprimento da lei, erigindo-se, portanto, no maior interessado em que as decisões sejam conformes à justiça, para que seja respeitada a sua ordem jurídica.

XI — Entendemos, ainda, que, quando a deficiência com que a parte defende o seu justo interesse se reflete na sentença, tornando-a contrária ao mesmo, — ocorre, também, a incorreção do ato decisório, sendo considerado o ideal de justiça, por isso que o principal objetivo do julgamento não é o de conformar-se à atuação das partes no processo, senão o de cumprir o dever do Estado, manifestando a verdadeira vontade da sua lei.

XII — Representando o recurso um estímulo ao maior critério e zêlo do juiz, em seus julgamentos, bem assim um incentivo aos seus conhecimentos, concorre pa-

ra o aprimoramento moral e cultural da magistratura, a refletir-se em suas decisões.

, XIII — Constituindo o recurso uma provocação a novo julgamento, concede ao vencido o meio de conseguir a reforma da sentença, atacando-a, com novos argumentos e até, em determinados casos, com novas provas, ensejando, portanto, o meio recursal oportunidade para omissões serem supridas e para erros serem retificados, bem assim para a fixação do conteúdo da lide, dada a eliminação de seus elementos irrelevantes.

XIV — Entendemos, ainda, que a hierarquia dos juízos exprime a própria hierarquia da organização social como manifestação do princípio de autoridade e como postulado da ordem coletiva, concedendo maior prestígio às decisões dos tribunais superiores. Realmente, a organização colegial inspira mais confiança em seus julgamentos do que o sistema do juízo singular, por isso que, não só de acôrdo com a teoria das probabilidades, é mais difícil corromper alguns indivíduos do que um dêles, como também pode o colégio orientar-se com mais acêrto do que aquêle juízo, devido ao possível conflito de entendimentos, durante o ato decisório, a possibilitar uma troca de razões, com o conseqüente esclarecimento recíproco.

XV — Cabe, pois, ao Estado providenciar no sentido de uma eficiente distribuição da justiça, o que deve ser realizado não com a precipitação manifestada pela unicidade do julgamento, impossibilitando a correção da sentença, se pronunciada em desconformidade com a lei, mas, com a meticulosa investigação da verdade, mediante o estudo e a apreciação do processo pelo crivo de mais de um juízo.

XVI — Reconhecemos, também, que a consciência social já incorporou ao seu patrimônio jurídico o direito de recorrer, como preciosa garantia de justiça, uma vez que a fragilidade humana, ensejando a imperfeição do julgamento, por êrro do juiz ou deficiência da parte, concede justificativa àquele direito, como necessária faculdade que assiste ao vencido, de utilizar-se do sistema de recursos, para a defesa de suas pretensões jurídicas, no que, também, concorre para o aprimoramento da função de julgar e para a sua própria resignação, quando não lograr o êxito pleiteado.

XVII — Provocando a realização coercitiva do direito o exame da relação jurídica pela autoridade judiciária e a entrega da prestação jurisdicional, deve, pois, pelas razões expostas, determinar o reexame daquela matéria, através do recurso, para que o julgamento se aproxime, tanto quanto possível, do ideal de justiça, aplicando a lei certa ao fato verdadeiro.

XVIII — Verificamos, também, que pressupõe o direito de acionar a inobservância de um direito, assim como tem o direito de recorrer como pressuposto um grave, que importa na probabilidade da inobservância de algum direito pelo ato decisório.

XIX — Vemos, ainda, que, se para atuar bem, aplicando com segurança o direito, deve o julgador querer de acôrdo com a lei; se, para querer em harmonia com essa vontade jurídica, deve êle conhecer bem a norma legal e a situação fática; e se é o recurso um meio processual destinado ao maior conhecimento destas realidades e ao acertamento da verdade jurídica; — não é a natureza do direito de recorrer estranha à natureza do direito de acionar.

*
* *

XX — Concluimos, pois, que o **direito de acionar**, visando ao pronunciamento do poder jurisdicional, e o **direito de recorrer**, pretendendo o aperfeiçoamento dessa atividade estatal, para a harmonização entre a vontade da lei e a sentença, — atendem a uma necessidade social e demonstram que êsse direito é a continuação e a complementação daquele, expressando, assim, ambos, de um modo geral, a atitude do homem a clamar por justiça, e a posição do Estado, distribuindo justiça, no que dá cumprimento à sua ordem jurídica.

XXI — Concluimos, igualmente, que, assim como o **direito de acionar** não pode ser exercido de maneira ilimitada, assim também o **direito de recorrer** não pode ser utilizado, indefinidamente, até a consecução de duas decisões no mesmo sentido, por isso que deve ser exercitado, mediante um sistema de recursos, que harmonize o ideal de obtenção de uma melhor sentença com o interesse público tendente a estabelecer o equilíbrio das relações jurídicas, evitando a perpetuação dos litígios, através da limitação do número de recursos e da justa fixação das condições de seu cabimento, para que possa realizar-se a **imutabilidade** da decisão.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO FRAGA — “Instituições do Processo Civil do Brasil”, Ed. Saraiva & Cia., São Paulo, 1941.
- ALBERTO DOS REIS — “Processo Civil e Sumário”.
- ALSINA (HUGO) — “Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Companhia Argentina de Editores, Buenos Aires, 1.941.
- BATISTA MARTINS (PEDRO) — “Comentários ao Código de Processo Civil” — “Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais”, atualizada pelo Prof. ALFREDO BUZAID, Ed. Revista Forense”, Rio, 1957.
- BETTI (EMILIO) — “Diritto Processuale Civile Italiano”, Soc. Ed. del “Foro Italiano”, Roma.
- BILAC PINTO e LUCIO BITTENCOURT — “Recurso de Revista”, Ed. Revista Forense, Rio.
- CALAMANDREI (PIERO) — “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, trad. de Santiago Sentis Melendo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.943; “Studii sul Processo Civile”.
- CARNELUTTI (Francesco) — “Arte del Derecho”, Ediciones Juridicas Europa — América, Buenos Aires; “Lezioni di Diritto Processuale Civile”; Cedam, Padova, 1933; “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, Ed. Uteha Argentina, Buenos Aires.
- CARVALHO DE MENDONÇA (M. I). — ‘Ação Rescisória’.
- CARVALHO SANTOS (J. M.) — “Código de Processo Civil Interpretado”, 2a. ed., Livraria Freitas Bastos, 1941.
- CHIOVENDA (GIUSEPPE) — “Instituições de Direito Processual Civil”, trad. da 2a. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, Ed. Saraiva & Cia., São Paulo, 1.945.
- COSTA MANSO — “O Processo na Segunda Instância”.
- COUTURE (EDUARDO J.) — “Fundamentos de Direito Processual Civil”, trad. de Rubens Gomes de Sousa, Ed. Saraiva & Cia., São Paulo, 1946.
- FERRARA (FRANCISCO) — “Interpretação e Aplicação das Leis”.

- FRANCISCO CAMPOS — “Direito Constitucional”, Ed. Revista Forense, 1.942.
- GABRIEL REZENDE FILHO — “Curso de Direito Processual Civil”, 4a. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1954.
- GIUDICEANDREA (NICOLA) — “Le Impugnazioni Civili”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952.
- GOLDSCHMIDT (JAMES) — “Derecho Procesal Civil”, trad. da 2a. ed. alemã por Pietro Castro, Editorial Labor, S. A., 1936.
- GUILHERME ESTELITA — “Da Coisa Julgada”.
- HAURIUO — “Principes de Droit Public”.
- JEAN CRUET — “A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis”, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1956.
- JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ — “Dos Recursos no Código de Processo Civil”, Ed. Revista Forense, Rio, 1954.
- JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR — “Direito Judiciário Brasileiro”, 4a. ed., Editora Freitas Bastos, 1954.
- JOÃO MONTEIRO — “Teoria do Processo Civil”, 6a. ed., atualizada por CARVALHO CANTOS, Editor Borsoi, Rio, 1956.
- LIEBMAN (ENRICO TULLIO) — “Eficácia e Autoridade da Sentença”, trad. de ALFREDO BUZUID e BENVINDO AIRES, Ed. Revista Forense, Rio, 1.945; “Corso di Diritto Processuale Civile”, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1.952; “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1.951; Notas às “Instituições” de CHIOVENDA; “Processo de Execução”, Ed. Saraiva & Cia., São Paulo; Trabalho in “Revista de Direito”.
- LUIZ MACHADO GUIMARÃES — “Do Efeito Devolutivo da Apelação”, in “Direito”.
- LOPES DA COSTA (ALFREDO DE ARAUJO) — “Manual Elementar de Direito Processual Civil”, Ed. Revista Forense, Rio, 1.956.
- MATTIROLLO (LUIGI) — “Trattato de Diritto Giudiziaro Civile Italiano”, 5a. ed., Turim, 1.933.
- MERCADER — “La Acción. Su naturaleza dentro del orden juridico”, Buenos Aires, 1.944.
- MORTARA (LUDOVICO) — “Il Digesto Italiano” e “Manuale della Procedura Civile”.
- OSCAR DA CUNHA — Trabalho In “Arquivo Judiciário”.
- PAULO COLOMBO — Desembargador relator de Ac. do Tribunal de S. Paulo, in “Revista dos Tribunais”.
- PEREIRA BRAGA — “Exegese do Código do Processo Civil”.
- PISANELLI — “Relatório do seu Projeto do Código de Processo Civil Italiano”.

- PODETTI — “Ciencia y Tecnica del Processo Civil”, Buenos Aires, 1.942.
- PONTES DE MIRANDA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. Revista Forense, Rio, 1947; “Tratado da Ação Rescisória”, 3a. ed., Editor Borsoi; “Tratado de Direito Privado”, Editor Borsoi, Rio.
- REDENTI (ENRICO) — “Diritto Processuale Civile”, Dott. A Giuffrè — Milão, 1953.
- ROCCO (ALFREDO) — “La Sentencia Civil”, trad. de Mariano Ovejero, Editorial Stylo, México, 1944.
- ROCCO (UGO) — “Corso di teoria e Pratica del Processo Civile”, Librerie Scientifica Editrice, Napoli, 1951; “L'autorità della Cosa Giudicata i suoi Limiti Soggettivi”, Ed. Athenaeum, Roma, 1917.
- ROSCOE POUND — “Appellate Procedure in Civil Cases”.
- ROSENBERG (LEO) — “Tratado de Derecho Procesal Civil”, trad. de Angela Romera Vera, Ed. Juridicas Europa - America, Buenos Aires, 1955.
- SEABRA FAGUNDES (M.) — “Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil”, Ed. Revista Forense, Rio, 1.946; Trabalho *In* “Revista Forense”; e trabalho *in* “Revista dos Tribunais”.
- SAVIGNY — “Traité de Droit Romain”.
- UNGER (J.) — “System”.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

DO DIREITO DE RECORRER

I — Conceito e definição. II — Conceito e definição de recurso. III — O titular do direito de recorrer. IV — Esboço histórico do sistema de recursos	7
--	---

CAPÍTULO II

DEBATE SÔBRE O DIREITO DE RECORRER

I — Objeções ao direito de recorrer. II — Razões favoráveis ao direito de recorrer	31
---	----

CAPÍTULO III

DA NATUREZA DO DIREITO DE ACIONAR PARA A NATUREZA DO DIREITO DE RECORRER

I — Direito de acionar, — conceito e definição, teorias e natureza perante o direito de recorrer. II — Sentença, — conceito e defini- ção, natureza, vícios e eficácia em face do recurso	45
---	----

CAPÍTULO IV

NOÇÕES GERAIS SÔBRE AS ESPÉCIES DE RECURSO PREVISTAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

I — Objetivo do capítulo. II — Apelação. III — Embargos de nulidade ou infringentes do julgado. VI — Agravo. V — Revis-	
ta. VI — Embargos de declaração. VII — Recurso extraordinário	105
C O N C L U S Õ E S	151
B I B L I O G R A F I A	157

Enderêço do autor:
Avenida Duque de Caxias, n. 929.
Fortaleza-Ceará

=====
O PRESENTE TRABALHO FOI
COMPOSTO E IMPRESSO NAS
OFICINAS GRÁFICAS DA
IMPRESA UNIVERSITÁRIA
=====
DO CEARÁ



Impressão e acabamento na Coordenadoria de Apoio Operacional da Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Fortaleza/CE, agosto de 2018.


ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



TJCE
EDITORA

